



# SØ- OG HANDELSRETTE DOM

afsagt den 11. januar 2021

*Ekstraheret version til offentliggørelse*

---

## Sag BS-73/2014-SHR

Deutz AG  
(advokat Erik Kjær-Hansen)

mod

Konkurrencerådet  
(advokat Jacob Pinborg)

og

## Sag BS-72/2014-SHR

Diesel Motor Nordic A/S  
(advokat Christian Karhula Lauridsen)  
(advokat Daniel Reuben Lytting Barry)

mod

Konkurrencerådet  
(advokat Jacob Pinborg)

Denne afgørelse er truffet af vicepræsident Mads Bundgaard Larsen, vicepræsident Claus Forum Petersen og sekretariatschef Mette Skov Larsen samt de sagkyndige medlemmer Anders Dybro og Henrik Rasmussen.

## Sagens baggrund og parternes påstande

Sagerne, der er anlagt den 29. januar 2014 (BS-72/2014-SHR) og den 3. februar 2014 (BS-73/2014-SHR), drejer sig om prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 om stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013. Ifølge disse afgørelser har Deutz AG misbrugt sin dominerende stilling på markedet for unikke reservedele til TCD2015-motoren ved leveringsnægtelse og hindring af parallelimport, ligesom Diesel Motor Nordic A/S og Deutz har indgået en konkurrencebegrænsende aftale om hindring af parallelhandel og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk.

Sagsøgeren, Deutz AG, har nedlagt følgende påstande:

### *Principalt:*

Punkt 55, 56, 57, 58, 59 og 62 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-6-2013, ophæves.

### *Subsidiært:*

Subsidiært hjemvises punkt 55, 56, 57, 58, 59 og 62 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL- 6-2013, til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Sagsøgeren, Diesel Motor Nordic A/S, har fremsat følgende påstande:

### *Principalt:*

Konkurrencerådet tilpligtes at anerkende, at punkt 60-62 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-5-2013, ophæves.

### *Subsidiært:*

Konkurrencerådet tilpligtes at anerkende, at punkt 60-62 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-5-2013, ophæves og hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

### *Mere subsidiært:*

Konkurrencerådet tilpligtes at anerkende, at Konkurrencemyndighederne ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at Diesel Motor Nordic A/S overtrådte forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, som angivet i punkt 900 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved kendelse af

9. december 2013 i sag KL-5-2013, efter 30. september 2010, subsidiært fra et af retten fastsat senere tidspunkt, som dog ligger før den 12. juni 2013.

Sagsøgte, Konkurrencerådet, har påstået frifindelse.

## **Oplysningerne i sagen**

### Sagens parter

*Deutz AG* (herefter Deutz), der er hjemmehørende i Köln, Tyskland, producerer, reparerer og vedligeholder motorer til bl.a. biler, tog og det maritime erhverv, herunder den i sagen omtalte TCD2015-motor. Deutz producerer desuden reservedele til brug for reparation og vedligehold af motorene, men får leveret mere end [udeladt] % af de dele, der bruges i motorene, fra tredjeparter. Deutz har autoriserede forhandlere og salgs- og servicepartnere i 130 lande og varetager normalt ikke salg til slutbrugere.

*Diesel Motor Nordic A/S* (herefter DMN) er autoriseret og eksklusiv distributør af Deutz' produkter i Danmark, og hovedparten af virksomhedens omsætning hidrører fra Deutz. DMN blev grundlagt i 1960'erne som et datterselskab til Deutz. DMN blev omkring år 2000 købt ud af Deutz-koncernen af den daværende ledelse i form af [udeladt] og [udeladt], der sidenhen solgte og fratrådte virksomheden i oktober 2010.

### Udbudsprocessen og -materialet

DSB indledte i 2010 en udbudsproces vedrørende "overhaul" af 404 stk. TCD2015-motorer, der indgår i DSBs IC3-tog.

Efter forudgående drøftelse med Deutz som motorproducent inviterede DSB den 12. marts 2010 til prækvalifikation og offentliggjorde den 29. marts 2010 udbudsmateriale, herunder kravspecifikation.

DSB indledte efterfølgende en ny udbudsproces med direkte forhandling uden forudgående udbud, idet der ikke blev afgivet noget antageligt bud under det oprindelige udbud.

Udvalgte dele af ovennævnte udbudsmateriale er gennemgået for retten under hovedforhandlingen.

### Konkurrencerådets afgørelse

Konkurrencerådet traf den 12. juni 2013 afgørelse i sagen, og den fortrolige udgave af afgørelsen, herunder de relevante bilag, er gennemgået for retten under hovedforhandlingen.

Af afgørelsen (her i den offentliggjorte version) fremgår bl.a.:

"...

## 2 AFGØRELSE

55 Det meddeles Deutz AG, at Deutz AG har overtrådt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i TEUF artikel 102, litra b, og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 2, ved fra juli 2010

*at* forhindre sin forhandler i Nederlandene, Equipco B.V., i at eksportere reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer,

*at* nægte gennem Equipco B.V. at sælge reservedele til DSBs TCD2015 motorer, der kun kan erhverves via Deutz AG til brug for reovering og vedligehold af disse motorer,

*at* nægte at levere reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG, til sine forhandlere af reservedele, som ønsker at videresælge reservedelene til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer, og ved

*at* pålægge sine forhandlere af reservedele til Deutz motorer ikke at indgå aftaler om salg og videresalg af reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer.

56 Deutz AG påbydes i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4, 1. punkt, jf. § 16, og TEUF artikel 102, jf. konkurrencelovens § 24,

*at* bringe overtrædelserne, som er beskrevet under punkt 55, til ophør og som led heri,

*at* afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende virkning som beskrevet under punkt 55.

57 Deutz AG påbydes i medfør af konkurrencelovens § 11, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, og TEUF artikel 102, jf. konkurrencelovens § 24,

*at* orientere samtlige af sine selvstændige forhandlere af reservedele til Deutz motorer indenfor EU om, at det er i strid med den danske og den europæiske unions konkurrencelovgivning, at Deutz AG, der har et eksklusivt distributionssystem, nægter at sælge reservedele og forhindrer de selvstændige forhandlere i passivt salg af reservedele, som ikke kan erhverves eller fremstilles udenom Deutz AG til brug for reovering og vedligehold af Deutz TCD 2015 motorer, samt at Deutz AG af de danske konkurrencemyndigheder er blevet påbudt at bringe overtrædelserne til ophør.

*at* dokumentere over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at Deutz AG har orienteret sine selvstændige forhandlere som anført senest den 11. juli 2013.

58 Det meddeles endvidere Deutz AG, at Deutz AG har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, ved i forlængelse af distributionsaftale med sin forhandler i Danmark, Diesel Motor Nordic A/S

*at* have indgået aftale med Diesel Motor Nordic A/S om, at Deutz AG skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz AG's forhandlernetværk, herunder Equipco B.V., til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer.

59 Deutz AG påbydes i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 24,

*at* bringe overtrædelsen, som beskrevet under punkt 58, til ophør og som led heri,

*at* afstå fra at indgå aftaler med Diesel Motor Nordic A/S eller sine øvrige forhandlere, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet under punkt 58.

60 Det meddeles endvidere Diesel Motor Nordic A/S, at Diesel Motor Nordic A/S har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, ved i forlængelse af sin distributionsaftale med Deutz AG,

*at* have indgået aftale med Deutz AG om, at Deutz AG skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz AG's forhandlernetværk, herunder Equipco B.V., til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer.

61 Diesel Motor Nordic A/S påbydes i medfør af konkurrencelovens § 6, stk. 4, 1. pkt., jf. § 16, og TEUF artikel 101, jf. konkurrencelovens § 24,

*at* bringe overtrædelsen, som beskrevet under punkt 60, til ophør og som led heri,

*at* afstå fra at indgå aftaler med Deutz AG, der har samme eller tilsvarende formål eller følge, som beskrevet under punkt 60.

62 Fristen for opfyldelse af disse påbud fastsættes til den 11. juli 2013.

### **3 SAGSFREMSTILLING**

#### **3.1 INDLEDNING**

63 Denne sag handler om, hvorvidt den tyske motorproducent Deutz AG (Deutz), ved at nægte at levere reservedele til IC3-dieselmotorer til den danske underleve-

randør til DSB, Fleco ApS (Fleco), har handlet i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

64 Sagen handler endvidere om, hvorvidt Deutz og Deutz' forhandler i Danmark, Diesel Motor Nordic A/S (DMN), har indgået en aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco B.V. i Nederlandene, til Fleco i Danmark, til brug for renoveringen af DSBs IC3-dieselmotorer, og derved har handlet i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

65 Sagen udspringer af en henvendelse fra Fleco, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen modtog i juli 2010, hvor Fleco indledningsvist klagede over en leveringsnægtelse af reservedele fra Deutz til brug for en renoveringsopgave af DSBs IC3-tog, som Fleco skulle levere reservedele til i samarbejde med et konsortium bestående af i alt fire virksomheder.

66 På baggrund af Flecøs henvendelse foretog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kontrolundersøgelser i marts 2011, i samarbejde med konkurrencemyndighederne i Tyskland, Sverige og Nederlandene. Kontrolundersøgelser blev foretaget hos blandt andre Deutz og flere af Deutz' samhandelspartnere, herunder DMN og Equipco.

67 Kontrolundersøgelserne og den efterfølgende sikring af data i Tyskland, Sverige og Nederlandene blev foretaget af de nationale konkurrencemyndigheder og i henhold til gældende ret i de tre lande. De regler og procedurer, som følger af den danske konkurrencelov, blev således ikke fulgt i forbindelse med disse tre kontrolundersøgelser, men de procedurer som følger af gældende ret i de tre lande. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har efterfølgende modtaget materiale indhentet på kontrolundersøgelserne i disse lande, i overensstemmelse med reglerne i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelsen af konkurrencereglerne i Traktatens artikel 81 og 82 [TEUF artikel 101 og 102].

68 Sagsfremstillingen indeholder en beskrivelse af de relevante aktører samt det relevante marked. Sagsfremstillingen indeholder endvidere en beskrivelse af de involverede virksomheders adfærd under og omkring leveringsnægtelsen. Sagsfremstillingen indeholder endelig en beskrivelse af det aftaleforhold, der eksisterer mellem Deutz og enkelte af Deutz' forhandlere.

### 3.2 AKTØRERNE

69 Sagens aktører er først og fremmest Fleco og Deutz. Herudover er relevante aktører DMN (autoriseret Deutz forhandler i Skandinavien med adresser i henholdsvis Sverige og Danmark), Equipco (autoriseret Deutz forhandler i Nederlandene), DSB samt de øvrige selskaber i det konsortium, der skulle udføre renoveringsopgaven for DSB.

#### *Fleco*

70 Fleco er en danskejet virksomhed, der blev stiftet i 2003 af en forhenværende direktør i Deutz Danmark. Virksomheden er specialiseret i salg af reservedele til og servicering af dieselmotorer, herunder Deutzmotorer hos kunder i Danmark og i udlandet. Flecøs nuværende direktør og eneanpartshaver, [NAVN], har ligeledes en fortid hos Deutz Danmark. Fleco har gennem en årrække været fast kunde hos

Deutz gennem Deutz' forhandlere. Fleco har i perioden 2003 og til dato haft en betydelig samhandel med Deutz gennem Deutz' forhandlere. For årene 2008-2010 har Fleco i gennemsnit handlet for cirka [XX] kr. p.a. hos Deutz forhandlere i Danmark og i andre lande.<sup>1</sup> De seneste 2 år har Fleco været blandt de 10 største kunder i Danmark hos den danske autoriserede Deutz-forhandler (DMN). Deutz og DMN har i deres distributionsaftale aftalt, at leverancer til Fleco skal ske gennem DMN, se også afsnit 3.4.1.

### **DEUTZ**

...

### **Diesel Motor Nordic**

...

### **Equipco**

79 Equipco er Deutz' officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutzmotorer i Nederlandene og Belgien. Equipco har kontorer i Ridderkerk i Nederlandene samt i Antwerpen i Belgien.

80 Equipco varetager – ligesom DMN – såvel salg af nye motorer som reservedele og servicearbejde.

### **DSB**

81 DSB er en selvstændig statsligt ejet virksomhed med en årlig omsætning på ca. 10 milliarder kr. DSB består af en modervirksomhed med en række linjeenheder, der ledes af hver sin direktør samt to selvstændige aktieselskaber, DSB S-tog A/S samt DSB Vedligehold A/S. DSB beskæftiger samlet ca. 9.300 personer. DSB Vedligehold A/S, som bl.a. varetager opgaven med at vedligeholde og reparere DSBs IC3-tog, har 1.400 ansatte.

82 DSB har 96 IC3-togsæt med i alt 404 af de for denne sag relevante motorer og er – ifølge DSBs oplysninger – dermed en af verdens største "end-user" kunder, hvad angår reservedele til Deutz-motorer.

### **Øvrige deltagere i konsortiet**

83 De øvrige virksomheder, der skulle levere reservedele til reoveringen af DSBs IC3-tog, var:

- [VIRKSOMHED 1]
- [VIRKSOMHED 2]
- [VIRKSOMHED 3]

### **3.3 MARKEDSBESKRIVELSE**

84 I det følgende beskrives de markeder, som sagens aktører agerer på. De markeder, der har betydning for denne sag, omhandler flere produkter og ydelser. Beskrivelsen tager sit udgangspunkt i det overordnede produkt, som er udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug. I tilknytning hertil omhandler sagen reservedele til samt servicering af dieselmotorer til industrielt brug. Disse

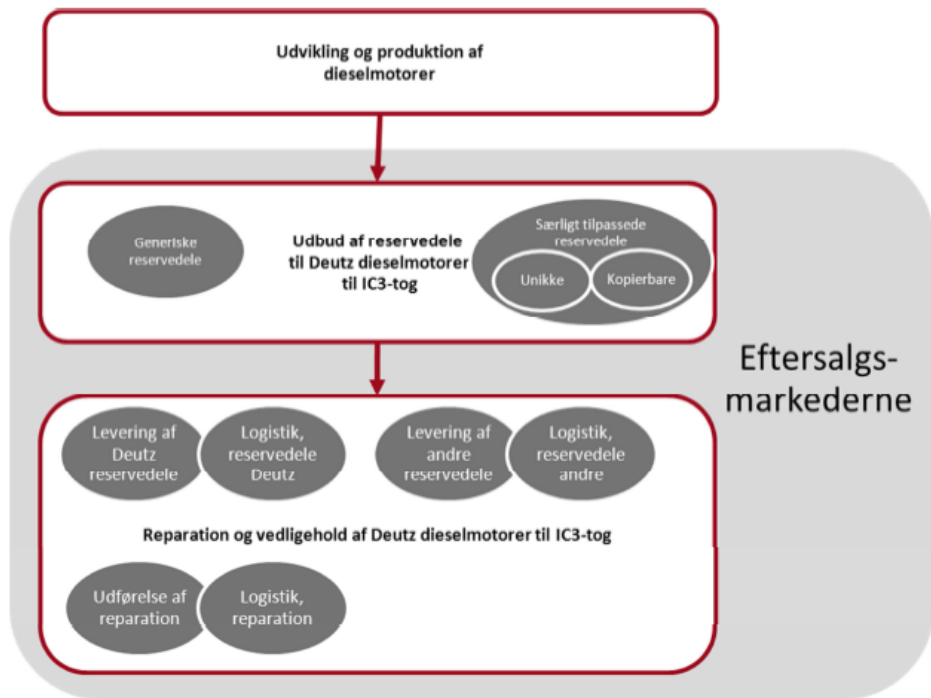
---

<sup>1</sup> Bilag 1. Oversigt over Flecós samhandel og køb af Deutz reservedele fra 2003-2010.

<sup>2</sup> [udeladt]

ydelse kan samlet betegnes som "efter markedet". Markederne kan følges illustreres, jf. figur 2 nedenfor.

**Figur 2: Overblik over markederne**



85 Nedenfor følger en beskrivelse af de markeder, der har betydning for denne sag. Afsnit 3.3.1 indeholder en kort beskrivelse af markedet for produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug, samt en teknisk beskrivelse af Deutz' TCD2015 motor, som er den motor sagen handler om. Herefter følger i afsnit 3.3.2 en beskrivelse af eftersalgsmark[e]derne, samt de delydelser, der knytter sig til servicering af TCD2015 motoren. Endelig beskrives i afsnit 3.3.3 de handelsmø[n]stre, der gælder på markederne.

### 3.3.1 Udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug

86 Markedet for udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug består af en række aktører, på verdensplan omkring 20, der alle udvikler og producerer dieselmotorer. Af store aktører kan – foruden tyske Deutz – ligeledes nævnes tyske MAN diesel og Mercedes-Benz, svenske Scania og Volvo-Penta, britiske Perkins, amerikanske CAT og Cummins samt IVECO, der er en del af den italienske Fiat Motor Group, der blandt andet har leveret motorer til DSBs IC2- og IC4-tog.

87 Dieselmotorer til industrielt brug finder anvendelse indenfor en lang række industrier. Foruden togindustrien endvidere også bil-, marine-, luftfarts-, landbrugs- og entreprenørindustriene.

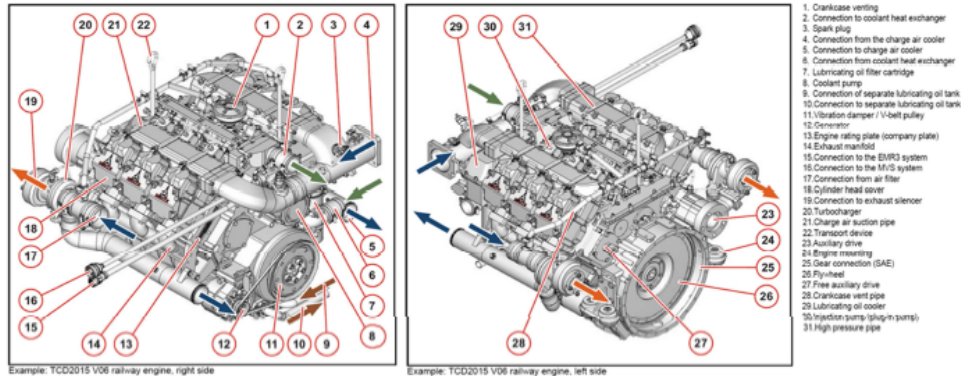
#### 3.3.1.1 Motoren (Deutz TCD 2015)

88 Den dieselmotor, der er genstand for denne sag, er en såkaldt Deutz Engines Type TCD 2015 (TCD 2015). Motoren er en variant af Deutz standard 2015 motor, der er en V-motor med 6 eller 8 cylindre, der yder en effekt på 294 kW. TCD 2015 motoren benyttes som standard i både lastbiler, gaffeltrucks samt tog. Den konkrete motor er imidlertid specialudviklet til DSBs IC3-tog og er således unik. Eksempelvis har DSBs motor fået monteret en ekstra turbolader, således at der på DSBs



IC3- motor er to turboladere i stedet for en. Herudover er turboladerne sænket, brændstofpumpen er flyttet, ligesom blandt andet stempler og motorblok er tilpasset.

Figur 3: Eksempel på Deutz TCD 2015 dieselmotor



89 Selve motoren består af flere end 1.000 komponenter eller reservedele. Komponenterne kan overordnet opdeles i to kategorier; henholdsvis generiske og særligt tilpassede. De generiske reservedele er reservedele, der findes i forvejen, og som kan anvendes til mange forskellige formål. Tilsvarende kan de anvendes i mange forskellige motorer, herunder også forskellige mærker, og kan endvidere produceres af mange forskellige aktører. Eksempler på generiske reservedele er skruer, bolte, møtrikker, beslag, bøsninger, spændebånd mv.

90 De særligt tilpassede reservedele er reservedele, der, som betegnelsen antyder, er specialudviklet eller særligt tilpasset IC3-motorernes specifikationer. De kan derfor ikke anvendes i andre motorer. De særligt tilpassede reservedele kan yderligere opdeles i to kategorier; henholdsvis kopierbare og unikke. Eksempler på unikke reservedele er vand- og oliepumper, motorblokke, krumtappe, knastakslers samt diverse slangestykker, der i dimension og gummisammensætning er udviklet specielt til eller af Deutz.

91 Denne opdeling er nødvendig at foretage, idet visse af de særligt tilpassede reservedele kan kopieres af alternative fabrikanter, der således kan producere reservedele, der er "funktionelt identiske" med de reservedele, der er udviklet af eller til Deutz. Andre reservedele kan af forskellige årsager ikke kopieres. Disse reservedele er dermed unikke.

92 DSB oplyser i den sammenhæng, at der efter DSBs opfattelse er flere af de tilpassede reservedele, hvor det kun er muligt at benytte originale Deutz reservedele. Interviews med flere aktører på eftersalgsmarkedet bekræfter denne oplysning. Der henvises til punkt 119-120 nedenfor.<sup>3</sup> DSB nævner blandt andet motorblokke, knastakslers, krumtappe og ventilløftere som eksempler på unikke reservedele, der skal være originale fra Deutz.<sup>4</sup>

93 DMN vurderer, jf. punkt 213 nedenfor, at omkring 30 pct. af de reservedele, der skal benyttes til den samlede renoveringsopgave, er unikke reservedele, som ikke kan skaffes andre steder fra:

<sup>3</sup> Bilag 76, interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.

<sup>4</sup> Bilag 4, referat af telefonsamtale med DSB den 19. april 2012.

*"[...] In accordance with [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits."*

94 Tilsvarende vurderer Deutz, jf. nedenstående punkt 222, at der er reservedele, hvor der ikke eksisterer kopiproducenter eller alternative leverandører:

*"[...] [NAVN] hat noch mal unterstrichen, dass wir am Anfang des Jahres für alle diese teile Alternativlieferanten gesucht haben [...] und wir keine gefunden haben!*

*Die Teile sind nicht angefragt and es gibt keine Nachbauer [...]"<sup>5</sup>*

*[NAVN] har endnu en gang understreget, at vi i begyndelsen af året har forsøgt at finde alternative leverandører af alle disse dele [...] og vi har ikke fundet nogen!*

*Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent.<sup>6</sup>*

**Figur 4: Opdeling af reservedele**



95 De tilpassede reservedele til motoren produceres enten af Deutz selv eller af tredjemand på ordre fra Deutz. I praksis foregår det ved, at Deutz, når de har udviklet en reservedel, fremsender specifikationer på den pågældende reservedel til en række producenter. Den producent, der giver det bedste tilbud, får en ordre på at producere reservedelen. Det betyder, at der i visse tilfælde kun findes en producent af hver enkelt reservedel, mens det i andre tilfælde, jf. ovenfor, vil være muligt for andre producenter at kopiere reservedelen. Denne produktionsmetode benyttes også af andre motorproducenter.

96 Komponenterne identificeres herefter via et serienummer. Da en lang række af komponenterne til DSBs IC3-motor er specialudviklet eller særligt tilpasset, jf. ovenstående, vil forespørgsler på disse komponenter entydigt vise slutkunders identitet (i den konkrete sag DSB).<sup>7</sup>

### 3.3.1.2 Mulighed for at kopiere tilpassede reservedele

97 De særligt tilpassede reservedele kan, som udgangspunkt, kun erhverves via Deutz eller en producent, der producerer for Deutz. Ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oplysninger<sup>8</sup> vil det dog – under visse omstændigheder – være

<sup>5</sup> Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

<sup>6</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>7</sup> Bilag 2, notat af 24. november 2010 fra Fleco til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, side 3.

<sup>8</sup> Bilag 5, referat af telefonsamtale med Aktieselskabet Carl Christensen den 17. april 2012 bilag 4, referat af telefonsamtale med DSB den 19. april 2012 og bilag 78, svar fra DSB på spørgsmål fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, november 2012.

muligt at kopiere visse af de særligt tilpassede reservedele. Dermed kan det være muligt at skaffe visse reservedele – om end i uoriginal stand – fra alternative producenter.

98 Hvorvidt det er muligt at kopiere de særligt tilpassede reservedele, afhænger af, (i) om det lovligt lader sig gøre at kopiere reservedelene (nogle kan være beskyttet af patentrettigheder), (ii) om det er sikkerhedsmæssigt forsvarligt at benytte kopier, (iii) om det er økonomisk rentabelt at producere kopier samt endelig (iv) om det rent praktisk lader sig gøre at kopiere reservedelene.

*Ad (i) Er det lovligt at kopiere?*

99 Når en motorproducent får produceret reservedele hos en reservedelesproducent, kan det ske ved, at reservedelsproducenten afholder udviklingsomkostningerne til nye reservedele. I det tilfælde opnår reservedelsproducenten en tidsbestemt eksklusiv ret til at producere den specifikke reservedel. Når perioden udløber, kan motorproducenten få produceret reservedelen hos alternative reservedelsproducenter. Det kan også ske ved, at det er motorproducenten, der afholder udviklingsomkostningerne. I det tilfælde har motorproducenten rettighederne til reservedelen. I begge tilfælde vil reservedelene i original stand kun blive produceret hos én producent.

100 I nogle tilfælde er reservedelene immaterialretligt beskyttet. I disse tilfælde vil kopiering være ulovlig. I andre tilfælde findes ingen immaterialretslig beskyttelse af reservedelene. Det er således – i disse tilfælde – muligt for alternative producenter at kopiere reservedelene, hvis det er praktisk muligt og rentabelt. Efter det oplyste er der ikke nogen af de for sagen relevante reservedele, der er rettighedsbeskyttet.

*Ad (ii) Er det sikkerhedsmæssigt forsvarligt at kopiere?*

101 Der er ikke noget lovgivningsmæssigt til hinder for, at en virksomhed benytter uoriginale reservedele (kopier) til reparation og vedligehold. Mange virksomheder, herunder også DSB, har dog den politik, at visse – for sikkerheden essentielle – dele skal være originale. Disse dele vil oftest være dele, der vurderes at være vitale for driften af motoren. Delene udvælges ud fra en vurdering af den sikkerhedsmæssige risiko forbundet ved, at reservedelen skulle gå i stykker. Det omfatter ifølge DSB blandt andet motorblokke, knastaksler og krumtappe.

102 Hvis en bruger alligevel vælger at anvende kopierede reservedele, anses dette som en afvigelse fra vedligeholdelsesforskriften for motoren. Anvendelse af kopier skal derfor vurderes og godkendes før anvendelse. Processen for godkendelse og vurdering er baseret på myndighedernes (Trafikstyrelsens) krav.

103 Hos DSB vurderes alle ændringer ændringer på toget efter en såkaldt CSM (Common Safety Method) [DSBs interne sikkerhedsprocedure]

104 [DSBs interne sikkerhedsprocedure, fortsat]

105 [DSBs interne sikkerhedsprocedure, fortsat]

106 Hvis der benyttes kopierede reservedele, og der efterfølgende sker uheld, skal DSB over for myndighederne (Trafikstyrelsen og Havarikommissionen) kunne bevise, at den benyttede kopi har været identisk med originalen.

*Ad (iii) Er det økonomisk rentabelt for en ny producent at producere kopier?*

107 Der er et stort udviklingsarbejde forbundet ved at kopiere en reservedel. Dette gælder især ved reservedele, hvor vigtigheden af, at reservedelen er 100 pct. identisk med den originale, er stor. Det betyder, at der skal produceres relativt store mængder af reservedelene, før det er økonomisk rentabelt at opstarte en produktion.

108 DMN oplyser i den sammenhæng, at det er meget vanskeligt for en ny producent at starte en produktion af reservedele op. DMN oplyser eksempelvis følgende i forhold til efterspørgselssituationen i 2010:

*”Som nævnt på mødet steg efterspørgslen efter komponenter pludseligt uventet og dramatisk. Det var derfor vanskeligt for Deutz inden for ganske kort tid at finde nye, egnede underleverandører, der med de kvalitetsstandarder, som Deutz nu engang krævede, var i stand til og/eller ønskede at påbegynde en produktion af komponenter til Deutz’ nyproduktion af motorer eller reservedelssalg”<sup>9</sup>*

109 Dette skyldes ifølge DMN primært tre forhold: (i) reservedelene er komplicerede produkter, (ii) der kræves en lang indkøringsperiode, før en ny producent vil være i stand til at få testet og produceret produkterne og (iii) der skal en meget stor mængde reservedele til, for at det kan betale sig for en ny underleverandør at starte en produktion op.<sup>10</sup>

*Ad (iv) Er det praktisk muligt at kopiere?*

110 Endelig gælder, at det ikke for alle reservedeles vedkommende er praktisk muligt at kopiere disse. Visse reservedele vil være så specifikke, at kopiering ikke er mulig, medmindre producenten har adgang til de præcise specifikationer. Dette kan eksempelvis være oplysninger omkring metallegeringer, gummisammensætninger eller komposit (materiale, der er sammensat af flere forskellige materialer for derved at opnå bedre egenskaber).

### **3.3.1.3 Deutz’ bemærkninger til reservedele**

111 Deutz oplyser, at såfremt en reservedel skal være unik, skal det ikke være realistisk muligt at skaffe reservedelen andetsteds end gennem Deutz’ forhandlernetværk. Dette kan ifølge Deutz være, hvis eksempelvis (i) omkostningerne ved at benytte små mængder reservedele er urimelig høje eller (ii) reservedelen er beskyttet af immaterielle rettigheder. Efter Deutz’ opfattelse er der ikke nogen reservedele til TCD2015 motoren, som dette gælder for. Deutz anfører således:

*”In order to characterise spare part as “unique”, it should be impossible to realistically source the said spare part anywhere else than a Deutz dealership. This is for instance the case when the costs of using spare parts in small batches is unreasonably high, or IP protection prevents people from duplicating existing designs. From Deutz AG’s perspective, there are no spare parts that would fall into these categories regarding the TCD 2015 engine.”<sup>11</sup>*

<sup>9</sup> Bilag 7, DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

<sup>10</sup> Bilag 6, referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

<sup>11</sup> Bilag 71, Deutz’ bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 21. september 2012.

112 Deutz har anmodet om, at det markedstestes, hvorvidt de reservedele, der er relevante for denne sag, kan erhverves andre steder end via Deutz' og Deutz' forhandlernetværk. Deutz har i den forbindelse fremsendt en liste med forskellige reservedele; dels reservedele som Deutz monitorerede, dels andre – ifølge Deutz – typiske reservedele. Deutz har endvidere fremsendt en liste med forhandlere, der er aktive i eftermarkedet, samt en liste, hvor reservedelene er "parret" med forhandlerne. Deutz har anbefalet, at:

*"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen spørger alle forhandlere listet i excelarket med kontaktoplysninger om alle reservedele listet i excelarket med reservedele"*<sup>12</sup>

113 Formålet med denne markedstest skulle være at undersøge, hvorvidt der er reservedele til TCD2015 motoren, der er unikke, eller om alle reservedele kan erhverves via alternative forsyningskanaler.

114 Listen med reservedele, fremsendt af Deutz, indeholder 88 nummererede reservedele. Af de 88 nummererede reservedele er tre identiske med reservedele, som Deutz, ifølge materialet fundet på kontrolundersøgelsen, blokerede. Der henvises til punkt 216 og 217. Listen indeholder ikke eksempler på nogen af de reservedele, som jf. punkt 90 er typiske eksempler på unikke reservedele.

115 Listen med forhandlere, der ifølge Deutz er aktive i eftermarkedet med salg af reservedele til TCD2015 motoren, og som Deutz har anmodet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen om at markedsteste, indeholder virksomheder, der ikke er aktive i eftersalgsmarkedet. Eksempelvis har FTZ Autodele Værktøj A/S, der ifølge Deutz' skulle være forhandler af 64 af de 88 reservedele på Deutz' liste, over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, oplyst at:

*"FTZ sælger reservedele til personbiler, ikke til større industrimotorer. FTZ har ikke kendskab til det marked. FTZ sælger kun en enkelt motor, som blandt andet anvendes i personbilerne af mærket Ford Focus"*<sup>13</sup>

116 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke fulgt Deutz' forslag til metode for markedstest af reservedele. Dette skyldes, at en markedstest af de 88 reservedele vil være en markedstest af en række reservedele, der ikke nødvendigvis er relevante for denne sag.

117 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i stedet taget kontakt til en række af de virksomheder, som Deutz har anført, er aktører på eftersalgsmarkedet. Det drejer sig om følgende virksomheder: FTZ Autodele Værktøj A/S, Berg & Larsen A/S, Petersen og Sørensen Group, PJ Diesel Engineering A/S, Scan Parts ApS, BG Service Center og Wärtsilä Danmark A/S.

118 Styrelsen har stillet virksomhederne en række spørgsmål om reservedele, samt handel med reservedele, til dieselmotorer til industrielt brug med henblik på at verificere, om styrelsens opdeling af reservedele, jf. punkt 89-96, herunder at de reservedele som styrelsen, jf. punkt 90 anfører som unikke reservedele, er i overensstemmelse med virkeligheden.

<sup>12</sup> Bilag 74, e-mail fra Deutz inklusive bilag af 13. november 2012.

<sup>13</sup> Bilag 76, interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.

119 Det fremgår sammenfattende af disse interviews, at:

- Reservedele til dieselmotorer til industrielt brug kan opdeles i generiske reservedele samt særligt tilpassede. De særligt tilpassede reservedele kan endvidere opdeles i reservedele, der kan kopieres samt reservedele, der ikke kan.
- De særligt tilpassede reservedele, der ikke kan kopieres, vil være unikke i den forstand, at de udelukkende kan erhverves via motorproducenten eller via en eventuelt bagvedliggende producent.

120 Det fremgår uddybende, at:

- De adspurgte virksomheder mener at ville have været i stand til at levere de fleste af de reservedele, der skal benyttes til TCD2015 motorene.
- Levering af visse reservedele dog forudsætter, at reservedelene kan skaffes via motorproducenten eller den bagvedliggende reservedelsproducent.
- Visse reservedele kan leveres som kopier eller uoriginale reservedele. I de tilfælde findes der mange kanaler at erhverve reservedelene gennem.
- Visse reservedele dog skal være originale. Disse kan kun erhverves hos motorproducenten eller den bagvedliggende reservedelsproducent. Der er således kun én forsyningskanal til disse reservedele.
- Det ikke nødvendigvis er ulovligt at anvende kopierede reservedele, men det strider mod al sund fornuft at anvende kopierede reservedele. Dette skyldes, at der er alt for stor usikkerhed forbundet med at anvende kopierede reservedele. Bruges kopierede reservedele, er man heller ikke beskyttet mod haveri, og forsikring dækker ikke.
- Visse reservedele af forskellige årsager ikke kan kopieres. Det kræver eksakt viden om reservedelen, før det overhovedet er muligt. Fx skal der være adgang til tekniske tegninger og specifikationer (dimensioner, metallegninger, komposit, gummisammensætninger mv.), før der kan produceres en identisk reservedel.
- Det kræver store ressourcer til udvikling og test, før man kan starte en produktion, selv hvis man har ovennævnte oplysninger. Man skal være helt sikker på, at kopien opfylder samme krav som den originale del. Det betyder også, at der skal produceres store mængder, før det er rentabelt.
- Der er visse reservedele, som det er helt utænkeligt at få kopieret. Det gælder blandt andet motorblok, krumtap, knastaksler samt olie- og vandpumper.
- Det eksempelvis er helt utænkeligt at source en motorblok andet sted end hos motorproducenten. Det kan ikke afvises, at man kan finde en producent, der vil kopiere en motorblok. Men der ville være alt for store risici forbundet med at benytte den. Blandt andet fordi man aldrig kan være sikker på, at den kopierede opfylder samme krav som den originale.

- En dieselmotor til industrielt brug er meget kompliceret. Man får optimal ydelse og størst driftssikkerhed, når man bruger originale reservedele. Brug af kopier kan resultere i dyre reparationer.
- Selv hvis reservedelen kan kopieres, kan sikkerhedsrisikoen ofte spille ind, således at der kræves originale reservedele. Dette gælder i høj grad i forhold til reservedele til flymotorer, men det kan også være tilfældet i forhold til fx tog-motorer.
- Der for de fleste dele vil være alternative producenter, hvis motoren er en standardmotor. I de tilfælde vil der være økonomi i at producere kopier eller alternative reservedele.
- Der godt kan være dele, som det ikke vil være muligt at fremskaffe udenom motorproducenten, hvis motoren er specialfremstillet eller modificeret. De dele, der er specialudviklet eller tilpasset, vil ikke være tilgængelige på det frie marked.

### 3.3.2 Eftermarkedet

121 "Efter markedet" består af en lang række delydelser, der alle knytter sig til servicering af dieselmotorer.

122 Disse ydelser tæller:

- Udbud af reservedele (generiske og særligt tilpassede, herunder kopierbare og unikke)
- Levering af reservedele (generiske og særligt tilpassede, herunder kopierbare og unikke)
- Udførelse af reparationsarbejde på motoren, der, efter Deutz' oplysninger, yderligere kan opdeles i:
  1. *Generel vedligeholdelse eller service*: Den løbende vedligeholdelse af en motor.
  2. *Renovering*: Mere omfattende arbejde, hvor motoren undersøges grundigere.
  3. *Revision/overhaul*: Motoren bringes til en "så god som ny" tilstand. Denne type service kan gøres tre til fem gange i en motors levetid. Prisen for revision er sammenlignelig med prisen for en ny motor.
  4. *x-change/rebuild af motor*: Motoren byttes med en revideret motor på fabrikken. Motoren bringes også her til en "så god som ny" tilstand, men er endvidere opdateret med nye teknologier. Prisen for en exchangemotor er sammenlignelig med en ny motor.
- Logistik omkring indkøb af reservedele samt udførelse af renovering. Reservedelene kommer fra mange forskellige producenter, der har forskellige priser, leveringstider og andre leveringsbetingelser. Logistikydelser har en

økonomisk værdi, der er knyttet til indkøbet af reservedele og styring af leverancerne. Lave priser, lave lageromkostninger og sikkerhed for levering er værdiskabende faktorer, der begrundes, at logistikydelsen koster penge.

123 Herudover har DSB over for styrelsen oplyst, at virksomheden ikke har et kendskab til reservedelsmarkedet, således at virksomheden selv kan købe reservedelene hos producenterne.<sup>14</sup> Det er endvidere nødvendigt at have adgang til en række underleverandører, der har viden om, hvor de forskellige reservedele kan skaffes.

### 3.3.2.1 Aktørerne på eftersalgsmarkedet

124 Aktørerne på eftersalgsmarkedet omfatter en række *produktionsvirksomheder*, herunder motorproducenter såsom Deutz, samt producenter af reservedele, såsom eksempelvis Bosch, Mahle, Kolben Smith og Federal Mongul. Aktørerne tæller endvidere en række *servicevirksomheder* herunder Deutz' forhandlernetværk, inklusive blandt andre DMN og Equipco, og underforhandlere som Fleco samt de øvrige virksomheder i konsortiet. Herudover udøver Deutz også selv servicevirksomhed.

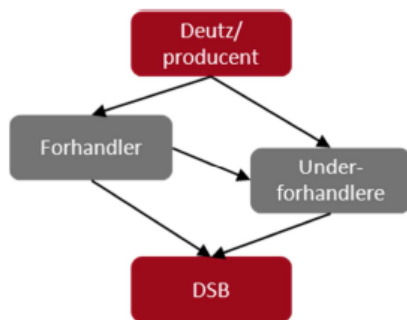
125 Fælles for aktørerne, hvad enten de er produktionsvirksomheder eller servicevirksomheder, er, at de alle producerer eller leverer delydelser, der efterspørges i forbindelse med motorrenovering.

126 Når man skal foretage en større renovering af en motor, har man behov for at få leveret flere ydelser. Det er ikke nødvendigvis samme aktør, der leverer samtlige ydelser. I visse tilfælde vil det være muligt for motorejeren at "levere" visse af ydelserne selv. I den konkrete sag vil det eksempelvis være Deutz og Deutz' producenter, der producerer reservedelene, samt Fleco, og de øvrige deltagere i konsortiet, der står for at source og levere reservedelene, mens DSB selv står for selve udførelsen af renoveringen.

### 3.3.3 Handelsmønstre

127 Handlen med Deutz dieselmotorer og komponenter til Deutz dieselmotorer udgør en værdikæde af Deutz, uafhængige producenter (leverandører), forhandlere, underforhandlere og slutbrugere. De enkelte aktørers handel med hinanden fremgår af figur 5 nedenfor.

Figur 5: Handelsmønstre



<sup>14</sup> Bilag 3, referat fra møde med DSB den 11. november 2011, samt bilag 77, referat fra møde med DSB den 31. oktober 2012.



128 Det centrale led i værdikæden udgøres af *motorproducenten*, i den konkrete sag Deutz. Det er i dette led, at motorerne udvikles og produceres. Deutz producerer, som tidligere nævnt, imidlertid ikke samtlige komponenter til deres motorer på egne fabrikker. Visse komponenter produceres af *uafhængige producenter*, der herefter leverer komponenterne til Deutz, der samler dem til færdige motorer.

129 Motorproducenterne producerer endvidere reservedele til brug for reparation og vedligehold af motorerne. Tilsvarende producerer de uafhængige producenter, eksempelvis Bosch, Mahle, Beru System, Federal Mogul, Borg Warner og Kolbenschmidt, reservedele. I denne sammenhæng skelnes mellem unikke reservedele og generiske reservedele, jf. punkt 89-90 ovenfor.

130 Næste led i værdikæden er Deutz' *forhandlernetværk*, der består ca. 250 forhandlere og servicepartnere i Europa, jf. punkt 9. Virksomhederne i forhandlernetværket får enten deres varer direkte fra Deutz' fabrikker eller fra en af de uafhængige producenter.

131 Forhandlernetværkets opgave er at servicere de kunder, der efterspørger Deutz' produkter. Disse kunder kan enten være underforhandlere, som eksempelvis Fleco eller de øvrige virksomheder i konsortiet, eller slutbrugere, som eksempelvis DSB. Det betyder i praksis, at kunderne sjældent handler direkte med Deutz, men derimod oftest gennem Deutz' forhandlernetværk.

132 Virksomhederne i forhandlernetværket tildeles et geografisk område, hvor de indtager en "eneretslignende" stilling. Således må Equipco ikke udbyde services uden for Nederlandene uden godkendelse fra Deutz. Tilsvarende må DMN ikke udbyde services udenfor Skandinavien.

133 Næste led i værdikæden består af en række *underforhandlere*. Disse underleverandører er virksomheder, der ikke er en del af forhandlernetværket, men som alligevel sælger Deutz' produkter til slutbrugerne.

134 Underleverandørerne handler på vegne af slutbrugerne, idet disse – som nævnt ovenfor – oftest ikke har det fornødne detailkendskab til branchen. Underleverandørerne har endvidere en opgave i at styre indkøbsprocesserne, således at de mange reservedele, der produceres af en lang række forskellige producenter, leveres til slutbrugeren i den rette rækkefølge. Således udfører underleverandørerne også et vigtigt logistisk arbejde for slutbrugeren, jf. også punkt 122.

135 Underleverandørerne får deres produkter enten via Deutz' forhandlernetværk eller direkte hos Deutz' uafhængige producenter. Underleverandørerne vil således i nogle tilfælde være konkurrenter til forhandlerne, idet de begge leverer produkter til samme slutbrugere. I andre tilfælde vil underleverandørerne være samhandelspartnere med forhandlerne, idet underleverandøren køber komponenter hos forhandlernetværket.

136 Deutz' forhandlere har i deres distributionsaftaler en eksklusiv ret til at forhandle Deutz' produkter inden for et geografisk afgrænset område. Det fremgår endvidere af distributionsaftalerne, at forhandlerne ikke aktivt må sælge uden for deres territorium, fx ved at opsøge kunder, jf. punkt 3.4 nedenfor. Som følge heraf vil underleverandørerne være konkurrenter til de forhandlere, der befinder sig i samme geografiske område som dem selv samt samhandelspartnere med de for-

handlere, der befinder sig i andre områder. I den konkrete sag vil Fleco således være konkurrent til DMN og samhandelspartner til Equipco.

137 Det sidste led i værdikæden består af slutbrugerne. Slutbrugerne handler oftest via Deutz' forhandlernetværk eller gennem underleverandører. I enkelte tilfælde handler slutbrugerne direkte med producenterne, mens slutkunden i andre tilfælde vil overlade indkøb til andre.

### 3.3.3.1 Handel med reservedele

138 I beskrivelsen af den handel, der finder sted med reservedelene til motoren, skal der skelnes mellem henholdsvis særligt tilpassede reservedele, herunder unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz<sup>15</sup>, og generiske reservedele, der kan erhverves via flere forskellige producenter.

139 *De generiske reservedele* kan, jf. punkt 89, anvendes i mange forskellige motorer, herunder også forskellige mærker, og kan tilsvarende produceres af mange forskellige aktører. Det betyder, at det er muligt for nye virksomheder at etablere sig på markedet for udbud af disse reservedele. Markedet er således kendetegnet ved virksom konkurrence.

140 *De tilpassede reservedele* er derimod, jf. punkt 90, specialudviklet, henholdsvis særligt tilpasset, TCD2015 motorens specifikationer, og finder ikke anvendelse andetsteds end i den konkrete motor. Reservedelene produceres af Deutz eller af uafhængige producenter på ordre fra Deutz.

141 Da de tilpassede reservedele originalt kun produceres af en specifik producent, er handlen med disse reservedele dermed ikke præget af den samme virksomme konkurrence, som det er tilfældet med handelen med de generiske.

142 Det betyder, at virksomheder, der efterspørger disse reservedele, er afhængige af levering fra enten Deutz, Deutz' producenter eller Deutz' forhandlernetværk, medmindre reservedelene kan kopieres. Det fremgår af afsnit 3.3.1.2 samt punkt 119-120, at der findes reservedele, som, af forskellige årsager, ikke kan kopieres.

### 3.3.3.2 Sammenfatning

143 Det fremgår sammenfattende af ovenstående, at der er stor forskel på, hvordan reservedele til TCD2015 motoren tilvejebringes. Nogle reservedele er generiske og kan tilvejebringes via en lang række producenter eller forhandlere. Andre reservedele er særligt tilpasset TCD2015 motoren og kan derfor – som udgangspunkt – udelukkende tilvejebringes via Deutz eller Deutz' forhandlernetværk. Det skyldes, at disse reservedele er udviklet og produceret enten af Deutz eller på ordre for Deutz. De tilpassede reservedele kan endvidere opdeles i reservedele, der kan kopieres og reservedele, der ikke kan. De reservedele, der kan kopieres, kan erhverves gennem flere forsyningskanaler, mens de reservedele, der ikke kan kopieres, udelukkende kan erhverves via Deutz. De reservedele, der ikke kan kopieres, er derfor unikke reservedele.

144 Muligheden for kopiering – og anvendelse af kopier – afhænger af flere forhold, jf. afsnit 3.3.1.2 ovenfor. Der vil være reservedele, hvor sikkerhedsmæssige

---

<sup>15</sup> Med formuleringen "*der kun kan erhverves via Deutz*" menes via kanaler, der er kontrolleret af Deutz. Det vil sige Deutz selv, Deutz' forhandlernetværk samt de producenter, der producerer for Deutz.

hensyn forhindrer benyttelse af kopireservedele. Det vil endvidere være reservedele, hvor manglende kendskab til reservedelens eksakte specifikationer umuliggør kopiering. Der vil endeligt være reservedele, hvor det økonomisk ikke er rentabelt at opstarte en produktion.

145 Denne skelnen mellem typer af reservedele gælder – ifølge styrelsens oplysninger - generelt for reservedele til motorer.<sup>16</sup> Det er således ikke et særligt kendetegn for Deutz' motorer, at der skelnes mellem generiske og kopierbare reservedele på den ene side og unikke reservedele på den anden side.

### **3.4 DISTRIBUTIONSAFTALER MELLEM DEUTZ OG DERES FORHANDLERE**

146 I de følgende afsnit beskrives de distributionsaftaler, som er indgået henholdsvis mellem Deutz og DMN samt mellem Deutz og Equipco. Distributionsaftalerne giver DMN og Equipco en eksklusiv ret til at forhandle Deutz' produkter i et bestemt geografisk område.

#### **3.4.1 Distributionsaftale mellem Deutz og DMN**

147 DMNs rettigheder og forpligtelser som importør og grossist for Deutz er overordnet fastlagt ved en distributionsaftale, som er underskrevet af parterne den 20. december 2004, med senere ændringer af henholdsvis 11. februar 2008, 16. marts 2010 og 14. september 2010, jf. bilag 8-11.

148 Det fremgår af distributionsaftalen med tilhørende bilag, at DMN har en eksklusiv ret til at forhandle Deutz' produkter til kunder i Danmark.

149 Det fremgår således, at den eksklusive ret for DMN (DISTRIBUTØR) til at forhandle Deutz' produkter i distributionsaftalen er geografisk afgrænset til Danmark. Følgende fremgår af punkt 1.1 i distributionsaftalen, som har overskriften "Subject matter of this Distributor Agreement":

[Uddrag fra distributionsaftale]

150 Endvidere fremgår af distributionsaftalens punkt 2.1, at [...INFORMATION OM DISTRIBUTIONSAFTALE]. Følgende fremgår af punkt 2.1 i distributionsaftalen:

[Uddrag fra distributionsaftale]

151 [INFORMATION OM DISTRIBUTIONSAFTALE].

#### **3.4.2 Distributionsaftale mellem Deutz og Equipco**

152 Equipcos rettigheder og forpligtelser som importør og grossist for Deutz er overordnet fastlagt ved en distributionsaftale, som er underskrevet af parterne den 23. marts 2009, jf. bilag 79.

153 Eneretten til at forhandle Deutz' produkter er geografisk afgrænset i distributionsaftalens punkt 1 og i "Annex II" til distributionsaftalen er territoriet afgrænset til Nederlandene.

---

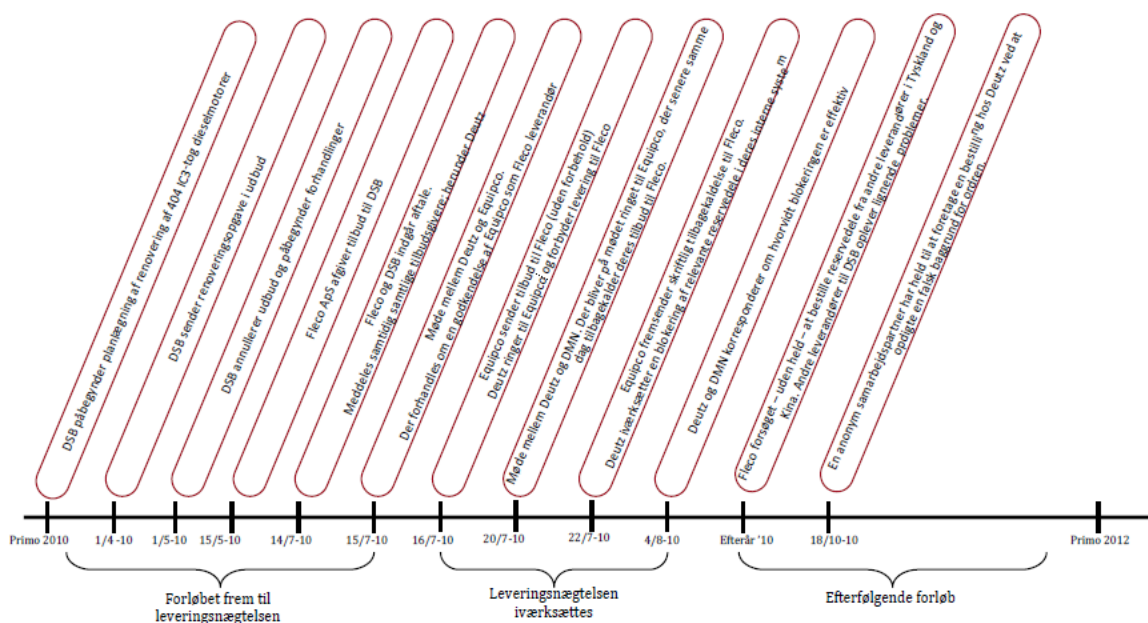
<sup>16</sup> Bilag 5, referat af telefonmøde med [navn på konsortiedeltager udeladt] den 17. april 2012, bilag 4, referat af telefonsamtale med DSB den 19. april 2012 og bilag 76, interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.

154 Aftalen fastslår, at distributøren (Equipco) ikke aktivt må sælge uden for sit territorium, fx ved at opsøge kunder. Efter distributionsaftalen er der imidlertid ikke noget til hinder for, at Equipco passivt sælger til kunder/købere uden for territoriet i EU, der selv henvender sig til Equipco med ønske om at købe.

### 3.5 BESKRIVELSE AF ADFÆRDEN

155 I det følgende afsnit beskrives det faktiske hændelsesforløb i og omkring Deutz' leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk. Materialet, der lægges til grund for beskrivelsen, omfatter en række dokumenter fra kontrolundersøgelserne. Beskrivelsen af hændelsesforløbet er inddelt i tre afsnit, der beskriver henholdsvis forløbet op til leveringsnægtelsen, forløbet hvor leveringsnægtelsen iværksættes og effektueres, samt det efterfølgende forløb. Nedenstående figur 6 viser de væsentligste hændelser i forløbet.

Figur 6: Hændelsesforløbet



#### 3.5.1 Forløbet op til leveringsnægtelsen

156 Forløbet, der leder frem til Deutz' leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk i denne sag, starter omkring begyndelsen af 2010, hvor DSB påbegynder planlægningen af en renovering af deres IC3-togs dieselmotorer.

157 DSB har over for styrelsen oplyst, at den normale proces, når DSB skal have renoveret en motor, er, at DSB, i samarbejde med motorleverandøren eller producenten, får klarlagt hvilke komponenter, der skal udskiftes. Herefter holder DSB et udbud, hvor DSB afsøger markedet for at finde ud af, hvem der kan levere og til hvilken pris.

158 I den konkrete sag henvendte DSB sig først til Bombardier, som har leveret det samlede traktionsmodul<sup>17</sup> i IC3-togene. Bombardier kunne eller ville imidlertid ik-

<sup>17</sup> Et traktionsmodul er en motor og alle dertilhørende dele – kan bedst sammenlignes med "alt under motorhjelm i en bil"

ke deltage i arbejdet med at fastslå hvilke komponenter, det ville være relevant at udskifte ved en renovering.

159 DSB henvendte sig herefter til Deutz, der som nævnt har produceret de motorer, der er i IC3-togene. Deutz undersøgte en af DSBs IC3-motorer og vurderede, at motoren ikke burde repareres, men derimod udskiftes. Efter det oplyste anså DSB ikke udskiftning af motoren som en mulig løsning, idet dette ville være langt dyrere.

160 DSB oplyser i den sammenhæng, at en motor skal være slidt helt op, før den udskiftes frem for renoveres. TCD2015 motorerne skal gennemgå en renovering efter 1,2 mio. km for ikke at risikere sammenbrud. Deutz oplyser, at en TCD2015 motor kan gennemgå 3 hovedrenoveringer, før den er slidt op.<sup>18</sup> Deutz oplyser, at en TCD2015 motor kan renoveres op til 5 gange.<sup>19</sup>

161 Renoveringsopgaven indebærer – afhængigt af sliddet på den enkelte motor – at visse dele skiftes til nye, at andre dele slibes, og at nogle dele rengøres. DSB oplyser, at der altid vil være behov for nye reservedele, når en motor skal renoveres. Motoren samles og testes, inden den monteres på IC3-togene på ny. Renoveringen sker på DSBs værksteder af DSBs mekanikere, der er ansat til renoveringsopgaven. For at sikre, at motorerne har en så lang levetid som muligt, vedligeholdes og serviceres motorerne endvidere løbende. Herudover gennemgår motorerne omkring hvert 4. år en gennemgribende renovering. Hvis en motor serviceres og vedligeholdes jævnlige, kan der ifølge DSB gå flere årtier, før den skal skiftes.

162 DSB oplyser endvidere, at det ej heller var en mulighed at udskifte motoren med en motor af et andet mærke end Deutz. Skal motoren skiftes, kræver det, at den nye motor har præcis de samme specifikationer som den gamle. Man kan ikke blot købe en standardmotor til toget. I praksis betyder det, at en ny motor skal specialudvikles og tilpasses det konkrete tog.<sup>20</sup>

163 Der blev herefter sammen med Deutz lavet et eftersyn af motorerne, hvor det blev fastslået hvilke komponenter, det ville være nødvendigt at udskifte ved en kommende renovering. Der blev ved dette motoreftersyn arbejdet med to mulige løsninger: (i) en exchange-løsning, hvor Deutz ville bytte de motorer, der skulle repareres en ad gangen med motorer, der allerede var repareret og (ii) en kit-løsning, hvor de dele, der skulle skiftes, blev leveret i et kit.

164 DSB har over for styrelsen oplyst, at Deutz – efter DSBs opfattelse – udnyttede situationen og udarbejdede en liste med langt flere dele end nødvendigt. Deutz ville således udskifte alle de komponenter, der var identificerede problemer med i samtlige motorer, selvom komponenterne ikke var defekte i alle motorer. Hvis eksempelvis motor 1 skulle have skiftet del A, motor 2 del B og motor 3 del C, da ville Deutz skifte A, B, og C i alle tre motorer.<sup>21</sup>

165 DSBs valgte derfor ikke at følge Deutz' anbefalinger ved udarbejdelsen af listen over de komponenter, der skulle bruges til renoveringen. DSB udarbejdede i stedet deres egen liste med udgangspunkt i anbefalingerne fra Deutz.

---

<sup>18</sup> Bilag 12, Deutz' bemærkninger til udkast til sagsfremstilling af 13. juni 2012.

<sup>19</sup> Bilag 75, referat fra møde med Deutz den 23. oktober 2012.

<sup>20</sup> Bilag 4, referat af telefonsamtale med DSB den 19. april 2012.

<sup>21</sup> Bilag 3, referat fra møde med DSB den 11. november 2011.

166 Deutz har anført, at Deutz ikke har forsøgt at tvinge DSB til at vælge en bestemt løsning, men at Deutz anbefalede exchange-løsningen, fordi Deutz vurderede, at det var den bedste løsning. Det skyldes dels tekniske hensyn [FORRETNINGSHEMMELIGHED UDELDAT].

167 Deutz oplyser endvidere, at DSB selv valgte at reducere antallet af reservedele på kit-løsningen. Deutz er endvidere af den opfattelse, at listen er ufuldstændig i forhold til at bringe motorerne til "så god som ny".<sup>22</sup>

168 DSBs udbud blev opdelt i to sideordnede udbud:

- (i) Et udbud på komplet reovering af motorer (det vil sige selve reoveringsopgaven, inklusiv levering af komponenter) og
- (ii) et udbud på levering af komponenter med henblik på DSBs egen udførsel af reovering.

169 DSB har over for styrelsen oplyst, at deres eget komponentværksted er i stand til selv at udføre reoveringsopgaven, men at DSB ikke har den fornødne viden om markedet for motorkomponenter til, at DSB selv kan stå for at source og levere komponenterne. DSB har derfor behov for at købe den ydelse, det er at indkøbe komponenter til reoveringen og administrere, at komponenterne bliver leveret i den rækkefølge, der er optimal i forhold til reoveringsopgaven.<sup>23</sup>

170 I marts 2010 blev DSBs eget komponentværksted samt fem andre ansøgere prækvalificeret til at deltage i udbuddet.

171 Selve udbudsfasen kørte i april 2010 med slutdato den 30. april 2010.<sup>24</sup> I udbudsperioden sendte Deutz en skrivelse ud til sine handelspart[n]ere, hvoraf det fremgik, at et tilbud på DSBs opgave ville ske imod Deutz' anbefalinger, og at Deutz fralagde sig ethvert ansvar i forbindelse med et sådan tilbud. Deutz pointerede, at kit-listen over reservedele i udbuddet var ufuldstændig, og at Deutz ikke vil betjene udbuddet.<sup>25</sup> Dette fremgår blandt andet af et brev fra Deutz til DMN:

***"Tender DSB***

*Sehr geehrter [NAVN], sehr geehrter [NAVN],*

*wir weisen noch einmal darauf hin, dass, falls Ihr Unternehmen unter dem bekannten DSB. Tender anbietet, dies gegen die Empfehlung der DEUTZ geschehen würde. DEUTZ lehnt jede Verantwortung oder Haftung in diesem Zusammenhang ab.*

*Wir wissen auch darauf hin, dass die Kit-Liste der DEUTZ-Reparatursets sowie auch die Teile-Liste im Tender für eine Überholung nicht maßgeblich und auch unvollständig ist.*

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Bilag 13, DSBs notat om udbudsprocessen af 4. november 2010, inkl. bilag.

<sup>25</sup> Bilag 14, Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DSB-tender af 27. april 2010 og bilag 15, forbud mod at betjene DSB udbud af 14. april 2010.

*DEUTZ kann im Übrigen keine Verfügbarkeit aller Teile darstellen und auch keine Lieferfristen zusagen.*

*Es bleibt natürlich Ihnen überlassen, ob sie mit Ihrem Unternehmen in ein Risiko gehen wollen. DEUTZ jedenfalls wird den Tender nicht bedienen.*

*Mit freundlichen Grüßen*

[NAVN] [NAVN]<sup>26</sup>

[Tender DSB

*Kære [NAVN], kære hr. [NAVN]*

*Vi skal endnu en gang til påpege, at såfremt Deres virksomhed byder på nævnte licitation, ville dette ske mod DEUTZ' anbefaling.*

*Vi gør endvidere opmærksom på, at kit-listen til DEUTZ' reparationssæt, samt reservedelslisten i licitationen vedrørende istandsættelse ikke er relevante og tillige er ufuldstændige.*

*DEUTZ kan i øvrigt ikke sikre, at alle dele er disponible, og kan heller ikke give tilsagn om nogen leveringsfrister.*

*Det er naturligvis op til Dem at beslutte, om De ønsker at påtage Dem en risiko med Deres virksomhed. DEUTZ vil under alle omstændigheder ikke betjene licitationen.*

*Med venlig hilsen*

[NAVN] [NAVN]<sup>27</sup>

172 Både Deutz og DMN korresponderede om et udkast til tilbud til DSBs udbud og var i kontakt med DSB omkring levering på alternative vilkår, både i udbudsperioden og efterfølgende.<sup>28</sup> De to selskaber arbejdede således på at blive leverandør af komponenter til DSBs renoveringsopgave på deres egne vilkår. Det fremgår endvidere af sagen, at Equipco sendte et tilbud på reservedele til udbudsopgaven til selskabet [VIRKSOMHED].<sup>29</sup>

173 Deutz bekræfter, at virksomheden forhandlede med DSB. I løbet af udbudsprocessen fremsendte Deutz et tilbud til DSB på 404 exchangemotorer til en pris på [XX] millioner EUR, svarende til ca. [XX] DKR. Deutz oplyser endvidere, at virksomheden endte med ikke at fremsende budde officielt, men at de i stedet trak sig fra udbudsforhandlingerne, fordi Deutz' juridiske afdeling frarådede virksomheden at deltage i udbuddet. Dette skyldes, at DSBs krav til vilkår mv. efter Deutz'

<sup>26</sup> Bilag 14, Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DSB-tender af 27. april 2010.

<sup>27</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>28</sup> Blandt andet: Bilag 14, Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DSB-tender af 27. april 2010, bilag 16, e-mail korrespondance og flere kontraktudkast mellem DMN og Deutz, 27. april 2010, bilag 17, Deutz' støtte til DMN's bud, af 30. april 2010, bilag 18, DMNs tilbud til DSB, 30. april 2010 og bilag 19, e-mail af 11. juni 2010 ang. støtte til betingelser til DSB, bilag 20, udkast til tilbud på DSB udbuddet, 29. april 2010 og bilag 21, tilbud til DSB af 3. maj 2010.

<sup>29</sup> Bilag 22, e-mail internt i Equipco af 28. april 2010.

opfattelse ikke var i overensstemmelse med markedsvilkår. Dette gjaldt for såvel levering samt garanti.<sup>30</sup>

174 Ifølge oplysninger modtaget fra DSB indkom der to tilbud på opgaven; et fra [VIRKSOMHED] på renovering inklusiv levering af reservedele og et fra DSBs eget komponentværksted på renovering eksklusiv levering af reservedele. Der kom ingen tilbud på levering af komponenter alene. DSBs komponentværksted kunne derfor ikke udføre renoveringsopgaven. Tilbuddet fra [VIRKSOMHED] var ifølge DSB ikke antageligt, da tilbuddet var omkring [XX] pct. over den forventede kontraktsum. Således oplyser DSB, at den samlede kontraktsum efter deres opfattelse lå mellem [XX-XX] mio. kr., hvorimod [VIRKSOMHED]'s tilbud lå på [XX] mio. kr. Den 5. maj 2010 meddelte DSB derfor [VIRKSOMHED], at tilbuddet var uantageligt.

175 Da DSB havde konstateret, at der ikke var indkommet antagelige bud på udbuddet, indledte DSB en ny udbudsproces med direkte forhandling uden forudgående udbud, jf. artikel 40, stk. 3, litra a, i forsyningsvirksomhedsdirektivet.

176 DMN oplyser, at virksomheden ligeledes indgav et bud på det oprindelige udbud. Tilbuddene blev ikke uploadet via EU-supply, men derimod sendt per e-mail den 30. april 2010 kl. 11:56 til DSBs daværende strategiske indkøber [NAVN]. [NAVN] svarer den 6. maj 2010 kl. 9:06, at DMNs bud er antaget.<sup>31</sup>

177 DMN oplyser endvidere, at virksomheden ikke blev informeret om, at DSB havde begyndt en ny udbudsproces. Efter DMN opfattelse var DMN med i en samlede udbudsproces frem til den 15. juli 2010, hvor DMN fik besked om, at forhandlingen var slut, og DSB havde indgået aftale med andre virksomheder.

178 DSB oplyser, at følgende løsningsmodeller blev forhandlet i den nye udbudsproces:

- (i) Komponenter leveret af DMN og renovering udført af DMN og Deutz.
- (ii) Komponenter leveret af DMN og renovering udført af DSBs eget komponentværksted.
- (iii) Komponenter leveret af et konsortium af leverandører bestående af Fleco (klager), [VIRKSOMHED 1, 2 og 3] og renovering udført af DSBs eget komponentværksted.

179 Under DSBs forhandlinger med Fleco, som startede den 11. maj 2012 ved DSBs henvendelse til Fleco, sendte DSB den 9. juni 2012 en kit-liste til Fleco indeholdende en liste over alle de komponenter, der skulle indgå i renoveringen af Deutz-motorerne i DSBs IC3-tog. DSB anmodede Fleco om at vende tilbage med en tilkendegivelse af, hvilke komponenter Fleco kunne levere, samt et tilbud på leveringen. Flecøs primære rolle skulle være at levere Deutz-komponenter og administrere, at komponenterne bliver leveret i den rækkefølge, der er optimal i forhold til renoveringsopgaven. De unikke Deutz-komponenter er inkluderet i kitlisten til Fleco. På

<sup>30</sup> Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 21. september 2012.

<sup>31</sup> Bilag 72, DMN bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 7. september 2012.



samme måde har de øvrige leverandører i konsortiet en leveringskanal til en stor producent, som producerer komponenter til renoveringsopgaven.

180 I perioden fra den 11. maj 2010, hvor DSB og Fleco indledte forhandlinger, og frem til den 14. juli 2010, hvor DSB og Fleco underskrev kontrakt, forhandlede Fleco med forskellige udenlandske leverandører om leverancer af reservedele. Efter forudgående drøftelser og i forventning om tilsagn fremsendte Fleco tilbud til DSB på de reservedele, som de kunne skaffe. En af de udenlandske leverandører var den nederlandske Deutz forhandler Equipco.

181 Fleco har oplyst, at Equipco afgav tilbud til Fleco på de sidste reservedele på kit-listen, hvormed Fleco blev i stand til at underskrive kontrakt med DSB. Fleco har endvidere oplyst, at Equipcos tilbud til Fleco om levering af disse dele kom i stand på Flecøs foranledning og initiativ. Baggrunden for forhandlingerne, som ledte til et tilbud på levering af reservedele fra Equipco til Fleco, var en uopfordret telefonisk henvendelse den 5. juli 2010 fra Fleco til Equipco. Flecøs telefoniske henvendelse til Equipco blev fulgt op af en e-mail samme dag til Equipco, hvoraf det fremgår:

*"[...] Thank you for a very interesting and positive phone conversation of today.*

*As promised I hereby send you the DEUTZ part No. for some of the parts required. The plan is to overhaul the 400 engines during a period of 2 years – starting in the very near future. For the parts mentioned below I need "the best price" and the "quantity in stock" in Germany [...]"<sup>32</sup>*

182 Flecøs oplysninger om, at det var Fleco, der rettede henvendelse til Equipco, støttes af en forklaring, som Equipco afgav til de nederlandske konkurrencemyndigheder (NMa) ved kontrolundersøgelsen hos Equipco. I forbindelse med kontrolundersøgelsen hos Equipco afgav Equipcos ejer og direktør [NAVN] og Equipcos underdirektør, som er Flecøs kontaktperson, [NAVN], forklaring til de nederlandske konkurrencemyndigheder. De to virksomhedsrepræsentanter indvilgede i at afgive forklaring som vidner og har begge underskrevet samtlige sider i afhøringsrapporten. I en bekræftet oversættelse af forklaringen fra nederlandsk til dansk fremgår blandt andet følgende:

*"Spørgsmål fra NMa: Under den indledende samtale oplyste De til os, at De ved, hvorfor NMa er på [kontrol]besøg hos Dem i dag. Hvad kan De fortælle herom? (Nedenfor følger [NAVN]' og [NAVN] beretning om denne licitation og om kontakten med Fleco og Deutz AG.)*

*Svar: Vi antydede i morges [da kontrolbesøget hos Equipco startede ved NMa's henvendelse til Equipco], at vi nok havde en idé om, hvorfor NMa og kollegaerne fra Danmark er her. For nylig har der været ét projekt, der kørte lidt sært, og det var et projekt fra Danmark. Equipco blev kontaktet af Fleco, som havde fået en stor ordre hjem fra de danske jernbaner. [...]*

*Den 6. juli 2010 ringede [NAVN] til mig, [NAVN], og meddelte, at de var i gang med et fint projekt fra de danske jernbaner. Han bad mig om at levere dele til Fleco for dette projekt." [...] Jeg lod [NAVN] vide, at jeg ikke var sikker på, om vi kunne*

---

<sup>32</sup> Bilag 23, e-mails mellem Equipco og Fleco bl.a. af 12. juli 2010.

levere alt, idet det var så gigantisk et projekt. Jeg forklarede, at jeg skulle drøfte det med Tyskland [Deutz], idet vi ikke selv havde det hele på lager.”<sup>33</sup> [Egen tilføjelse]

og

”[[NAVN], Vice President Deutz] ringede mandag aften den 19. juli og sagde, at Nordic [DMN] ville komme hen til Deutz AG for at drøfte spørgsmålet.[...] Da var folkene fra Nordic eksploderet, og efterfølgende ringede de til mig, [NAVN] Equipco]. De var meget vrede og bebrejdede Equipco, at vi var i gang på Nordics område (ligesom i 2007), de var vrede over, at vi angiveligt havde gjort det igen. Jeg gik ind i diskussionen og fortalte dem, hvordan tingene hang sammen. Jeg sagde også, at jeg ikke kunne forstå, hvorfor vi kunne levere til [VIRKSOMHED], men ikke til Fleco. De bebrejdede os også, at vi havde været i gang i flere måneder med denne ordre, mens den første kontakt med Fleco først var den 6. juli.”<sup>34</sup>

183 Flecøs oplysninger om, at det var Fleco, der rettede henvendelse til Equipco, støttes endvidere af en skriftlig redegørelse, udarbejdet af Equipco, som blev fundet på kontrolundersøgelsen hos Equipco:

”DSB wanted the alternative solution This situation, including the fact that Fleco contacted us (and we did not contact him) [...]”<sup>35</sup>

184 Efter den indledende kontakt til Equipco skriver Fleco i en e-mail til Equipco den 12. juli 2010:

”I got Saturday the contract from DSB. The main parts in the contract are listed below for the overhaul of the 404 engine in the period [...]”<sup>36</sup>

185 Equipco skriver herefter et svar på dette med prisindikationer i e-mail af 12. juli 2010:

”I herewith send you the actual prices for the following items: [...]”<sup>37</sup>

186 Equipco har tidligere været Flecøs faste leverandør af Deutz reservedele. Deres faste forbindelse stoppede dog ultimo 2008 efter en klage fra DMN til Deutz.<sup>38</sup> Equipco gav under forhandlingerne i juli 2010 udtryk for, at Equipco ikke kunne levere til Fleco uden tilladelse fra Deutz, hvilket fremgår af Equipcos e-mail til Fleco den 13. juli 2010:

”As I informed you it is very important for us to get the green light from Cologne because only with their approval we will be able to be your parts supplier: if we don't get their approval we can't deliver.”<sup>39</sup>

187 Equipcos endelige tilbud til Fleco blev afgivet den 16. juli 2010 og var uden forbehold.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Equipcos forklaring til NMa, bekræftet oversættelse fra Nederlandsks, s. 5 og 6.

<sup>34</sup> Ibidem, side 9.

<sup>35</sup> Bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

<sup>36</sup> Bilag 23, e-mail fra Equipco til Fleco af 12. juni 2010

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

<sup>39</sup> Bilag 25, e-mail fra Equipco til Fleco af 13. juli 2010.

188 Det fremgår af Equipcos dataudtræk fra Deutz' interne systemer, at medio juli 2010 lå en stor andel af de efterspurgte reservedele på lager hos Deutz. Dataudtrækket blev sendt fra Equipco til Fleco den 16. juli 2010 sammen med en e-mail blandt andet med følgende indhold:

"See for the stock in Cologne below our request"<sup>41</sup>

189 DSB korresponderede ligeledes med andre mulige leverandører i perioden, herunder også Deutz og DMN. DSB havde endvidere et forhandlingsmøde med DMN og Deutz den 25. maj 2010. Det fremgår dels af invitation til mødet sendt fra DSB til DMN<sup>42</sup>, dels af Deutz' Head of Service Sales Europa, [NAVN]s, rejseoplysninger til og fra København den 25. maj 2010, fundet under kontrolundersøgelse hos Deutz i Tyskland, samt af en plan for mødet, også fundet hos Deutz i Tyskland, blandt andet med følgende indhold:

*"Outstationed trip planning: Discussion topics and targets*

**Name:** [NAVN] [...]  
**Company:** Dänische Staatsbahn  
**Place and Date/** Kopenhagen 25th May 2010

[...]

**Thema** [...]  
 [...] [...]  
 b) Overhaul of 404 DSB engines 2015  
 [...]

**Visit conducted together with** [NAVN] [Head of Service Sales and Key Accounts]

**Targets Deutz** [...]  
 c) pushing the Xchange idea by explaining advantages of Xchange engines  
 [...]

**Ziele / Fragen des Verhandlungspartners**  
 [...]  
 c) risk transfer to DMN/DEUTZ (longer warrenty, faster delivery times, etc.)  
 [...]"<sup>43</sup>

190 Det fremgår af ovenstående, at det var Deutz' målsætning at forsøge at få DSB til at indgå exchange-løsningen. DMN oplyser, at Deutz også under DMNs forhandlinger med DSB pressede på for at få DMN til at forhandle exchange-løsning-

<sup>40</sup> Bilag 26, tilbud fra Equipco til Fleco inkl. e-mail streng.

<sup>41</sup> Bilag 27, e-mail af 16. juli 2010 fra Equipco til Fleco og ark over Deutz' lagerbeholdning.

<sup>42</sup> Bilag 28, invitation til individuelt forhandlingsmøde.

<sup>43</sup> Bilag 29, plan for møde med DSB den 25. maj 2010.

gen i gennem. Dette ville indebære, at DSBs motorer ville blive repareret på Deutz' service center i Übersee i Sydtyskland. Subsidiært pressede Deutz på for at få DMN til at lade så mange reservedele som muligt indgå i reparationsopgaven.<sup>44</sup>

191 DMN oplyser således, at:

*"[NAVN] (DMN) stod for kontakten til DSB og i den forbindelse blev der udarbejdet et udkast til tilbud på reservedele, hvis omfang var fastlagt sammen med DSB, med henblik på at dette skulle afgives i DSBs udbud. DMN havde solgt noget lignende reparationskit til DSB i månederne forud for tilbudsgivningen. Udkast til tilbud indeholdt omfangsmæssigt væsentligt færre reservedele, end det tilbud, som DMN endte med at afgive til DSB i udbuddet, jf. i det følgende.*

*Det første udkast til tilbud blev som nævnt for KEFST [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen] i torsdags aldrig afgivet til DSB, da DMN uden varsel ved brev af 27. april fra Deutz i stærke vendinger blev frarådet at afgive et sådant tilbud. DMN rettede sig efter påbuddet, eftersom de skulle have leveret delene fra Deutz. I stedet fik DMN efterfølgende og før tilbudsfristens udløb lov til at byde på levering af et andet og langt mere omfattende reparationskit til DSB, og dette tilbud blev sammen med et tilbud på ombytningsmotorer afgivet til DSB og accepteret som rettidigt modtaget"<sup>45</sup>*

192 Af en e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN fra den 15. juni 2010 fremgår det endvidere, at DMN i deres forhandlinger med DSB arbejder for exchange-løsningen og involvering af Deutz' service center i Übersee. Det fremgår således i en e-mail sendt fra DMN til Deutz, at:

*"[...] DMN contributes to the DSB deal with the 404 exchange engines [...]"<sup>46</sup>*

193 Det fremgår endvidere i en e-mail fra Deutz til DMN, at:

*"[...] We can check with [NAVN] if Übersee will take the risk of 24 month. [...]"<sup>47</sup>*

194 DSB valgte i henhold til de opsatte evalueringskriterier for udbuddet model (iii), jf. punkt 178, hvilket indebærer, at komponenterne skulle leveres af konsortiet bestående af flere leverandører, herunder Fleco, mens DSB selv skulle forestå renoveringen af IC3-togenes dieselmotorer. Tilbudsgiverne blev informeret herom kort efter beslutningen.

195 DSB kontaktede den 23. juli 2010 DMN og aflyste alle fremtidige ordrer og aftaleforhold.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Bilag 6, referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

<sup>45</sup> Bilag 7, DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

<sup>46</sup> Bilag 30, e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.

<sup>47</sup> Bilag 30, e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.

<sup>48</sup> Bilag 31, powerpoint, DSB status 09.08.2010.

196 Fleco underskrev kontrakten med DSB den 14. juli 2010. Den 28. juli 2010 placerede DSB desuden en yderligere ordre hos Fleco med anmodning om at føje indholdet til Flecors kit-liste, hvorefter der kunne laves et tillæg til den oprindelige kontrakt. Flecors ordre til DSB, som løb frem til medio 2012, har efter det oplyste en værdi af mindst [XX] kr., formentlig op til [XX] kr. Den samlede kontraktsum for de fire konsortiedeltagere var ifølge DSBs oplysninger ca. [XX] mio. kr. Fleco oplyser endvidere, at ordren – såfremt leveringsnægtelsen ikke var blevet iværksat – formentligt var blevet endnu større. Fleco oplyser i den sammenhæng, at det er almindeligt, at kunden (i dette tilfælde DSB) hen ad vejen supplerer sit indkøb med ekstratilkøb.<sup>49</sup>

### 3.5.2 Leveringsnægtelsen iværksættes og effektueres

197 Deutz' leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk over for Fleco startede medio juli 2010 cirka samtidig med, at aftalen mellem Fleco og DSB blev indgået. Nedenstående oplysninger om hændelsesforløbet den 15. og 16. juli 2010 fremgår af en tidslinje over forløbet, som er fundet under kontrolundersøgelse hos både Equipco og Deutz, samt en redegørelse over forløbet udarbejdet af Equipco til Deutz.<sup>50</sup>

#### Møde mellem Deutz og Equipco om levering til Fleco

198 Den 15. juli 2010 var Equipco til møde hos Deutz i Köln. På mødet var en mulig godkendelse fra Deutz til en aftale mellem Equipco og Fleco om levering af komponenter til DSB opgaven på dagsordenen. Her fremviste Equipco de informationer, Equipco havde fra Fleco, herunder kontrakten mellem Fleco og DSB. Følgende fremgår således af Equipcos redegørelse over forløbet til Deutz:

*"Five working days after our first initial contact with Fleco we arranged a visit to Cologne. The letter of DSB, [...] as well as the contract between DSB and Fleco, regarding parts supply, was already signed and also shown here when we visited Cologne [...]"*

199 Deutz ringede til DSB for at få bekræftet, at DSB havde delt leveringsopgaven op i mindre ordrer og indgået aftale med blandt andre Fleco og ikke DMN.

200 Equipco redegjorde desuden for, hvilke oplysninger de havde givet til Fleco, herunder en prisindikation på 20 komponenter, som var baseret på de priser, Equipco havde tilbudt [VIRKSOMHED], samt oplysninger om lagerbeholdning og mulige problemer med leveringsfristerne.

201 Equipco anmodede Deutz om tilladelse til at levere til Fleco og fremhævede, at aftalen med Fleco var en mulighed for, at Deutz stadig kunne indgå i leveringen af komponenter til DSB, selvom DMN var blevet forbigået og aftalen med Fleco ikke omfattede alle komponenter, som en aftale mellem DSB og DMN ville have gjort:

*"[...]only five days after our first initial contact with Fleco we were here in Cologne to give [NAVN], Vice President, Deutz and [NAVN], Head of Service Sales, Deutz all the information we had, including our request to deliver the parts because, despite the fact that Nordic was passed, we, Equipco, were in the position to arrange that DEUTZ still had a chance to deliver parts, not all unfortunately, because Bosch*

<sup>49</sup> Bilag 32, e-mail fra Fleco af 1. juni 2012.

<sup>50</sup> Bilag 33, tidslinje og bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

*and Mahle would deliver most of the other parts, but still for 1 mio or 1.5 Euro's turnover. [...] "*

202 På mødet blev praktiske detaljer omkring Equipcos levering til Fleco desuden drøftet. Equipco opfattede drøftelserne som positive i forhold til levering til Fleco, og Equipco var ifølge deres redegørelse sikre på, at [NAVN], Deutz' head of service sales, Europa, ville få en såkaldt "2nd confirmation" på det.

*" [...] As a matter of fact, the day after our meeting in Cologne we sent out 2 official quotations to Fleco because we had a very positive meeting here in Cologne, further communication with Fleco was absolutely not forbidden, instead, we spoke about how to deliver the parts and we were 100% sure that [NAVN], Head of Service Sales, Deutz] would get this 2nd confirmation (which was the final step). [...] "*

203 Dagen efter, den 16. juli 2010, sendte Equipco, som det fremgår af citatet ovenfor, to officielle tilbud til Fleco. Deutz' godkendelse af Equipcos levering til Fleco fremgår endvidere af en e-mail af 26. juli 2010 sendt fra DMNs daværende ejer [NAVN] til Deutz' Senior Vice President [NAVN]:

*"Dear [NAVN],*

*Enclosed you will please find a letter signed by [NAVN] [Vice Presiden[t], Deutz].*

*The same [NAVN] who has, as we have found out from [NAVN], given the approval to Equipco to deliver parts to Fleco with a discount of 33% [...]"<sup>51</sup> (Egen tilføjelse)*

204 Det fremgår af e-mailen, at Equipcos levering til Fleco var godkendt af Deutz' Vice President, [NAVN].

205 Den 16. juli 2010 ringede Deutz til DSB, som igen bekræftede, at DSB havde fundet et alternativ til levering fra DMN. Det fremgår af den ovennævnte tidslinje fundet hos Deutz og Equipco, at Deutz ringede til Equipco den 16. juli 2010 om eftermiddagen og forbød Equipco at levere til Fleco. Af referatet fra Equipco til Deutz fremgår, at årsagen til dette var, at Deutz stadig så en mulighed for at få DMN ind i billedet igen. Dette bekræftes af en e-mail af 16. juli 2010 sendt internt i Deutz fra [NAVN], Head of Service Sales under overskriften "DSB-Ausscheidung"(DSB-udbud):

*"Ein Konsortium aus dem BOSCH Händler, Mahle Händler, Filter Händler, und Fleco (Ex-Mitarbeiter der DMN) hat den Ersatzteilauftrag für die Generalüberholungen.*

*[NAVN] [Senior Vice President i Deutz] hat entschieden:*

*Close the door, dry [them] out, try to [push] the Business to DMN."<sup>52</sup> [Egen tilføjelse og fremhævelse]*

*[Et konsortium bestående af Bosch-forhandleren, Mahleforhandlere, Filter-forhandlere og Fleco (tidligere medarbejdere ved DMN) har ordren på reservedele til istandsættelserne.*

<sup>51</sup> Bilag 34, e-mail af 26. juli 2010 fra DMN til Deutz.

<sup>52</sup> Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

[NAVN] har besluttet:

*Close the door, dry [them] out, try to [push] the Business to DMN  
[luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN]<sup>53</sup>*

206 Det fremgår af ovenstående, at konsortiet har modtaget reservedelsbestillingen til DSBs renoeringsopgave, og at Deutz i den forbindelse har til hensigt at afskære levering. Det fremgår endvidere, at Deutz mener, at man ved at stoppe leverancerne til Fleco kan få DSB til at skifte leverandør (tilbage til DMN).

207 Det fremgår endvidere af tidslinjen, at det blev aftalt, at Equipco skulle informere Fleco om, at Equipco ikke ville levere alligevel.

208 Sidst på dagen den 16. juli 2010 begyndte Deutz at gøre sig tanker om, hvordan de kunne opretholde leveringsnægtelsen ved at lukke for al levering gennem deres forhandlersystem. Følgende fremgår således af en e-mail af 16. juli 2010, sendt internt i Deutz, fra [NAVN], Head of Service Sales hos Deutz til [NAVN], Senior Vice President, [NAVN], Vice President og [NAVN], Head of Service Sales Central Europe & Key Accounts:

*"In a mix calculation a[n] independent part dealer is able with the support from Mahle, BOSCH and BWTS to out compete DEUTZ even when Fleco get the parts with 20% Discount.*

*We try the best with order processing to close the doors. [NAVN], can you speak with Documentation to remove the EMR Data from the SAP system. Also to remove the data from the SERPIC data?"<sup>54</sup>*

209 Det fremgår af e-mailen, at der er en række uafhængige reservedelsforhandlere, som har været i stand til at udkonkurrere Deutz, også selvom der alene gives en rabat på 20 pct. til Fleco (modsat de 33 pct. som de er blevet tilbudt af Equipco jf. punkt 203 ovenfor). Det fremgår endvidere, at Deutz gennem bestillingsafdelingen prøver at lukke for leveringsmuligheder, blandt andet ved at fjerne data fra bestillingssystemerne (EMR og Serpic).

#### **Møde mellem Deutz og DMN**

210 Et møde mellem Deutz og DMN fandt sted hos Deutz i Köln den 20. juli 2010. Det fremgår af tidslinjen, fundet hos både Deutz og Equipco, at der på mødet blev ringet til Equipco, som samme dag tilbagekaldte tilbuddet til Fleco. Equipco sendte en kopi af det tilbagekaldte tilbud til Deutz. Dette bekræftes af en e-mail sendt fra Equipco til Deutz den 20. juli 2010, hvoraf følgende fremgår:

*"We have send the quotations to [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. [...] Furthermore we have called Fleco to inform him that we redraw our quotations."<sup>55</sup> [Egen tilføjelse]*

<sup>53</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>54</sup> Bilag 36, e-mail af 16. juli 2010, Deutz.

<sup>55</sup> Bilag 37, e-mail af 20. juli 2010, Equipco.

211 Det beskrevne hændelsesforløb bekræftes af en intern e-mail af 21. juli 2010, fundet hos DMN i Sverige. Heraf fremgår, at Deutz på mødet forsikrede DMN om, at Fleco ikke får alle de komponenter, de skal bruge, for at levere det aftalte til DSB:

*"Yesterday late we re-decided to japadize<sup>56</sup> the Fleco business together with [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. He will assure that Fleco does not get all the part and then the deal will be broken from these local competition companies. [...] So, all is ok and we have to wait some days or weeks... untill Andre [DSBs strategiske indkøber af togdele] will come back to us... to ask for 400 [exchange] engines!! :-)"<sup>57</sup> [Egen tilføjelse]*

212 Efter anmodning fra Fleco sendte Equipco også en skriftlig tilbagekaldelse af deres tilbud til Fleco den 22. juli 2010, hvoraf følgende fremgår:

*"However, because of changing market conditions and on basis of conversations we had with our main supplier, Deutz Ag, we have found it no longer possible for us to enter a delivery agreement on basis of the prices mentioned by me in my e-mails."<sup>58</sup>*

***Deutz lukker for al bestilling af strategiske komponenter til DSB-opgaven***

213 Deutz og DMN besluttede den 20. juli 2010, at de ville forsøge at tvinge DSB til at handle med den skandinaviske Deutz leverandør, DMN, for så vidt angik komponenter af mærket Deutz.<sup>59</sup> Planen kunne kun gennemføres, hvis andre mulige leverandører ikke kunne sælge de pågældende komponenter til DSB. Deutz udarbejdede derfor en liste over strategiske komponenter, som ikke kan rekvireres udenom Deutz og spærrede dem i deres leveringssystem. Bestilling af netop disse komponenter kunne således ikke ske automatisk via systemet, men kun ved en direkte henvendelse til [NAVN], Head of Sales and Key Accounts i Deutz. Deutz kunne på den måde sikre sig bedst muligt, at disse komponenter ikke blev bestilt med henblik på levering til DSB opgaven.

214 Denne plan bekræftes af en intern e-mail dateret den 29. juli 2010 fundet hos DMN, hvoraf følgende fremgår:

*"If Deutz will not supply Equipco wit[h] these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway. The purch[a]sed parts that can be sources from other sources like Bosch or Mahle will be lost anyhow. In accordance with [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits.*

*[...]*

*We should keep on discussing with DSB about the conditions for Deutz parts supply. In a few days or weeks they need to become aware of that they will not be able to*

---

<sup>56</sup> Udtrykket "japadize" findes ikke på engelsk ifølge Gyldendals Engelsk-Dansk ordbog. Ud fra den sammenhæng, hvori ordet "japadize" bliver anvendt i e-mailen: "Yesterday late we re-decided to japadize the Fleco business together with [NAVN]. He will assure that Fleco does not get alle the parts and then the deal will be broken from these local competition companies" formoder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der er tale om en skrivefejl, idet det korrekte ord skulle have været det engelske ord "jeopardize", som på dansk betyder "bringe i fare" eller "sætte på spil".

<sup>57</sup> Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

<sup>58</sup> Bilag 39, e-mail af 7. oktober 2010, Fleco til DMN.

<sup>59</sup> Bilag 33, tidslinje og bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.



*source the part else ware and then we should be there with a friendly face and pick up the business with reasonable margins.”<sup>60</sup>*

215 Af citatet ovenfor fremgår, at DMN anser en tredjedel af komponenterne på kit-listen for unikke Deutz-komponenter. Af e-mails, fundet hos Deutz, fremgår det endvidere, at Deutz allerede den 16. juli 2010 var i gang med at lokalisere komponenter, som de tidligere havde solgt, og som kunne anvendes til levering til DSB-opgaven.<sup>61</sup>

216 Hos DMN i Sverige er endvidere fundet en e-mail dateret den 22. juli 2010 med en liste over nogle af komponenterne, som indgår i DSB-opgaven. E-mailen har overskriften:

*“DEUTZ blocked parts acc. to [NAVN] [Deutz’ Head of Sales and Key Accounts]”*

217 Det fremgår således af overskriften, at e-mailen indeholder en liste over reservedele, som ifølge Deutz’ head of service sales and key accounts er blokeret. E-mailen indeholder en liste over i alt [XX] nummererede reservedele, herunder motorblokke (crankcase), knastakslers (camshaft) og krumtappe (crankshaft):

*“[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE UDELADT]”<sup>62</sup>*

218 Af screenprints fra Deutz elektroniske bestillingssystem fremgår endvidere, at disse dele ikke kan bestilles direkte i systemet, men at pris og leveringstid kun kan fås på forespørgsel. Det fremgår af de samme screenprints, at denne ændring er foretaget mellem den 20. og den 26. juli 2010, perioden umiddelbart efter der træffes beslutning om ikke at levere/hindre parallelhandel fra Deutz-forhandlere til Fleco.

219 Det fremgår af materiale fundet hos både Deutz og DMN, at Deutz i perioden efter sommeren 2010 fortsat opretholder leveringsnægtelsen og monitorerer markedet.

220 Deutz har oplyst, at virksomheden i perioden monitorerede [XX] reservedele. Deutz oplyser, at virksomheden gjorde dette for at sikre, at deres forhandlere ikke foretog aktive salg i strid med deres distributionsaftaler til virksomheder i Danmark. Ifølge Deutz ophævede virksomheden monitorering af disse [XX] reservedele den 17. marts 2011.<sup>63</sup>

221 Deutz har endvidere oplyst, at listen med monitorerede reservedele ikke bør betragtes som en liste af unikke reservedele. Reservedelene er reservedele, som medarbejdere i Deutz mente kunne bruges til at overvåge markedet.

222 Deutz har efterfølgende, den 13. november 2012, fremsendt en liste med 88 reservedele, der alle benyttes i TCD2015 motoren. Reservedelene er ”parret” med forhandlere, der er aktive i eftersalgsmarkedet, med salg af reservedele.<sup>64</sup> Det frem-

<sup>60</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

<sup>61</sup> Bilag 41, e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt, og bilag 42, e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt.

<sup>62</sup> Bilag 43, e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.

<sup>63</sup> Bilag 71, Deutz’ bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 21. september 2012. Listen med monitorerede reservedele er vedlagt som bilag 1 til Deutz’ bemærkninger.

går ikke af listen, hvorvidt det rent faktisk var muligt at få leveret reservedele fra de angivne forhandlere i perioden. Kun tre af reservedelene fra listen fremsendt den 13. november 2012 findes på listen over reservedele, som Deutz monitorerede, jf. punkt 216 og 217 ovenfor. Listen, fremsendt af Deutz den 13. november, indeholder ikke eksempler på nogen af de reservedele, som er typiske eksempler på unikke reservedele, jf. punkt 90.

223 Den 4. august 2010 korresponderer Deutz og DMN om, hvorvidt blokeringen af leveringskanaler for unikke Deutz reservedele er succesfuld under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde" (projekt usynlige kunde). Deutz rapporterer til DMN, at de ikke mener, Fleco har fået levering eller anmodet om levering hos dem eller nogen af deres leverandører. Følgende fremgår blandt andet af e-mail fra Deutz til DMN af 4. august 2010:

*"[...] [NAVN] hat noch mal unterstrichen, dass wir am Anfang des Jahres für alle diese teile Alternativlieferanten gesucht haben [...] und wir keine gefunden haben!*

*Die Teile sind nicht angefragt and es gibt keine Nachbauer. Wiewahrscheinlich ist eine Aufarbeitung der Altteile? Ohne Einschuss Neuteile unmöglich, würde ich sagen.*

*FAZIT: Fleco ist nicht in der Lage im großen Stil Teile für Grundüberholungen zu liefern. Das können wir im Moment ausschliessen.[...] "*<sup>65</sup>

*[[NAVN] har endnu en gang understreget, at vi i begyndelsen af året har forsøgt at finde alternative leverandører af alle disse dele [...] og vi har ikke fundet nogen!*

*Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent. Hvor sandsynlig er en istandsættelse af de gamle dele? Uden anvendelse af nye dele umuligt, ville jeg sige.*

*FACIT: Fleco er ikke i stand til i stort omfang at kunne levere dele til almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t.]*<sup>66</sup>

224 [NAVN], After Sales Manager hos DMN, skriver endvidere, igen under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde" (projekt usynlige kunde), følgende i en e-mail af 4. august 2010 til [NAVN] Deutz' Head of Sales and Key Accounts:

*"Hallo [NAVN],*

*Das laeuft schon... keine Infos !! Keine non-Originals !!*

*Heite haben wir alle in DK "offizelt informirt.. und nochmal streng darauf hingewiesen: es warden nur original Teile verbaut.. etc. etc.*

*Ich melde mich schon.. wenn ich etwas hoere! Das erste Kit von Fleco wird von unseren Leute beschlagnahmt. :-)"*<sup>67</sup>

*[Hej [NAVN]*

<sup>64</sup> Bilag 74, Market Test Data, fremsendt af Deutz den 13. november 2012.

<sup>65</sup> Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

<sup>66</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>67</sup> Bilag 45, e-mail af 4. august 2010, DMN til Deutz.

*Alt går, som det skal... ingen oplysninger !! Ingen ikkeoriginaler !!*

*I dag har vi "officielt" underrettet alle i DK, og endnu en gang klart gjort opmærksom på: der anvendes kun originale reservedele.. osv. osv.*

*Jeg melder mig igen, når jeg hører noget! Det første kit fra Fleco bliver beslaglagt af vores folk. :-)]<sup>68</sup>*

225 Den 4. august 2010 videresender [NAVN], After Sales Manager hos DMN, i en intern e-mail til [NAVN], [NAVN] og [NAVN], ovennævnte korrespondance mellem Deutz og DMN. [NAVN] skriver i den forbindelse:

*"Hi team,*

*Like mentioned on the phone [NAVN] & [NAVN].. [...] nobody else try to source the DSB key components.. [...]*

*Lets be relaxed... Fleco & Equipco have [a huge] problem now.. [...]*

*Lets keep the price.. and see how the situation develops..[...]"<sup>69</sup>*

226 Af e-mail korrespondance internt i DMN af samme dato fremgår også, at en eventuel leveringskanal gennem Henkelhausen GmbH i Tyskland er stoppet, og det konkluderes afslutningsvist af DMNs After Sales Manager, [NAVN]:

*"So I think this channel was stopped month ago"<sup>70</sup>*

227 På samme måde er DMN særligt overrasket efter et rygte om, at Fleco har været i stand til at skaffe visse komponenter. Af en intern e-mail af 10. september 2010 i DMN fremgår følgende:

*"Info- I had talk't to JR today and he sayed that Fleco had sold 4 new engines block 2015 to DSB how can that be [right] if holland is closed by Deutz"*

228 Hos Deutz i Tyskland holder man også skrap øje med leveringskanalerne for Deutz-komponenter. På power point slides med overskriften "DSB Status" fra et møde afholdt den 9. august 2010 fremgår følgende:

***"Monitoring of sales for parts for the DSB tender***

- *Since 20.07.2010 [XX] different part numbers specially for DSB are only available on request. Requests have to be sent to [NAVN].*
- *Result*
  - *30 requests*
  - *From all over the world*
  - *Only items for one engine*
  - *Engine serial numbers were provided on request*

<sup>68</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>69</sup> Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

<sup>70</sup> Bilag 47, e-mail af 4. august 2010, DMN internt.

[...]

- *Exchange center Übersee is informed and blocks requests*<sup>71</sup>

229 Det fremgår heraf, at Deutz har udvalgt [XX] reservedele, som alene kan bestilles på forespørgsel hos Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts, [NAVN]. Det fremgår desuden, at [NAVN] ved forespørgsler om levering anmoder om et motornummer, så det kan tjekkes hvilke motorer, komponenterne skal anvendes i, herunder også, om de bestilles med henblik på levering til DSB. Til sidst fremgår det, at Deutz' service[r]center i Übersee ligeledes er informeret og blokerer forespørgsler på de relevante reservedele.

230 Det fremgår desuden af e-mails, sendt fra kunder til Deutz, samt fra Deutz til DMN, at kunder, som vil bestille komponenter fra den blokerede liste, skal henvende sig direkte til [NAVN]. Såfremt bestillingen virker mistænksom, tager [NAVN] direkte kontakt til kunden for at finde ud af, hvad baggrunden for bestillingen er.<sup>72</sup> [NAVN] skriver i et svar på en bestilling af blokerede komponenter fra Equipco den 14. oktober 2010:

*"I don't know if anyone at Equipco thinks we are stupid or if you forgot to tell your people that we are very sensitive to the DSB topic. This request is certainly not for your stock. We have received this request by know from four different dealers in Europe with the same part numbers and quantities and the destination will be DSB (because DSB also requested those parts at Nordic)."*<sup>73</sup>

231 [NAVN], DSBs (daværende) strategiske indkøber af togdele, henvender sig til Deutz flere gang i slutningen af 2010 og starten af 2011. Han gør opmærksom på, at han af sine leverandører er blevet informeret om, at de ikke kan bestille visse komponenter hos Deutz' forhandlere, da disse er reserveret til DSB. [NAVN] gør opmærksom på, at DSB ikke har bestilt de pågældende komponenter, og at Deutz derfor bedes frigive dem til markedet. Dette sker blandt andet ved e-mail af 14. december 2010 fra [NAVN] til [NAVN], Deutz' Head of Service Sales and Key Accounts, hvoraf fremgår:

*"[...] Hi [NAVN],*

*I have just talked with another supplier to DSB. He advised me that he have asked Deutz for 2 spare parts, but have been advised by Deutz that this was reserved for DSB.*

*[...]*

*DSB are most glad to learn that Deutz reserve key parts for DSB and believe that such actions are professional [customercare] and is a action that characterize a preferred supplier to DSB.*

*However kindly be advised that above 2 products is not currently requested by DSB and as fare as I know we have no open orders for these products. Last order was some years ago. [...]"*<sup>74</sup>

<sup>71</sup> Bilag 31, Powerpoint, DSB status 9. august 2010.

<sup>72</sup> Bilag 49, e-mail af 21. januar 2011, Deutz, frigivelse af spærrede dele, bilag 56, e-mail af 7. februar 2011, Deutz og bilag 48, e-mail af 23. august 2010, Deutz til DMN.

<sup>73</sup> Bilag 50, e-mail af 15. oktober 2010, Equipco.

### 3.5.2.1 Efterfølgende forløb

232 Efter Fleco den 22. juli 2010 fra Equipco modtog en skriftlig bekræftelse på, at Equipco ikke kunne levere komponenter i overensstemmelse med deres tilbud, søgte Fleco alternative leveringsmuligheder. Fleco kontaktede Deutz leverandører, som Fleco tidligere havde haft forbindelse til med henblik på at få leveret komponenter fra disse leverandører. De virksomheder, som Fleco kontaktede, omfatter blandt andet [VIRKSOMHED X] og [VIRKSOMHED Y].

233 Den 25. august 2010 skriver [VIRKSOMHED X] i et svar på en bestilling fra Fleco:

*"We've increased our order for these pumps.  
We've to wait for the answer from our subsupplier regarding the delivery time.  
It's not so easy to get these pumps because Deutz knows that DSB needs them, so we have place small orders for 2 pcs. And then 2 more and so on.  
We cannot buy 10 pcs. at once."*<sup>75</sup>

234 Det fremgår heraf, at [VIRKSOMHED X] har bestilt de pågældende komponenter hos sin leverandør, men at de ikke er lette at få, fordi Deutz ved, at DSB skal bruge dem. Den 6. september 2010 skriver [VIRKSOMHED X] desuden til Fleco, at de endnu ikke har modtaget svar fra deres leverandør, og at leverandøren og Deutz åbenbart er klar over, hvem slutkunden er. [VIRKSOMHED X] håber dog at kunne komme med et endeligt svar snart.<sup>76</sup> [VIRKSOMHED X] vender tilbage den 20. september 2010 med besked om, at Deutz ikke vil frigive de bestilte komponenter, medmindre der opgives et motornummer på den motor, komponenterne skal bruges til, samt et bestemmelsesland for komponenterne:

*"[...] bez. unsere Bestellung über Ölpumpen 0426 3106 hat unser Lieferant die ursprünglich zugesagte Lieferung nicht angeliefert und bekommt die Ware offensichtlich von deutz nicht frei gegeben.*

*Die Ware kann man nur unter Angabe der Motornr. und des Bestimmungslandes erhalten.[...]"*<sup>77</sup>

*[Med hensyn til vores bestilling af oliepumpe 0426 3106 har vores leverandør ikke leveret som oprindeligt lovet og kan tilsyneladende ikke få varen frigivet af Deutz.*

*Varen kan kun fås ved angivelse af motornummer og bestemmelsesland]*<sup>78</sup>

235 Denne fremgangsmåde bekræftes også af en intern e-mail af 14. januar 2011, fundet på kontrolundersøgelse hos Deutz. E-mailen er sendt til [NAVN], Head of Sales and Key Accounts i Deutz, fra en medarbejder i "order processing":

*"Hallo [NAVN],*

<sup>74</sup> Bilag 51, e-mail af 5. januar 2010, DSB.

<sup>75</sup> Bilag 52, e-mail af 25. august 2010, Fleco.

<sup>76</sup> Bilag 53, e-mail af 6. september 2010, Fleco.

<sup>77</sup> Bilag 54, e-mail af 20. september 2010, Fleco.

<sup>78</sup> Oversat af autoriseret translatør.

*Unser Kunde Equipco hat für die Motornummer [...] – TCD 2015 eine wegen der DSB gesperrte Teilenummer bestellt.*

*Können Sie mir für die TN 0426 3018 eine Freigabe geben?”<sup>79</sup>*

*[Kære [NAVN]*

*Vores kunde Equipco har for motornummer [...] – TCD 2015 bestilt et reservedelsnummer, der er spærret på grund af DSB.*

*Kan De tildele mig en frigivelse for TN 0426 3018?”<sup>80</sup>*

236 Det fremgår af e-mailen, at den nederlandske Deutz forhandler Equipco har bestilt en reservedel, som ellers er spærret pga. DSB. Equipco har til bestilling angivet et motornummer på den specifikke motor, reservedelen skal bruges til og derfor anmodes der om en frigivelse af reservedelen. I tråd med dette fremgår følgende af en anden e-mail af 7. februar 2011, sendt internt i Deutz til [NAVN], Head of Service Sales Europa fra en medarbejder i bestillingsafdelingen ”order processing”:

*”Sehr geehrter [NAVN],*

*Da [[NAVN], Head of Sales and Key Accounts] die Tage nicht im Hause, können Sie uns weiterhelfen und Freigabe für den Auftrag Nr. [...] geben?”*

*[Kære [NAVN]*

*Da [NAVN] i øjeblikket ikke er i huset, kan De da hjælpe os videre og give en frigivelse for ordre nr. [...]?”<sup>81</sup>*

237 Det fremgår heraf, at bestillingsafdelingen forsøger at få frigivet blokerede reservedele til brug for ordre.<sup>82</sup>

238 Fleco har imidlertid held til at få leveret nogle af de nødvendige komponenter fra en anonym leverandør, som indledningsvist den 18. oktober 2010 oplyser, at de kender til problemerne i Tyskland, og at de ved, hvordan de skal operere, når de bestiller de pågældende komponenter. Den 22. oktober 2010 har leverandøren stadig ikke fået noget svar på deres bestilling hos Deutz, men skriver følgende:

*”And also they asked us the engine series no and which country the use. We have told them this engine is imported by us, we give them our engine series no and the engine is used in [...].”<sup>83</sup>*

239 Det fremgår heraf, at denne leveringskilde lyver i forbindelse med bestillingen af komponenter. Leveringskilden oplyser således over for Deutz, at de selv skal bruge komponenterne i egne motorer, som de oplyser numre på, samt i hvilket land de skal køre. Deutz har anmodet dem om oplysningerne. Den 27. oktober 2010 får Fleco et positivt svar fra denne leveringskilde, som oplyser følgende om leveringstid, pris mm.:

<sup>79</sup> Bilag 55, e-mail af 14. januar 2011, Deutz.

<sup>80</sup> Oversat af autoriseret translatør.

<sup>81</sup> Oversat af autoriseret translatør.

<sup>82</sup> Bilag 56, e-mail af 7. februar 2011, Deutz.

<sup>83</sup> Bilag 58, e-mail af 22. oktober 2010, Fleco.

*"[...] There is the reply from Germany.*

*The 20 pieces connecting rod is no problem [...]*

*Pls. confirm[...]”<sup>84</sup>*

240 Fleco har endvidere kontakt med [VIRKSOMHED Y] og forsøger at købe komponenter herigennem. [VIRKSOMHED Y] vender tilbage med et svar til Fleco den 10. december 2010 med følgende besked:

*"[...] Yes, I have confirmed with [NAVN]. And he has contacted with the Deutz. Now the Deutz [do not] want to sell because they are afraid we will sell them to other countries. [...]"<sup>85</sup>*

241 Leverandøren forsøger altså at bestille komponenter ved Deutz, men Deutz vil ikke sælge til dem, da de ikke vil have, at komponenterne videresælges til markeder i andre lande. Der er yderligere e-mail korrespondance mellem Fleco og [VIRKSOMHED Y], men den 21. juli 2011 bekræfter [VIRKSOMHED Y] endeligt, at de ikke kan levere:

*"Dear [NAVN]  
I am sorry that we cannot supply,  
Now the DEUTZ Germany is very serious for this issue.  
I am afraid will also bring the trouble for you if buy from us.  
Pls Confirm. [...]"*

242 [VIRKSOMHED Y] bekræfter således, at de ikke kan levere, og at årsagen hertil er Deutz i Tyskland, som er meget seriøs omkring dette emne.

243 I det efterfølgende forløb anmoder Fleco også den skandinaviske Deutz forhandler DMN om levering af en enkelt reservedel ved e-mail af 7. oktober 2010. DMN kom også med et tilbud og en pris.<sup>86</sup> DMN har oplyst og dokumenteret, at DMN tilbød Fleco at levere denne ordre med en leveringstid på 3 måneder.<sup>87</sup> Dette skete ved e-mail af 13. oktober 2010.

244 I perioden mellem Flecøs anmodning om levering og DMNs tilbud til Fleco korresponderer DMN internt om ordren. I den forbindelse sender ejeren af DMN følgene til DMNs direktør den 11. oktober 2010:

*"Mitt förslag är att få tyskarna att lägga dessa på ett LLI (long lead item = preliminär uppbokning för projekt) vilket betyder att alla är uppbokade, Vi offererar Fleco med deras pris och 3 mån leveranstid.*

*Om allt fungerar ska inte Fleco kunna köpa delarna någon annanstans och DSB borde bli hysteriska. Vi avvaktar lugnt och hoppas att DSB hör av sig. Rimligtvis*

<sup>84</sup> Bilag 57, e-mail af 18. oktober 2010, Fleco, bilag 58, e-mail af 22. oktober 2010, Fleco og bilag 59, e-mail af 27. oktober 2010, Fleco.

<sup>85</sup> Bilag 60, e-mail af 10. december 2010, Fleco.

<sup>86</sup> Bilag 39, e-mail af 7. oktober 2010, Fleco til DMN, bilag 61, e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco og bilag 62, e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco.

<sup>87</sup> Bilag 72, høringssvar fra DMN.

*kommer dom att meddela oss att det är panik och vi säger att vi ska göra allt för att få till en snabb leverans (vilket vi givetvis lyckas med).<sup>88</sup>*

245 Det fremgår heraf, at håndteringen af Flecos bestilling af enkelte reservedele skal ske på den måde, at Deutz anmodes om, at reservedelene blokeres i Deutz' bestillingssystem. Herefter tilbyder DMN en 3 måneders leveringstid til Fleco. Det fremgår endvidere, at om alt fungerer vel, kan Fleco ikke købe reservedelene andetsteds, og DSB bliver hysterisk og henvender sig til DMN i panik. Hvis det sker, vil DMN gøre alt for at sikre en hurtig levering, hvilket DMN givetvis vil lykkes med.

246 Den anden partner i DMNs ejerkreds skriver i e-mail af samme dato, at han synes, dette oplæg til, hvordan leveringen til Fleco skal håndteres, er godt.<sup>89</sup>

247 Fleco har i et enkelt tilfælde held til at bestille reservedele hos en anden Deutz forhandler, men dette sker under påskud af, at den, som bestiller komponenterne, selv skal bruge dem i egne motorer. En bestilling af de strategiske komponenter, som er blokeret hos Deutz, kræver således, at den, som bestiller, selv har en motor eller har en anden kunde end DSB med en motor, som komponenterne kan bruges til. Bestillingen sker altså ved at snyde Deutz og på forespørgsel opdigte en falsk baggrund for ordren.

#### *Andre leverandørers vanskeligheder med levering*

248 De øvrige leverandører i konsortiet, som skal levere komponenter til DSBs renoveringsopgave, er også nødsaget til at bestille visse komponenter gennem Deutz. De oplever ligeledes vanskeligheder med fra Deutz at få leveret de komponenter, de skal bruge.

249 [VIRKSOMHED] får således to næsten enslydende beskeder fra deres tyske handelspartner [VIRKSOMHED], hvoraf den ene af 13. december 2010 lyder således:

*“Leider können wir die Mutter und O-ringe nicht liefern. Deutz hat die Artikel gesperrt weil die für die dänische staatsbahn sind.*

*Wir können leider nicht Helfen.”<sup>90</sup>*

*[Desværre kan vi ikke levere møtrikkerne og 0-ringene. Deutz har blokeret for artiklerne, fordi det er til de danske statsbaner.*

*Vi kan desværre ikke hjælpe.]<sup>91</sup>*

250 Det fremgår heraf, at [VIRKSOMHED]'s leverandør i Tyskland ikke kan levere de bestilte komponenter, fordi Deutz har blokeret for komponenterne.

251 Også [VIRKSOMHED], som er en anden leverandør i konsortiet, har vanskeligheder med at få leveret komponenter, som skal igennem Deutz.

<sup>88</sup> Bilag 80, e-mail af 11. oktober 2010, DMN internt.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> Bilag 63, e-mail af 13. december 2010, Fleco.

<sup>91</sup> Oversat af autoriseret translatør.



252 I oktober 2010 forsøger de at bestille komponenter hos Deutz i Tyskland. Deres primære kontakt er med producenten af komponenterne, som er selskabet [VIRKSOMHED]. På grund af aftaler mellem dem og Deutz kan de imidlertid ikke selv levere komponenterne uden godkendelse fra Deutz. De henviser derfor bestillingen til en medarbejder i Deutz. Ifølge [VIRKSOMHED] aftales det med Deutz, at komponenterne kan leveres fra Deutz' lager i Köln mod, at ordren placeres hos Deutz' skandinaviske partner, DMN.

253 Umiddelbart er der ingen problemer, da ordren placeres hos DMN, og det bekræftes hurtigt, at varerne er ankommet til DMN i Danmark. Dette forklares af en medarbejder hos [VIRKSOMHED] i e-mail af 15. oktober 2010 til DSB:

*"[...] Jeg har kæmpet en meget lang kamp for at få disse lejer frem, og fik fra [VIRKSOMHED] mail på, at [VIRKSOMHED] fra Deutz i Tyskland havde fået tilladelse til at lejerne kunne leveres fra Deutz' eget lager i Köln, mod at vi placerede ordren hos Deutz Nordic (Arresøvej i Risskov). Dette blev gjort og hurtigt blev det bekræftet fra [NAVN] (Deutz Nordic) at varerne kom til Deutz Nordic dagen efter vor bestilling. [...]"<sup>92</sup>*

254 Herefter bliver det først oplyst, at kun overstørrelsen er ankommet og senere, at der er transportproblemer og endnu senere, at delene er sendt retur til Deutz, da de skal gennemgå et sikkerhedseftersyn, og at der kan gå måneder, inden de kommer retur. Medarbejderen fra [VIRKSOMHED] forklarer det således i e-mailen til DSB:

*"[...]Dagen efter blev det fra [NAVN] oplyst at kun overstørrelses lejer var komme frem, men at standard lejerne ville komme dagen efter. Jeg oplyste derefter ham om at alle lejerne så ville blive hentet dagen efter.*

*Samme dag som [NAVN] havde fortalt, at standardlejerne ville komme dagen efter, oplyser [NAVN] fra Deutz Nordic i Sverige, at Deutz Nordic har opdaget at der var fejl på lejerne. På mit spørgsmål om hvilke fejl der [er] tale om, får jeg først besked på, at lejerne er forkerte. Da jeg spørger hvilke problemer, der er, får jeg efterfølgende svaret at det var "transport issues" og at lejerne i øvrigt var returneret til Deutz i Tyskland. Jeg kørte ud til Deutz i Risskov for at få en forklaring og blev dér mødt af meget nervøse folk, som havde travlt med at forklare situationen, på en for mig at se meget ufaglig måde.*

*Jeg ved, at der som tidligere nævnt er et stort antal lejer på [VIRKSOMHED]'s lager hos [VIRKSOMHED], og at disse er godkendte og klar til distribution til Deutz.*

*Hvis der havde været fejl på lejerne fra [VIRKSOMHED] ville jeg havde fået besked om dette, men mine kontakter hos [VIRKSOMHED] kender ikke til at produkterne skulle være fejlbehæftet. [...]"<sup>93</sup>*

255 Som det fremgår af det ovenstående, har [VIRKSOMHED] en formodning om, at dette ikke er korrekt, blandt andet fordi det ikke kan bekræftes hos deres kontakt ved [VIRKSOMHED]. Denne formodning bekræftes i flere e-mails mellem

<sup>92</sup> Bilag 64, e-mail af 15. oktober 2010, DSB.

<sup>93</sup> Ibidem.

Deutz og DMN, samt interne e-mails fra DMN, blandt andet denne e-mail af 14. oktober 2010 fra en medarbejder ved DMN i Sverige til deres "mand på gulvet" i Danmark:

*"Can we agree to the following:*

- 1) [...]
- 2) *You can forward all calls from [NAVN] [VIRKSOMHED] or this company to myself (or in "worse case" to [NAVN].*
- 3) *Parts will be stored in a corner or in the roof in you stock until we have a final decision.*

*We need to do this to save our business with DSB."*<sup>94</sup> [Egen tilføjelse]

256 Det fremgår heraf, at [VIRKSOMHED]'s opkald skal henvises til DMN i Sverige, og at de komponenter, som [VIRKSOMHED] har bestilt, og som er ankommet, skal gemmes væk, enten i et hjørne eller på loftet.

257 [VIRKSOMHED] kontakter herefter Deutz i Tyskland og producenten [VIRKSOMHED] igen. Efter at være blevet sendt videre i systemet et par gange får [VIRKSOMHED] at vide, at de vil blive ringet op af Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts, [NAVN].

*"[...] [NAVN] from DEUTZ told me on phone again that we [VIRKSOMHED] were not allowed to send any original DEUTZ OES parts directly to a dealer.*

*[NAVN] contacted [NAVN] (DEUTZ) who is in charge with this and he will contact you today.*

*Sorry, but this is all I can do for your for the moment. [...]"*<sup>95</sup>

258 Det fremgår af e-mail korrespondance, at [NAVN] adspørger [VIRKSOMHED] om, hvad de skal bruge de komponenter, de bestiller, til, og at dette refereres videre til DMN, hvorefter [NAVN] modtager en redegørelse af, hvad der foregår hos DMN:<sup>96</sup>

*"Hallo [NAVN]*

*Wir haben denen ein Angebot gemacht und dann Lieferungsprobleme eingeräumt (transport and other issues). Offiziell haben wir denen mitgeteilt, dass die Teile weiter nach Köln geschickt werden zur Ueberpruefung / check.*

*Schreiben denen einfach nochmal freundlich das die sich an uns wenden sollen."*<sup>97</sup>

*[Vi har givet dem et tilbud og så tilladt leveringsproblemer (transport and other issues). Officielt har vi meddelt dem, at delene sendes til Köln igen til kontrol/check.*

*Skriv bare venligt til dem endnu en gang, at de skal henvende sig til os. Tak.]*<sup>98</sup>

<sup>94</sup> Bilag 65, e-mail af 14. oktober 2010, DMN internt.

<sup>95</sup> Bilag 66, e-mail streng bl.a. af 10. november 2010.

<sup>96</sup> Bilag 67, e-mail af 20. oktober 2010, DMN til Deutz.

<sup>97</sup> Ibidem.

259 Det fremgår af ovenstående e-mail fra DMN til [NAVN] hos Deutz i Tyskland, at DMN har givet et tilbud til [VIRKSOMHED] og derefter har oplyst, at der er leveringsproblemer, og at de officielt har oplyst, at komponenterne er sendt retur til Köln for at blive tjekket. [VIRKSOMHED] har over for DSB oplyst, at de via deres kontakt hos producenten [VIRKSOMHED] er bekendt med, at der ligger et stort antal af de komponenter, som de har forsøgt at bestille gennem Deutz og DMN, på [VIRKSOMHED]'s lager, klar til distribution til Deutz. Dette fremgår også af ovenstående forklaring fra [VIRKSOMHED] til DSB, hvor følgende indgår:

*" [...]Jeg ved, at der som tidligere nævnt er et stort antal lejer på [VIRKSOMHED]'s lager hos [VIRKSOMHED], og at disse er godkendte og klar til distribution til Deutz. [...]"<sup>99</sup>*

260 DMN har oplyst, at DMN først den 22. oktober 2010 havde rådighed over den samlede mængde af reservedele, som [VIRKSOMHED] havde bestilt, og at DMN leverede reservedelene til [VIRKSOMHED] på et tidspunkt herefter. Ifølge DMNs fakturaer skete det den 2. november 2010 og den 28. december 2010.<sup>100</sup>

#### ***DSBs leverancer og renovering efterfølgende***

261 Som nævnt ovenfor i punkt 66-67 foretog Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i samarbejde med konkurrencemyndighederne i Tyskland, Sverige og Nederlandene kontrolundersøgelser hos blandt andre Deutz, DMN og Equipco i marts 2011. I forbindelse med disse kontrolundersøgelser informerede styrelsen Deutz og DMN om, at styrelsen havde en formodning om, at virksomhederne var involveret i en leveringsnægtelse overfor en underleverandør til DSB.

262 Ifølge styrelsens oplysninger var det efter kontrolundersøgelserne fortsat ikke muligt at bestille komponenter til DSBs renoveringsopgave hos Deutz eller hos Deutz' samhandelspartnere. Dette fremgår blandt andet af en e-mail korrespondance mellem Fleco og [VIRKSOMHED Y], dateret den 21. juni 2011.<sup>101</sup> Den 21. juni 2011 skriver [NAVN] fra Fleco således til [VIRKSOMHED Y]:

*"Is there a possibility for you to delivery the "0426 2771, Crankcase Original" in the future ??  
If it will be a "problem" or "make problem" for you, please let me know."*

263 Senere samme dag svarer [VIRKSOMHED Y]:

*"Dear [NAVN]  
I am sorry that we cannot supply,  
Now the DEUTZ Germany is very serious for this issue.  
I am afraid will also bring the trouble for you if buy from us.  
Pls confirm.  
Thanks and Best regards.  
Await  
Karen"*

<sup>98</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>99</sup> Bilag 64, e-mail af 15. oktober 2010, DSB.

<sup>100</sup> Bilag 72, hørings svar fra DMN.

<sup>101</sup> [fodnoten fremgår ikke af den offentliggjorte afgørelse]

*Deutz' forklaring*

...

*DMNs forklaring*

...

**3.6 HØRINGSSVAR**

269 Deutz, DMN, Fleco og DSB fik udkast til afgørelse i høring den 3. januar 2013. Alle de hørte virksomheder har afgivet et skriftligt høringssvar ...

...

**4 VURDERING**

379 Det er forbudt for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling, jf. TEUF artikel 102 og konkurrencelovens § 11.

380 Det er endvidere forbudt for to eller flere virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6.

381 Denne sag drejer sig om:

- i. hvorvidt det udgør et misbrug af dominerende stilling, at Deutz har nægtet et konsortium, herunder Fleco, adgang til en række unikke reservedele og dermed har afskåret konsortiet fra at reparere og vedligeholde DSBs IC3 dieselmotorer, og
- ii. hvorvidt Deutz og Deutz' forhandler i Danmark, DMN, har indgået en aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder den nederlandske forhandler Equipco, til Fleco, til brug for reovering og vedligehold af DSBs IC3-dieselmotorer.

*Ad i) Ulovlig leveringsnægtelse*

382 Der er overordnet set to betingelser, der skal være opfyldt, for at en leveringsnægtelse er ulovlig efter konkurrencereglerne. Der skal være tale om,

*at* en eller flere virksomheder besidder en dominerende stilling på det relevante marked, og

*at* den dominerende stilling misbruges.<sup>102</sup>

383 For at vurdere, om Deutz besidder en dominerende stilling, er det først nødvendigt at afgrænse det relevante marked. Det relevante marked er afgrænset i afsnit 4.1 nedenfor.

---

<sup>102</sup> For så vidt angår TEUF artikel 102 skal misbruget endvidere kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, hvilket er behandlet nedenfor i afsnit 4.2.

384 Dernæst sammenholdes markedsafgrænsningen med blandt andet virksomhedernes markedsandele og andre relevante indikatorer for markedsstyrke for at vurdere, om Deutz besidder en dominerende stilling, jf. afsnit 4.4.1 nedenfor.

385 Der skal dernæst vurderes, om Deutz har misbrugt denne dominerende stilling ved at have nægtet konsortiet adgang til reservedele.

386 Denne vurdering skal foretages i henhold til de retningslinjer, som kan udledes af især praksis fra Retten og Domstolen om leveringsnægtelser samt Kommissionens vejledning herom.

387 Den konkrete sag adskiller sig fra almindelige sager om leveringsnægtelse, idet leveringsnægtelsen sker gennem Deutz' forhandlernetværk, særligt den nederlandske forhandler Equipco. Leveringsnægtelsen kan derfor vurderes som:

- i) En overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 ved hindring af parallelhandel, og
- ii) En overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 som en almindelig leveringsnægtelse.

388 Det følger af praksis om leveringsnægtelse ved hindring af parallelhandel, at det skal vurderes, om leveringsnægtelsen anvendes som et middel til hindring af parallelhandel, uden at dette er begrundet i objektive omstændigheder, jf. afsnit 4.5.1 nedenfor. Hvis dette er tilfældet, vil Deutz' leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk udgøre et misbrug af dominerende stilling.

389 Det følger endvidere af praksis om leveringsnægtelse i almindelighed, at det skal vurderes, om adgangen til køb af unikke reservedele gennem Deutz er nødvendig for at skabe effektiv konkurrence på det relevante beslægtede marked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer, jf. afsnit 4.6.1 nedenfor. Hvis det er tilfældet, vil Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket udgøre et misbrug af dominerende stilling, såfremt leveringsnægtelsen ikke er begrundet i objektive omstændigheder.

390 Der foretages endelig en yderligere vurdering udover betingelserne anført ovenfor. Denne vurdering angår virkninger af Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket.

***Ad ii) Ulovlig aftale om hindring af parallelhandel***

391 Der er overordnet fire kumulative betingelser, der skal være opfyldt, før der kan være tale om en ulovlig aftale efter konkurrencereglerne. Der skal således være tale om:

- erhvervsvirksomheder, der
- indgår en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller udøver samordnet praksis, som
- har til formål eller følge at begrænse konkurrencen
- mærkbart.

392 Ved vurderingen af, om disse betingelser er opfyldt, er fællesskabspraksis vejledende, uanset om der er tale om en overtrædelse af TEUF artikel 101 eller af konkurrencelovens § 6.

#### 4.1 MARKEDSAFGRÆNSNING

393 Det relevante marked består af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Formålet med at afgrænse et marked både som produktmarked og som geografisk marked er at fastslå, hvilke egentlige konkurrenter (om nogen) der er i stand til at begrænse Deutz' adfærd og forhindre virksomheden i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres. Formålet er desuden at afgrænse markeder, der er relevante for aftalen mellem Deutz og DMN.<sup>103</sup>

394 Det følger af konkurrencelovens § 5 a og af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked,<sup>104</sup> at det relevante marked skal afgrænses på baggrund af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen – suppleret med undersøgelser af den potentielle konkurrence.

395 I sager om leveringsnægtelse skal det undersøges, om der kan afgrænses *to separate, men beslægtede produktmarkeder*. Kan der ikke meningsfuldt afgrænses to separate markeder, da udgør den pågældende virksomheds adfærd ikke en ulovlig leveringsnægtelse.

396 Formålet med markedsafgrænsningen er derfor i denne sag *for det første* at undersøge, om der kan afgrænses et forudgående produktmarked for de reservedele, som konsortiet af virksomheder ønsker adgang til. Denne markedsafgrænsning foretages med henblik på at vurdere, om Deutz indtager en dominerende stilling på markedet for disse reservedele.

397 Formålet med markedsafgrænsningen er herefter *for det andet* at undersøge, om der kan afgrænses et eller flere beslægtede produktmarkeder. Denne markedsafgrænsning foretages med henblik på at undersøge, om Deutz' adfærd er egnet til at begrænse den effektive konkurrence på et eller flere beslægtede markeder. Det skal således undersøges, om der kan afgrænses et antal beslægtede produktmarkeder, hvor adgang til de pågældende reservedele er nødvendig for at levere et andet produkt eller en anden tjenesteydelse.

398 Det vil sige, at der i denne sag *for det første* skal undersøges, om der kan afgrænses et produktmarked for de reservedele, som kun kan erhverves via Deutz. For det andet skal det undersøges, om der kan afgrænses et antal beslægtede produktmarkeder for de ydelser, som konsortiet ønsker at levere.

399 Det vurderes, at der i nærværende sag overordnet kan afgrænses to relevante markeder. *Det forudgående produktmarked* kan i sagen afgrænses til markedet for *udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz*. Det vurderes endvidere, at *det beslægtede produktmarked* i sagen overordnet kan afgrænses til markedet for *reparation og vedligehold af TCD2015 motoren*.

##### 4.1.1 Overblik over markederne

<sup>103</sup> Jf. Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02), pkt. 2.

<sup>104</sup> Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02).

400 Deutz har siden 1864 udviklet og produceret dieselmotorer til industrielt brug. I tilknytning til denne motorproduktion er Deutz endvidere aktiv på markederne for udbud af reservedele til samt service og vedligehold af dieselmotorer.

401 Omdrejningspunktet for denne sag er en såkaldt Deutz Engine Type TCD 2015, der er produceret af Deutz, og som benyttes i DSBs IC3-tog. Det er denne motor, som DSB skal have renoveret, og det er til denne motor konsortiet af fire virksomheder efterspørger reservedele. Tages der afsæt i denne motor, kan de relevante markeder afgrænses.

402 Det første relevante marked er markedet for udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug. Dette marked er udgangspunktet for den konkurrencebegrænsning, der undersøges i denne sag. Markedet kan således defineres som *det primære marked*.

403 I tilknytning hertil kan en række relevante *sekundære markeder* afgrænses. Disse marker omfatter – som minimum – markedet for reparation og vedligehold af den relevante motor samt markedet for de reservedele, der er nødvendige for at kunne agere på markedet for reparation og vedligehold. De sekundære markeder kan samlet benævnes *eftersalgsmarkederne*, idet de relaterer sig til ydelser, der handles "efter salget" af motoren.

404 Der kan således afgrænses en værdikæde af – minimum – tre forbundne markeder, jf. nedenstående figur 7.

**Figur 7: Relevante markeder**



## 4.1.2 Det relevante produktmarked

### 4.1.2.1 Indledning

405 Ved det relevante produktmarked forstås markedet for de produkter eller tjenesteydelser, som forbrugerne betragter som indbyrdes substituerbare på grund af produkternes eller tjenesteydelseernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.<sup>105</sup>

406 Følgende fremgår af Kommissionens vejledning om afgrænsning af det relevante marked:

*"Markedsafgrænsning går dybest set ud på at fastslå, om de pågældende virksomheders kunder i praksis har alternative forsyningskilder, og dette gælder både med hensyn til produkterne/tjenesteydelserne og med hensyn til leverandørernes geografiske beliggenhed."*<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked 9. december 1997, pkt. 7.

<sup>106</sup> Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked 9. december 1997, pkt. 13.

407 Det følger i den forbindelse af praksis<sup>107</sup>, Kommissionens vejledning om afgrænsning af det relevante marked<sup>108</sup> og litteraturen<sup>109</sup>, at det relevante marked skal afgrænses i henhold til netop den (eventuelle) konkurrencebegrænsning, som sagen angår.<sup>110</sup> Markedsafgrænsningen er endvidere ikke et mål i sig selv, men skal give et udgangspunkt for den efterfølgende analyse af det konkurrencemæssige problem. En markedsafgrænsning er således ikke statisk, men dynamisk – og markedsafgrænsningen kan konkret variere afhængigt af det konkurrencemæssige problem og de involverede parter.<sup>111</sup>

408 I denne sag tager afgrænsningen af de relevante markeder udgangspunkt i, at den konkurrencebegrænsende adfærd finder sted på eftersalgsmarkederne. Konkurrencen på det primære marked udspiller sig mellem Deutz og andre motorproducenter, hvor den endelige køber er DSB, og der kan gå flere årtier mellem handlerne på dette marked, idet der kun handles på dette marked, når der skal udvikles og produceres motorer til tog, jf. punkt 160.

409 Aktiviteten på eftersalgsmarkederne udspiller sig derimod henholdsvis mellem Deutz og konsortiet (reservedele) og mellem konsortiet og DSB (reparation og vedligehold). Handlerne på disse markeder forgår løbende, om ikke dagligt, så i hvert fald hyppigere end på det primære marked. DSB har således oplyst, jf. markedsbeskrivelsen i punkt 160, at motorerne vedligeholdes løbende, samt at de gennemrenoveres hvert 4. år.

410 Ved afgrænsningen af de relevante produktmarkeder er det derfor nødvendigt først at vurdere, om eftersalgsmarkederne meningsfuldt kan adskilles fra det primære marked, eller om markederne i stedet skal betragtes under et som et samlet marked.

411 Hvis der skal være tale om en ulovlig leveringsnægtelse i konkurrencemæssig forstand, skal der, jf. punkt 395, endvidere kunne afgrænses et forudgående marked, hvor en virksomhed indtager en dominerende stilling, samt et efterfølgende marked, hvor virksomheden udnytter denne dominerende stilling til at begrænse konkurrencen. Det er herefter nødvendigt at undersøge, om eftersalgsmarkederne kan afgrænses som to separate, men beslægtede markeder.

412 Nedenfor foretages først i afsnit 4.1.2.2 en vurdering af, hvorvidt eftersalgsmarkederne kan adskilles fra det primære marked. Herefter afgrænses i afsnit 4.1.2.3 det forudgående produktmarked for de reservedele, der er nødvendige for

---

<sup>107</sup> Jf. bl.a. Rettens dom af 6. juli 2000 om Volkswagen AG i sag nr. T-62/98, pkt. 230-231 og Rettens dom af 5. juli 2001 om Colin Arthur Roberts i sag nr. T/25-99, pkt. 36 med henvisning til bl.a. Domstolens dom af 12. december 1967 i Brasserie de Hacht, sag nr. 23/67. Se tillige Kommissionens beslutning af 14. januar 1998 i sag nr. IV/34.801 om Frankfurt Lufthavn, pkt. 61-63, hvoraf det fremgår, at der blev afgrænset et overordnet marked for ground handling-ydelser, selv om det var muligt at skelne mellem forskellige typer af ydelser, fordi det ikke gjorde en forskel i forhold til vurderingen af den konkrete sag.

<sup>108</sup> Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02), pkt. 12 og pkt. 56.

<sup>109</sup> Konkurrencebogen med kommentarer, Kirsten Levinsen m.fl., 2009, s. 177, Konkurrenceretten i EU, Caroline Heide-Jørgensen m.fl., 2009, s. 64, The Economics of EC Competition Law, Bishop and Walker, 2002, s. 125-126.

<sup>110</sup> Jf. Rettens dom af 22. marts 2000 i sag nr. T-125/97 om The Coca-Cola Company, pkt. 82, hvoraf det fremgår, at hver gang Traktatens artikel 102 anvendes, skal der foretages en ny markedsafgrænsning. En tidligere foretaget markedsafgrænsning kan ikke uden videre lægges til grund ved senere sager om misbrug.

<sup>111</sup> Se forarbejderne til konkurrencebogens § 5a, Folketingstidende, Tillæg B, saml. 1999-2000, s. 1287: "Afgrænsningen af det relevante marked kan føre til forskellige resultater afhængigt af det konkurrenceretlige problem, der skal undersøges."



at reparere DSB IC3-togs motorer (TCD2015), og derefter i afsnit 4.1.2.4 det beslægtede produktmarked for reparation og vedligehold af motorerne i DSBs IC3-tog (TCD2015).

#### 4.1.2.2 Kan eftersalgsmarkedene adskilles fra det primære marked?

413 Der kan, jf. afsnit 4.1.1 ovenfor, umiddelbart identificeres tre markeder i denne sag; henholdsvis det primære marked (produktion og udvikling af dieselmotorer) samt to eftersalgsmarkeder (ét for reparation og vedligehold og ét for de reservedele, der er nødvendige for at kunne agere på markedet for reparation og vedligehold).

414 Hvorvidt eftersalgsmarkedene for henholdsvis reservedele på den ene side og reparation og vedligehold på den anden side udgør separate markeder, eller i stedet skal betragtes under ét med det primære marked for udvikling og produktion af dieselmotorer, afhænger hovedsageligt af forbrugernes reaktion på prisstigninger på de ydelser og produkter, der vedrører eftersalgsmarkedene.<sup>112</sup>

415 Ifølge Domstolen vil eftersalgsmarkedene skulle betragtes under ét med det primære marked, hvis brugeren kan substituere produkter og ydelser på eftersalgsmarkedet med andre produkter og ydelser produceret af andre fabrikater på det primære marked, eller hvis brugeren kan skifte til et andet primært produkt med henblik på at undgå en eventuel prisstigning på eftersalgsmarkedet. Det fremgår således af Domstolens dom i CEHR mod Kommissionen, at:

*"... reservedelsmarkedet for primærprodukter af et vist mærke ikke [kan]udgøre et særskilt marked i to tilfælde: for det første i tilfælde, hvor forbrugeren kan skifte til reservedele, som en anden fabrikant har fremstillet, og for det andet tilfælde, hvor forbrugeren kan skifte til et andet primært produkt for at undgå en prisstigning på reservedelsmarkedet."*<sup>113</sup>

416 Omvendt gælder, at hvis brugeren ikke kan substituere produkter og ydelser på eftersalgsmarkedet med andre produkter og ydelser produceret af andre fabrikater, eller hvis en lille, men varig prisstigning på eftersalgsmarkedene ikke påvirker brugernes efterspørgsel efter det primære produkt (eksempelvis grundet høje switching costs, lock-in effekter eller hvis prisen på produkter og ydelser på de sekundære markeder har en lille betydning for efterspørgslen på det primære marked), kan der afgrænses et eller flere separat(e) eftersalgsmarked(er).

417 Følgende fremgår således af Kommissionens beslutning i IBM-sagen med henvisning til Domstolens dom i CEHR-sagen:

*"According to the case-law of the Court of Justice, an aftermarket consisting of the secondary product (or services) of only one brand of a primary product, such as IBM mainframes, would appear to be a relevant product market if: (a) switching to secondary products of other producers is not possible; and (b) there is high switching costs for the primary product."*<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Se XXVth Report on Competition Policy, COM(96)126 final, Pelikan/Kiocera pkt. 86, 87, Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997 pkt. 56, Kommissionens beslutning af 13. december 2011 i sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service pkt. 21, 22 og 23 og sag T-427/08 CEHR mod Kommissionen, 15. december 2010 pkt. 80, 96, 102 og 105.

<sup>113</sup> Se sag T-427/08 CEHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010 pkt. 79, 80 og 84ff.

<sup>114</sup> Se sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service pkt. 23 med henvisning til sag T-427/08 CEHR mod Kommissio-

418 I den konkrete sag vurderes det, at såvel (a) og (b) nævnt ovenfor er opfyldt. For at være aktiv på eftersalgsmarkedet er det nødvendigt at have adgang til en række reservedele. Blandt disse reservedele findes en række unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz. Det forhold, at reservedelene er unikke, medfører, at det ikke er muligt at substituere reservedelene med andre reservedele, produceret af andre fabrikater. Det fremgår således af markedsbeskrivelsens afsnit 3.3.3.2, at visse reservedele udelukkende kan erhverves via Deutz eller Deutz' forhandler-netværk, samt at visse reservedele ikke kan kopieres.

419 Endvidere gælder, at hvis (b) ikke skulle være opfyldt, da skulle en lille, men varig stigning i prisen på de unikke reservedele medføre, at slutbrugeren udskiftede det primære produkt (motoren). Dette vurderes, jf. det af DSB oplyste i punkt 160, ikke som en realistisk mulighed. DSB har over for styrelsen oplyst, at det hverken er muligt at udskifte motoren med en ny identisk motor, eller med en motor af et andet mærke. Dette skyldes, at begge løsninger er så meget dyrere alternativer til reparation af den eksisterende motor at de først vil kunne komme på tale, når motoren er slidt helt op.

420 Alene på denne baggrund vurderes det, at det primære marked kan adskilles fra eftersalgsmarkedene. Hertil kommer, jf. eksempelvis Hilti-sagen, at når visse økonomiske aktører er specialiserede og kun er virksomme på eftersalgsmarkedet til et primært marked, udgør dette i sig selv et væsentligt indicium for, at der findes et særskilt marked for eftersalgssydelsler. Således fremgår det af Hilti-sagen, at:

*"For så vidt særligt angår de bolte, hvis anvendelse i Hilti-værktøjerne er et væsentligt punkt i tvisten, står det således fast, at der siden 1960'erne findes uafhængige fabrikater, heriblandt intervenienterne, der fremstiller bolte til anvendelse i boltepi-stoler. Visse af fabrikaterne har specialiseret sig og fremstiller kun bolte, enkelte af dem endog kun bolte, der særligt er tilpasset Hilti's pistoler. Denne omstændighed udgør i sig selv et væsentligt indicium for, at der findes et særskilt marked for Hilti-kompatible bolte."*<sup>115</sup>

421 I den konkrete sag kan det konstateres, at der findes en række aktører, herunder blandt andre underleverandører (som Fleco og de øvrige deltagere i konsortiet), Deutz forhandlere (som Equipco og DMN) samt producenter (som Mahle, Beru System, Federal Mongul, Borg Warner og Kolbenschmidt), der har specialiseret sig i at levere ydelser på eftersalgsmarkedet. Det kan endvidere konstateres, at ikke alle af ovennævnte aktører er aktive på det primære marked for udvikling og produktion af motorer. Dette støtter vurderingen af, at der kan afgrænses separate eftersalgsmarkeder.

422 Det vurderes samlet set, at kriterierne for, at eftersalgsmarkedene kan adskilles fra det primære marked, er opfyldt i denne sag. Der kan som følge heraf afgrænses et primært marked for dieselmotorer til industrielt brug samt separate eftersalgsmarkeder for reparation og vedligehold af den relevante motor samt for udbud af de reservedele, der er nødvendige at have adgang til for at kunne agere på markedet for reparation og vedligehold af den relevante motor.

---

nen, dom af 15. december 2010 pkt 79,80 og 84ff.

<sup>115</sup> Se sag T-30/89 Hilti mod Kommissionen, pkt. 67.

#### 4.1.2.3 Det forudgående produktmarked: udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhvervs via Deutz

423 Ved afgrænsningen af det relevante produktmarked tages udgangspunkt i de produkter eller tjenesteydelser, som den mulige konkurrencebegrænsende adfærd vedrører. Dernæst afgrænse hvilke mulige øvrige produkter, der er substituerbare hermed.

424 Eftersalgsmarkedet kan overordnet afgrænses til at omfatte de ydelser, der relaterer sig til den konkrete motor, og som leveres "efter salget" af motoren. Disse ydelser omfatter:

- Udbud, det vil sige produktion og salg, af reservedele til motoren; herunder generiske og særligt tilpassede reservedele
- Levering af reservedele; generiske og særligt tilpassede
- Udførelse af reparation og vedligehold
- Logistiske opgaver

425 Konsortiets aktiviteter består dels i at levere reservedele til DSB således, at DSB kan benytte disse reservedele til at reparere motorerne i deres IC3-tog. Fleco leverer endvidere en række serviceydelser til DSB, herunder logistisk styring af indkøbsprocessen. For at kunne levere disse ydelser har konsortiet brug for at få adgang til at købe de nødvendige reservedele. De nødvendige reservedele købes enten hos Deutz, via Deutz' forhandlernetværk eller de producenter, der producerer reservedelene.

426 Det er således adgangen til reservedelene, der er nødvendig for konsortiet, og det er som følge heraf adgangen til reservedelene, der er udgangspunktet for afgrænsningen af det relevante produktmarked.

427 Det skal herefter konkret undersøges, om adgang til reservedelene kan adskilles fra markedet for reparation og vedligehold, eller om undersøgelser af substitution tilsiger, at markedet skal afgrænses bredere som ét samlet produktmarked for samtlige eftersalgsydelser, jf. figur 8 nedenfor.

#### Figur 8: Afgrænsning af det relevante forudgående marked

Et samlet marked for:

Eftersalgsmarked

Eller:

Udbud af unikke reservedele

Reparation og vedligehold

**Efterspørgselssubstitution**

428 Hvis adgang til reservedele samt reparation og vedligehold skal afgrænses som to separate markeder og ikke som ét samlet produktmarked, skal det gælde, at der ikke er efterspørgselssubstitution mellem ydelserne eller produkterne. Efterspørgselssubstitution mellem to produkter eller ydelser indebærer, at efterspørgslen efter et produkt eller en ydelse vil stige, såfremt prisen på et andet produkt eller ydelse stiger. Dette ud fra en betragtning om, at man kan substituere en eventuel efterspørgsel efter den ene ydelse med efterspørgsel efter den anden.

429 I den konkrete sag skal det således vurderes, om udbud af unikke reservedele kan substitueres med reparation og vedligehold. Nogle former for reparation og vedligehold vil formentlig være komplementært til reservedele (fx montering), mens andet er substitut (fx rensning, slibning, smøring osv.). Endvidere gælder, at det for visse reservedeles vedkommende vil være muligt at reparere fremfor at udskifte denne, mens det for andre ikke vil være muligt. DSB har over for styrelsen oplyst, jf. 160, at der altid vil være behov for nye reservedele, når en motor skal renoveres.

430 Det bemærkes endvidere, at Deutz selv vurderer, at det ikke er muligt at foretage istandsættelse uden anvendelse af nye dele, jf. eksempelvis e-mail fra den 4. august 2010 fra Deutz til DMN:

*[...] Wiewahrscheinlich ist eine Aufarbeitung der Altteile? Ohne Einschuss Neuteile unmöglich, würde ich sagen [...].<sup>116</sup>*

*[Hvor sandsynlig er en istandsættelse af de gamle dele? Uden anvendelse af nye dele umuligt, ville jeg sige.]<sup>117</sup>*

431 Der er således kun i visse tilfælde efterspørgselssubstitution mellem reparation og vedligehold på den ene side og reservedele på den anden. I den konkrete sag vurderer DSB, at der er behov for levering af nye reservedele. Denne vurdering støttes af Deutz, jf. ovenfor. På den baggrund kan det konkluderes, at der ikke i den konkrete sag altid er efterspørgselssubstitution mellem reparation og vedligehold og udbud af reservedele. Ydelserne skal derfor som udgangspunkt afgrænses som tilhørende separate, men beslægtede markeder.

**Komplementaritet – udbud af unikke reservedele og reparation og vedligehold**

432 Det kan herefter overvejes, om produktet unikke reservedele og ydelserne reparation og vedligehold er så nært sammenfaldende, at markederne alligevel skal betragtes som et samlet marked.

433 I Hilti-sagen<sup>118</sup>, der var en sag, der vedrørte markedet for fastgørelsessystemer inden for byggesektoren, har Retten blandt andet undersøgt, om markedet for bolte og markedet for boltepistoler var to særskilte markeder. Retten fastslog, at det, hvad bolte angår, står fast, at der siden 1960'erne har eksisteret uafhængige fabrikanter, der har fremstillet bolte til anvendelse i boltepistoler. Visse af fabrikanterne har specialiseret sig og fremstiller kun bolte, enkelte af dem endog bolte, der særlig

<sup>116</sup> Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

<sup>117</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>118</sup> Jf. Rettens dom i sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen.

er tilpasset Hiltis pistoler. Denne omstændighed udgør i sig selv et væsentligt indicium for, at der findes et særskilt marked for Hilti-kompatible bolte.

434 Det fremgår således at dommen i ovennævnte sag, at:

*”Der er ifølge Kommissionen tale om særskilte markeder, for selvom pistolerne, patronmagasinerne og boltene har en indbyrdes sammenhæng, er udbuds- og efterspørgselsbetingelserne forskellige.*

*Den omstændighed, at der findes uafhængige fabrikanter, som fremstiller bolte og patronmagasiner, men som ikke fremstiller boltepistoler, viser, at der består forskellige udbuds-betingelser for disse artikler. Desuden er visse fabrikanter af boltepistoler henvist til uafhængige producenter af bolte og patronmagasiner, i det mindste for så vidt angår en del af deres forbrugsgods. Visse uafhængige boltefabrikanter leverer også bolte til fabrikanter af boltepistoler. Hvad angår efterspørgslen må køb af en boltepistol betragtes som en kapitalinvestering, som under normale omstændigheder benyttes og afskrives over en længere periode. Patronmagasiner og bolte udgør derimod løbende udgifter for brugerne og indkøbes på linje med andre løbende fornødenheder. Pistoler og forbrugsgods indkøbes ikke sammen.”<sup>119</sup>*

435 Det skal på den baggrund undersøges, om reservedele og reparation og vedligehold er perfekt komplementære. Det vil sige, at det skal undersøges, om reservedele på den ene side og reparation og vedligehold på den anden side, ud fra en vurdering af forholdene på markedet på ”produktionsmæssigt niveau”, er så tæt sammenhørende, at det ud fra en praktisk funderet betragtning ikke giver mening at afgrænse separate markeder.

436 Hvis udbud af reservedele og ydelserne reparation og vedligehold i praksis ikke kan adskilles, og derfor nødvendigvis skal udbydes af den samme operatør (er perfekt komplementære), vil reservedele og reparation og vedligehold skulle afgrænses som ét samlet marked. Hvis udbud af reservedele og ydelserne reparation og vedligehold omvendt ikke er perfekt komplementære, og således ikke nødvendigvis skal udbydes af samme operatør, da vil reservedele og reparation og vedligehold skulle afgrænses som separate, men beslægtede markeder.

437 Som der fremgår af markedsbeskrivelsen, jf. afsnit 3.3.3, findes der flere eksempler på aktører, der alene er aktive på markedet for reparation og vedligehold, men som ikke selv udbyder reservedele. Fleco er et eksempel på en sådan aktør, der sourcer reservedele fra forskellige producenter til slutbrugerne, der herefter anvender reservedelene i deres motorer. De øvrige deltagere fra konsortiet samt virksomhederne i Deutz’ forhandlernetværk, herunder Equipco og DMN, er andre eksempler. Tilsvarende er der også eksempler på producenter, eksempelvis Mahle, Beru System, Federal Mongul, Borg Warner og Kolbenschmidt, der producerer reservedele, men ikke udfører reparationsopgaver.

438 Der findes således økonomiske aktører, der kun er aktive på det ene eftersalgsmarked. Det er således muligt – rent produktionsmæssigt – at adskille udbud af reservedele fra ydelserne.

---

<sup>119</sup> Jf. Rettens dom i sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen pkt. 18.

439 På baggrund af det ovenstående kan det sammenfattende konkluderes, at udbud af reservedele og reparation og vedligehold ikke er så komplementære, at ydelserne ud fra denne betragtning tilhører samme marked.

440 I denne sag skal der derfor konkret afgrænses et separat marked for udbud af reservedele samt et separat marked for reparation og vedligehold.

#### 4.1.2.3.1 Yderligere opdeling af det forudgående produktmarked

441 Det skal i forlængelse af ovenstående herefter undersøges, hvorvidt det forudgående produktmarked kan afgrænses snævert til udbud af unikke reservedele til den relevante motor, der kun kan skaffes via Deutz, eller om det forudgående produktmarked skal afgrænses bredere til endvidere at omhandle udbud af andre reservedele.

#### *Efterspørgselssubstitution*

442 Det fremgår af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, at:

*”Markedet for sekundære produkter, fx reservedele, kan blive afgrænset snævert, når foreneligheden med det primære produkt er af stor betydning. Problemerne med at finde kompatible sekundære produkter samt de primære produkters høje priser og lange levetid kan gøre de relative prisstigninger på sekundære produkter rentable. Der kan ske en anden markedsafgrænsning, hvis der er mulighed for en betydelig substitution mellem de sekundære produkter, eller hvis de primære produkters egenskaber giver mulighed for en hurtig og direkte forbrugerreaktion på relative prisstigninger på de sekundære produkter.”<sup>120</sup>*

443 Det fremgår således, at et produktmarked for reservedele kan afgrænses snævert, når det ikke er muligt at substituere reservedelene med reservedele af et andet mærke, eller hvis relative prisstigninger på reservedelene ikke medfører, at det primære produkt udskiftes.

444 I den konkrete sag findes der reservedele produceret af Deutz eller for Deutz, som det ikke er muligt at substituere med reservedele produceret af andre. Det fremgår således af markedsbeskrivelsens afsnit 3.3.1.1, at der findes en række reservedele, der er specielt udviklet til TCD2015 motorens særlige specifikationer. Det fremgår endvidere, at visse af disse er kopierbare, hvilket betyder, at det er muligt for andre producenter at producere ”funktionelt identiske” reservedele. De kopierbare reservedele kan derfor formentligt substitueres med reservedele af andre mærker. Det fremgår endeligt af afsnit 3.3.1.1 – og yderlige uddybet i afsnit 3.3.1.2 – at der findes reservedele, som det af forskellige årsager ikke er muligt at kopiere.

445 Således findes der reservedele, der er nødvendige for at reparere TCD2015 motoren, der ikke kan tilvejebringes andre steder end gennem Deutz eller Deutz’ forhandlernetværk. Disse reservedele er således unikke, og der kan derfor afgrænses et særskilt marked for disse reservedele.

446 Det bemærkes i denne sammenhæng, at DMN, jf. eksempelvis punkt 213, selv vurderer, at omkring 30 pct. af de reservedele, der skal benyttes til den samlede

<sup>120</sup> Jf. Kommissionens retningslinjer for afgrænsning af det relevante marked pkt. 56

renoveringsopgave, er unikke reservedele, der ikke kan erhverves andetsteds end hos Deutz. Det fremgår således af en e-mail fra 28. juli 2010, at:

*"[...] In accordance with [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits.*

*[...]*

*In a few weeks they [DSB, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilføjelse] need to become aware of that they will not be able to source the part else ware [...]."<sup>121</sup>*

447 Det bemærkes endvidere, at Deutz vurderer, at der ikke findes kopiproducenter, jf. punkt 223:

*Die Teile sind nicht angefragt and es gibt keine Nachbauer.  
Wiewahrscheinlich ist eine Aufarbeitung der Altteile? Ohne  
Einschuss Neuteile unmöglich, würde ich sagen.*

*FAZIT: Fleco ist nicht in der Lage im großen Stil Teile für Grundüberholungen zu liefern. Das können wir im Moment ausschliessen.[...] "<sup>122</sup>*

-

*[Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent. Hvor sandsynlig er en istandsættelse af de gamle dele? Uden anvendelse af nye dele umuligt, ville jeg sige.*

*FACIT: Fleco er ikke i stand til i stort omfang at kunne levere dele til almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t.)<sup>123</sup>*

448 Det bemærkes endvidere, at Deutz blokerer en lang række reservedele, jf. punkt 216 og 217:

*"[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE UDELDAT]"<sup>124</sup>*

449 Det bemærkes endvidere, at DMN vurderer, at alle leveringskanalerne er lukkede, og at DMN kan tage situationen med ro, da Fleco dermed har et stort problem, jf. punkt 225:

*"Like mentioned on the phone [NAVN] & [NAVN].. [...] nobody else try to source the DSB key components.. [...]*

*Lets be relaxed... Fleco & Equipco have ahuge problem now.. [...]*

*Lets keep the price.. and see how the situation develops..[...]"<sup>125</sup>*

450 Det bemærkes endvidere, at DMN vurderer, at såfremt Deutz ikke leverer reservedelene til Equipco, vil DMN vinde ordren på de unikke reservedele, jf. punkt 214:

<sup>121</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt

<sup>122</sup> Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

<sup>123</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>124</sup> Bilag 43, e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.

<sup>125</sup> Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

*"If Deutz will not supply Equipco will these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway"*<sup>126</sup>

451 Det bemærkes endelig, at DMN vurderer, at DSB i løbet af få uger vil indse, at de ikke kan købe de unikke dele andre steder end hos Deutz, jf. punkt 214:

*"In a few weeks they need to become aware of that they will not be able to source the part else ware and then we should be there with a friendly face and pick up the business with reasonable margin."*<sup>127</sup>

452 I den konkrete sag gælder endvidere, at prisen på det primære produkt (motoren) er så meget højere end prisen på de sekundære produkter (reservedele og reparation), at små, men varige prisstigninger på de sekundære produkter, ikke vil kunne forventes at føre til at skift i det primære produkt. Der henvises til punkt 419 samt markedsbeskrivelsens punkt 160. På den baggrund kan det forudgående produktmarked afgrænses snævert til udbud af de unikke reservedele, det vil sige reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz.

#### **Udbudssubstitution**

453 Ved vurderingen af det relevante marked kan der som nævnt endvidere lægges vægt på udbudssubstitution.<sup>128</sup> Det fremgår af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, at udbudssubstitution forudsætter, at:

*"... leverandørerne, som reaktion på små varige prisstigninger omgående kan omstille produktionen til de relevante produkter og markedsføre dem på kort sigt..."*<sup>129</sup>

454 I nærværende sag vil udbudssubstitution forudsætte, at aktører, der ikke på nuværende tidspunkt udbyder reservedele til TCD2015 motoren i konkurrence med Deutz, vil begynde at producere de relevante reservedele, hvis disse udsættes for små varige prisstigninger. Visse af de reservedele, der er relevante for denne sag, er unikke, idet de udelukkende kan erhverves via Deutz, jf. afsnit 3.3.1.2, hvoraf det fremgår, at der i den konkrete sag findes unikke reservedele, hvor sikkerhedsmæssige hensyn eller manglende kendskab til reservedelens eksakte specifikationer umuliggør kopiering. Endvidere findes reservedele, som det økonomisk ikke er rentabelt at opstarte en produktion af.

455 Det vil derfor være relevant på produktsiden at segmentere reservedelene i generiske reservedele, der kan tilvejebringes via mange forskellige forsyningskanaler samt unikke reservedele, der udelukkende kan erhverves via Deutz eller Deutz' forhandlernetværk.

456 Undersøgelserne af efterspørgsels- og udbudssubstitutionen peger således sammenfattende på, at der kan afgrænses et produktmarked for *unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz.*

<sup>126</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt

<sup>127</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt

<sup>128</sup> Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, punkt 20-23.

<sup>129</sup> Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, punkt 20. Det fremgår, at kort sigt betegnes som "en periode, hvor der ikke sker nogen væsentlige tilpasninger af de materielle og immaterielle aktiver"



#### 4.1.2.3.2 Praksis

457 Det kan herefter være relevant at undersøge konkurrencemyndighedernes praksis på området. Der er i praksis truffet en række afgørelser om afgrænsning af produktmarkedet i sager om levering af eftersalgssydler til et primært produkt af et specifikt mærke, jf. nedenfor.

458 Hugin-sagen<sup>130</sup> handler om, at kasseapparatsproducenten Hugin nægtede at levere reservedele til en virksomhed, der erhvervede sig ved at udbyde reparation og vedligehold af Hugin kasseapparater.

459 Det fremgår af Domstolens dom i Hugin-sagen, at:

*”Der eksisterer derimod et særskilt marked for Hugin reservedele på et andet plan, nemlig for så vidt angår de uafhængige virksomheder, der har specialiseret sig i vedligeholdelse og reparation af kasseapparater, i hovedreparation og salg af brugte apparater og i udlejning af apparater.*

*Disse virksomheder optræder på markedet som købere af reservedele til anvendelse i de forskellige former for virksomhed, de udøver. De må have sådanne dele for at kunne yde brugerne af kasseapparater service i form af vedligeholdelse og reparation, samt for at kunne hovedreparere brugte apparater, der atter skal sælges eller udlejes. Virksomhederne skal også bruge reservedele til vedligeholdelse og reparation af egne nye eller brugte apparater, som de har udlejet. Det er desuden ubestridt, at der er en særlig efterspørgsel efter Hugin-reservedele, eftersom disse dele ikke kan erstattes af reservedele til kasseapparater af andre fabrikater.*

*Det er derfor markedet for Hugin-reservedele med uafhængige virksomheder som købere, der anses for det relevante marked med henblik på anvendelsen af artikel 86 på sagens faktiske omstændigheder. Det er på dette marked, det påståede misbrug skal have fundet sted.”<sup>131</sup> [Egen understregning]*

460 Det fremgår således, at der i Hugin-sagen blev afgrænset et meget snævert produktmarked, idet det relevante marked blev afgrænset til reservedele til Hugin kasseapparater og ikke blot reservedele til kasseapparater.

461 Samme afgrænsning er endvidere anvendt i dansk praksis, jf. Konkurrencerådets afgørelse i sagen Viterra Energy Service’ vilkår for salg af varmfordelingsmålere,<sup>132</sup> som senere blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet<sup>133</sup>.

462 Viterra-sagen handler om, at en producent af varmfordelingsmålere ikke ville sælge deres varmfordelingsmålere til en andelsforening, medmindre andelsforeningen samtidig lod producenten udarbejde foreningens varmeregnskab.

463 Den gældende lovgivning indeholdt et krav om, at der ved udskiftning af varmfordelingsmålere skulle anvendes målere af samme fabrikat som de allerede installeret. Lovgivningen havde den konsekvens, at aktører på eftersalgsmarkedet –

<sup>130</sup> Sag 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mod Kommissionen.

<sup>131</sup> Ibidem, præmis 7 og 8.

<sup>132</sup> Sag 2:801-434/cga/industri Viterra Energy Service’ vilkår for salg af varmfordelingsmålere, Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2000.

<sup>133</sup> Sag 00-122.075 Viterra Energy Service A/S mod Konkurrencerådet. Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. februar 2001.

der blandt andet inkluderede ydelser som udarbejdelse af varmeregnskab, aflæsning og vedligehold af målere – var afhængige af at have adgang til varmfordelingsmålere af et specifikt mærke for at kunne udføre deres aktiviteter på eftermarkedet.

464 I ovennævnte sag blev det fastslået, at markedet for varmfordelingsmålere kunne afgrænses snævert til varmfordelingsmålere af et specifikt mærke og ikke blot til varmfordelingsmålere. Det fremgår således, at:

*”Når det drejer sig om udskiftning og supplering af målere er der derfor ved de offentlige regler skabt en monopolsituation for hvert mærke/fabrikat i de ejendomme, hvor de er installeret. Det relevante produktmarked i denne sag er derfor de af Viterra anvendte varmfordelingsmålere af mærket ”Doprino” til udskiftning af allerede installerede elektroniske varmfordelingsmålere.”<sup>134</sup>*

465 Samme afgrænsning ses endelig at være anvendt i nyere praksis, jf. IBM-sagen<sup>135</sup> samt Ceahr-sagen<sup>136</sup>, jf. nedenfor.

466 IBM-sagen, der er en tilsagnssag, handler om et primært marked for *store servere til erhvervsbrug*. I tilknytning til dette primære marked finder Kommissionen, at der kan afgrænses to relevante eftersalgsmarkeder; ét for de inputs, der er nødvendige for at vedligeholde de relevante servere, og ét for vedligehold af de relevante servere. Følgende fremgår således af sagen:

*”Different product markets may be defined in this case. There is a primary market for large corporate servers, on which IBM sells its mainframes. In addition, two relevant aftermarket which are adjacent to the primary market for large corporate servers might also be considered. A first adjacent product market is the market for those inputs required for the maintenance of IBM mainframes which only IBM can supply. A second possible adjacent product market is the provision of IBM mainframe hardware and operating system software maintenance services. IBM inputs required for maintenance of IBM mainframes are a necessary input in a downstream market for maintenance services.”<sup>137</sup>[Egen understregning]*

467 I sagen udtrykker Kommissionen betænkeligheder ved, at IBM muligvis har misbrugt sin dominerende stilling på markedet ved at have nægtet at give tilstrækkelig adgang til visse inputs, der var påkrævede for vedligeholdelse af IBM's såkaldte *”mainframe hardware”*<sup>138</sup> og operativsystemer. Kommissionen finder således, at der kan afgrænses et produktmarked for de inputs, der er nødvendige for at vedligeholde IBMs mainframes. Det fremgår, at:

*”On the basis of the initial findings of the investigation and without having reached a definitive view, the Commission concluded in the Preliminary Assessment that relevant product aftermarkets might be identified for inputs needed in order to pro-*

<sup>134</sup> Sag 2:801-434/cga/industri Viterra Energy Service' vilkår for salg af varmfordelingsmålere, Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2000 pkt. 50-51.

<sup>135</sup> Sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service.

<sup>136</sup> Sag T-427/08 CEHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010.

<sup>137</sup> Sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service, pkt. 20.

<sup>138</sup> ”Mainframes” er store, kraftfulde erhvervsservere, der oftest bruges til at behandle store mængder af informationer ved høj hastighed. ”Mainframes” imødekommer en hel virksomheds behov i stedet for kun at imødekomme en enkeltbrugers.

*vide maintenance services to IBM mainframes which cannot be sources outside IBM and for hardware and operating system software maintenance services for IBM mainframes.*"<sup>139</sup>[Egen understregning]

468 CEAHR-sagen omhandler en klage til Retten fra en europæisk forening for uafhængige urreparatører (CEAHR). CEAHR klagede over Kommissionens beslutning om at afvise CEAHRs klage over en række schweiziske urproducenters afslag på levering af reservedele til CEAHRs medlemmer.

469 Kommissionen begrundede bl.a. sit afslag i, at de to eftersalgsmarkeder, henholdsvis reservedelsmarkedet og markedet for service og vedligeholdelse af ure, ikke udgjorde særskilte markeder, men at eftersalgsmarkederne skulle betragtes som en del af primærmarkedet, hvorfor der ikke forelå en dominerende stilling.

470 Retten annullerede Kommissionens afvisning af klagen og konkluderede blandt andet,

*at* at Kommissionen ikke havde bevist, at forbrugeren, ved en prisstigning på reservedelsmarkedet eller på markedet for service og vedligeholdelse, kan skifte til en anden udbyder af reservedele, eller kan og vil skifte til et andet primærprodukt,

*at* at Kommissionen derfor ikke kunne konkludere, at disse markeder ikke udgjorde særskilte markeder,

*at* at når visse økonomiske aktører er specialiseret og alene aktive på et eftersalgsmarked, er det et væsentligt indicium for, at der findes et særskilt marked, og

*at* at det ikke kan udelukkes, at Kommissionen var kommet frem til, at de schweiziske urfabrikanter indtog en dominerende stilling på markederne for deres egne specifikke reservedele, hvis Kommissionen havde foretaget de relevante analyser.

471 Det fremgår således af praksis, at der kan afgrænses snævre produktmarkeder til reservedele eller inputs af et specifikt mærke, når reservedelene er nødvendige for de virksomheder, der er aktive på et marked for reparation og vedligehold, og hvis det ikke er muligt at substituere reservedelene.

#### **4.1.2.3.3 Deutz' bemærkninger til inddraget praksis**

472 Deutz anfører, at den praksis, der inddrages ovenfor, ikke er relevant for vurderingen af Deutz' adfærd i denne sag. Dette skyldes, at de reservedele, som Fleco og konsortiet skal benytte for at kunne udføre renovering af DSBs IC3-tog motorer, kan erhverves via flere forsyningskanaler og derfor ikke er et nødvendigt input.<sup>140</sup>

473 Deutz anfører vedrørende:

- *Sag 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mod Kommissionen*: At det i Hugin-sagen gælder, at ingen uafhængige forhandlere no-

<sup>139</sup> Ibidem Para. 23.

<sup>140</sup> Bilag 71. Deutz bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen fra 21. september 2012.

gensinde havde solgt Hugin reservedele, samt at reservedelene i Hugin-sagen var beskyttet af copyright. Dette gør sig ikke gældende i nærværende sag, hvorfor Hugin-sagen ikke er relevant at inddrage.

- *Sag 2:801-434/cgal/industri Viterra Energy Service' vilkår for salg af varmfordelingsmålere, Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2000:* At det i Viterra Energy Service-sagen gælder, at offentlig regulering havde skabt et monopol for hvert mærke af varmfordelingsmålere. Dette gør sig ikke gældende i nærværende sag, hvorfor Viterra Energy Service-sagen ikke er relevant at inddrage.
- *Sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service:* At det i IBM-sagen gælder, at det krævede væsentlige investeringer samt indsigt i IBMs teknologi – som IBM anførte er beskyttet af immaterielle rettigheder – at etablere sig på markedet for de inputs, der var påkrævede for vedligeholdelse af IBM's såkaldte "mainframe hardware". Dette gælder ikke i nærværende sag, hvorfor IBM-sagen ikke er relevant at inddrage.
- *Sag T-427/08 CEAHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010:* At det i CEAHR-sagen gælder, at det ikke er muligt at skifte til en anden udbyder af reservedele ved små, men varige stigninger. Dette gør sig ikke gældende i nærværende sag, hvorfor CEAHR-sagen ikke er relevant at inddrage.

474 Hertil bemærkes, at det for de ovenfor refererede sager gælder, at der, i alle fire sager, er afgrænset et input på et forudgående marked, der er nødvendigt for at være aktiv på et beslægtet marked. Det gælder endvidere, at dette input ikke kan substitueres. I Hugin-sagen skyldes det, at inputtet er beskyttet af copyright, i Viterra Energy Service-sagen er det offentlig regulering, i IBM-sagen er det økonomiske omstændigheder samt beskyttelse af immaterielle rettigheder, mens det i CEAHR-sagen er, at der ikke findes alternative udbydere af de nødvendige reservedele.

475 Den refererede praksis viser, at hvis der kan afgrænses et forudgående marked for et input, der er nødvendigt for at udøve sine aktiviteter på et beslægtet marked, da kan det forudgående marked afgrænses snævert.

476 I nærværende sag er det således af afgørende betydning, hvorvidt der findes unikke reservedele, når det forudgående marked skal afgrænses. Hvis der ikke findes unikke reservedele vil der formentligt findes substitutionsmuligheder for samtlige reservedele, hvorfor markedet formentligt skal afgrænses bredere. Omvendt gælder det, at hvis der findes unikke reservedele, da kan der afgrænses et særskilt marked for disse reservedele.

477 Deutz' vurdering af den refererede praksis bygger på en forudsætning om, at der i nærværende sag ikke findes unikke reservedele.

478 Markedsbeskrivelsens afsnit 3.3.1.1 og yderlige uddybet i afsnit 3.3.1.2 viser imidlertid, at der er reservedele, der er unikke. Det fremgår, at der er stor forskel på, hvordan reservedele til TCD2015 motoren tilvejebringes. Nogle reservedele er generiske og kan tilvejebringes via en lang række producenter eller forhandlere. Andre reservedele er særligt tilpasset TCD2015 motoren og kan derfor – som udgangspunkt – udelukkende tilvejebringes via Deutz eller Deutz' forhandlernetværk. Det skyldes, at disse reservedele er udviklet og produceret enten af Deutz el-

ler på ordre for Deutz. De tilpassede reservedele kan endvidere opdeles i reservedele, der kan kopieres og reservedele, der ikke kan. De reservedele, der ikke kan kopieres, er unikke reservedele. Det bemærkes i denne sammenhæng, at DMN, jf. eksempelvis punkt 213, også vurderer, at der findes reservedele, der er unikke. Således fremgår det af en e-mail fra 28. juli 2010, at DMN vurderer, at omkring 30 pct. af de reservedele, der skal benyttes til den samlede reoveringsopgave, er unikke reservedele, som ikke kan skaffes andre steder fra:

*"[...] In accordance with [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits.*

*[...]*

*In a few weeks they [DSB, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens tilføjelse] need to become aware of that they will not be able to source the part elsewhere [...]."<sup>141</sup>*

479 Tilsvarende vurderer Deutz, jf. eksempelvis punkt 222, at der er reservedele, hvor der ikke eksisterer kopiproducenter eller alternative leverandører. Følgende fremgår blandt andet af e-mail fra Deutz til DMN af 4. august 2010:

*"[...] [NAVN] hat noch mal unterstrichen, dass wir am Anfang des Jahres für alle diese teile Alternativlieferanten gesucht haben [...] und wir keine gefunden haben!*

*Die Teile sind nicht angefragt and es gibt keine Nachbauer [...]"<sup>142</sup>*

*[[NAVN] har endnu en gang understreget, at vi i begyndelsen af året har forsøgt at finde alternative leverandører af alle disse dele [...] og vi har ikke fundet nogen!*

*Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent.<sup>143</sup>*

#### **4.1.2.3.4 Konklusion – det forudgående produktmarked**

480 Det fremgår af det ovenstående, at udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz, kan afgrænses som et særskilt produktmarked.

481 Det fremgår i den forbindelse, at der ikke er tilstrækkelig med efterspørgsels-substitution mellem udbud af reservedele på den ene side og reparation og vedligehold på den anden til, at ydelserne skal afgrænses som et samlet produktmarked for eftersalgsydelser.

482 Det fremgår endvidere, at der ikke er en sådan (perfekt) komplementaritet mellem udbud af reservedele på den ene side og reparation og vedligehold på den anden til, at produktmarkederne alligevel skal afgrænses under ét som et samlet produktmarked for eftersalgsydelser.

483 Det fremgår endvidere, at udbud af reservedele i den konkrete sag kan afgrænses snævert til unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz. Det fremgår således, at der i den konkrete sag er reservedele, der ikke kan substitueres med re-

<sup>141</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

<sup>142</sup> Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

<sup>143</sup> Oversat af autoriseret translator.

servelede af andre mærker, at der er reservedele, der ikke kan kopieres, og at der er reservedele, hvor der ikke findes andre forsyningskanaler end Deutz.

484 Det fremgår endvidere, at praksis på området støtter, at der i denne sag kan afgrænses et snævert forudgående produktmarked for udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz.

485 Det fremgår endelig af markedsbeskrivelsen, afsnit 3.3.3.2, at det er en forudsætning for at kunne konkurrere på markedet for reparation og vedligehold, at der er adgang til de unikke reservedele.

#### **4.1.2.4 Det beslægtede produktmarked**

486 Formålet med at afgrænse det beslægtede produktmarked er at undersøge de ydelser, hvor Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket har en eventuel virkning. Markedet afgrænses således for at undersøge, for hvilke ydelser konkurrencen begrænses som følge af Deutz' adfærd på det forudgående marked.

487 Udgangspunktet for denne sag er, at DSB skal have repareret deres TCD2015 motorer. Det er således de ydelser, der er forbundet ved reparation af denne motor, der er udgangspunktet for afgrænsningen af det beslægtede produktmarked.

488 Reparation og vedligehold af den relevante motor består af en række delydelser. Herunder levering af reservedele (generiske og særligt tilpassede) til motoren samt udførelse af reparation af motoren. Disse delydelser kan enten betragtes samlet som tilhørende ét marked for reparation og vedligehold af den relevante motor, eller de kan betragtes hver for sig som tilhørende adskilte markeder.

489 I den konkrete sag ønsker et konsortium adgang til den del af markedet for reparation og vedligehold, der omfatter levering af reservedele. I tilknytning hertil skal konsortiet endvidere styre logistikken omkring leveringen af reservedelene. Udførelse af reparationerne forestås i den konkrete sag af DSB, jf. markedsbeskrivelsens punkt 194.

490 Det skal derfor undersøges, om det relevante beslægtede produktmarked skal afgrænses til netop de ydelser, som konsortiet ønsker at udbyde, eller om det beslægtede produktmarked omfatter enten færre eller flere typer af ydelser.

491 Det er i den forbindelse ikke afgørende, om delydelserne kan betragtes som ét samlet beslægtet marked, eller om delydelserne i stedet skal betragtes som sammenhængende beslægtede markeder. Det afgørende er, hvorvidt Deutz' adfærd på det forudgående marked har en konkurrencebegrænsende virkning på de enkelte delydelser.

##### **4.1.2.4.1 Efterspørgselssubstitution**

492 Levering af reservedele er som nævnt en delydelse på markedet for reparation og vedligehold af TCD2015 motoren. Hvis markedet for reparation og vedligehold ud fra en *efterspørgselssubstitutionsbetragtning* skal segmenteres i forhold til de forskellige delydelser på markedet, snarere end at betragtes som et samlet marked, skal det ikke være muligt at substituere delydelserne med hinanden.

493 Hvis der er efterspørgselssubstitution mellem ydelserne, vil det indebære, at slutbrugeren – i denne sag DSB – vil være i stand til at substituere en delydelse

med en anden. Det skal eksempelvis være muligt at substituere levering af reservedele med udførelse af reparation. Dette vurderes ikke umiddelbart at være tilfældet. Det vurderes således ikke, at efterspørgslen efter eksempelvis levering af reservedele vil stige, såfremt prisen på reparationer stiger. Dette taler umiddelbart for, at markedet skal segmenteres i delydelser.

494 Det vil herefter være relevant at undersøge, om delydelserne har en indbyrdes komplementaritet, der gør, at ydelserne alligevel skal betragtes som en del af ét samlet marked.

495 I den konkrete sag vurderes det, at efterspørgslen efter delydelserne er afledt af efterspørgslen efter reparation og vedligehold. Således vil DSB, når de efterspørger reparation og vedligehold af en motor, samtidig efterspørge såvel reservedele som udførelse af reparation. Det vurderes i den sammenhæng, at det er nødvendigt at have adgang til samtlige ydelser, såfremt man skal have renoveret en motor. Det er således ikke muligt for DSB at få repareret motoren, medmindre DSB både kan få leveret de nødvendige reservedele og kan få udført selve reparationen.

496 Samtidig vil det ikke være muligt for deltagerne i konsortiet at afslutte opgaven med reparation og vedligehold, medmindre der også er adgang til de unikke reservedele.

497 Det følger heraf at nægtes levering af unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, da vil det ikke være muligt at få udført den samlede reparation af motoren. Dermed vil en leveringsnægtelse, der udelukker konkurrencen på en delydelse, samtidig begrænse konkurrencen på de andre delydelser.

498 Dog bemærkes, at det i visse tilfælde vil være muligt for slutbrugeren at "levere" eller indkøbe visse af ydelserne selv. I andre tilfælde vil et konsortium af virksomheder i fællesskab have adgang til delydelserne. I forhold til nærværende sag vil DSB eksempelvis selv forestå udførelsen af reparationen, mens konsortiet skal levere de øvrige ydelser. Dette ændrer dog ikke ved, at man samlet skal have adgang til samtlige delydelser, før motoren kan blive renoveret. Det vil med andre ord ikke være muligt for DSB at få repareret deres motorer, medmindre de (også) har adgang til de nødvendige unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz.

499 Ud fra et efterspørgselssynspunkt indikerer det forhold, at ydelserne er indbyrdes komplementære, at ydelserne kan betragtes som værende en del af samme marked.

#### **4.1.2.4.2 Udbudssubstitution**

500 For så vidt angår udbudssubstitution vurderes denne ikke at have betydning for vurderingen af, om markedet skal afgrænses til henholdsvis markedet for levering af reservedele og markedet for udførelse af reparation og vedligehold. Det skyldes, at (de unikke) reservedele udelukkende kan erhverves via Deutz. Ifølge markedsbeskrivelsens afsnit 3.3.3.2 kan disse reservedele ikke leveres af andre end Deutz og Deutz' producenter. Det er således ikke sandsynligt, at en konkurrerende aktør af ydelser på beslægtede markeder begynder at udbyde reservedelene ved en lille, men varig stigning i priserne på 5-10 pct.<sup>144</sup>

<sup>144</sup> Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, punkt 20-23.

#### 4.1.2.4.3 Deutz' bemærkninger til afgræsning af det beslægtede produktmarked

501 Deutz anfører, at der er stor forskel på, om man skal reparere eller renovere en dieselmotor, samt at der er stor forskel på hvilke reservedele, man efterspørger ved udførelse af de to services. Deutz mener derfor, at der, ved afgræsning af det beslægtede produktmarked, skal skelnes mellem forskellige former for reparationsarbejde. Det fremgår sål[e]des, at Deutz mener, at delydelsen reparation skal segmenteres i fire produktmarkeder: (i) Generel vedligeholdelse eller service, (ii) løbende vedligeholdelse, (iii) renovering og (iv) revision.<sup>145</sup> Der henvises til afsnit 3.3.2, hvor de fire former for reparationsarbejde er yderligere beskrevet.

502 Hertil skal det bemærkes, at markedsafgræsningen i en sag efter konkurrencereglerne ikke tjener sit eget formål. Markedsafgræsning foretages med henblik på at undersøge konkurrenceforholdene på markedet. I denne sag for at undersøge, om der findes virksomheder, der vil være i stand til at yde et konkurrencemæssigt pres på Deutz i forhold til levering af de ydelser, der skal leveres i forbindelse med reparationsopgaven af DSBs TCD2015 motorer.

503 Udgangspunktet for denne sag er, at DSB skal have repareret deres TCD2015 motorer. Dette reparationsarbejde forudsætter levering af en række delydelser, herunder levering af reservedele samt udførelse af reparation. Delydelserne er indbyrdes komplementære, jf. punkt 4.1.2.4.1 ovenfor. Dette betyder, at man ikke kan udføre den samlede reparationsopgave uden at have adgang til alle delydelser. Det beslægtede produktmarked afgrænses derfor samlet *til reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer*.

504 Den reparation, som DSB skal have udført, forudsætter levering af en række reservedele, der ikke kan erhverves andre steder end via Deutz eller Deutz' forhandlernetværk. Deutz er dermed dominerende for så vidt angår denne delydelse. Da delydelserne er komplementære, er Deutz' leveringsnægtelse egnet til at begrænse konkurrencen på det samlede marked for reparation og vedligehold af TCD2015 motoren. Dette gælder, uanset om delydelsen reparation og vedligehold segmenteres yderligere i forhold til hvilken slags reparation, der er tale om. Dermed kan spørgsmålet om, hvorvidt denne yderligere segmentering skal foretages lades stå åben.

#### 4.1.2.4.4 Konklusion – det beslægtede produktmarked

505 Det vurderes på baggrund af ovenstående, at der i nærværende sag kan afgrænses ét relevant, beslægtet produktmarked. Det drejer sig om produktmarkedet for *reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer*.

506 Markedet dækker over en række delydelser, der blandt andet omfatter levering af (såvel generiske samt unikke) reservedele til den relevante motor samt udførelse af reparation og vedligehold af samme motor.

507 Det kan overvejes, om det beslægtede produktmarked for reparation og vedligehold skal segmenteres i henholdsvis levering af reservedele og udførelse af reparation og vedligehold. Det har imidlertid ingen betydning for den konkrete sag, hvorfor vurderingen heraf kan lades stå åben. Det afgørende er, at delydelserne på det eller de beslægtede markeder er sammenhængende, og at Deutz' adfærd

---

<sup>145</sup> Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012



på det forudgående marked har en konkurrencebegrænsende virkning på de enkelte delydelser.

### 4.1.3 De relevante geografiske markeder

#### 4.1.3.1 Indledning

508 Ved det geografiske marked forstås det område, hvor de deltagende virksomheder er involveret i udbud og efterspørgsel efter produkter og/eller tjenesteydelser, som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene dér er meget anderledes. I afgrænsningen kan eksempelvis inddrages forbrugerpræferencer, forskelle i kvalitet, pris, leveringsbetingelser, beskatning eller sprog.<sup>146</sup>

509 Den geografiske markedsafgrænsning foretages for at undersøge, om der i andre geografiske områder findes virksomheder, der kan betragtes som alternative forsyningskilder til forbrugerne, samt om kunderne vil skifte til leverandører andre steder på kort sigt, uden at dette medfører særligt store omkostninger.<sup>147</sup>

510 De berørte produkter udgøres i nærværende sag af henholdsvis det forudgående produktmarked, som kan afgrænses til markedet for *udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz, og af det beslægtede produktmarked, som kan afgrænses til markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motoren*, jf. afsnit 4.1.2 ovenfor.

511 Det følger heraf, at udgangspunktet for den geografiske afgrænsning af *det forudgående marked* i nærværende sag er de unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, og som Fleco ønsker adgang til. Den geografiske afgrænsning af det forudgående marked skal således foretages efter, hvor Fleco normalt handler reservedele.

512 Det følger endvidere, at udgangspunktet for den geografiske afgrænsning af *det beslægtede marked* i nærværende sag er det marked, som Fleco ønsker at agere på. Det vil sige de ydelser på markedet for reparation og vedligehold, som Fleco ønsker at udbyde i konkurrence med Deutz og Deutz' forhandlernetværk. Den geografiske afgrænsning af det beslægtede marked skal således foretages efter, hvor slutbrugeren normalt køber reparation og vedligehold.

513 Ved vurderingen af denne afgrænsning inddrages efterspørgsels- og udbuds-substitutionsbetragtninger.

#### 4.1.3.2 Det forudgående marked

514 Udgangspunktet for den geografiske afgrænsning af det forudgående produktmarked er EEA området. Dette skyldes, at reservedele oftest handles indenfor dette geografiske område.

515 I den konkrete sag er der dog eksempler på, at Fleco har forsøgt at skaffe reservedele via alternative producenter udenfor EEA, eksempelvis i Kina. Dette taler for, at det geografiske marked kan afgrænses bredere.

<sup>146</sup> Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, pkt. 46.

<sup>147</sup> Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, pkt. 29.

516 Afgrænsningen af det relevante geografiske marked er imidlertid ikke – nødvendigvis – et spørgsmål om at tegne en skarp streg på et landkort, men derimod snarere et spørgsmål om at afdække, om der findes aktører, der er i stand til at udøve et effektivt konkurrencemæssigt pres på Deutz på det pågældende marked.

517 Det forhold, at de nødvendige reservedele udelukkende kan erhverves via Deutz betyder, at det – også ud fra efterspørgsels- og udbudssubstitutionsbetragtninger – er uden betydning for sagen, om det geografiske marked for det forudgående produktmarked afgrænses snævert eller bredt. Dette skyldes, at der – uanset om markedet afgrænses snævert eller bredt – ikke vil være aktører, der kan producere de nødvendige reservedele og derfor ikke vil være i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz.

518 Vurderingen af, om det geografiske område for det forudgående produktmarked skal afgrænses snævert til EEA eller bredere til hele verden, kan således stå åben.

#### **4.1.3.3 Det beslægtede marked**

519 Udgangspunktet for den geografiske afgrænsning af det beslægtede produktmarked er ligeledes EEA området. Dette skyldes, at det er i dette område, at DSB normalt handler reparation og vedligehold. Det udbud, der lå forud for den renoveringsopgave, der er genstand for denne sag, var således et EU udbud.

520 Det kan imidlertid ikke afvises, at virksomheder beliggende udenfor EEA området, vil kunne levere reservedele til DSB. Det kan ej heller afvises, at virksomheder udenfor EEA vil kunne reparere DSBs IC3-tog. Eksempelvis udbyder Deutz reparation og vedligehold over hele verden. Det kan på den baggrund ikke udelukkes, at det geografiske marked for det beslægtede produktmarked skal afgrænses bredere end til EEA.

521 Det kan omvendt heller ikke afvises, at det beslægtede produktmarked skal afgrænses snævrere, eksempelvis til udelukkende at omfatte Danmark. Det kan således ikke udelukkes, at de omkostninger, der vil være forbundet ved at transportere motorer eller tog til udlandet for at få disse repareret, er så høje, at der kan afgrænses nationale markeder for reparation.

522 Det vurderes imidlertid, at det forhold, at de nødvendige reservedele udelukkende kan erhverves via Deutz, betyder, at det – også ud fra efterspørgsels- og udbudssubstitutionsbetragtninger – er uden betydning for sagen, om det geografiske marked for det beslægtede produktmarked afgrænses snævert eller bredt. Dette skyldes, at der – uanset om markedet afgrænses snævert eller bredt – ikke vil være aktører, der kan få adgang til de nødvendige reservedele. Der vil således ej heller være aktører, som vil være i stand til at levere de nødvendige reservedele, og derfor vil der ikke være aktører, der vil være i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz.

523 Vurderingen af, om det geografiske område for det beslægtede produktmarked skal afgrænses snævert til EEA eller bredere til hele verden, kan således stå åben.

#### **4.1.3.4 Konklusion – det geografiske marked**

524 Det fremgår af ovenstående om det geografiske marked for det forudgående produktmarked, dvs. markedet for *udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz,*

*at* dette kan afgrænses til EEA området,

*at* det ikke kan udelukkes, at det geografiske område kan afgrænses bredere til muligvis at omfatte hele verden, og

*at* det er uden betydning for sagen, om det geografiske marked for det forudgående produktmarked afgrænses snævert eller bredt. Dette skyldes, at der – uanset om markedet afgrænses snævert eller bredt – ikke vil være aktører, der kan producere de nødvendige reservedele og derfor ikke vil være i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz.

525 Det fremgår af ovenstående om det geografiske marked for det beslægtede produktmarked, dvs. markedet for *reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motoren,*

*at* dette kan afgrænses til EEA området,

*at* det ikke kan udelukkes, at det geografiske område kan afgrænses bredere til muligvis at omfatte hele verden,

*at* det heller ikke kan udelukkes, at det geografiske område kan afgrænses snævrere til muligvis udelukkende at omfatte Danmark, og

*at* det er uden betydning for sagen, om det geografiske marked for det forudgående produktmarked afgrænses snævert eller bredt. Dette skyldes, at der – uanset om markedet afgrænses snævert eller bredt – ikke vil være aktører, der kan producere de nødvendige reservedele og derfor ikke vil være i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz.

#### **4.1.4 Konklusion – de relevante markeder**

526 Det fremgår sammenfattende af ovenstående, at der i nærværende sag kan afgrænses et primært marked for *produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug,* og at der i tilknytning til dette primære marked kan afgrænses (minimum) to *eftersalgsmarkeder.*

527 Det fremgår endvidere af ovenstående, at eftersalgsmarkederne kan afgrænses som to separate, men beslægtede produktmarkeder.

528 Det drejer sig *for det første* om det forudgående produktmarked for *udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz.*

529 Det drejer sig *for det andet* om det beslægtede produktmarked for *reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motoren.*

530 Det fremgår endelig,

*at* det geografiske marked – for det *forudgående* produktmarked – kan afgrænses til EEA området,

- at* det geografiske marked – for det *beslægtede* produktmarked – kanafgrænses til EEA området,
- at* det geografiske marked for såvel det forudgående som det beslægtede produktmarked muligvis kan afgrænses bredere til at omfatte hele verden,
- at* at det geografiske marked for det beslægtede produktmarked muligvis kan afgrænses snævrere til udelukkende at omfatte Danmark, og
- at* det ikke har betydning for nærværende sag om produktmarkederne afgrænses snævert eller bredt, hvorfor disse vurderinger kan lades stå åbne.

#### 4.2 SAMHANDELSPÅVIRKNING

531 Efter forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002<sup>148</sup> skal det undersøges, om Deutz' og DMNs adfærd mærkbart kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Når dette er tilfældet, er Konkurrencerådet forpligtet til at anvende TEUFs konkurrenceregler, idet TEUF artikel 101 og 102 finder anvendelse på adfærd, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan udøve indflydelse på samhandelen mellem medlemsstater.<sup>149</sup> Undersøgelsen skal ske i overensstemmelse med Kommissionens retningslinjer vedrørende påvirkning af samhandelen. Disse retningslinjer omtales i det følgende som samhandelsmeddelelsen.<sup>150</sup>

532 Udtrykket "samhandelen mellem medlemsstater" omfatter ikke kun, at handelen mellem medlemsstater begrænses eller mindskes. Samhandelen kan også blive påvirket, når et eventuelt misbrug eller en eventuel konkurrencebegrænsende aftale fører til en stigning i handelen.<sup>151</sup> Det er dog i begge tilfælde en betingelse, at samhandelen påvirkes mærkbart. EUs konkurrenceregler finder således ikke anvendelse på konkurrencebegrænsninger, der ikke er egnet til at påvirke handelen mærkbart.<sup>152</sup>

#### Misbrug af dominerende stilling

533 Når en dominerende virksomhed misbruger sin dominerende stilling i form af en ekskluderende adfærd i mere end en medlemsstat, vil dette misbrug, ifølge samhandelsmeddelelsen, i selve sin natur også kunne påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart. I betragtning af den dominerende virksomheds position på markedet og den omstændighed, at misbruget udøves i flere medlemsstater, vil misbrugets omfang og sandsynlige virkninger for handelsmønstrene normalt være af en sådan karakter, at handelen mellem medlemsstater kan blive mærkbart påvirket. Et ekskluderende misbrug, der tager sigte på at eliminere en konkurrent, vil påvirke konkurrenternes aktiviteter i flere medlemsstater.<sup>153</sup>

534 Selve eksistensen af en dominerende stilling i flere medlemsstater indebærer, at konkurrencen allerede er afsvækket på en væsentlig del af fællesmarkedet. Hvis

<sup>148</sup> Jf. artikel 3, stk. 1, i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

<sup>149</sup> Jf. punkt 23 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102) (2004/C 101/07).

<sup>150</sup> Kommissionens meddelelse om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 og 102) (2004/C 101/07) – herefter "samhandelsmeddelelsen".

<sup>151</sup> Jf. punkt 34 i samhandelsmeddelelsen.

<sup>152</sup> Jf. punkt 2.4 i samhandelsmeddelelsen.

<sup>153</sup> Samhandelsmeddelelsen punkt 76.

en dominerende virksomhed gennem misbrug af sin stilling yderligere svækker konkurrencen, fx ved at eliminere en konkurrent, vil det normalt kunne påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart.<sup>154</sup>

535 Det fremgår af punkt 564, at Deutz har en markedsandel på 100 pct., og dermed monopol på markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motorer, og at dette marked som minimum kan afgrænses til EEA området. Konkurrencen på det relevante marked er således svækket og Deutz' dominerende stilling omfatter flere medlemsstater.

536 Den konkrete adfærd, som undersøges i den efterfølgende vurdering, omhandler, at Deutz nægter at levere unikke reservedele til Deutz TCD2015 motorer til Fleco, og som led heri hindrer Deutz parallelhandel blandt andet fra Flecos eksisterende samhandelspartner Equipco i Nederlandene til Fleco i Danmark.

537 Der er således tale om undersøgelser af en mulig misbrugsadfærd, som kan være egnet til at ekskludere en eksisterende samhandelspartner fra konkurrencen på markedet for reparation og vedligehold af Deutz dieselmotorer til IC3-tog, udelukke import fra bl.a. en eksisterende samhandelspartner i Nederlandene, samt afholde konkurrerende virksomheder i flere medlemsstater fra at træde ind på markedet. Konkurrencen på det relevante marked er endvidere svækket, dels som følge af Deutz' markedsposition og størrelse på markedet og dels som følge af, at Deutz' dominerende stilling omfatter flere medlemsstater. Adfærden vurderes således at have en karakter, der ifølge selve sin natur kan påvirke konkurrenters aktiviteter i flere medlemsstater og dermed påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart.

#### *Konkurrencebegrænsende aftale*

538 Aftaler, der omfatter eller gennemføres i flere medlemsstater, kan næsten altid ifølge selve deres natur påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart. Dette gælder for eksempel aftaler mellem virksomheder i to eller flere medlemsstater, der omhandler import og eksport. Uanset om disse aftaler er konkurrencebegrænsende eller ej, har de direkte indflydelse på samhandelen mellem medlemsstater. Denne kategori omfatter aftaler, der pålægger begrænsninger i import og eksport, herunder begrænsninger i købernes adgang til aktivt og passivt salg eller videre salg til kunder i andre medlemsstater. I disse tilfælde er der en iboende sammenhæng mellem den påståede konkurrencebegrænsning og handelspåvirkningen, eftersom selve formålet med konkurrencebegrænsningen er at hindre de strømme af varer og tjenester mellem medlemsstater, der ellers ville være mulige.<sup>155</sup>

539 Det følger endvidere af samhandelsmeddelelsen, at vertikale aftaler, der fungerer i flere medlemsstater, normalt kan påvirke handelen mellem medlemsstater, hvis de fører til, at handelen styres ad bestemte kanaler. Net af selektive distributionsaftaler, der implementeres i to eller flere medlemsstater, resulterer i en styring af handelen gennem bestemte kanaler, fordi de begrænser adgangen til at forhandle de pågældende produkter til nettets medlemmer og dermed påvirker handelsmønstrene i forhold til den situation, der ville bestå uden aftalen.<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Ibidem.

<sup>155</sup> Jf. punkt 61-63 i samhandelsmeddelelsen.

<sup>156</sup> Jf. Domstolens dom af 17. januar 1982 i de forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB og punkt 70 i samhandelsmeddelelsen.

540 Endelig følger det af samhandelsmeddelelsen, at vertikale aftaler, som omfatter en hel medlemsstats område, navnlig vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstater, når de gør det vanskeligere for virksomheder fra andre medlemsstater at trænge ind på det pågældende nationale marked.<sup>157</sup>

541 Deutz' distributionsaftale-koncept udpeger distributører fra forskellige geografiske områder i EU, der omfatter hele eller dele af medlemsstaters område. Dette gælder fx Deutz' distributionsaftale med Equipco i Nederlandene og DMN i Danmark. Distributionsaftalerne med DMN og Equipco indeholder ikke i sig selv bestemmelser, der begrænser passivt salg ind i andre lande og dermed andre distributørers geografiske områder. Forhandleren DMN har dog på anden vis ved (efterfølgende) aftale med Deutz bevirket en begrænsning af parallelhandel fra Deutz-forhandlere og særligt forhandleren i Nederlandene til Fleco i Danmark. Denne aftale er således egnet til at begrænse virksomhedernes eksport ind i hinandens områder. Aftalen kan derfor påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart.

542 Når en aftale ifølge selve sin natur kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, fx fordi den som i den foreliggende sag vedrører eksport og omfatter flere medlemsstater, er der en gendrivelig formodning for, at disse virkninger er mærkbare, når parternes omsætning inden for de af aftalen omfattede produkter overstiger 40 mio. EUR.<sup>158</sup> Da Deutz' og DMNs omsætning samlet set overstiger 40 mio. EUR, jf. punkt 70 og 71, er der således en formodning for, at Deutz' aftale med DMN om at hindre parallelhandel har en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater.

### **Konklusion**

543 På baggrund af ovenstående vurderes det sammenfattende, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket over for Fleco, Deutz' hindring af parallelhandelen gennem Deutz-forhandleren Equipco og Deutz' aftale med DMN om, at Deutz skal hindre parallelhandel fra Deutz-forhandlere og særligt fra Equipco, kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater mærkbart.

544 Udkast til klagepunktsmeddelelse af 6. juli 2012 i nærværende sag har derfor været forelagt Eurpoa-Kommissionen, jf. artikel 11, stk. 3, i forordning 1/2003. Kommissionen har ikke ønsket at indlede en procedure efter artikel 11, stk. 6, jf. kapitel 3, i forordning 1/2003. Konkurrencerådet kan derfor træffe afgørelse i denne sag.

545 Eftersom Deutz' misbrug i form af nægtelse af levering til Fleco og Deutz' aftale med DMN om hindring af parallelhandel kan påvirke samhandelen mærkbart, skal styrelsen ved vurderingen anvende både TEUF artikel 101 og 102 samt konkurrenceovens § 6 og § 11.

### **4.3 VURDERINGEN EFTER KONKURRENCELOVEN OG TEUF**

546 Den konkrete sag adskiller sig fra mange andre sager om misbrug af dominerende stilling eller ulovlige aftaler, fordi hændelsesforløbet ikke starter ved selve overtrædelsen, men i stedet udgør en kulmination på et forløb, hvor flere aktører

<sup>157</sup> Jf. punkt 86.

<sup>158</sup> Jf. den såkaldte NAAT-regel i samhandelsmeddelelsen, særligt punkt 53.

og flere handlinger er relevante at undersøge ved en vurdering efter de konkurrenceretlige regler.

547 Helt overordnet har Deutz, i forbindelse med DSBs udbud af opgaver indenfor reparation og vedligeholdelse af DSBs IC3-motorer, forsøgt at styre indkøb af varer og tjenesteydelser til udførsel af arbejdsopgaven. Dette ses først ved DSBs klarlægning af, hvilke komponenter der skulle skiftes, hvor Deutz – efter DSBs opfattelse – udnyttede situationen og udarbejdede en liste med langt flere dele end nødvendigt. Deutz ville således udskifte alle de komponenter, der var identificeret problemer med, i samtlige motorer, selvom komponenterne ikke var defekte i alle motorer.<sup>159</sup>

548 I forbindelse med selve udbudsfasen sendte Deutz en skrivelse ud til sine handelspartnere, hvoraf det fremgik, at et tilbud på DSBs opgave ville ske imod Deutz' anbefalinger, og at Deutz fralagde sig ethvert ansvar i forbindelse med et sådant tilbud. Deutz pointerede, at kit-listen over reservedele i udbuddet var ufuldstændig, og at Deutz ikke vil betjene udbuddet.<sup>160</sup>

549 Under DSBs individuelle forhandlinger, som fulgte det mislykkede EU-udbud, hvor der ikke blev givet et antagelige bud, fremgår det endvidere af sagens oplysninger, at Deutz deltog i forhandlingerne med DSB. Ifølge DMN pressede Deutz på for at forhandle en løsning på plads, som i sidste ende viste sig ikke at være til DMNs fordel. DSB valgte ikke at indgå aftale med DMN, blandt andet fordi Deutz krævede, at det blev en løsning, som var meget anderledes og mere omfattende, end DSB var interesseret i.<sup>161</sup>

550 Slutteligt, efter en forhandlingsproces, hvor DSB indgik aftale med et konsortium af virksomheder, indgik Deutz aftale med Deutz-leverandøren DMN om, at Deutz skal hindre levering fra sine forhandlere og særligt den nederlandske forhandler Equipco til konsortiet. Som et led heri forbød Deutz sin nederlandske forhandler Equipco at sælge reservedele til Fleco i Danmark med henblik på at udelukke konsortiet fra markedet og kanalisere DSBs indkøb tilbage til Deutz' forhandler i Danmark, DMN.

551 Deutz' forbud mod at levere til Fleco skete dels som et led i en aftale med DMN, som naturligt har en stor interesse i ordren, men som det fremgår af ovenstående, i særdeleshed også som et led i en overordnet strategi internt i Deutz, der havde til formål at presse DSB til at handle på Deutz' betingelser og vilkår.

552 Deutz' nægtelse af at levere til Fleco – gennem Equipco – adskiller sig således fra visse sager om leveringsnægtelse, fordi hændelsesforløbet ikke starter ved selve leveringsnægtelsen. Leveringsnægtelsen udgør i stedet kulminationen på et forløb, hvor Deutz på forskellig vis har forsøgt ensidigt at bestemme over og påvirke en større kundes indkøb. Den konkrete sag indeholder derfor både elementer, som er udtryk for en aftale mellem Deutz og deres forhandler i Danmark, DMN, og elementer, som er af ensidig karakter og alene beror på forhold internt i Deutz.

---

<sup>159</sup> Bilag 3, Referat fra møde med DSB den 11. november 2011.

<sup>160</sup> Bilag 14, Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at bydepå DSB-tender af 27. april 2010.

<sup>161</sup> Se nærmere herom i sagsfremstillingen under punkt 190.

553 Nedenfor undersøges *for det første* Deutz' mulige misbrug af dominerende stilling i form af leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ved hindring af parallelhandel, jf. afsnit 4.5, og *for det andet* Deutz' mulige misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse i almindelighed, jf. afsnit 4.6. Begge forhold vedrører mulige overtrædelser af konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102. *For det tredje* undersøges Deutz' og DMNs mulige overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUFs artikel 101 ved aftale om at hindre levering til konsortiet, jf. afsnit 4.8.

#### 4.4 KONKURRENCELOVENS § 11 OG TEUFs ARTIKEL 102

554 Det er forbudt for en eller flere virksomheder mv. at misbruge en dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102.

555 Der er to betingelser, der skal være opfyldt for, at dette forbud er overtrådt. Der skal være tale om, at en eller flere virksomheder besidder en dominerende stilling på det relevante marked, og at den dominerende stilling misbruges.<sup>162</sup>

##### 4.4.1 Dominerende stilling

556 En virksomhed besidder en dominerende stilling, når virksomheden indtager en så stærk økonomisk position, og har en så betydelig markedsmagt, at den har mulighed for at forhindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det relevante marked. Det vil være tilfældet, når virksomheden har mulighed for at handle uafhængigt af konkurrenter og kunder og i sidste instans forbrugere.<sup>163</sup>

557 Vurderingen af, om en virksomhed besidder en dominerende stilling, er en helhedsbedømmelse. I helhedsbedømmelsen skal indgå alle faktorer, der har betydning for, om den pågældende virksomhed kan handle uafhængigt.

558 Vurderingen af, om en virksomhed er dominerende, skal foretages i forhold til det eller de markeder, som virksomheden agerer på med udgangspunkt i virksomhedens markedsandel. At afgrænse det relevante marked har derfor stor betydning for at kunne vurdere spørgsmålet, om den pågældende virksomhed er dominerende.

559 En markedsandel på 50 pct. eller derover kan i sig selv udgøre beviset for, at der foreligger dominerende stilling.<sup>164</sup>

##### *Dominerende stilling – markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der ikke kan erhverves via andre end Deutz*

560 Vurderingen af, om Deutz besidder en dominerende stilling, skal foretages på det relevante forudgående marked, det vil sige markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der ikke kan erhverves via andre end Deutz, jf. afsnit 4.1.2.3. Vurderingen foretages med udgangspunkt i den geografiske afgrænsning af dette marked.

561 Det fremgår af markedsafgrænsningen ovenfor, at det relevante geografiske marked kan afgrænses til EEA området. Det fremgår endvidere, at det relevante

<sup>162</sup> For så vidt angår Traktatens artikel 102 skal misbruget endvidere kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, hvilket er behandlet i afsnit 4.2.

<sup>163</sup> Jf. dom af 9. november 1983 i sag 332/81, Michelin mod Kommissionen, pkt. 30 og dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche, pkt. 38.

<sup>164</sup> Jf. Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 i sag COMP/38.233, Wannadoo Interactive, pkt. 212 med henvisninger.



geografiske marked muligvis kan afgrænses bredere, men at det ikke har betydning for nærværende sag at tage endelig stilling hertil.

562 Det er i den forbindelse vurderet, at det forudgående produktmarked kan afgrænses snævert til udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz.

563 Der er i den forbindelse lagt vægt på, at der ikke er en perfekt komplementaritet mellem udbud af reservedele og reparation og vedligehold, at det ikke er muligt at kopiere reservedelene, samt at det er en forudsætning for at kunne konkurrere på markedet for reparation og vedligehold, at der er adgang til de unikke reservedele.

564 Det følger af ovenstående, at Deutz er den eneste udbyder på det relevante forudgående marked. Deutz' markedsandel på det relevante forudgående marked kan derfor opgøres til 100 pct. Deutz skal derfor anses for dominerende på det relevante forudgående marked.

#### **4.4.2 Misbrug af dominerende stilling**

565 Det fremgår af afsnit 4.4.1 umiddelbart ovenfor, at Deutz indtager en dominerende stilling på markedet for unikke reservedele til Deutz TCD2015 motorer. Det skal derfor vurderes, om Deutz har misbrugt sin dominerende stilling i forbindelse med renovering af DSBs 404 Deutz TCD2015 dieselmotorer.

566 Der er bevis for, at Deutz ensidigt har foretaget en række handlinger med henblik på at forhindre leverancer af reservedele til Fleco med henblik på at hindre DSB i at rovere sine Deutz-motorer.

567 Leveringsnægtelse udgør ikke nødvendigvis misbrug af dominerende stilling, og Deutz' ensidige adfærd skal derfor vurderes i forhold til den relevante praksis. I det følgende vurderes, om Deutz' adfærd kan kvalificeres som misbrug af en dominerende stilling i to henseender.

568 *For det første* skal det undersøges og vurderes, om adfærden udgør en hindring af parallelhandel, som efter praksis kan udgøre en ulovlig leveringsnægtelse i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102, såvel som traktatens formål om markedsintegration.

569 Denne praksis er relevant, fordi Deutz har forhindret samhandelspartnere i andre EU-lande, særligt Equipco i Nederlandene, i at efterleve en ordre til det danske marked, bestilt af den danske virksomhed Fleco til brug for DSB.

570 *For det andet* følger det af praksis, at leveringsnægtelse overfor en eksisterende samhandelspartner kan udgøre et misbrug af dominerende stilling, og det skal derfor undersøges og vurderes, om Deutz' leveringsnægtelse udgør ulovlig leveringsnægtelse og dermed en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102 efter denne praksis.

571 Praksis om leveringsnægtelse til eksisterende samhandelspartnere er relevant, fordi Fleco har haft en betydelig samhandel med Deutz' officielle leveringskanaler forud for leveringsnægtelsen i perioden 2003-2010, jf. afsnit 3.2.

572 I årene 2008-2010 har Fleco i gennemsnit handlet for cirka [XX] kr. p.a. hos Deutz' forhandlere i Danmark og i andre lande. I distributionsaftalen mellem Deutz og den danske forhandler DMN [OPLYSNING I DISTRIBUTIONSAFTALE UDELADT], og forud for Flecós klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i juli 2010 var Fleco de seneste 2 år blandt de 10 største kunder i Danmark hos DMN. Det fremgår af sagens dokumenter, jf. sagsfremstillingens punkt 189, at Deutz har afgørende indflydelse på forhandlernes leverancer. Blandt andet fremgår det af DMNs årsrapporter for 2010 og 2011, at DMN handler på vegne af Deutz i Danmark. Af korrespondance mellem Deutz og DMN fremgår endvidere, at Deutz i forhandlingerne med DSB stillede krav til DMN om, at DMN skulle gå efter en bestemt aftale med DSB, som omfattede flere varer og tjenesteydelser, end DSB egentlig var interesseret i. DMN efterkom Deutz' krav. Den nederlandske Deutz forhandler Equipco oplyser endvidere over for Fleco, at de ikke kan levere, før de har fået tilladelse hertil fra Deutz.

573 En nægtelse af levering overfor Fleco må på den baggrund ses som en afbrydelse af leverancer til en eksisterende kunde. Efter praksis om leveringsnægtelse gælder der lempeligere krav for at gribe ind, når leveringsnægtelsen angår en afbrydelse af leverancer. Den omstændighed skal tages i betragtning ved vurderingen af denne sag.

574 Vurderingerne efter konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102 skal foretages i henhold til de retningslinjer, som kan udledes af især praksis fra Retten og Domstolen om leveringsnægtelser samt Kommissionens meddelelse om Kommissionens prioriteringer i sager om misbrug af dominerende stilling efter TEUFs artikel 102 (Kommissionens artikel 102-meddelelse).<sup>165</sup> Vurderingen af, om der er sket en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102, jf. retspraksis og Kommissionens retningslinjer, er på baggrund af ovenstående inddelt i to:

- 1) En overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102, samt Traktatens formål om markedsintegration ved hindring af parallelhandel, og
- 2) En overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 som en almindelig leveringsnægtelse.

#### **4.5 MISBRUG AF DOMINERENDE STILLING VED HINDRING AF PARALLELHANDEL**

575 Det følger af praksis om leveringsnægtelse ved hindring af parallelhandel, at det skal vurderes, om leveringsnægtelsen har til formål at hindre parallelhandel, uden at dette er begrundet i objektive omstændigheder, jf. afsnit 4.5.1 umiddelbart nedenfor. Hvis dette er tilfældet, vil Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandler-netværket udgøre et misbrug af dominerende stilling.

##### **4.5.1 Praksis og retningslinjer om leveringsnægtelse ved hindring af parallelhandel**

576 TEUFs artikel 102 tager sigte på at fremme tre grundlæggende formål, nemlig

---

<sup>165</sup> Meddelelse fra Kommissionen - Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem eksklusiverende adfærd, EUT C 45 af 24.2.2009, s. 7-20. (Kommissionens artikel 102-meddelelse).

økonomisk frihed, markedsintegration og forbrugervelfærd. Målet om markedsintegration vidner om, at konkurrencereglerne i EU også er et af de instrumenter, som skal realisere fællesskabsrettens overordnede målsætning om integration af de nationale markeder i ét fælles marked. For fortolkningen af artikel 102 betyder dette mål en særlig skepsis over for adfærd, som fører til en opdeling af fællesmarkedet langs nationale grænser. Det forhold, at en adfærd på denne måde skader det indre marked, er i nogle sager tillagt supplerende betydning ved kvalificeringen af en misbrugsadfærd, mens det i sager om hindring af parallelhandel har været den egentlige årsag til at fastslå et misbrug.<sup>166</sup>

577 Der kan således i visse sager gribes ind overfor fordrejning af konkurrencen, i form af en opdeling af fællesmarkedet, ved hindring af parallelhandel efter TEUFs artikel 102 og konkurrencelovens § 11, som fortolkes EU-konformt.

578 Disse misbrugssager har ofte det fællestræk, at den dominerende virksomhed på forskellig vis har søgt at forhindre sine forhandlere eller uafhængige tredjemænd i at eksportere eller importere produkter fremstillet af producenten selv (parallelhandel), med den hensigt at beskytte virksomhedens autoriserede salgsnet i importlandet og muliggøre opretholdelsen af et forskelligt prisniveau i forskellige medlemsstater.<sup>167</sup> Domstolen har blandt andet udtalt sig herom i sagerne om Lelos:

*”Domstolen [har] fastslået, at en praksis, hvormed en virksomhed med dominerende stilling søger at begrænse parallelhandelen med de varer, som den sælger, udgør et misbrug af denne dominerende stilling, bl.a. såfremt en sådan praksis medfører, at parallelimporten bliver bremset, idet den vil udligne et eventuelt mere favorabelt prisniveau i andre salgsområder i Fællesskabet [...], eller såfremt den har til formål at forhindre reimport, der kan konkurrere med virksomhedens autoriserede forhandlere [...]. Parallelimport nyder således en vis beskyttelse i fællesskabsretten, idet den fremmer udvoiklingen af varebevægelserne og stimulerer konkurrencen [...].”<sup>168</sup>*  
[Egen tilføjelse]

579 Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd tillægger i tråd hermed traktatmålet om markedsintegration vægt ved vurdering af sager om misbrug af dominerende stilling. Dette fremgår af vejledningens punkt 7:

*”En adfærd, som indebærer at en virksomhed direkte udnytter forbrugerne, for eksempel gennem uforholdsmæssigt høje priser, eller en bestemt adfærd, som underminerer bestræbelserne på at etablere et integreret indre marked, vil også kunne udgøre en overtrædelse af artikel 82.” [TEUFs artikel 102].”<sup>169</sup>* [Egen tilføjelse og fremhævelse]

580 Af retspraksis er sagen om United Brands relevant. I sagen pålagde United Brands sine forhandlere af Chiquita-bananer indenfor EU-fællesskabet et forbud mod at videresælge selskabets bananer i grøn tilstand, og derudover leverede Uni-

<sup>166</sup> Charlotte Friis Bach Ryhl, Konkurrenceretten i EU, 3. udgave 2009, s. 542-543.

<sup>167</sup> Se bl.a. Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélou kai Sai (Lélou) og Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, dom af 16. december 1975 i de forenede sager 40/73 m. fl., Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, dom af 11. november 1986 i sag 226/84, British Leyland mod Kommissionen og Konkurrenceretten i EU, 3. udgave (2009), s. 840.

<sup>168</sup> Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélou kai Sai (Lélou), præmis 37.

<sup>169</sup> Kommissionens artikel 102-meddelelse, punkt 7.

ted Brands færre bananer end forhandlerne havde bestilt, med henblik på at begrænse muligheden for videresalg. I sagen udtalte Domstolen følgende:

*”selvom disse udvælgelseskriterier er blevet fastsat objektivt og ikke er diskriminerende, har forbudet mod videresalg for autoriserede Chiquita-modnere og forbudet mod videresalg af bananer uden mærke — selvom bananens fordærvelige natur i praksis begrænser mulighederne for videresalg ud over en vis periode — i det foreliggende tilfælde ubestrideligt udgjort et misbrug af en dominerende stilling, idet disse forbud begrænsede afsætningen til skade for forbrugerne og påvirkede samhandelen mellem medlemsstater, navnlig ved at opdele de nationale markeder; [...]*

*[...]af det anførte følger, at den omtvistede klausul om forbud mod videresalg af grønne bananer udgjorde en overtrædelse af traktatens artikel 86[TEUFs artikel 102]”<sup>170</sup> [Egen tilføjelse og fremhævelse]*

581 I forhold til sager om hindring af parallelhandel ved leveringsnægtelse er Domstolens dom af 16. september 2008 i de såkaldte Lélós-sager særligt relevant.<sup>171</sup> I sagerne havde medicinalvirksomheden Glaxosmithkline først afbrudt og siden begrænset sine leverancer af bestemte lægemidler til grossister og leverandører på det græske marked. Årsagen hertil var, at de græske grossister og leverandører eksporterede lægemidlerne til andre medlemsstater, hvor Glaxosmithkline (eller dennes nationale distributører) solgte de samme lægemidler til en højere pris. Sagerne rejste det principielle spørgsmål, om en dominerende virksomhed kan nægte at levere til grossister eller forhandlere med den hensigt at hindre paralleleksport af produkterne. I sagen udtalte Domstolen følgende:

*”I lyset af det nævnte traktatformål [integration af nationale markeder gennem indførelsen af et enhedsmarked] samt formålet om, at det skal sikres, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, kan en dominerende virksomheds adfærd, der har til formål at undgå enhver paralleleksport fra en medlemsstat til andre medlemsstater, og som ved at opdele de nationale markeder opvejer de fordele ved en effektiv konkurrence på forsyninger og priser, som denne eksport ville give de endelige forbrugere i disse andre medlemsstater, heller ikke falde uden for forbuddet i artikel 82 EF [102].”<sup>172</sup> [Egen tilføjelse]*

582 Under henvisning til såvel målet om at sikre en ufordrejet konkurrence som målet om markedsintegration fandt Domstolen således, at en leveringsnægtelse, som har til formål at forhindre paralleleksport fra én medlemsstat til en anden, udgør et misbrug af en dominerende stilling, medmindre den kan anses for objektivt begrundet, som det fremgår af United Brands-sagen citeret ovenfor under punkt 580. En leveringsnægtelse kan således udgøre en overtrædelse af TEUFs artikel 102, hvis den har til formål at forhindre paralleleksport indenfor EU-fællesskabet.

583 I Lélós-sagerne fandt Domstolen, at den statslige regulering af priser indenfor den farmaceutiske sektor kunne udgøre en objektiv begrundelse, for at sikre en dominerende lægemiddelvirksomheds mulighed for at forsvare sine handelsinteresser på anden måde end slet ikke at sælge lægemidler til et medlemsland.<sup>173</sup> Disse

<sup>170</sup> Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 159 og 161

<sup>171</sup> Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai (Lélós).

<sup>172</sup> Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai, præmis 66.

<sup>173</sup> Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai, præmis 69 og Whish og

omstændigheder gør sig ikke gældende i den foreliggende sag, hvorfor dette kriterium ikke inddrages i vurderingen. Domstolen har endvidere bemærket, at dette ikke gør sig gældende, hvor formålet med foranstaltningen er at styrke eller misbruge en dominerende stilling.

584 Domstolen bemærkede således i United Brands-sagen:

*”Selvom det, som anført af sagsøger, ikke kan antages, at indtagelse af en dominerende stilling fratager en virksomhed, der befinder sig i en sådan stilling, dens ret til at beskytte sine egne handelsinteresser, når disse angribes, og selvom denne virksomhed i rimeligt omfang må tilstå mulighed for at træffe sådanne foranstaltninger, som den finder egnet til at beskytte sine nævnte interesser, er en sådan adfærd til gengæld ulovlig, når dens formål netop er at styrke og misbruge denne dominerende stilling.”<sup>174</sup>*

585 I sagerne om Lélou vurderede Domstolen, hvilken indflydelse reguleringen af priser på lægemidler havde på konkurrencereglernes anvendelse. Domstolen udtalte følgende, med henvisning til sagen om United Brands:

*”I denne forbindelse – og uden at der er behov for at efterprøve GSK EVE’s argument om, at det er nødvendigt for lægemiddelvirksomhederne at begrænse parallel-eksporten med henblik på at undgå risikoen for en nedsættelse af deres investeringer i forskning og udvikling af lægemidler – skal det blot bemærkes, at det med henblik på at vurdere, om en lægemiddelvirksomheds nægtelse af levere til grossister, som beskæftiger sig med paralleleksport, udgør en rimelig og forholdsmæssig foranstaltning i forhold til den trussel, som denne eksport udgør for virksomhedens legitime handelsinteresser, skal undersøges, om de bestillinger, som de pågældende grossister har afgivet, er unormale”<sup>175</sup> [Egen fremhævelse]*

586 Det fremgår således samlet af praksis, at det i sager om hindring af parallelhandel skal vurderes, om leveringsnægtelsen kan begrundes objektivt. I den vurdering er der i retspraksis lagt vægt på, om leveringsnægtelsen er en forholdsmæssig foranstaltning til beskyttelse af den dominerende virksomheds legitime handelsinteresser, medmindre leveringsnægtelsen har til formål at styrke eller misbruge en dominerende stilling. Dette skal således inddrages i vurderingen af, om en leveringsnægtelse kan begrundes objektivt i sager, hvor det konkret er relevant.

587 På den baggrund skal det undersøges:

- 1) Om Deutz’ forbud mod den nederlandske forhandler Equipcos levering til Fleco i Danmark udgør en hindring af parallelhandel, og
- 2) om leveringsnægtelsen kan begrundes i objektive omstændigheder.

#### **4.5.2 Adfærden hindrer parallelhandlen**

588 I det følgende undersøges det, om Deutz har hindret sin nederlandske forhandler, Equipco, i at eksportere unikke reservedele til de 404 TCD2015-motorer til

---

Bailey i Competition Law, 7. udgave, 2012, s. 711-712.

<sup>174</sup> Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 189.

<sup>175</sup> Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélou kai Sai, præmis 70.

Fleco i Danmark, for at beskytte DMNs salgsnet i Danmark og selv opnå en højere omsætning, i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102.

589 Sammenfattende fremgår det af sagsfremstillingen, at Fleco og DSB forhandlede om levering af reservedele til DSBs reovering og indgik aftale om levering den 14. juli 2010. Samtidig forhandlede Fleco med Equipco og med andre forhandlere om levering af reservedele. Forhandlingerne mellem Fleco og Equipco indledtes med at Fleco tog kontakt til Equipco med en forespørgsel om levering. Equipco sendte et officielt tilbud til Fleco den 16. juli 2010.<sup>176</sup> I forhandlingerne mellem Equipco og Fleco gav Equipco først en prisindikation på en række reservedele og gjorde i den forbindelse opmærksom på, at Equipco ikke kunne levere, før de havde fået tilladelse til det fra Deutz. Equipco holdt herefter et møde med Deutz og var på baggrund af mødet af den opfattelse, at Deutz var positivt indstillet overfor Equipcos indgåelse af en aftale om levering med Fleco. Derfor sendte Equipco et tilbud på levering af de relevante reservedele til Fleco.

590 Det fremgår endvidere, at Deutz, umiddelbart efter Equipco havde sendt tilbuddet til Fleco, ringede til Equipco og forbød Equipco at levere til Fleco, da Deutz stadig så en mulighed for at få DMN ind i billedet igen. Det blev aftalt, at Equipco skulle informere Fleco om, at Equipco ikke kunne levere. Equipco ringede herefter til Fleco og sendte senere en skriftlig bekræftelse på, at de ikke kunne levere.

591 Ovenstående bekræftes af styrelsens materiale fra kontrolundersøgelse hos Equipco i Nederlandene, hvoraf det blandt andet fremgår, at Fleco skrev følgende i en e-mail til Equipco den 12. juli 2010:

*"I got Saturday the contract from DSB. The main parts in the contract are listed below for the overhaul of the 404 engine in the period [...]"<sup>177</sup>*

592 Equipco skriver herefter et svar på dette med prisindikationer i e-mail af 12. juli 2010:

*"I herewith send you the actual prices for the following items: [...]"<sup>178</sup>*

593 Equipco gav under forhandlingerne udtryk for, at Equipco ikke kunne levere til Fleco uden tilladelse fra Deutz, hvilket fremgår af Equipcos e-mail til Fleco den 13. juli 2010:

*"As I informed you it is very important for us to get the green light from Cologne because only with their approval we will be able to be your parts supplier: if we don't get their approval we can't deliver."<sup>179</sup>*

594 Equipcos endelige tilbud til Fleco blev afgivet den 16. juli 2010.<sup>180</sup> Det fremgår af Equipcos dataudtræk fra Deutz' interne systemer, at medio juli 2010 lå en stor andel af de efterspurgte reservedele på lager hos Deutz. Dataudtrækket blev sendt fra Equipco til Fleco den 16. juli 2010 sammen med en e-mail, blandt andet med følgende indhold:

<sup>176</sup> Se punkt 180 og fremefter.

<sup>177</sup> Bilag 23, e-mail fra Equipco til Fleco af 12. juli 2010.

<sup>178</sup> Ibidem.

<sup>179</sup> Bilag 25, e-mail fra Equipco til Fleco af 13. juli 2010.

<sup>180</sup> Bilag 27, e-mail af 16. juli 2010 fra Equipco til Felco og ark over Deutz' lagerbeholdning.

“See for the stock in Cologne below our request”<sup>181</sup>

595 Den 15. juli 2010 var Equipco til møde hos Deutz i Köln. På mødet var en mulig godkendelse fra Deutz til en aftale mellem Equipco og Fleco om levering af reservedele til DSB-opgaven på dagsordenen. Equipco fremviste de informationer, Equipco havde fra Fleco, herunder kontrakten mellem Fleco og DSB. Følgende fremgår således af Equipcos redegørelse over forløbet til Deutz:

*“Five working days after our first initial contact with Fleco we arranged a visit to Cologne. The letter of DSB, [...] as well as the contract between DSB and Fleco, regarding parts supply, was already signed and also shown here when we visited Cologne [...]”*

596 Deutz ringede til DSB for at få bekræftet, at DSB havde delt leveringsopgaven op i mindre ordrer og indgået aftale med et konsortium bestående af blandt andre Fleco og ikke DMN.

597 Equipco redegjorde desuden for, hvilke oplysninger de havde givet til Fleco, herunder en prisindikation på 20 reservedele, som var baseret på de priser, Equipco havde tilbudt en anden kunde [VIRKSOMHED], i forbindelse med DSBs første udbud, samt oplysninger om lagerbeholdning og mulige problemer med leveringsfristerne.

598 Equipco anmodede Deutz om tilladelse til at levere til Fleco og fremhævede, at aftalen med Fleco var en mulighed for, at Deutz stadig kunne indgå i leveringen af reservedele til DSB, selvom DMN var blevet forbigået og aftalen med Fleco ikke omfattede alle reservedele, som en aftale mellem DSB og DMN ville have gjort:

*“ [...]only five days after our first initial contact with Fleco we were here in Cologne to give [NAVN], [Vice President, Deutz] and [NAVN], Head of Service Sales, Deutz] all the information we had, including our request to deliver the parts because, despite the fact that Nordic [DMN] was passed, we, Equipco, were in the position to arrange that DEUTZ still had a chance to deliver parts, not all unfortunately, because Bosch and Mahle would deliver most of the other parts, but still for 1 mio or 1.5 Euro’s turnover. [...] ”<sup>182</sup> [Egen tilføjelse]*

599 På mødet den 15. juli 2010 blev praktiske detaljer omkring Equipcos levering til Fleco desuden drøftet. Equipco opfattede drøftelserne som positive i forhold til levering til Fleco. Equipco var ifølge deres redegørelse sikre på, at [NAVN], Deutz’ head of service sales i Europa, ville få en såkaldt “2nd confirmation” på det. Følgende fremgår af redegørelsen:

*“ [...] As a matter of fact, the day after our meeting in Cologne we sent out 2 official quotations to Fleco because we had a very positive meeting here in Cologne, further communication with Fleco was absolutely not forbidden, instead, we spoke about how to deliver the parts and we were 100% sure that [NAVN], Head of Service Sales, Deutz] would get this 2nd conformation (which was the final step). [...] ”*  
[Egen tilføjelse]

---

<sup>181</sup> Ibidem.

<sup>182</sup> Bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

600 Dagen efter, den 16. juli 2010, sendte Equipco, som det fremgår af citatet ovenfor, to officielle tilbud til Fleco. Samme dag ringede Deutz til DSB, som igen bekræftede, at DSB havde fundet et alternativ til levering fra DMN. Det fremgår af en tidslinje fundet i forbindelse med kontrolundersøgelse hos Deutz og Equipco, at Deutz ringede til Equipco den 16. juli 2010 om eftermiddagen og forbød Equipco at levere til Fleco. Af redegørelsen fra Equipco til Deutz fremgår, at årsagen til dette var, at Deutz stadig så en mulighed for at få DMN ind i billedet igen. Det fremgår af tidslinjen, at Equipco skulle informere Fleco om, at Equipco ikke kunne levere alligevel.

601 Efter anmodning fra Fleco sendte Equipco også en skriftlig tilbagekaldelse af deres tilbud til Fleco den 22. juli 2010, hvoraf følgende fremgår:

*“However, because of changing market conditions and on basis of conversations we had with our main supplier, Deutz Ag, we have found it no longer possible for us to enter a delivery agreement on basis of the prices mentioned by me in my e-mails.”<sup>183</sup>*

602 På baggrund af ovenstående vurderes det, at Deutz har forhindret sin forhandler i én medlemsstat, Equipco i Nederlandene, i at eksportere reservedele fremstillet af Deutz eller på ordre fra Deutz (parallelhandel), til Fleco i Danmark, med den hensigt at dirigere handlen til Deutz’ forhandler i importlandet, DMN i Danmark, og således hindrede parallelhandlen indenfor fællesskabet.

#### 4.5.3 Objektiv begrundelse

603 I det følgende vurderes, om Deutz’ leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket kan begrundes objektivt. Deutz har bevisbyrden for at leveringsnægtelsen er begrundet objektivt.

604 Deutz har gjort gældende, at der på tidspunktet for hændelsesforløbet var store generelle problemer angående levering af reservedele, at Deutz selv havde væsentlige vanskeligheder med at få leveret til tiden fra sine leverandører, og at Deutz ikke var i stand til at levere til egne forhandlere indenfor rimelige tidsfrister.<sup>184</sup>

605 Sagens materiale viser imidlertid, at dette ikke er årsagen til, at Deutz nægter at levere til Fleco.

606 Det fremgår sammenfattende af sagens oplysninger, at Deutz indledningsvist var positivt indstillet overfor levering af reservedele til opgaven i det hele taget. Først indgik Deutz således aktivt i forhandlingerne om DMNs levering til DSB, og pressede i den forbindelse på for at udvide opgaven og få DSB til at købe andet og mere, end DSB var interesseret i. Da det ikke lykkedes og DSB i stedet valgte at indgå aftale med konsortiet og ikke DMN, var Deutz indledningsvist positive overfor Equipcos levering af reservedele til Flecocos del af opgaven. Deutz gav derfor Equipco en godkendelse. Herefter ændrede Deutz holdning og ville i stedet gennemføre en strategi om at lukke alle leveringskanaler med henblik på at tvinge DSBs ordre tilbage til DMN.

<sup>183</sup> Bilag 69, e-mail af 22. juli 2010, Equipco.

<sup>184</sup> Bilag 71, Deutz’ bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012, s. 12.



607 Det fremgår således af sagens oplysninger, at DSB havde et forhandlingsmøde med DMN og Deutz den 25. maj 2010. Det fremgår af en invitation til mødet sendt fra DSB til DMN<sup>185</sup>, samt af en plan for mødet også fundet hos Deutz i Tyskland, blandt andet med følgende indhold:

*“Outstationed trip planning: Discussion topics and targets*

<b>Name:</b>	[NAVN] [...]
<b>Company:</b>	Dänische Staatsbahn
<b>Place and Date/</b>	Kopenhagen 25th May 2010
[...]	
<b>Thema</b>	[...]
	[...]
	b) Overhaul of 404 DSB engines 2015
	[...]
<b>Visit conducted together with</b>	[NAVN] [Head of Service Sales and Key Accounts]
<b>Targets Deutz</b>	[...]
	c) pushing the Xchange idea by explaining advantages of Xchange engines
	[...]
<b>Ziele / Fragen des Verhandlungspartners</b>	[...]
	c) risk transfer to DMN/DEUTZ (longer warranty, faster delivery times, etc.)
	[...]” <sup>186</sup>

608 Det fremgår af ovenstående, at Deutz havde det som målsætning at forsøge at få DSB til at indgå en exchange-løsning, hvor man bytter de motorer, der skal repareres en ad gangen med motorer, der allerede er repareret. DMN oplyser desuden, at Deutz under DMNs forhandlinger med DSB pressede på for at få DMN til at forhandle exchange-løsningen igennem. Dette ville indebære, at DSBs motorer ville blive repareret på Deutz’ service center i Übersee i Sydtysskland. Subsidiært pressede Deutz på for at få DMN til at lade så mange reservedele som muligt indgå i reparationsopgaven.<sup>187</sup>

609 DMN oplyser således, at:

*“[NAVN] (DMN) stod for kontakten til DSB og i den forbindelse blev der udarbejdet et udkast til tilbud på reservedele, hvis omfang var fastlagt sammen med DSB, med henblik på at dette skulle afgives i DSBs udbud. DMN havde solgt noget lignende reparationskit til DSB i månederne forud for tilbudsgivningen. Udkast til til-*

<sup>185</sup> Bilag 28, Invitation til individuelt forhandlingsmøde.

<sup>186</sup> Bilag 29, Plan for møde med DSB den 25. maj 2010.

<sup>187</sup> Bilag 6, Referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

*bud indeholdt omfangsmæssigt væsentligt færre reservedele, end det tilbud, som DMN endte med at afgive til DSB i udbuddet, jf. i det følgende.*

*Det første udkast til tilbud blev som nævnt for KFST [Konkurrence og Forbrugerstyrelsen] i torsdags aldrig afgivet til DSB, da DMN uden varsel ved brev af 27. april fra Deutz i stærke vendinger blev frarådet at afgive et sådant tilbud. DMN rettede sig efter påbuddet, eftersom de skulle have leveret delene fra Deutz. I stedet fik DMN efterfølgende og før tilbudsfristens udløb lov til at byde på levering af et andet og langt mere omfattende reparationskit til DSB, og dette tilbud blev sammen med et tilbud på ombytningsmotorer afgivet til DSB og accepteret som rettidigt modtaget”<sup>188</sup>*

610 Af ovenstående fremgår også, at Deutz gav DMN tilladelse til at byde på levering af et andet og langt mere omfattende reparationskit til DSB. På tidspunktet for forhandlingerne så Deutz sig altså i stand til at levere et mere omfattende reparationskit end det DSB efterspurgte.

611 Det fremgår endvidere af sagsfremstillingen, at Equipco den 15. juli 2010 var til møde hos Deutz i København. På mødet var en mulig godkendelse fra Deutz til en aftale mellem Equipco og Fleco om levering af reservedele til DSB opgaven på dagsordenen. Følgende fremgår således af Equipcos redegørelse over forløbet:

*”Five working days after our first initial contact with Fleco we arranged a visit to Cologne. The letter of DSB, [...] as well as the contract between DSB and Fleco, regarding parts supply, was already signed and also shown here when we visited Cologne [...]”<sup>189</sup>*

612 Equipco anmodede Deutz om tilladelse til at levere til Fleco og fremhævede, at aftalen med Fleco var en mulighed for, at Deutz stadig kunne indgå i leveringen af reservedele til DSB, selvom DMN var blevet forbigået og aftalen med Fleco ikke omfattede alle reservedele, som en aftale mellem DSB og DMN kunne have gjort:

*” [...]only five days after our first initial contact with Fleco we were here in Cologne to give [NAVN], [Vice President, Deutz] and [NAVN], Head of Service Sales, Deutz] all the information we had, including our request to deliver the parts because, despite the fact that Nordic was passed, we, Equipco, were in the position to arrange that DEUTZ still had a chance to deliver parts, not all unfortunately, because Bosch and Mahle would deliver most of the other parts, but still for 1 mio or 1.5 Euro’s turnover. [...]”<sup>190</sup>*

613 På mødet den 15. juli 2010 blev praktiske detaljer omkring Equipcos levering til Fleco desuden drøftet. Equipco opfattede drøftelserne som positive i forhold til levering til Fleco, og Equipco var ifølge deres redegørelse sikre på, at [NAVN], Deutz’ head of service sales, Europa, ville få en såkaldt ”2nd confirmation” på det.

*” [...] As a matter of fact, the day after our meeting in Cologne we sent out 2 official quotations to Fleco because we had a very positive meeting here in Cologne, further communication with Fleco was absolutely not forbidden, instead, we spoke about*

<sup>188</sup> Bilag 7, DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

<sup>189</sup> Bilag 24, Redegørelse fra Equipco til Deutz.

<sup>190</sup> Ibidem.

*how to deliver the parts and we were 100% sure that [NAVN], Head of Service Sales, Deutz] would get this 2nd conformation (which was the final step). [...] ”<sup>191</sup>*

614 Dagen efter, den 16. juli 2010, sendte Equipco, som det fremgår af citatet ovenfor, to officielle tilbud til Fleco.

615 Det fremgår af en tidslinje fundet hos Deutz og Equipco, at Deutz ringede til Equipco den 16. juli 2010 om eftermiddagen og forbød Equipco at levere til Fleco. Af redegørelsen fra Equipco fremgår, at årsagen til dette var, at Deutz stadig så en mulighed for at få DMN ind i billedet igen.<sup>192</sup> Dette bekræftes også af en e-mail af 16. juli 2010, fundet på kontrolundersøgelse hos Deutz. E-mailen er sendt internt i Deutz fra [NAVN], Head of Service Sales og cc til [NAVN], Head of Sales and Key Accounts. I e-mail informeres indledningsvist om, at man dagen forinden har erfaret, at DSB udbudsopgaven er gået til et konsortium af virksomheder. Herefter skriver [NAVN] følgende:

*”[NAVN] hat entschieden:*

*Close the doors, dry then out, try to pusch all Business the DMN”<sup>193</sup>*

*[NAVN] har besluttet:*

*Close the door, dry then out, try to pusch the Business to DMN [luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN]]<sup>194</sup>*

616 Det fremgår heraf, at Deutz’ Senior Vice President, [NAVN], har truffet beslutning om at der skal lukkes for alle ordrer fra konsortiet, med det formål at konsortiet skal løbe tør for reservedele, så ordrene kan dirigeres hen til DMN. Ovenstående er beskrevet nærmere i sagsfremstillingen under afsnit 3.5

617 Hændelsesforløbet viser således, at kunden DSB er interesseret i at købe et reservedelskit i forbindelse med reoveringen af deres 404 TCD2015 motorer. Deutz vil imidlertid gerne sælge en samlet pakke til DSB, som for det først enten skal inkludere den meget omfattende exchange-løsning, eller et større reservedelskit end DSB er interesseret i at købe, og for det andet skal foregå gennem Deutz’ danske forhandler DMN. Deutz bruger således hindringen af parallelhandlen, til at forhindre DSB i at finde den bedste og billigste løsning på indkøbet af det reservedelskit, som DSB efterspørger.

618 Det vurderes på den baggrund, at Deutz’ leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke kan begrundes i objektive omstændigheder. Der lægges i den forbindelse vægt på, at sagsmaterialet viser, at Deutz under forhandlingerne med DSB selv så sig i stand til at levere et mere omfattende reservedelskit til DMN, og at Deutz også indledningsvist så sig i stand til at levere til Equipco, hvorfor Deutz må have haft de nødvendige reservedele til dette. Dertil lægges der vægt på, at Deutz ikke har dokumenteret, at virksomheden ikke kunne levere til egne forhandlere i perioden, som anført. Der lægges endvidere vægt på, at Deutz ikke nægter at levere som en følge af manglende mulighed for at levere på grund af generelle le-

<sup>191</sup> Ibidem.

<sup>192</sup> Bilag 33, tidslinje og bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

<sup>193</sup> Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

<sup>194</sup> Oversat af autoriseret translator.

veringsproblemer, men bruger leveringsnægtelsen som middel til at forhindre DSB i at finde den bedste og billigste løsning på indkøbet af reservedelskittet, samt at Deutz bruger hindringen af parallelhandel til at beskytte deres eget forhandlernetværk. På den baggrund vurderes det, at Deutz ikke har løftet bevisbyrden for at leveringsnægtelsen kan begrundes i objektive omstændigheder.

#### **4.5.4 Delkonklusion om misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel**

619 På baggrund af ovenstående vurderes det samlet, at Deutz har forhindret sin forhandler i én medlemsstat, Equipco i Nederlandene, i at eksportere reservedele fremstillet af Deutz eller på ordre fra Deutz (parallelhandel), til Fleco i Danmark, med den hensigt at forhindre DSB i at finde den bedste og billigste løsning på indkøbet af det reservedelskit, som DSB efterspørger, og at beskytte Deutz' forhandler i importlandet, DMN i Danmark, uden at dette kan begrundes i objektive omstændigheder i øvrigt, i strid med TEUFs mål om markedsintegration, samt formålet om at sikre, at konkurrencen indenfor det indre marked ikke fordrejes. Deutz har på den baggrund misbrugt sin dominerende stilling på det forudgående marked for unikke reservedele til Deutz TCD2015 motorer, i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102.

#### **4.5.5 Deutz' bemærkninger til misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel**

620 Deutz har angivet, at virksomhedens adfærd ikke er en hindring af parallelhandel i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102. Deutz har angivet, at virksomheden opererer med et lovligt eksklusivt distributionssystem, og at Deutz alene har hindret aktivt salg ind i et eksklusivt territorium. Deutz anfører således:

*“Deutz AG operates an exclusive distribution system under which Deutz AG has appointed exclusive distributors with responsibilities for certain territories or certain customers. The individual distributors are under an obligation not to make active sales into territories exclusively allocated to another distributor. Denmark is such an exclusive territory. Fleco is a Danish company and therefore an exclusive customer of the Danish sole distributor, DMN. Passive sales, however, are always permissible under the respective distribution agreements.”<sup>195</sup>*

621 Det bemærkes hertil, at ifølge oplysninger fra Fleco og Equipco var det Fleco, som tog kontakt til Equipco med henblik på at indgå en aftale om levering af reservedele. Dette understøttes af de skriftlige beviser i sagen. Det vurderes derfor, at der konkret er tale om en hindring af passivt salg, hvorfor Deutz' adfærd ikke kan ansues som en lovlig håndhævelse af en eksklusiv distributionsaftale. Se nærmere aftalen mellem Equipco og Fleco i afsnit 3.5.1

622 Deutz har angivet, at den retspraksis, der henvises til i afsnittet om misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel, omhandler situationer, hvor adfærd medfører en opdeling af medlemsstater, som leder til signifikante prisforskelle, hvilket Deutz angiver, ikke gør sig gældende i den konkrete sag. Deutz anfører således:

---

<sup>195</sup> Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelse af 21. september 2012, s. 18.

*“Where there is no effective compartmentalisation on a lasting basis and there is no documented effect on prices, there can be no appreciable restriction of inter-state competition.”<sup>196</sup>*

623 Det bemærkes hertil, at det af gennemgangen af retspraksis om misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel ovenfor i afsnit 4.5 fremgår, at en begrænsning af parallelhandelen udgør et misbrug af en dominerende stilling:

*“bl.a. såfremt en sådan praksis medfører, at parallelimporten bliver bremsset, idet den vil udligne et eventuelt mere favorabelt prisleje i andre salgsområder i Fællesskabet [...], eller såfremt den har til formål at forhindre reimport, der kan konkurrere med virksomhedens autoriserede forhandlere [...]. Parallelimport nyder således en vis beskyttelse i fællesskabsretten, idet den fremmer udviklingen af varebevægelserne og stimulerer konkurrencen [...].”<sup>197</sup> [Egen tilføjelse]*

624 Det fremgår heraf, at en adfærd udgør et misbrug af dominerende stilling, når den har til formål at forhindre reimport, der kan konkurrere med en dominerende virksomheds autoriserede forhandlere. DMN er Deutz’ autoriserede forhandler i Danmark og er i konkurrence med Fleco om at blive leverandør til DSBs renoveringsopgave i den konkrete sag. Som der redegøres nærmere for, blandt andet under punkt 616, traf Deutz en beslutning om at lukke for al levering til konsortiet, med henblik på at dirigere ordre[r]ne til DMN, Deutz’ autoriserede forhandler i Danmark.

#### **4.6 MISBRUG AF DOMINERENDE STILLING VED LEVERINGSNÆGTELSE**

625 Det følger af praksis om leveringsnægtelse i almindelighed, at det skal vurderes, om adgangen til køb af reservedele gennem Deutz er nødvendig for at skabe effektiv konkurrence på det relevante beslægtede marked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer, og herunder inddrage det forhold, at der er et eksisterende samhandelsforhold, hvorfor der anlægges en lempeligere vurdering af disse almindelige betingelser, jf. afsnit 4.6.1 nedenfor. Hvis det er tilfældet, vil Deutz’ leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket udgøre et misbrug af dominerende stilling, såfremt leveringsnægtelsen ikke er begrundet i objektive omstændigheder, jf. afsnit 4.6.7 nedenfor.

##### **4.6.1 Den almindelige praksis om leveringsnægtelse**

###### **4.6.1.1 Leveringsnægtelse generelt**

626 Virksomheder kan efter fast praksis som udgangspunkt frit vælge deres handelspartnere. Dette gælder også for dominerende virksomheder.<sup>198</sup> En dominerende virksomheds leveringsnægtelse udgør således ikke i sig selv en overtrædelse af konkurrencereglerne.

627 En dominerende virksomheds afslag på levering kan dog under visse, særlige omstændigheder udgøre et misbrug af dominerende stilling som omhandlet i konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102. Dette kan være tilfældet, når en

<sup>196</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>197</sup> Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélou kai Sai (Lélou), præmis 37.

<sup>198</sup> Jf. fx dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, pkt. 319. Kontraheringsfriheden er nævnt som udgangspunktet for Kommissionens undersøgelser af leveringsnægtelse, jf. Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 75.

dominerende virksomhed – uden at det er objektivt nødvendigt – begrænser konkurrencen ved at nægte levering af produkter.<sup>199</sup>

628 De danske konkurrencemyndigheder, Kommissionen, Retten og Domstolen har i en række afgørelser behandlet spørgsmålet om, hvornår en dominerende virksomheds leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling.<sup>200</sup>

629 Det kan udledes af den omfattende praksis, at der gælder en række kumulative betingelser for at pålægge en dominerende virksomhed at levere.

630 Retten har senest i en dom om Microsoft opsummeret de generelle betingelser for, hvornår en leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling.<sup>201</sup> Det følger af Rettens dom – med henvisning til bl.a. Domstolens dom i Bronner-sagen<sup>202</sup> – at en leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt:

- 1) nægtelsen vedrører et produkt, som er *nødvendigt* for at udøve en given aktivitet på et beslægtet marked,
- 2) nægtelsen kan føre til udelukkelse af enhver *effektiv konkurrence* på det beslægtede marked,
- 3) der kan skelnes mellem *to markeder*, nemlig et marked, der består af det pågældende produkt, og hvorpå den virksomhed, der har nægtet at give adgang, indtager en dominerende stilling, og et beslægtet marked, hvorpå det pågældende produkt anvendes til levering af en anden tjenesteydelse eller til fremstilling af et andet produkt,<sup>203</sup> samt at

<sup>199</sup> Jf. Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, Telemarketing, præmis 27.

<sup>200</sup> Se bl.a. Kommissionens beslutning af 8. december 1977 i sag nr. IV/29.132, Hugin, Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag nr. 27/78, United Brands, Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, CBEM (Telemarketing), Kommissionens beslutning af 29. juli 1987 i sag nr. IV/32.279, BBI/Boosey & Hawkes, Kommissionens beslutning af 18. juli 1988 i sag nr. IV/30.178, British Sugar, Kommissionens beslutning af 4. november 1988 i sag nr. IV/32.318, Sabena, Kommissionens beslutning af 21. december 1988 i sag nr. IV/30.979, Decca Navigator, Domstolens dom af 10. december 1991 i sag nr. C-179/90, Genova Havn, Rettens dom af 13. december 1991 i sag nr. C-18/88, GB Inno, C-18/88, Kommissionens beslutning af 26. februar 1992 i sag nr. IV/33.544, British Midland mod Aer Lingus (interlining), Kommissionens beslutning af 11. juni 1991 i sag nr. IV/34.174, B&I/Sealink Harbours, Rettens dom af 18. september 1992 i sag nr. T-24/90, Automec, Kommissionens beslutning af 21. december 1993 i sag nr. IV/34.689, Sea Containers mod Stena Sealink, Kommissionens beslutning af 21. december 1993 i sag nr. 94/119/EF, Rødby Havn, Domstolens dom af 6. april 1995 i sag nr. C-241/91 P og C-242/91 P, Magill, Kommissionens beslutning af 16. maj 1995 i sag nr. IV/35.388, Irish Continental Group mod CCI Morlaix, Konkurrenceankenævnets kendelse af 18. juni 1996, Elkrafts transmissionsnet, Domstolens dom af 14. november 1996 i sag nr. C-333/94, Tetra Pak II, Kommissionens beslutning af 14. januar 1998 i sag nr. IV/34.801, Flughafen Frankfurt/Main, Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. C-7/97, Bronner, Rettens dom af 15. september 1998 i sagerne T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-188/94, European Night Services, Kommissionens beslutning af 25. juli 2001 i sag nr. C/36.915, Deutsche Post, Kommissionens beslutning af 27. august 2003 i sag nr. C/37.685, GVG/FS, Rettens dom af 30. september 2003 i sag nr. T-191/98, TACA, Domstolens dom af 29. april 2004 i sag nr. C-418/01, IMS Health, Konkurrenceankenævnets kendelse af 11. august 2005, Falcon Cykler, Rettens dom af 17. september 2007 i sag nr. T-201/04, Microsoft, Rettens Dom af 9. september 2009 i sag nr. T-301/04, Clearstream Banking og Rettens dom af 1. juli 2010 i sag nr. T-321/05 om AstraZeneca med henvisninger.

<sup>201</sup> Jf. Rettens dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, pkt. 319 og pkt. 332-336 med henvisninger.

<sup>202</sup> Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. C-7/97, Oscar Bronner.

<sup>203</sup> Dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, pkt. 335. Se endvidere fx Generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-418/01, IMS Health, pkt. 55-59 og dommen i sagen af 29. april 2004, pkt. 39-45 med henvisning til Magill og Bronnerdommene. Den omstændighed, at det nødvendige produkt eller den nødvendige tjenesteydelse ikke markedsføres særskilt, udelukker ikke uden videre, at det kan lægges til grund, at der foreligger et særskilt marked.

- 4) nægtelsen ikke er begrundet i *objektive omstændigheder*.

#### 4.6.1.2 Særligt om afbrydelse af leverancer

631 I tillæg til ovenstående fremgår det sammenfattende af praksis, at der skal anlægges en lempeligere vurdering, hvor der ikke stilles de samme strenge krav for at kunne statuere et misbrug i sager om leveringsnægtelse, hvis leveringsnægtelsen i den konkrete sag udgør en afbrydelse af leverancer, fremfor en nægtelse overfor en ny kunde.<sup>204</sup>

632 Som det fremgår af punkt 630 ovenfor, blev de generelle betingelser for, hvornår en leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling, opstillet i Bronner-sagen og gentaget senest i Microsoft-sagen. I generaladvokatens forslag til afgørelse i Bronner-sagen, som blev vedtaget af Domstolen, udtaler Generaladvokat Jacobs følgende:

*"Af den nævnte retspraksis fremgår det klart, at en dominerende virksomhed udøver et misbrug, hvis den uden begrundelse indstiller leveringer af varer eller tjenesteydelser til en gammel kunde eller udelukker konkurrence på et tilknyttet marked ved at foretage en sammenknytning af forskellige varer og tjenesteydelser."*<sup>205</sup>

633 Det fremgår således, at en dominerende virksomheds afbrydelse af leverancer til en eksisterende kunde udgør et misbrug, og at der i den forbindelse ikke gælder de samme betingelser for, hvornår en leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling, som der generelt opstilles i Bronner-sagen. Relevant retspraksis for afbrydelse af leverancer, som omtalt i Generaladvokat Jacobs' citatet ovenfor, gennemgås nedenfor.

634 I den sammenhæng er sagen om Commercial Solvents relevant.<sup>206</sup> Commercial Solvents havde en dominerende stilling på markedet for råmaterialer til brug for mediciningredienser, der benyttes mod tuberkulose. Commercial Solvents' italienske datterselskab havde i flere år leveret råmaterialer til kunden Zoja, men ophørte delvist hermed, da Commercial Solvents' italienske datterselskab selv startede en egenproduktion af mediciningredienserne. Domstolen udtalte følgende:

*"[Commercial Solvents] har besluttet at begrænse, omend ikke helt standse, sine leverancer af nitropropan og aminobutanol til udenforstående for at lette sin egen adgang til markedet for følgeprodukter; en sådan virksomhed, som har en dominerende stilling på området for fremstilling af råmaterialer og af denne grund er i stand til at kontrollere leveringerne til fabrikanter af følgeprodukter, kan imidlertid ikke, fordi den beslutter selv at påbegynde produktionen af disse følgeprodukter, en beslutning, hvorved den selv bliver konkurrent til sine tidligere kunder, handle således, at den eliminerer konkurrencen fra disse, i det foreliggende tilfælde således, at den eliminerer en af hovedproducenterne af ethambutol indenfor fællesmarkedet;"*<sup>207</sup> [Egen tilføjelse og fremhævning]

<sup>204</sup> Se bl.a. Domstolen dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, CBEM (Télémarketing) og Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag nr. 27/78, United Brands.

<sup>205</sup> Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. 7/97, Bronner, præmis 43 i forslag til afgørelse fra Generaladvokat Jacobs.

<sup>206</sup> Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen.

<sup>207</sup> Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, præmis

635 Det fremgår heraf, at Domstolen tillægger det eksisterende samhandelsforhold mellem Commercial Solvents og kunden Zoja betydning ved vurderingen af leveringsnægtelsen og udtaler således, at en dominerende virksomhed, som er i stand til at kontrollere leveringsforholdene på eftermarkedet, ikke blot kan eliminere sine konkurrenter herfra af hensyn til egne aktiviteter på dette eftermarked.

636 Relevant er også United Brands-sagen, hvor et ophør af leverancer ligeledes gav anledning til en lempelig vurdering af betingelserne for en ulovlig leveringsnægtelse. Domstolen udtalte følgende i sagen:

*”En virksomhed, der har en dominerende stilling hvad angår distribution af en vare — og som udnytter prestigen ved et mærke, der er velkendt og værdsat af forbrugerne — ikke kan indstille sine leveringer til en gammel kunde, som overholder handelsædvanerne, når denne kundes ordrer på ingen måde er unormale;”<sup>208</sup> [Egen fremhævning]*

637 Det fremgår heraf, at Domstolen ligeledes tillægger det eksisterende samhandelsforhold betydning.

638 Tilsvarende i Télémaking-sagen, der omhandlede et TV-selskabs kontraktvilkår overfor en eksisterende udbyder af TV-markedsføring via en af TV-selskabets kanaler.<sup>209</sup> TV-selskabet stillede den betingelse, at kunden alene kunne opnå adgang til sendetid på den relevante TV-kanal med henblik på telefonisk markedsføring, hvis TV-selskabets telefonnummer blev opgivet i stedet for kundens telefonnummer. TV-selskabet afskar på den måde markedsføringsvirksomheden fra at udbyde en service, som markedsføringsvirksomheden ellers udbød, nemlig at stille omstillingsbord og telefonister til rådighed for sine kunder, annoncørerne og TV-kanalen. Domstolen bekræftede, at det udgjorde et misbrug i strid med artikel 102, når et TV-selskab, som har en dominerende stilling for så vidt angår en tjenesteydelse (tv-sendetid), som er nødvendig for en anden virksomheds aktiviteter på et andet marked (tv-markedsføring), uden objektiv begrundelse nægter levering af den tjenesteydelse til en ikke-koncernforbunden virksomhed. Domstolen konkluderede således:

*” [...]det er misbrug af en dominerende stilling, jfr. artikel 86 [TEUFs artikel 102], at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked - uden at det er objektivt nødvendigt - forbeholder sig selv eller en virksomhed i samme koncern forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket.”<sup>210</sup> [Egen tilføjelse og fremhævning]*

639 Det fremgår således af praksis, at der i sager om afbrydelser af leverancer til eksisterende kunder bliver anlagt en lempeligere vurdering af de betingelser, der gælder for at pålægge en dominerende virksomhed at levere. Til støtte herfor taler særligt, at den dominerende virksomhed i kraft af det eksisterende samhandelsfor-

24-25.

<sup>208</sup> Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag nr. 27/78, United Brands, præmis 182.

<sup>209</sup> Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84

<sup>210</sup> Jf. Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, Telemarketing, præmis 27.



hold tidligere har anset det for effektivt at levere til tredjemand, hvilket indikerer, at leveringsnægtelsen netop er en del af en bevidst udelukkelsesstrategi.<sup>211</sup>

640 De fire ovenstående betingelser, der kan udledes af praksis, vil blive vurderet nærmere nedenfor, jf. afsnittene 4.6.4-4.6.7. Der anlægges i den forbindelse en lempeligere vurdering af betingelserne som opstillet i Bronner-sagen og opsummeret senest i Microsoft-sagen, jf. punkt 630 ovenfor, i det omfang betingelserne findes relevante, i overensstemmelse med praksis i sager om afbrydelse af levering, jf. punkt 632. Forhold som er specifikke for de enkelte betingelser beskrives nærmere under den relevante betingelse.

641 I vurderingen af betingelserne for at pålægge levering kan Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd, som ikke er bindende for de nationale konkurrencemyndigheder, inddrages, jf. umiddelbart nedenfor.

#### **4.6.2 Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd**

642 Kommissionen offentliggjorde 3. december 2008 en meddelelse om Kommissionens prioriteringer i sager om misbrug af dominerende stilling efter TEUFs artikel 102 (Kommissionens artikel 102-meddelelse), som også er omtalt under afsnit 4.5.1 om praksis og retningslinjer om leveringsnægtelse ved hindring af parallelhandel.<sup>212</sup>

643 Kommissionen angiver i meddelelsen, hvilke forhold der generelt er relevante for at vurdere, om en given adfærd udøvet af en dominerende virksomhed vil kunne føre til en afskærmning af markedet.<sup>213</sup>

644 Kommissionen angiver endvidere særligt for sager om leveringsnægtelse, at Kommissionen vil prioritere håndhævelsen af konkurrencereglerne, hvis alle de følgende betingelser er opfyldt:

*"nægtelsen vedrører et produkt eller en tjeneste, der objektivt set er en nødvendig forudsætning for, at virksomheden kan konkurrere effektivt på et downstreammarked,*

*nægtelsen vil kunne udelukke den effektive konkurrence på downstream-markedet,*

*og nægtelsen vil kunne skade forbrugerne."<sup>214</sup> [Egen understregning]*

645 I relation til *eksisterende samhandelsforhold* angiver Kommissionens desuden, at de samme betingelser finder anvendelse ved afbrydelse af leverancer, som ved levering af varer, som den dominerende virksomhed ikke tidligere har leveret. Kommissionen finder dog et misbrug mere sandsynligt ved ophævelse af en eksisterende leveringsaftale, og anfører i den forbindelse:

*"Den omstændighed, at indehaveren af det nødvendige input tidligere har anset det for at være i sin interesse at levere det, er et fingerpeg om, at levering af det pågæl-*

<sup>211</sup> Se Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, s. 818-821, samt Geradin i CML Review 2004, s. 1535-1536.

<sup>212</sup> Meddelelse fra Kommissionen - Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, EUT C 45 af 24.2.2009, s. 7-20. (Kommissionens artikel 102-meddelelse).

<sup>213</sup> Jf. punkt 20 i Kommissionens artikel 102-meddelelse.

<sup>214</sup> Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 81.

*dende input ikke indebærer nogen risiko for, at indehaveren får utilstrækkelig kompensation for den oprindelige investering. Det vil derfor være op til den dominerende virksomhed at påvise, hvorfor forholdene faktisk har ændret sig på en sådan måde, at en fortsættelse af den eksisterende leveringsaftale vil udgøre en fare for, at den ikke opnår tilstrækkelig kompensation.*"<sup>215</sup> [Egen fremhævning]

646 Kommissionen angiver således, at de tidligere leverancer generelt skaber en formodning imod, at der er en risiko for, at den dominerende virksomhed ikke har haft lejlighed til i tilstrækkelig grad at profitere af sin oprindelige investering, når der tidligere er sket levering af det pågældende input. Det vil her være op til den dominerende virksomhed at påvise, at det forholder sig anderledes.

647 I tråd med praksis ser Kommissionen således en afbrydelse af leverancer som en omstændighed, der skal tillægges vægt ved vurderingen af en leveringsnægtelse.

#### 4.6.3 Den undersøgte aktivitet

648 DSBs IC3-tog er udstyret med 404 Deutz TCD2015 diesel motorer. Disse motorer skal gennemgå en reovering efter 1,2 mio. km for ikke, at der er risiko for at bryde sammen. Reoveringsopgaven indebærer – afhængigt af sliddet på den enkelte motor – at visse dele skiftes til nye, at andre dele slibes, og nogle dele rengøres. Motoren samles og testes, inden den monteres på IC3-togene på ny. Reoveringen sker på DSBs værksteder af DSB mekanikere, der er ansat til reoveringsopgaven. I forhold til undersøgelsen af, om der er tale om ulovlig leveringsnægtelse, skal følgende forhold derfor belyses:

- 1) Er de unikke Deutz-dele *nødvendige* for at gennemføre reovering af motorerne?
- 2) Fører leveringsnægtelsen til en udelukkelse af den *effektive konkurrence* på markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorerne?
- 3) Er markedet for de unikke Deutz-dele *adskilt* fra de reoveringsydelse, der ydes på det beslægtede marked?
- 4) Har Deutz *objektive begrundelser* for at iværksætte en leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk?

#### 4.6.4 Nødvendig forudsætning

649 Det følger som nævnt af praksis, at det efter de almindelige betingelser i sager om ulovlig leveringsnægtelse skal vurderes, om adgang til den pågældende leverance er nødvendig for at kunne agere på det beslægtede marked, som i denne sag er afgrænset til markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer.

650 Det fremgår i den forbindelse af Domstolens dom i sagen om Bronner, at adgang til en leverance er nødvendig i tilfælde af:

*"at tjenesteydelsen [eller varen] i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed [på det beslægtede marked] i den forstand, at der ikke fin-*

<sup>215</sup> Kommissionens 102- meddelelse, pkt. 84 sammenholdt med pkt. 78.

*des noget reelt eller potentielt alternativ [...] til den dominerende virksomheds vare eller tjenesteydelse.*"<sup>216</sup> [Egen understregning.]

651 Det følger heraf, at adgang til varen – i dette tilfælde Deutz' unikke reservedele – kun er nødvendig, hvis der ikke foreligger et faktisk eller et potentielt alternativ til disse reservedele.

652 Til vurderingen af den pågældende vares nødvendighed fremgår følgende af Kommissionens artikel 102-meddelelse:

*"I den forbindelse vil Kommissionen normalt foretage en vurdering af, om konkurrenterne inden for en overskuelig fremtid effektivt vil kunne kopiere det input, der produceres af den dominerende virksomhed. Ved begrebet kopiering forstås etablering af en alternativ, effektiv leveringskilde, der kan give konkurrenterne mulighed for at udøve et konkurrencemæssigt pres på den dominerende virksomhed på downstream-markedet.*"<sup>217</sup>

653 Det bør således inddrages i vurderingen af mulige alternativer til det nødvendige input, hvilke forudsætninger der findes for at starte en egenproduktion eller anden form for kopiering.

654 Særligt ved vurderingen af en vares nødvendighed i sager om afbrydelse af leverancer fremgår følgende af Kommissionens artikel 102-meddelelse:

*"Hvis den dominerende virksomhed for eksempel tidligere havde leveret til den pågældende virksomhed, og denne havde foretaget specifikke investeringer for at kunne anvende det input, den dominerende virksomhed derefter afslog at levere, vil Kommissionen nok i højere grad betragte det pågældende input som nødvendigt.*"<sup>218</sup>

655 Det fremgår heraf, at en vare i højere grad kan betragtes som nødvendig, hvis den virksomhed, som ønsker levering og hidtil har fået levering, har foretaget specifikke investeringer med henblik på anvendelsen af det pågældende input.

656 I Commercial Solvents-sagen, nærmere beskrevet under punkt 634, undersøgte Domstolen desuden betydningen af alternative metoder til fremstilling af relevante råstoffer. Ved vurderingen af selve misbruget tillagde Domstolen imidlertid ikke de faktiske eller potentielle alternative muligheder for fremstilling betydning. Domstolen tillagde det således ikke betydning, at kunden kunne have fremskaffet råstoffer fra andre leverandører eller selv have produceret dem. Varerne var således ikke "uundværlige", og nødvendighedskriteriet var for så vidt ikke opfyldt.

657 I praksis har Domstolen således anlagt en lempeligere vurdering af varens nødvendighed i sager om afbrydelse af leverancer.

658 Det følger således af praksis og af retningslinjerne fra Kommissionen, at det skal vurderes, om der findes

<sup>216</sup> Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. C-7/97, Oscar Bronner, pkt. 41. Se endvidere Rettens dom af 15. september 1998 i de forenede sager T-374/94 m.fl. om European Night Services, pkt. 209-216 med henvisninger.

<sup>217</sup> Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 83.

<sup>218</sup> Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 84 sammenholdt med pkt. 78.

- 1) et reelt *faktisk* alternativ til Deutz' unikke reservedele. Det vil sige, om det er muligt at anskaffe de omhandlede reservedele udenom Deutz (faktisk alternativ), eller
- 2) et reelt *potentielt* alternativ til Deutz' unikke reservedele. Det vil sige, om det er muligt inden for en overskuelig fremtid effektivt at kopiere eller få kopieret de unikke reservedele, der produceres af Deutz.

659 I den samlede vurderingen heraf skal det desuden inddrages, at der er tale om en afbrydelse af leverancer, hvorfor der skal anlægges en lempeligere vurdering.

#### 4.6.4.1 Ad 1) Alternativ leveringen udenom Deutz (faktisk alternativ)?

660 I det følgende undersøges, om der findes et faktisk alternativ til levering af unikke Deutz reservedele, enten via Deutz forhandlere eller i øvrigt. I den forbindelse redegøres der for de beviser, der er fundet på kontrolundersøgelser hos Deutz, DMN og Equipco. Desuden redegøres der for, hvad Fleco og DSB har oplyst.

661 Det fremgår sammenfattende, at en række Deutz reservedele er unikke reservedele, som ikke kan købes udenom Deutz' forhandlersystem. I juli 2010 besluttede Deutz at nægte Deutz leverandøren Equipco at levere disse dele til Fleco i forbindelse med konsortiets levering til DSBs renoveringsopgave. Equipco havde på det tidspunkt afgivet et tilbud til Fleco, som de efter ønske fra Deutz tilbagekaldte. Umiddelbart herefter lukkede Deutz andre leveringskanaler i Deutz' eget forhandlersystem. Formålet med at lukke leveringskanalerne var ifølge oplysninger fundet hos Deutz at dirigere handlen over til DMN.<sup>219</sup> Det fremgår endvidere af oplysninger fundet hos DMN, at Deutz har forsikret DMN om, at Fleco ikke vil få alle reservedelene.<sup>220</sup> Dette udelukkede således muligheden for at skaffe unikke Deutz reservedele.

662 Fleco forsøgte at få leveret reservedele fra alternative kanaler og kontaktede flere Deutz leverandører, herunder forhandlere, som Fleco tidligere har haft forbindelse til med henblik på at få leveret reservedele. Fleco var bekendt med, at de var i direkte konkurrence med DMN om DSB opgaven, hvorfor Fleco ikke indledningsvist kontaktede DMN for at bestille hos dem. Det fremgår imidlertid af sagens oplysninger som gennemgået nedenfor, at DMN og Deutz ikke havde intention om at levere til Fleco, men at sikre, at DMN fik ordren på levering af reservedele til DSB. De virksomheder, som Fleco kontaktede, omfatter bl.a. [VIRKSOMHEDER] og [VIRKSOMHED]. Til trods for flere forsøg var Fleco imidlertid ikke i stand til at finde en alternativ leverandør. Nedenfor redegøres for beviserne.

663 Det fremgår af sagsfremstillingen, punkt 210, at Deutz i forbindelse med et møde med DMN den 20. juli 2010 ringede til Equipco, som samme dag tilbagekaldte tilbuddet til Fleco og sendte en kopi af tilbagekaldelsen til Deutz.<sup>221</sup>

664 Det beskrevne hændelsesforløb bekræftes af en intern e-mail fundet hos DMN i Sverige, dateret den 21. juli 2010, dagen efter mødet med Deutz:

<sup>219</sup> Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

<sup>220</sup> Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

<sup>221</sup> Bilag 37, e-mail af 20. juli 2010, Equipco.

*"Yesterday late we re-decided to japadize the Fleco business together with [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. He will assure that Fleco does not get all the part and then the deal will be broken from these local competition companies. [...]"<sup>222</sup> [Egen tilføjelse]*

665 Det fremgår heraf, at DMN og Deutz er af den opfattelse, at Deutz kan sikre, at Fleco ikke får alle reservedele, som skal bruges til DSBs renoveringsopgave, og hvis det sikres, vil kontrakten mellem Fleco og DSB blive brudt.

666 For så vidt angår Deutz' strategi om at lukke andre leveringskanaler i Deutz' eget forhandlersystem fremgår følgende af en e-mail sendt internt i Deutz fra [NAVN], Head of Service Sales under overskriften "DSB-Ausscheidung"(DSB-udbud):

*"Ein Konsortium aus dem BOSCH Händler, Mahle Händler, Filter Händler, und Fleco (Ex-Mitarbeiter der DMN) hat den Ersatzteilauftrag für die Generalüberholungen.*

[NAVN] [Senior Vice President i Deutz] *hat entschieden: Close the door, dry then out, try to pusch the Business to DMN.*<sup>223</sup>  
[Egen tilføjelse og fremhævelse]

*[Et konsortium bestående af Bosch-forhandleren, Mahleforhandlere, Filter-forhandlere og Fleco (tidligere medarbejdere ved DMN) har ordren på reservedele til istandsættelserne.*

[NAVN] *har besluttet: Close the door, dry then out, try to pusch the Business to DMN [luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN]*<sup>224</sup>

667 Det fremgår af ovenstående, at konsortiet har modtaget reservedelsbestillingen til DSBs renoveringsopgave, og at Deutz i den forbindelse har til hensigt at afskære levering. Det fremgår endvidere, at Deutz mener, at man ved at tørre leverancerne til Fleco ud kan få DSB til at skifte leverandør (tilbage til DMN).

668 Strategien om at lukke alle leveringskanaler bekræftes endvidere af en korrespondance den 4. august 2010 mellem Deutz og DMN.<sup>225</sup> Der korresponderes således om, hvorvidt blokeringen af leveringskanaler for unikke Deutz reservedele er succesfuld under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde" (projekt usynlige kunde). Deutz rapporterer til DMN, at Deutz har afsøgt markedet, uden at finde et leveringsalternativ til Deutz, samt at Deutz ikke mener, Fleco har fået levering hos dem eller nogen af deres leverandører. Følgende fremgår blandt andet af e-mail fra Deutz til DMN af 4. august 2010:

*"[...] [NAVN] hat noch mal unterstrichen, dass wir am Anfang des Jahres für alle diese teile Alternativlieferanten gesucht haben [...] und wir keine gefunden haben!*

<sup>222</sup> Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

<sup>223</sup> Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

<sup>224</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>225</sup> Se bilag 44 og 45.

*Die Teile sind nicht angefragt and es gibt keine Nachbauer. Wiewahrscheinlich ist eine Aufarbeitung der Altteile? Ohne Einschuss Neuteile unmöglich, würde ich sagen.*

*FAZIT: Fleco ist nicht in der Lage im großen Stil Teile für Grundüberholungen zu liefern. Das können wir im Moment ausschliessen.[...] ”<sup>226</sup>*

*[[NAVN] har endnu en gang understreget, at vi i begyndelsen af året har forsøgt at finde alternative leverandører af alle disse dele (på grund af kapacitetsproblemer), og vi har ikke fundet nogen!*

Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent. Hvor sandsynlig er en istandsættelse af de gamle dele? Uden anvendelse af nye dele umuligt, ville jeg sige.

*FACIT: Fleco er ikke i stand til i stort omfang at kunne levere dele til almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t.]<sup>227</sup>*

669 Det fremgår heraf, at Deutz har den opfattelse, at Fleco ikke har de nødvendige reservedele til at levere til en større renoveringsopgave. Deutz vurderer desuden ikke, at der findes kopiproducenter, eller at det er muligt at foretage istandsættelse af gamle dele uden anvendelse af nye. Deutz konkluderer, at det kan udelukkes, at Fleco vil være i stand til at levere reservedele til almindelig istandsættelse.

670 I tråd hermed fremgår følgende af en power point præsentation fundet hos Deutz med overskriften ”DSB Status” fra et møde afholdt den 9. august 2010:

**”Monitoring of sales for parts for the DSB tender**

- *Since 20.07.2010 [XX] different part numbers specially for DSB are only available on request. Requests have to be sent to [NAVN].*
- *Result*
  - *30 requests*
  - *From all over the world*
  - *Only items for one engine*
  - *Engine serial numbers were provided on request*

*[...]*

- *Exchange center Übersee is informed and blocks requests”<sup>228</sup>*

671 Det fremgår heraf, at Deutz har udvalgt [XX] komponenter, som alene kan fås på forespørgsel hos Deutz’ Head of Service Sales & Key Accounts, [NAVN]. Det fremgår desuden, at der ved forespørgsel om levering anmodes om et motornummer, så det kan tjekkes hvilke motorer, komponenterne skal anvendes i, herunder også, om de bestilles med henblik på levering til DSB. Til sidst fremgår det, at Deutz’ service center i Übersee ligeledes er informeret og blokerer forespørgsler på de relevante komponenter.

672 For så vidt angår de unikke reservedele fremgår det også af sagsfremstillingen,

<sup>226</sup> Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

<sup>227</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>228</sup> Bilag 31, powerpoint, DSB status 9. august 2010.

punkt 216 og fremefter, at Deutz selv lavede en liste over de reservedele, der efter Deutz' opfattelse er strategiske, og som ikke kan rekvireres udenom Deutz. Dette fremgår af en e-mail af 22. juli 2010 fra [NAVN], efter sales manager hos DMN, blandt andet til [NAVN], daværende ejer af DMN, med følgende overskrift:

*"DEUTZ blocked parts acc. to [NAVN] [Head of Service Sales Central Europe & Key Accounts]".*<sup>229</sup> [Egen tilføjelse]

673 Det fremgår således af overskriften, at e-mailen indeholder en liste over reservedele, som ifølge Deutz' head of service sales er blokeret. E-mailen indeholder en liste over i alt [XX] nummererede reservedele, herunder motorblokke (crankcase), knastakslers (camshaft) og krumtappe (crankshaft):

*"[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE]"*<sup>230</sup>

674 DSB har tilsvarende over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at der er flere reservedele, hvor det kun er muligt at benytte originale Deutz reservedele. Her nævner DSB blandt andet motorblokke, knastakslers og krumtappe, som eksempler på dele, som skal være originale fra Deutz.<sup>231</sup> Disse dele fremgår også af Deutz' liste over blokerede reservedele.

675 Af en e-mail sendt internt i DMN, blandt andet til DMN daværende ejer og DMNs direktør(CEO), fremgår det igen, at en række reservedele, her præciseret til omkring en tredjedel af reservedelene, anses for unikke Deutz reservedele.<sup>232</sup>

676 Deutz har således stoppet muligheden for at skaffe en række unikke reservedele gennem deres leverandørsystem og ifølge Deutz og DMN er der ingen aktører på det relevante marked, som faktisk (aktuelt) er i stand til at levere disse unikke reservedele, udover Deutz.

677 For så vidt angår Flecos forsøg på at skaffe Deutz reservedele efter afslaget på levering fra Deutz gennem forhandleren Equipco fremgår det af sagsfremstillingen punkt 3.5.2.1, at Fleco søgte flere alternative leveringsmuligheder. Fleco kontaktede blandt andet [VIRKSOMHED X], som skrev følgende i et svar på bestilling den 25. august 2010:

*"We've increased our order for these pumps.  
We've to wait for the answer from our subsupplier regarding the delivery time.  
It's not so easy to get these pumps because Deutz knows that DSB needs them, so we have place small orders for 2 pcs. and then 2 more and so on.  
We cannot buy 10 pcs. at once."*<sup>233</sup>

678 Det fremgår heraf, at [VIRKSOMHED X] har bestilt de pågældende reservedele hos sin leverandør, men at de ikke er lette at få, fordi Deutz ved, at DSB er nødt til at bruge delene. Den 6. september 2010 skriver [VIRKSOMHED X] desuden til Fleco, at de endnu ikke har modtaget svar fra deres leverandør, og at leverandøren og Deutz åbenbart er klar over, hvem slutkunden er. [VIRKSOMHED X] håber dog

<sup>229</sup> Bilag 43, e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.

<sup>230</sup> Ibidem.

<sup>231</sup> Bilag 70, Mødereferat, besøg hos DSB

<sup>232</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

<sup>233</sup> Bilag 52, e-mail af 25. august 2010, Fleco.

at kunne komme med et endeligt svar snart.<sup>234</sup> [VIRKSOMHED X] vender tilbage den 20. september 2010 med besked om, at Deutz ikke vil frigive de bestilte reservedele, medmindre der opgives et motornummer på den motor reservedelene skal bruges til, samt et bestemmelsesland:

*"[...] bez. unsere Bestellung über Ölpumpen 0426 3106 hat unser Lieferant die ursprünglich zugesagte Lieferung nicht angeliefert und bekommt die Ware offensichtlich von Deutz nicht frei gegeben.*

*Die Ware kann man nur unter Angabe der Motornr. und des Bestimmungslandes erhalten.[...]"<sup>235</sup>*

*[Med hensyn til vores bestilling af oliepumper 0426 3106 har vores leverandør ikke leveret som oprindeligt lovet og kan tilsyneladende ikke få varen frigivet af Deutz.*

*Varen kan kun fås ved angivelse af motornummer og bestemmelsesland]<sup>236</sup>*

679 Som et andet eksempel på Flecos forsøg på at købe reservedele gennem alternative Deutz leverandører, tog Fleco også kontakt til [VIRKSOMHED Y] og forsøgte at købe reservedele herigennem, jf. sagsfremstillingen, punkt 240 og fremefter. Efter en korrespondance, som startede i december 2010, bekræfter [VIRKSOMHED Y] endeligt den 21. juli 2011, at de ikke kan levere:

*"Dear [NAVN]  
I am sorry that we cannot supply,  
Now the DEUTZ Germany is very serious for this issue.  
I am afraid will also bring the trouble for you if buy from us.  
Pls Confirm. [...]"*

680 [VIRKSOMHED Y] bekræfter således, at de ikke kan levere, og at årsagen hertil er Deutz i Tyskland, som er meget seriøs omkring dette emne. Ovenstående viser, at Deutz, udover at have en intention om at blokere levering til Fleco og dirigere DSBs renoveringsopgave over til DMN, også i praksis gennem forhandlernetværket har kontrol over, hvem der leveres til.

681 Fleco har oplyst, at det ikke er lykkedes Fleco at fremskaffe de omhandlede unikke reservedele til brug for opfyldelsen af Flecos kontrakt med DSB, fra alternative forsyningskanaler. Deutz har således gennemført en faktisk leveringsnægtelse ved strategisk at blokere muligheden for at bestille reservedele til DSB-opgaven. Da de unikke reservedele ikke kan rekvireres udenom Deutz' forhandlersystem eller via virksomheder, som producerer for Deutz, er det alene gennem disse virksomheder, Fleco har søgt at få levering af de unikke reservedele. Som følge af Deutz' leveringsnægtelse har det ikke været muligt.

682 DSB har oplyst, at hele renoveringsopgaven var ramt af svære problemer i 2011, fordi Fleco ikke kunne få leveret de nødvendige Deutz-reservedele. For DSB har leveringsnægtelsen den konsekvens, at den samlede renoveringsopgave blev forsinket, fordi reservedelene ikke blev leveret til tiden. Herudover blev den

<sup>234</sup> Bilag 53, e-mail af 6. september 2010, Fleco.

<sup>235</sup> Bilag 54, e-mail af 20. september 2010, Fleco.

<sup>236</sup> Oversat af autoriseret translator.



samlede renovering dyrere, dels fordi DSB måtte bestille visse reservedele hos DMN til en højere pris, end de havde aftalt med Fleco, og dels fordi de i nogle tilfælde måtte bestille reservedele til andre motorer og selv modificere dem, så de kunne benyttes i deres motorer. DSB oplyser endvidere, at de i renoveringsperioden havde en del motorer, der havarede som følge af, at de ikke blev repareret til tiden.

683 Som det fremgår af indledningen ovenfor i punkt 572, har Fleco haft en betydelig samhandel med Deutz' officielle leveringskanaler. Leveringsnægtelsen er således en afbrydelse af leverancer til en eksisterende kunde og skal ses i den kontekst, jf. afsnit 4.6.1.2.

684 På denne baggrund vurderes det, at det ikke var muligt at finde alternativ levering fra andre Deutz forhandlere, og at der heller ikke i øvrigt er faktiske alternativer til levering af Deutz' unikke reservedele via Deutz og virksomhedens forhandlernetværk. Der lægges herved vægt på, at Deutz de facto har gennemført en leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk, at Deutz selv undersøger og vurderer, at reservedelene er nødvendige, at det trods mange bestræbelser herpå har vist sig umuligt for Fleco at fremskaffe alle de reservedele, som Fleco skulle levere til DSB, fra alternative forsyningskanaler, samt at Fleco som eksisterende kunde i den konkrete situation har haft en forventning om at få leveret Deutz reservedele på almindelige markedsvilkår, jf. afsnit 4.6.1.2 om afbrydelse af leverancer og afsnit 4.6.2 ovenfor.

#### **4.6.4.2 Ad 2) Mulighed for kopiering af unikke reservedele (potentielt alternativ)?**

685 Som beskrevet under punkt 650 skal det desuden undersøges, om der foreligger et potentielt alternativ til de unikke reservedele, som Deutz nægter at levere, og herunder om det er mulig inden for en overskuelig fremtid effektivt at kopiere eller få kopieret de unikke reservedele, der produceres af Deutz.<sup>237</sup>

686 Sammenfattende fremgår af sagsfremstillingen, afsnit 3.3.1.1, at en Deutz TCD2015 motor består af flere end 1.000 komponenter eller reservedele. Disse kan overordnet opdeles i to kategorier; henholdsvis generiske og særligt tilpassede. De generiske reservedele kan anvendes i mange forskellige motorer, herunder også forskellige mærker, og kan tilsvarende produceres af mange forskellige aktører. De særligt tilpassede reservedele er specialudviklet eller særligt tilpasset IC3-motorenes specifikationer. De særligt tilpassede reservedele kan yderligere opdeles i to kategorier; henholdsvis kopierbare og unikke. Eksempler på unikke reservedele er vand- og oliepumper, motorblokke, krumtapper, knastaksler samt diverse slangestykker, der i dimension og gummisammensætning er udviklet specielt til eller af Deutz.

687 Denne opdeling er nødvendig at foretage, idet visse af de særligt tilpassede reservedele kan kopieres af alternative fabrikanter, der således kan producere reservedele, der er "funktionelt identiske" med de reservedele, der er udviklet af Deutz. Andre reservedele kan af forskellige årsager ikke kopieres. Disse reservedele er dermed unikke, fordi de kun kan erhverves ét sted fra.

---

<sup>237</sup> I tråd med Kommissionens artikel 102-meddelelse, jf. ovenfor, skal det vurderes, om Fleco inden for en overskuelig fremtid effektivt vil kunne kopiere det input, der produceres af Deutz. Ved begrebet kopiering forstås etablering af en alternativ, effektiv leveringskilde, der kan give konkurrenterne mulighed for at udøve et konkurrencemæssigt pres på den dominerende virksomhed på downstream-markedet.

688 Det vil dog være muligt, i hvert fald i teorien, at kopiere visse af de særligt tilpassede reservedele. Dermed vil det være muligt at skaffe reservedelene – om end i uoriginal stand – fra alternative producenter. I hvilket omfang dette gør sig gældende, skal undersøges nærmere nedenfor.

689 Hvorvidt det er muligt at benytte uoriginale reservedele (kopier), afhænger af flere forhold, men da der ikke er juridiske hindringer for kopiering, er det alene relevant at undersøge, (i) om det er sikkerhedsmæssigt forsvarligt at benytte kopier, (ii) om det er økonomisk rentabelt at producere kopier samt endelig (iii), om det rent praktisk lader sig gøre at kopiere reservedelene. Dette er beskrevet nærmere i afsnit 3.3.1.2, hvor det fremgår, at der er stor forskel på, hvordan de enkelte reservedele kan tilvejebringes. Nogle reservedele kan let eller på mindre kompliceret vis kopieres og godkendes til anvendelse i DSBs IC3- togmotorer, og originale Deutz reservedele kan på den måde erstattes med reservedele produceret af andre. For så vidt angår en mindre gruppe af unikke reservedele kræves imidlertid adgang til produktspecifikationer og det er dertil særdeles kompliceret og urentabelt at kopiere disse. Det lægges endvidere til grund, at Deutz og DMN selv vurderer, at omkring 30 pct. af de reservedele, der skal bruges til DSB opgaven, er unikke reservedele, jf. punkt 214, hvoraf følgende fremgår:

*"In accordance with [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits"*

690 Det fremgår endvidere, jf. punkt 216 -217, at [NAVN] (Deutz Head of Sales) har blokeret [XX] nummererede reservedele.

691 Sammenholdes de meget begrænsede muligheder for at fremstille kopier af unikke reservedele med kunden DSBs manglende efterspørgsel efter kopier af disse reservedele kan det ikke anses for muligt at anvende kopier fremfor originale Deutz reservedele. Hertil kommer, at det – jf. punkt 109 og punkt 120. ovenfor – kræver, at der skal produceres relativt store mængder af en reservedel, før det er økonomisk rentabelt at opstarte produktion heraf. Der henvises i den sammenhæng endvidere til punkt 108, hvoraf det fremgår, at DMN har oplyst, at det er meget vanskeligt for nye producenter at starte en produktion af reservedele op, idet det både er en meget dyr og langsommelig proces.

692 På denne baggrund vurderes det, at der ikke foreligger et potentielt alternativ til de unikke reservedele, som Deutz nægter at levere, og som ikke kan fremskaffes fra alternative forsyningskanaler. Der lægges herved vægt på, at det ikke er muligt at kopiere unikke reservedele, samt at Fleco som eksisterende kunde i den konkrete situation har haft en berettiget forventning om at få leveret Deutz reservedele på almindelige markedsvilkår, jf. afsnit 4.6.1.2 ovenfor om afbrydelse af leverancer.

#### **4.6.4.3 Samlet vurdering af reservedele som nødvendig forudsætning**

693 På baggrund af ovenstående vurderes det samlet set, at betingelsen om, at adgang til den pågældende vare er nødvendig for at kunne agere på det beslægtede marked, er opfyldt. Det skyldes, at der ikke foreligger et faktisk eller et potentielt alternativ til de omhandlede unikke Deutz reservedele.

#### **4.6.5 Nægtelsen kan udelukke den effektive konkurrence**

694 En leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling, hvis afslaget på at levere er egnet til at udelukke enhver effektiv konkurrence på det tilstødende marked.<sup>238</sup>

695 Det fremgår i den forbindelse af Rettens dom om Clearstream Banking, med henvisning til dommen om Microsoft, at:

*"Hvad angår kriteriet om fjernelse af enhver konkurrence er det med henblik på at påvise, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 82 [102] EF, ikke nødvendigt godtgøre, at enhver konkurrence på markedet vil blive udelukket, men derimod om der er fare, eller sandsynlighed, for, at nægtelsen fører til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet."*<sup>239</sup>[Egen tilføjelse og fremhævnings]

696 Det skal således efter de almindelige betingelser i sager om ulovlig leveringsnægtelse godtgøres, at der er en fare eller sandsynlighed for, at leveringsnægtelsen udelukker enhver mulighed for, at konsortiet og andre aktører kan konkurrere effektivt med Deutz på det beslægtede marked for levering af service og vedligehold.

697 Det skal derfor undersøges, 1) om konsortiets levering af reservedele til DSB påfører et effektivt konkurrencepres på markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer. Hvis ikke det er tilfældet, så udelukker Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke en effektiv konkurrence fra konsortiet. Det skal herefter undersøges, 2) om leveringsnægtelsen indebærer en fare eller sandsynlighed for, at den effektive konkurrence udelukkes fra alle andre relevante aktører. Hvis ikke det er tilfældet, så udelukker Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke al effektiv konkurrence på markedet. Gør disse to forhold sig derimod gældende, så leveringsnægtelsen udelukker den effektive konkurrence (fra konsortiet og fra andre aktører), er denne betingelse opfyldt.

698 Ovenstående modificeres som omtalt tidligere af, at der i den konkrete sag er tale om en afbrydelse af leverancer. Det følger heraf, at der skal anlægges en lempeligere vurdering af betingelserne for en ulovlig leveringsnægtelse, herunder om leveringsnægtelsen kan udelukke enhver effektiv konkurrence.

699 Det fremgår således af sagen om Commercial Solvents, beskrevet nærmere under punkt 634, at Domstolen i sådanne sager ikke tillægger det betydning, om der sker en udelukkelse af enhver konkurrence, men derimod alene at adfærden ekskluderer en væsentlig konkurrent, nemlig "*en af hovedproducenterne*".<sup>240</sup>

700 I tråd hermed fremgår det af sagen om Télémaking, beskrevet nærmere under punkt 638, at Domstolen alene tillagde det betydning, at misbrugsadfærden skabte en fare for udelukkelse af enhver konkurrence fra den eksisterende kunde, som den konkrete leveringsnægtelse vedrørte, således formuleringen:

*"med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket."*<sup>241</sup>

701 I overensstemmelse med praksis skal der derfor anlægges en lempeligere

<sup>238</sup> Se eksempelvis dom af 17. september 2007 i sagen T-201/04, Microsoft mod Kommission, pkt. 326 og 332.

<sup>239</sup> Rettens dom af 9. september 2009 i sagen T-301/04 om Clearstream Banking AG, pkt. 148.

<sup>240</sup> Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, præmis 25.

<sup>241</sup> Jf. Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, Telemarketing, præmis 27.

vurdering, da der ved afbrydelse af levering til eksisterende kunder ikke stilles de samme strenge krav til, at adfærden skal udelukke enhver effektiv konkurrence på markedet for at udgøre et misbrug, men at det er tilstrækkeligt, at adfærden ekskluderer en væsentlig konkurrent. I tråd hermed fremgår det endvidere af Kommissionens artikel 102-meddelelse, at et eksisterende samhandelsforhold skal tillægges vægt ved vurderingen af en leveringsnægtelse, og at det vil være op til den dominerende virksomhed at påvise, at det forholder sig anderledes.<sup>242</sup>

702 Det følger således af praksis og af retningslinjerne fra Kommissionen, at det skal vurderes,

- 1) om konsortiets levering af reservedele til DSB påfører et effektivt konkurrencepres, og
- 2) om leveringsnægtelsen udelukker den effektive konkurrence fra alle andre relevante aktører.

703 I den samlede vurdering heraf skal det desuden inddrages, at der er tale om en afbrydelse af leverancer, hvorfor der skal anlægges en lempeligere vurdering.

#### **4.6.5.1 Kan konsortiet konkurrere effektivt med Deutz?**

704 Ved DSBs udbud af service- og vedligeholdelsesopgaver i forbindelse med selskabets renovering af IC3-togenes dieselmotorer afholdtes der indledningsvist et EU udbud, hvor 7 virksomheder registrerede sig i prækvalifikationsfasen som mulige bydere.<sup>243</sup> Som det fremgår af sagsfremstillingen, afsnit 3.5.1, punkt 171, udsendte Deutz i forbindelse med udbuddet en opfordring til flere af sine samhandelspartnere om ikke at byde. DSB modtog da også kun et enkelt bud på levering, et bud som var uantageligt, da prisen lå mere end 200 pct. over den forventede kontraktsum. DMN har efterfølgende dokumenteret, at de også afgav et bud.<sup>244</sup>

705 DSB gik herefter i individuelle forhandlinger om tre mulige løsningsmodeller:

- 1) Komponenter leveret af DMN (den skandinaviske Deutzforhandler) og egen udførelse af DSBs eget komponentværksted.
- 2) Komponenter leveret af et konsortium af leverandører bestående af Fleco (klager), [VIRKSOMHED 1, 2 og 3]. Egen udførelse af DSBs eget komponentværksted.
- 3) Renovering af motor (komponenter og udførelse) leveret af DMN.

706 Fleco var således, sammen med de andre virksomheder i konsortiet, i direkte konkurrence med Deutz og dennes forhandler i Danmark, DMN, ved denne udbudsrunde. Forhandlingerne endte med, at DSB antog konsortiets, og herunder Flecós, tilbud om levering og skrev individuelle kontrakter med disse virksomheder.

<sup>242</sup> Se gennemgangen af praksis og Kommissionens 102-meddelelse ovenfor i afsnittene 4.6.1 og 4.6.2.

<sup>243</sup> Bilag 13, DSBs notat om udbudsprocessen af 4. november 2010, inkl. bilag.

<sup>244</sup> Bilag 72, høringsvar af 7. september 2012 fra DMN.

707 Det fremgår af sagsfremstillingen, at DSB indgik i individuelle forhandlinger om levering til deres renoveringsopgave, med henblik på at få den bedst mulige aftale med en eller flere leverandører.

708 Under forhandlingerne med konsortiet sendte DSB således en kit-liste indeholdende en liste over en del af de komponenter, der skulle indgå i renoveringen til Fleco. De unikke Deutz komponenter var inkluderet på Flecós kit-liste. På samme måde modtog de øvrige virksomheder i konsortiet en kit-liste fra DSB med en anmodning om tilbud på levering.

709 I perioden fra den 11. maj 2010, hvor DSB og Fleco indledte forhandlinger, og frem til den 14. juli 2010, hvor DSB og Fleco underskrev kontrakt, forhandlede Fleco med forskellige udenlandske leverandører om leverancer af reservedele. Efter forudgående drøftelser og i forventning om tilsagn fremsendte Fleco tilbud til DSB på de reservedele, som de kunne skaffe. En af de udenlandske leverandører var den nederlandske Deutz forhandler Equipco.

710 Fleco har oplyst, at Equipco afgav tilbud til Fleco på de sidste reservedele på kitlisten, hvormed Fleco blev i stand til at underskrive kontrakt med DSB. Fleco har endvidere oplyst, at Equipcos tilbud til Fleco om levering af disse dele kom i stand på Flecós foranledning og initiativ. Baggrunden for forhandlingerne, som ledte til et tilbud på levering af reservedele fra Equipco til Fleco, var en uopfordret telefonisk henvendelse den 5. juli 2010 fra Fleco til Equipco.

711 Det fremgår også af sagsfremstillingen under punkt 189, at DSB korresponderede med andre mulige leverandører i perioden, herunder Deutz og DMN. DSB havde blandt andet et forhandlingsmøde med Deutz den 25. maj 2010.

712 Af en e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN fra den 15. juni 2010 fremgår det endvidere, at DMN i deres forhandlinger med DSB arbejder for exchange-løsningen (en gennemgribende renovering af de gamle motor/bytning med renoverede brugte motorer) og involvering af Deutz' service center i Übersee, hvor Deutz' mekanikere skulle være taget en del af renoveringen.<sup>245</sup>

713 DSB valgte i henhold til de opsatte evalueringskriterier for udbuddet, at reservedelene skulle leveres af konsortiet bestående af flere leverandører, mens DSB selv skulle forestå renoveringen af IC3-togenes dieselmotorer. Tilbudsgiverne blev informeret herom kort efter tilbudsbeslutningen.

714 Fleco underskrev kontrakten med DSB den 14. juli 2010. Den 28. juli 2010 placerede DSB desuden en yderligere ordre hos Fleco med anmodning om at føje indholdet til Flecós kit-liste. Flecós ordre til DSB, som løb frem til medio 2012, har efter det oplyste en værdi af mindst DKK [XX]. Den samlede kontraktsum for de fire konsortiedeltagere var på [XX] DKK.

715 Da et konsortium er den struktur, der er valgt med henblik på at vinde kontrakten med DSB i konkurrence med andre aktører på markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer, må den relevante vurdering af, hvorvidt der kan konkurreres effektivt med Deutz, ligeledes foretages med fokus på konsortiet som helhed.

---

<sup>245</sup> Bilag 30, e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.

716 DSB indgik i forhandlinger med virksomhederne i konsortiet, som kom med flere tilbud i konkurrence med andre virksomheder i den omhandlede periode. DSB endte desuden med at indgå aftale med konsortiet og herunder Fleco, hvilket bekræfter, at konsortiet var i stand til at konkurrere med Deutz om kontrakten med DSB. På den baggrund vurderes konsortiet og herunder Fleco at være i stand til at konkurrere effektivt med Deutz og dennes forhandlere på markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer.

717 I tillæg hertil skal det endvidere inddrages i vurderingen, at der ikke er tale om en leveringsnægtelse overfor en potentiel kunde, men om afbrydelse af leverancer. Der skal derfor i henhold til praksis og til Kommissionens artikel 102-meddelelse anlægges en lempeligere vurdering, såvel som der skabes en formodning for et misbrug.<sup>246</sup>

718 Som det fremgår af punkt 699 ovenfor, følger det endvidere af praksis, at det er tilstrækkeligt, at konsortiet kan konkurrere effektivt med Deutz og dermed at der ved ekskludering af konsortiet og herunder Fleco er tale om en ekskludering af en væsentlig konkurrent, da der er tale om afbrydelse af leverancer.

719 Det kan således allerede på det grundlag konkluderes, at leveringsnægtelsen udelukker den effektive konkurrence. For god ordens skyld undersøges det nedenfor, i hvilket omfang andre aktører kan konkurrere effektivt med Deutz.

#### **4.6.5.2 Udelukker leveringsnægtelsen den effektive konkurrence fra andre aktører?**

720 I april 2010 afholdt DSB som omtalt tidligere under punkt 165 et EU-udbud på renovering af motorerne i selskabets IC3-tog. En række virksomheder havde prækvalificeret sig til at byde på denne opgave, men der kom kun et enkelt bud. Dette bud var ifølge DSB uantageligt, da prisen lå mere end 200 pct. over den forventede kontraktsum. DMN har efterfølgende dokumenteret, at de også afgav et bud.<sup>247</sup> Som beskrevet i afsnittet umiddelbart ovenfor gik DSB herefter i individuelle forhandlinger, hvor de indgik aftaler med virksomhederne i konsortiet, som efter det oplyste stemte bedre med DSBs forventninger til kontraktsummen. Tilbuddet, som blev afgivet ved DSBs oprindelige udbud, vurderes på den baggrund ikke at være et udtryk for en effektiv konkurrence fra en anden aktør på markedet.

721 Til trods for at opgaven på at renovere motorerne i DSBs IC3-tog var i EU-udbud, hvilket som udgangspunkt må forventes at eksponere en opgave bredt, var der udover det ene bud ikke tegn på, at andre aktører end Deutz og den skandinaviske Deutz leverandør DMN var i stand til at konkurrere effektivt på levering af reservedele på markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer. Øvrige prækvalificerede virksomheder bød således ikke på opgaven.

722 Flecøs forsøg på at få leveret reservedele fra alternative kanaler viser desuden,

---

<sup>246</sup> Kommissionens 102- meddelelse, pkt. 84 sammenholdt med pkt. 78 og Domstolens dom af 26. november 1998 i sag C-7/97, Bronner-sagen, punkt 43 i Generaladvokatens forslag til afgørelse, Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, præmis 25, Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, CBEM (Télémarketing), præmis 27 og Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag nr. 27/78, United Brands, præmis 182. Se også afsnit 4.6.1.2 ovenfor.

<sup>247</sup> Bilag 72, høringssvar af 7. september 2012 fra DMN.

at efter at Deutz besluttede at nægte levering af unikke Deutz reservedele til konsortiet og lukke for al levering af unikke reservedele udenom DMN, er der ikke andre virksomheder, som er i stand til at levere disse reservedele.

723 Det fremgår således af eksempler oplyst i afsnit 4.6.4.1, at Flecos forsøg på at få leveret via en alternativ leverandør ikke er muligt. Det fremgår blandt andet, at Fleco tog kontakt til [VIRKSOMHED Y] og forsøgte at købe reservedele herigenem. Efter en korrespondance, som startede i december 2010, bekræfter [VIRKSOMHED Y] endeligt den 21. juli 2011, at de ikke kan levere:

*"Dear [NAVN]  
I am sorry that we cannot supply,  
Now the DEUTZ Germany is very serious for this issue.  
I am afraid will also bring the trouble for you if buy from us.  
Pls Confirm. [...]"*

724 [VIRKSOMHED Y] bekræfter således, at de ikke kan levere, og at årsagen hertil er Deutz i Tyskland, som er meget seriøs omkring dette emne.

725 På den baggrund vurderes det, at andre markedsaktører heller ikke kan konkurrere effektivt på markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer.

#### **4.6.5.3 Samlet vurdering af nægtelsens udelukkelse af den effektive konkurrence**

726 På baggrund af ovenstående vurderes det samlet set, at leveringsnægtelsen er egnet til at udelukke enhver mulighed for at konkurrere effektivt med Deutz på det beslægtede marked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer, og at der derved skabes fare eller sandsynlighed for en udelukkelse af enhver effektiv konkurrence. Der lægges herved vægt på, at konsortiet er i stand til at påføre et effektivt konkurrencepres på markedet for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer, at leveringsnægtelsen tillige udelukker den effektive konkurrence fra alle andre relevante aktører, at Deutz og DMN forventer, at dele af renoveringsopgaven overgår til dem selv, samt at det eksisterende samhandelsforhold er en skærpende omstændighed og skaber en formodning for en udelukkelsesstrategi, som ligeledes bekræftes af sagens oplysninger.

#### **4.6.6 Der kan skelnes mellem to markeder**

727 Det er i henhold til praksis en betingelse for at pålægge en virksomhed at levere en vare eller en tjenesteydelse, at der kan skelnes mellem to markeder<sup>248</sup>: Et forudgående marked, der består af den pågældende vare, og hvorpå den virksomhed, der har nægtet at give adgang, indtager en dominerende stilling; og et beslægtet marked, hvorpå adgang til den pågældende vare er nødvendig for fremstilling af et andet produkt eller til levering af en anden vare eller tjenesteydelse. Det fremgår således af IMS Health-sagen, at:

*"Domstolen i alle de sager, hvor den har fastslået, at nægtelsen af at levere eller stille visse (materielle eller immaterielle) varer eller tjenesteydelser til rådighed kunne ud-*

<sup>248</sup> Denne sondring fremgår allerede af Kommissionens afgørelse af 21. december 1993 om Sea Containers mod Stena Link i sag nr. 94/19, pkt. 66-69, og er senest bekræftet i Rettens afgørelse af 17. september 2007 i sag T-201/04 om Microsoft Corp., pkt. 332-336 og 871.

*gøre et misbrug af dominerende stilling, har konstateret, at der findes et (forudliggende) marked for sådanne varer eller tjenesteydelser og et afledt (efterfølgende) marked.*<sup>249</sup>

728 I denne sag kan der afgrænses to relevante markeder. Det forudgående produktmarked er afgrænset som markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motorer. Det relevante, beslægtede produktmarked er afgrænset til reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer. Den geografiske markedsafgrænsning kan i denne sag under ét som udgangspunkt afgrænses til EEA området. Det kan dog ikke udelukkes, at det geografiske område kan afgrænses bredere til muligvis at omfatte hele verden. Det vurderes dog at være uden betydning for sagen, da der – uanset om markedet afgrænses snævert eller bredt – ikke vil være aktører, der kan producere de nødvendige reservedele og derfor ikke vil være i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz. Markedsafgrænsningen er nærmere beskrevet i afsnit 4.1.

729 Betingelsen om, at der skal kunne skelnes mellem to markeder, et forudgående og et beslægtet marked, er derfor opfyldt.

730 Det skal herefter vurderes, om Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandler-netværket var begrundet i objektive omstændigheder, jf. nedenfor. Hvis det er tilfældet, vil Deutz' adfærd ikke udgøre et misbrug af dominerende stilling.

#### **4.6.7 Nægtelsen er ikke objektivt begrundet**

731 I det følgende vurderes, om Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket kan begrundes objektivt. Deutz har bevisbyrden for, at leveringsnægtelsen er begrundet objektivt.

732 Deutz har gjort gældende, at der på tidspunktet for hændelsesforløbet var store generelle problemer angående levering af reservedele, at Deutz selv havde væsentlige vanskeligheder med at få leveret til tiden fra sine leverandører, og at Deutz ikke var i stand til at levere til egne forhandlere indenfor rimelige tidsfrister.<sup>250</sup>

733 Sagens materiale viser imidlertid, at dette ikke er årsagen til at Deutz nægter, at levere til Fleco.

734 Det fremgår sammenfattende af sagens oplysninger, at Deutz indledningsvist var positivt indstillet overfor levering af reservedele til opgaven i det hele taget. Først indgik Deutz således aktivt i forhandlingerne om DMNs levering til DSB, og pressede i den forbindelse på for at udvide opgaven og få DSB til at købe andet og mere end DSB var interesseret i. Da det ikke lykkedes og DSB i stedet valgte at indgå aftale med konsortiet og ikke DMN, var Deutz indledningsvist positiv overfor Equipcos levering af reservedele til Flecos del af opgaven. Deutz gav derfor Equipco en godkendelse. Herefter ændrede Deutz holdning og ville i stedet gennemføre en strategi om at lukke alle leveringskanaler med henblik på at tvinge DSBs ordre tilbage til DMN. Dette er beskrevet nærmere under afsnittet om objektiv begrundelse angående misbrug af dominerende stilling ved hindring af paral-

<sup>249</sup> Forslag til afgørelse fremsat den 2. oktober 2003 i sag C-418/08, punkt 55 og dom af 29. april 2004 i sag nr. C-418/01, IMS Health, pkt. 42-44.

<sup>250</sup> Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012, s. 12.



lelhandel, jf. afsnit 4.5.3. Se endvidere punkt 453 afsnit 3.6.3.4, hvor Deutz' hørings-svar er beskrevet og adresseret.

735 Det vurderes på den baggrund, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke kan begrundes i objektive omstændigheder. Der lægges i den forbindelse vægt på, at sagsmaterialet viser, at Deutz under forhandlingerne med DSB selv så sig i stand til at levere et mere omfattende reservedelskit til DMN, og at Deutz også indledningsvist så sig i stand til at levere til Equipco, hvorfor Deutz må have haft de nødvendige reservedele til dette. Dertil lægges der vægt på, at Deutz ikke har dokumenteret, at virksomheden ikke kunne levere til egne forhandlere i perioden, som anført. Der lægges endvidere vægt på, at Deutz ikke nægter at levere som en følge af manglende mulighed for at levere på grund af generelle leveringsproblemer, men bruger leveringsnægtelsen som middel til at forhindre DSB i at finde den bedste og billigste løsning på indkøbet af reservedelskittet, samt at Deutz bruger hindringen af parallelhandel til at beskytte deres eget forhandlernetværk. På den baggrund vurderes det, at Deutz ikke har løftet bevisbyrden for, at leveringsnægtelsen kan begrundes i objektive omstændigheder.

#### **4.6.8 Delkonklusion angående misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse**

736 På baggrund af vurderingen af de almindelige betingelser for leveringsnægtelse umiddelbart ovenfor fremgår det, at leveringsnægtelsen vedrører en vare, unikke Deutz reservedele, som er *nødvendig for* at udføre reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer.

737 Det fremgår også, at nægtelsen kan føre til en udelukkelse af enhver *effektiv konkurrence* på det beslægtede marked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer.

738 Det fremgår endvidere, at der kan skelnes mellem *to markeder*, nemlig markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der ikke kan erhverves via andre end Deutz, hvor Deutz har en dominerende stilling – og det beslægtede marked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer, hvor leveringsnægtelsen har sin virkning.

739 Det fremgår endelig, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke var begrundet i *objektive omstændigheder*.

740 På den baggrund kan det konkluderes, at de fire kumulative betingelser opstillet i praksis for, hvornår en leveringsnægtelse er et misbrug af dominerende stilling, alle er opfyldt i denne sag.

#### **4.6.9 Deutz' bemærkninger til misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse**

741 Deutz angiver, at Fleco aldrig har anmodet Deutz om at sælge reservedele til Fleco, at Deutz aldrig har nægtet at levere reservedele til Fleco, samt at det heller ikke er dokumenteret. Deutz angiver endvidere, at da sagen drejer sig om en indirekte leveringsnægtelse, kræves der exceptionelle omstændigheder, før end adfærd kan udgøre et misbrug.<sup>251</sup>

---

<sup>251</sup> Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 21. september 2012, s. 20 og bilag 81, Deutz' bemærkninger af 14. februar 2013 til udkast til afgørelse.

742 Det bemærkes hertil, at Deutz sælger reservedele gennem sine forhandlere, og at dette er den almindelige forretningsgang - derfor bestiller Fleco ved disse forhandlere, ikke ved Deutz. Sagen drejer sig altså om en leveringsnægtelse, som sker via forhandlernetværket, en indirekte leveringsnægtelse. Sagens oplysninger viser, at Deutz har kontrollen over virksomhederne i forhandlernetværket, da Deutz kontrollerer leverancerne af de produkter, forhandlerne sælger. Det faktum, at leveringsnægtelsen er indirekte eller de nævnte omstændigheder i øvrigt, vurderes ikke efter praksis at medføre et krav om, at særlige omstændigheder skal gøre sig gældende, før end en sådan adfærd kan udgøre et misbrug.

743 Deutz angiver, at det ikke kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling at håndhæve juridiske rettigheder. Fleco kunne få de relevante reservedele leveret fra DMN eller fra Deutz, ingen af de to virksomheder har nægtet at levere til Fleco. DMN var den eneste forhandler, som kunne sælge aktivt til Fleco i henhold til distributionsaftalen. Dette er i overensstemmelse med gældende ret og det kan ikke udgøre et misbrug at håndhæve lovlige distributionsaftaler. Deutz angiver endvidere, at det ikke er dokumenteret, at Deutz har eller ville have nægtet at levere til Fleco, eller til en anden forhandler som ville udøve passivt salg til Fleco. I det omfang Deutz har nægtet at levere reservedele, er det i øvrigt ikke dokumenteret, at dette skyldtes, at det ikke var muligt for Deutz at levere på grund af ordrens deadlines og størrelse.<sup>252</sup>

744 Det bemærkes hertil, at det i denne sag var Fleco, som tog kontakt til Equipco med henblik på at indgå en aftale om levering af reservedele. Der er således konkret tale om en hindring af passivt salg, hvorfor Deutz' adfærd ikke kan anskues som en lovlig håndhævelse af en eksklusiv distributionsaftale. Se nærmere aftalen mellem Equipco og Fleco i punkt 3.5.1. Deutz sælger reservedele gennem sine forhandlere og dette er den almindelige forretningsgang. Fleco bestilte derfor ved forhandlerne, og det er ligeledes gennem forhandlernetværket, at Deutz har gennemført en ulovlig leveringsnægtelse. DMN og Fleco var i direkte konkurrence om at blive leverandør til DSBs renoveringsopgave, og derfor kontaktede Fleco ikke indledningsvist DMN, men Equipco, for at opnå den bedst mulige leveringsaftale, uden at kompromittere egne forhandlinger, som på det tidspunkt var ukendte for DMN. DMN har herefter aftalt med Deutz, at al levering af Deutz reservedele til Fleco skulle stoppes, og at handlen med DSB skulle kanaliseres over til DMN. DMN ville således ikke levere reservedele til Fleco. DMN ville undgå levering til Fleco med henblik på selv at blive leverandør.

745 Den 7. oktober 2010 anmodede Fleco endvidere DMN om levering af en enkelt reservedel og DMN kom også med et tilbud og en pris.<sup>253</sup> DMN har oplyst og dokumenteret, at DMN tilbød Fleco at levere denne ordre med en leveringstid på 3 måneder.<sup>254</sup> Sagens materiale viser, at DMNs intention omkring håndteringen af Flecøs bestilling netop var, at Fleco ikke kunne købe reservedelene andetsteds, og dermed ikke ville være i stand til at levere rettidigt til DSB. Det fremgår således af en e-mail af 11. oktober 2010 sendt fra DMNs ejer til selskabets direktør angående Flecøs bestilling:

---

<sup>252</sup> Ibidem, s. 21.

<sup>253</sup> Bilag 39, e-mail af 7. oktober 2010, Fleco til DMN, bilag 61, e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco og bilag 62, e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco.

<sup>254</sup> Bilag 72, Høringssvar fra DMN.

*"Mitt förslag är att få tyskarna att lägga dessa på ett LLI (long lead item = preliminär uppbokning för projekt) vilket betyder att alla är uppbokade, Vi offererar Fleco med deras pris och 3 mån leveranstid.*

*Om allt fungerar ska inte Fleco kunna köpa delarna någon annanstans och DSB borde bli hysteriska. Vi avvaktar lugnt och hoppas att DSB hör av sig. Rimligtvis kommer dom att meddela oss att det är panik och vi säger att vi ska göra allt för att få till en snabb leverans (vilket vi givetvis lyckas med)."<sup>255</sup>*

746 Det fremgår heraf, at håndteringen af Flecós bestilling skal ske på den måde, at Deutz anmodes om at reservedelene blokeres på Deutz' bestillingssystem. Herefter tilbyder DMN en 3 måneders leveringstid til Fleco. Det fremgår endvidere, at hvis alt fungerer vel, kan Fleco ikke købe reservedelene andetsteds, DSB bliver hysterisk og henvender sig til DMN i panik. Hvis det sker, vil DMN gøre alt for at sikre en hurtig levering, hvilket DMN givetvis vil lykkes med.

747 Sagens oplysninger viser, at Deutz ikke nægtede at levere til Fleco gennem forhandlernetværket som en følge af deadlines eller ordrens størrelse, men for at kanalisere handlen med DSB over til DMN i stedet. Deutz tilbyder således heller ikke at levere en mindre mængde eller med nogle andre leveringstider til Fleco, men forbyder Equipco helt at levere og blokerer køb af de relevante reservedele i deres system.

748 Deutz angiver, at denne sag ikke er sammenlignelig med traditionelle leveringsnægtelsessager, da Fleco alene "gensælger" reservedele uden, selv at tilføre produktet værdi, producere et andet produkt eller udbyde en anden service, og at en sådan sag alene kan være en overtrædelse af konkurrencereglerne under exceptionelle omstændigheder, da der ikke er en konkurrencebegrænsende effekt. Deutz anfører desuden:

*"Competition law serves to protect competition; not to protect competitors and certainly not to protect a company that merely wants to enter the market without making any investments or contributes of its own but only to cannibalise on the investments of other companies, namely Deutz AG and its distributions network [...]"<sup>256</sup>*

749 For så vidt angår kravet om at tilføre produktet værdi eller producere et andet produkt henviser Deutz til Microsoft-sagen og følgende citat:

*"Finally, it is appropriate to add that, in order that a refusal to give access to a product or service indispensable to the exercise of a particular activity may be considered abusive, it is necessary to distinguish two markets, namely [...] and a neighbouring market on which the product or service is used in the manufacture of another product or for the supply of another service."<sup>257</sup>*

750 Deutz henviser endvidere til Kommissionen i OECDs policy roundtables om "The Essential Facility Concept" fra 1996<sup>258</sup>, samt litteraturen, herunder John Temple Lang i *The Principles of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner*:

<sup>255</sup> Bilag 80, e-mail af 11. oktober 2010, DMN internt.

<sup>256</sup> Ibidem s. 22.

<sup>257</sup> Ibidem s. 22.

<sup>258</sup> OECDs policy roundtables, The Essential Facility Concept, 1996, s. 98.

*"[A] condition of the essential facilities principle is that the downstream activities must constitute a real market involving added value service: if it is merely distribution or resale of products produced upstream, there is not enough competition to protect [...]"<sup>259</sup>*

751 Deutz henviser også til Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer og følgende:

*"Der kan på den baggrund argumenteres for, at der efter fællesskabsretten ikke er grundlag for- eller i hvert fald skal helt særlige forhold til for - at pålægge en dominerende virksomhed leveringspligt uden for de tilfælde, hvor den dominerende virksomheds vare eller tjenesteydelser anvendes til fremstilling af en anden vare eller til levering af en anden tjenesteydelse. Sådanne helt særlige tilfælde kan med henvisning til United Brand-sagen og Boosey & Hawkes-sagen fx være, hvor en leveringsnægtelse synes motiveret i den dominerende virksomheds ønske om at forbeholde sig up-stream markedet ved at skade sine aktuelle eller potentielle konkurrenter på dette marked, eller hvor leveringsnægtelsen medfører, at parallelimporten bliver bremsset [...]"<sup>260</sup>*

752 Det bemærkes, at der i sagen skelnes mellem to markeder, som der gøres i Microsoft-sagen. Der afgrænses et forudgående produktmarked for udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhvervs via Deutz. Der afgrænses endvidere et beslægtet produktmarked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer. Det beslægtede produktmarked, som Fleco og konsortiet agerer på, dækker over en række delydelser, som blandt andet omfatter at source og levere unikke og generiske reservedele til den relevante motor. Udover at levere unikke Deutz reservedele sourcer og leverer Fleco også generiske reservedele, og udfører blandt andet logistisk styring af indkøbsprocessen.<sup>261</sup> DSB har oplyst, at virksomheden har mange slags togmotorer, som består af mange komponenter. DSB har ikke et tilstrækkeligt kendskab til reservedelsmarkederne og kan dermed ikke selv source samtlige reservedele i markedet.<sup>262</sup> Derfor er det nødvendigt for DSB at få leveret fra underleverandører, som har det kendskab til markedet. Fleco gensælger således ikke blot de unikke reservedele uden selv enten at tilføre produktet værdi, at producere et andet produkt eller at udbyde en anden service, som det anføres af Deutz.

753 I øvrigt bemærkes det, at sagens hændelsesforløb viser, at Fleco og konsortiet har været i konkurrence med [VIRKSOMHED] såvel som Deutz forhandlere om levering til DSBs renoveringsopgave. Deutz har anvendt leveringsnægtelsen til at skade deres konkurrenter på markedet for service og vedligehold af Deutz TCD2015 motorer. Der er således ikke tale om en leveringsnægtelse overfor en forhandler, som ikke er i konkurrence med den dominerende virksomhed.

754 Det bemærkes endvidere, at retspraksis vedrørende eksisterende samhandelsforhold vurderes at finde anvendelse. Der henvises i den kontekst til Generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Bronner-sagen, som blev vedtaget af Domstolen,

<sup>259</sup> John Temple Lang, The Principles of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner (2000), 1 Journal of Network Industries, s. 397.

<sup>260</sup> Kirsten Levinsen i Konkurrenceloven med kommentarer, s. 825-826.

<sup>261</sup> Se blandt andet punkterne 123, 480, 505505 og afsnit 4.6.6.

<sup>262</sup> Se sagsfremstillingen, punkt 123.

hvoraf det fremgår, at en dominerende virksomheds afbrydelse af leverancer til en eksisterende kunde udgør et misbrug, og at der i den forbindelse ikke gælder de samme betingelser for, hvornår en leveringsnægtelse udgør et misbrug af dominerende stilling, som der generelt opstilles i Bronnersagen. Af relevant retspraksis for afbrydelse af leverancer, gennemgår Generaladvokat Jacobs' blandt andet sagen om *United Brands, Commercial Solvents-sagen* og *Télémarketing-sagen*. Det er også den retspraksis, som anvendes i denne sag.<sup>263</sup> Der er således tale om en sag, hvor særlige omstændigheder gør sig gældende, dels som en følge af det eksisterende samhandelsforhold, jf. den praksis, som en nævnt umiddelbart ovenfor, men også fordi leveringsnægtelsen i den konkrete sag medfører en ulovlig hindring af parallelhandelen, som udover at fordreje konkurrencen medfører en opdeling i nationale markeder, i strid med traktatmålet om markedsintegration.

755 Deutz angiver, at retspraksis vedrørende leveringsnægtelse til eksisterende kunder, som der redegøres for under afsnit 4.6.1.2, ikke finder anvendelse. Dette begrundes for *det første*, i at Fleco ikke er en eksisterende kunde hos Deutz, og at det ikke er tilstrækkeligt, at Fleco er kunde hos Deutz' forhandlere, som det anføres i klagepunktmeddelelsen. Hvis der var en sådan identifikation mellem Deutz og Deutz' forhandlere, ville det ifølge Deutz automatisk være umuligt at føre en sag om overtrædelse af konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. For det andet angiver Deutz, at det ikke er den relevante praksis, der anvendes, da den anvendte praksis går forud for Bronner-sagen og Microsoft-sagen, hvorfor det er betingelserne i disse sager, der er gældende praksis.

756 Det bemærkes hertil, at Fleco er en eksisterende kunde hos Deutz' forhandlere. Deutz sælger reservedele gennem sine forhandlere og dette er den almindelige forretningsgang – derfor er det eksisterende samhandelsforhold også med forhandlerne og ikke med Deutz. Sagens oplysninger viser, at Deutz kan gennemføre en leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket, da Deutz kontrollerer leverancerne af de produkter, forhandlerne sælger. Forhandlerne er imidlertid selvstændige, ikke-koncernforbundne selskaber, hvorfor de aftaler, de indgår med Deutz, skal være i overensstemmelse med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101.

757 Det bemærkes endvidere, at retspraksis vedrørende leveringsnægtelse i eksisterende samhandelsforhold vurderes at finde anvendelse. Se også punkt 754 ovenfor. Af relevant retspraksis for sager om afbrydelse af leverancer gennemgår Generaladvokat Jacobs' den retspraksis, som anvendes i denne sag.<sup>264</sup>

#### 4.7 VIRKNINGER VED LEVERINGSNÆGTELSEN

758 I det følgende afsnit foretages en yderligere vurdering af Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket udover betingelserne opstillet i praksis. Den yderligere vurdering vedrører virkninger af Deutz' leveringsnægtelse. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at disse vurderinger er hverken en nødvendig eller tilstrækkelig betingelse for at konstatere et misbrug af dominerende stilling.

759 Deutz har nægtet at levere reservedele til Fleco. Det indebærer, at Fleco ikke kan udøve deres aktiviteter på det relevante marked for reparation og vedligehold af TCD2015 motoren. Det indebærer endvidere, at Fleco ikke kan opfylde deres del

<sup>263</sup> Se afsnit 4.6.1.2 og Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. 7/97, Bronner, præmis 43 i forslag til afgørelse fra Generaladvokat Jacobs.

<sup>264</sup> Se afsnit 4.6.1.2 og Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. 7/97, Bronner, præmis 43 i forslag til afgørelse fra Generaladvokat Jacobs.

af en kontrakt, som virksomheden, i et konsortium med tre andre virksomheder, har indgået med DSB om at reovere DSBs IC3-togs motorer. Dermed afskærmes det relevante marked for reparation og vedligehold af TCD 2015 motoren. Deutz' adfærd må således forventes at mindske forbrugernes valgmuligheder.

760 Det følger af fast praksis, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter, at en dominerende virksomhed udviser en:

*"adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse, allerede er begrænset, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence."*<sup>265</sup>

761 En dominerende virksomhed har således en særlig pligt til ikke at lægge hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence. Og det udgør derfor et misbrug af en dominerende stilling, hvis en dominerende virksomhed udøver en adfærd, der er egnet til at skade *den effektive konkurrencestruktur*.

762 Forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i form af ekskluderende adfærd ved leveringsnægtelser er bl.a. begrundet i

*"ønsket om ikke at forvolde forbrugerne skade."*<sup>266</sup>

763 Det fremgår endvidere af Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd, at Kommissionen særligt ved sager om leveringsnægtelse vil prioritere håndhævelse af konkurrencereglerne, hvis en række betingelser er opfyldt. En af disse betingelser er, at nægtelsen vil kunne skade forbrugerne.<sup>267</sup>

764 Det fremgår endelig af Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd, at det er nødvendigt at vurdere, om den dominerende virksomhed

*"... skader den effektive konkurrence ved at afskærme markedet for deres konkurrenter på en konkurrenceskadelig måde og derved påvirker forbrugernes velfærd negativt, hvad enten det sker i form af et højere prisniveau, end der ellers havde været gældende, eller i hvilken som helst anden form, såsom dårlige eller færre valgmuligheder for forbrugerne."*<sup>268</sup>

765 Det skal derfor vurderes, om Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket overfor Fleco er egnet til at skade forbrugerne. Efter Kommissionens definition på forbrugere<sup>269</sup> omfatter dette begreb såvel direkte som indirekte brugere. I forhold til nærværende sag vil forbrugere umiddelbart omfatte:

<sup>265</sup> Jf. EF-Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, pkt. 91.

<sup>266</sup> Jf. Rettens dom af 23. oktober 2003 i sag nr. T-65/98, Van den Bergh Foods, pkt. 157.

<sup>267</sup> Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 81.

<sup>268</sup> Jf. Kommissionens 102-meddelelse, retningslinjer for artikel 82 pkt. 19.

<sup>269</sup> Jf. fodnote 2 til Kommissionens retningslinjer for artikel 82 pkt. 19, hvor "Forbruger" defineres som: "... alle direkte eller indirekte brugere af de produkter, der berøres af den pågældende adfærd, herunder producenter i mellemløbet, der anvender produkterne som input, samt distributører og endelige forbrugere af såvel mellemløbet som de produkter, der udbydes af producenterne i mellemløbet..."

- (i) *Fleco*, der nægtes levering,
- (ii) *DSB*, der ikke kan få renoveret deres TCD 2015 motorer som følge af leveringsnægtelsen, og
- (iii) *DSBs* passagerer, der påvirkes, hvis leveringsnægtelsen har konsekvenser for togdriften eller prisniveau.

766 I overensstemmelse med Kommissionens retningslinjer er det ikke nødvendigt at afklare, hvorvidt eventuelle skadelige virkninger af leveringsnægtelsen udelukkende vil have konsekvenser for *Fleco*, eller om leveringsnægtelsen endvidere vil have skadelige virkninger for *DSB* eller *DSBs* passagerer.

#### 4.7.1 Nægtelsen vil kunne skade forbrugerne

767 *Deutz'* nægtelse af at levere til *Fleco* er et led i en strategi om at flytte *DSBs* indkøb af reservedele over til *Deutz'* skandinaviske forhandler *DMN*. Samtidig er det hensigten, at *DSB* dermed skal tvinges til at vælge den dyrere exchange-løsning fremfor den billigere løsning, hvor der blot udskiftes et antal reservedele. Det fremgår således bl.a. af en intern e-mail fundet hos *DMN*:

*"Yesterday late we re-decided to japadize the Fleco business together with [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. He will assure that Fleco does not get all the part and then the deal will be broken from these local competition companies. [...] So, all is ok and we have to wait some days or weeks... untill Andre [DSBs strategiske indkøber af togdele] will come back to us... to ask for 400 Xchnage engines!! :-)"*<sup>270</sup>. [Egen tilføjelse]

768 *Deutz* forsøger således at styre indkøbsmulighederne på det beslægtede produktmarked, så *DSB* kun har mulighed for at købe de relevante reservedele ét sted. Dette har den konsekvens, at *Deutz* forhandleren kan fastsætte sine priser uafhængigt markedet, da *Deutz* har elimineret alternative leveringsmuligheder. Dette er *DMN* sig også bevidst, hvilket fremgår af en intern e-mail fundet hos *DMN*:

*"Hi team,*

*Like mentioned on the phone [NAVN] & [NAVN].. [...] nobody else try to source the DSB key components.. [...]*

*Lets be relaxed... Fleco & Equipco have ahuge problem now.. [...]*

*Lets keep the price.. and see how the situation develops..[...]"*<sup>271</sup>.

769 Det fremgår heraf, sammenholdt med citatet ovenfor, at *DMN* er bevidst om, at *Deutz* sørger for at, der ikke sker levering til *Equipco* og *Fleco*, og at der ikke er andre, som prøver at skaffe nøglekomponenter til *DSB*. *DMN* vælger derfor at forholde sig i ro og holde den eksisterende pris, da den relevante konkurrence er elimineret.

<sup>270</sup> Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, *DMN*.

<sup>271</sup> Bilag 46, e-mail af 4. august, *DMN* internt.

770 På baggrund af dette vurderes det, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandler-netværket overfor Fleco skaber en situation, hvor prisen på salg af reservedele på downstream-markedet ikke fastsættes ved fri konkurrence, men styres af Deutz som en følge af leveringsnægtelsen.

771 Manglende konkurrence om pris på varer og tjenesteydelser vil alt andet lige være til skade for en køber, som ikke får den bedst mulige pris og dermed er leveringsnægtelsen i sidste ende egnet til at skade forbrugerne.

772 DSB oplyser i den sammenhæng, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandler-netværket overfor Fleco og de øvrige deltagere i konsortiet har haft flere konsekvenser for DSB. For det første er den samlede reoveringsopgave blevet forsinket, fordi reservedelene ikke blev leveret til tiden. For det andet er reoveringen blevet dyrere, fordi DSB måtte bestille visse reservedele hos DMN til en højere pris, end de havde aftalt med Fleco, og fordi de i nogle tilfælde måtte bestille reservedele til andre motorer og selv modificere dem således, at de kunne benyttes i deres motorer. For det tredje har leveringsnægtelsen haft operationelle konsekvenser for DSB. Dette har helt konkret udmøntet sig ved at DSB i reoveringsperioden havde en del motorer, der havarede som følge af, at de ikke blev repareret til tiden.<sup>272</sup>

773 Deutz oplyser, at det er faktisk forkert, at det er Deutz' adfærd, der har medført, at den samlede reoveringsopgave blev forsinket, samt at flere af DSBs tog havarede. Deutz oplyser, at DSB igangsatte reoveringsopgaven for sent i forhold til at få gennemført den samlede reoveringsopgave i tilstrækkelig tid til, at togene kunne undgå haverier.

774 Hertil bemærkes, at uagtet at DSB – efter Deutz' opfattelse – iværksatte reoveringsarbejdet for sent i forhold til IC3-togenes konditioner, så er det et faktum, at reoveringsopgaven blev forsinket i forhold til den plan, DSB havde for reoveringsarbejdet. Planen var udarbejdet på baggrund af en forventning om levering af reservedele fra Fleco og konsortiet. Planen blev forsinket, fordi reservedelene ikke blev leveret som forventet. Dette skyldes, at Deutz iværksatte en leveringsnægtelse.

775 Det kan på den baggrund ikke afvises, at DSB havde undgået haverede tog, såfremt DSB havde haft mulighed for at reovere deres tog i henhold til den plan, de havde lagt. Dette havde været muligt, hvis Fleco og konsortiet havde haft mulighed for at levere reservedelene i overensstemmelse med den kontrakt, de havde indgået med DSB. Fleco og konsortiet havde haft mulighed for at opfylde kontrakten, hvis ikke Deutz havde iværksat en leveringsnægtelse.

#### **4.7.2 Delkonklusion – virkninger af leveringsnægtelsen**

776 Sammenfattende vurderes det, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandler-netværket overfor Fleco har ført til skadelige virkninger overfor forbrugerne. Det vurderes, at leveringsnægtelsen har betydet:

*at* DSBs indkøbsmuligheder på det beslægtede produktmarked blev elimineret,

*at* Deutz og DMN havde mulighed for at fastsætte priser på reservedele uden

<sup>272</sup> Bilag 70, Mødereferat, besøg hos DSB.



hensyntagen til markedet,

- at* den samlede renoveringsopgave blev dyrere end aftalt med Fleco og konsortiet,
- at* den samlede renoveringsopgave blev forsinket i forhold til planen, og
- at* DSB havde flere tog, der haverede i renoveringsperioden, fordi de ikke blev renoveret i henhold til planen.

#### **4.8 KONKURRENCELOVENS § 6 OG TEUFS ARTIKEL 101**

777 Det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen mærkbart, jf. TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6.

778 I denne sag skal det vurderes, om Deutz og Deutz' forhandler i Danmark, DMN, har overtrådt TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6 ved at indgå aftale om, at Deutz skal hindre sine forhandlere og særligt sin forhandler i Nederlandene, Equipco, i at sælge reservedele til Fleco, til brug for renoveringen af DSBs IC3-dieselmotorer.

779 Det skal i det følgende vurderes, om de 4 betingelser i TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, er opfyldt. Der skal således være tale om:

- i. erhvervsvirksomheder, der
- ii. indgår en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller udøver samordnet praksis, som
- iii. har til formål eller følge at begrænse konkurrencen
- iv. mærkbart.

780 Ved vurderingen af, om disse betingelser er opfyldt, er fællesskabspraksis vejledende, uanset om der er tale om en overtrædelse af TEUF artikel 101 eller af konkurrencelovens § 6.

##### **4.8.1 Virksomhedsbegrebet**

781 TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6 omfatter enhver form for erhvervsaktivitet. Begrebet erhvervsvirksomhed skal forstås bredt og således, at enhver økonomisk aktivitet, der foregår på et marked for varer og tjenester, er omfattet af bestemmelserne.<sup>273</sup>

782 Deutz driver virksomhed med produktion, primært af motorer, der anvendes inden for en lang række industrier, herunder landbruget, det maritime erhverv, bilindustrien og togindustrien.

783 Deutz' forhandler i bl.a. Danmark, DMN, driver virksomhed ved at købe eller

---

<sup>273</sup> Jf. forarbejderne til lov nr. 384 af 6. oktober 1997, FT 1996/97, tillæg A, side 3653 og eksempelvis Domstolens dom af 11. juli 2006 i sag C-205/03, Felin, præmis 25.

sælge Deutz motorer og reservedele hertil.

784 Deutz og DMN er derfor omfattet af begrebet erhvervsvirksomhed i konkurrencelovens og TEUFs forstand.

785 Den adfærd, der er genstand for denne sag, har derudover fundet sted mellem selvstændige virksomheder. Adfærd er derfor ikke omfattet af konkurrencelovens § 5, stk. 1, om aftaler inden for samme virksomhed eller koncern.

#### 4.8.2. Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis

##### 4.8.2.1 Aftalebegrebet

786 TEUF artikel 101 og konkurrenceloven § 6 omfatter aftaler, som begrænser konkurrencen. Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb og omfatter både mundtlige, skriftlige, udtrykkelige og stiltiende aftaler samt fx "gentlemens agreements".

787 Afgørende er, om de involverede virksomheder har udtrykt en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Der behøver i denne forbindelse ikke at foreligge sammenfaldende interesser<sup>274</sup>, dvs. begge parter behøver ikke nødvendigvis at opnå en fordel ved aftalen.

788 En ensidig tilkendegivelse fra en leverandør til dennes forhandlere er ikke en aftale i konkurrencelovens forstand, hvis ikke forhandlerne i en eller anden form accepterer tilkendegivelsen.

789 En leverandørs tilsyneladende ensidige tilkendegivelser til sine forhandlere vil dog udgøre en aftale i konkurrencelovens forstand, hvis leverandørens tilkendegivelser mv. enten (i) udgør et led i en helhed af faste forretningsbetingelser, som på forhånd er reguleret ved en generel (forhandler)aftale, således at leverandørens tilkendegivelse reelt er en videreførelse eller efterlevelse af en allerede indgået aftale mellem leverandøren og forhandlerne, eller (ii) leverandørens tilkendegivelser mv. på en anden måde i det mindste stiltiende er accepteret af forhandlerne.<sup>275 276</sup>

790 I begge de nævnte situationer foreligger en samstemmende vilje mellem leverandøren og forhandlerne. I det første tilfælde ligger accepten allerede i underskrivelsen af selve aftalen, idet det antages, at forhandleren dermed også har givet accept til efterfølgende handlinger, der udspringer af det, der er aftalt. I det andet tilfælde vil der foreligge en aftale, hvis det konkret kan påvises, at forhandleren har accepteret aftalen.

791 Der stilles i praksis ikke store krav til bevisets kvantitative omfang. Ét dokument kan være tilstrækkeligt, såfremt det i sig selv med sikkerhed beviser, at der

<sup>274</sup> Jf. eksempelvis C-25/84 og 26/84, Ford mod Kommissionen. Rørkartelsagerne, bl.a. dom af 20. marts 2002 i sag T-9/99, HFB Holding mod Kommissionen, præmis 122, og dom af 6. januar 2004 i forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P Bayer mod Kommissionen præmis 97. Jf. også FT 2004-05 (1. samling), tillæg A, side 1637.

<sup>275</sup> Jf. Domstolens dom af 25. oktober 1983 i sag 107/82, AEG, præmis 38, dom af 17. september 1985 i forenede sager 25 og 26/84, Ford, dom af 24. oktober 1995 i sag C-70/93, Bayerische Motorenwerke AG, præmis 17, dom af 18. september 2003 i sag C-338/00 P, Volkswagen I, jf. Retten i Første Instans' dom af 21. oktober 2003 i sag T-368/00, General Motors Nederland og Opel Nederland, dom af 6. januar 2004 i de forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, Bayer AG og dom af 13. juli 2006 i sag C-74/04, Volkswagen II.

<sup>276</sup> Jf. Volkswagen II, Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 17. november 2005 i sag C- 74/04 P, punkt 47 og 55.

foreligger en overtrædelse, og såfremt beviset har tilstrækkelig bevisværdi<sup>277</sup>. Bevis for aftaler kan foreligge i form af en konkret aftale, mødereferater, mailkorrespondance, interne skrivelser, noter mv.<sup>278</sup>

792 Hvor forhandlerens accept af producentens opfordring til en konkurrencebegrænsende foranstaltning ikke kan udledes af en forhandleraftale eller forholdene omkring indgåelsen af denne, er det nødvendigt på anden vis konkret at påvise, at forhandleren enten udtrykkeligt eller stiltidende har accepteret foranstaltningen.<sup>279</sup>

793 De mest klare eksempler på efterfølgende accept er, at producenten kommunikerer foranstaltningen ud til sine forhandlere, og forhandleren udtrykkeligt accepterer denne. Det er også relevant at se på, om forhandlerne har ændret deres adfærd som følge af producentens opfordring. Det vil være lettere at påvise en (stiltidende) accept, hvis forhandlerne har ændret adfærd i retning af, at de efterlever foranstaltningen.

794 Hvis en foranstaltning er i begge parter interesse, taler meget for, at der foreligger en aftale, forudsat at begge parter har kendskab til den. Er foranstaltningen omvendt ikke i begge parter interesse, skal der mere til for at påvise, at forhandleren har accepteret den.<sup>280</sup>

795 Som det fremgår, er det således nødvendigt på anden vis konkret at påvise, at forhandleren enten udtrykkeligt eller stiltidende har accepteret en konkurrencebegrænsende foranstaltning, hvis forhandlerens accept af leverandørens opfordring til foranstaltningen ikke kan udledes af en forhandleraftale eller forholdene omkring indgåelsen af denne.

796 Forhandlerens udtrykkelige eller stiltidende accept af den foranstaltning, som leverandøren har meldt ud til sine forhandlere, kan fx påvises ved: 1) forhandlerens udtrykkelige accept af foranstaltningen, 2) ændret adfærd fra forhandlerens side (som følge af den udmeldte foranstaltning) og/eller 3) at foranstaltningen er i begge parter interesse.

797 Forhandleraftalen mellem DMN og Deutz indeholder ikke bestemmelser, som dokumenterer aftalen mellem DMN og Deutz om at hindre eller tillade passivt salg og parallelhandel til Danmark. Det er således ikke forhandleraftalen, som indeholder en konkurrencebegrænsning. Aftalen om at hindre passivt salg og parallelhandel fra Deutz-forhandlere og særligt fra den nederlandske forhandler Equipco til Fleco i Danmark er i stedet indgået mundtligt på at møde mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010. Dette vil blive dokumenteret i det følgende.

798 Nedenfor vil det blive vurderet, om Deutz' og DMNs adfærd er i strid med TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6. Fremstillingen bygger på det materia-

<sup>277</sup> T-25/95, Cementeries CBR SA mod Kommissionen, præmis 1838.

<sup>278</sup> Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 212.

<sup>279</sup> Jf. Rettens dom i T-41/96, Bayer AG mod Kommissionen (2000), præmisserne 121-123.

<sup>280</sup> Jf. artiklen "Udviklingen i det konkurrenceretlige aftalebegreb i EF-traktatens artikel 81(1)" v/ Benedikte Havskov Hansen og Christopher Kjølbj Jensen i Ugeskrift for Retsvæsen 2007, side 145-152 og særligt 151, med henvisning til artiklen "Aftalebegrebet i EF-traktatens artikel 81 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler – Om producenters mulighed for at hindre parallelimport inden for Fællesskabet" v/ P.S. Jakobsen og M. Broberg i EU-ret & Menneskeret, nr. 4, 2001, side 157.

le, der er præsenteret i afsnit 3 og gennemgås i samme rækkefølge. Der forekommer derfor en del gentagelser.

#### **4.8.2.2 Aftale om hindring af parallelhandel mellem Deutz og DMN Distributionsaftale mellem Deutz og DMN**

799 DMNs rettigheder og forpligtelser som importør og grossist for Deutz er overordnet fastlagt ved en distributionsaftale, som er underskrevet af parterne den 20. december 2004, med senere ændringer af henholdsvis 11. februar 2008, 16. marts 2010 og 14. september 2010, jf. bilag 8-11.

800 Det fremgår af distributionsaftalen med tilhørende bilag, at DMN har en eksklusiv ret til at forhandle Deutz' produkter til kunder i Danmark.

801 Det fremgår således, at den eksklusive ret for DMN (DISTRIBUTOR) til at forhandle Deutz' produkter i distributionsaftalen er geografisk afgrænset til Danmark. Følgende fremgår af punkt 1.1 i distributionsaftalen, som har overskriften "Subject matter of this Distributor Agreement":

*[Uddrag fra distributionsaftale]*

802 Endvidere fremgår af distributionsaftalens punkt 2.1, at [...INFORMATION OM DISTRIBUTIONSAFTALE]. Følgende fremgår af punkt 2.1 i distributionsaftalen:

*[Uddrag fra distributionsaftale]*

803 [INFORMATION OM DISTRIBUTIONSAFTALE]

#### **4.8.2.3 Deutz' og DMNs konkrete aftale om hindring af parallelhandel**

804 Materialet i sagen indeholder dokumenter, der viser, at Deutz og DMN ved aftale begrænser parallelhandel til Danmark.

805 Som det fremgår af det følgende, viser materiale fra kontrolundersøgelsen, at Deutz og DMN har indgået aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco i Danmark, til brug for renovering og vedligehold af DSBs IC3-motorer. Materialet udgøres af en tidslinje og en række e-mails, hvor spørgsmålet om parallelimport drøftes, og hvor der opnås enighed om fremgangsmåden til at få den standset. Som det fremgår, blev selve aftalen om hindring af parallelhandel indgået på et møde mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010.

#### ***Forløb op til møde den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN***

806 Det fremgår af sagen, at Fleco den 14. juli 2010 underskrev kontrakt med DSB om levering af Deutz-reservedele til brug for renovering af motorene i DSBs IC3-tog, jf. punkt 196. Flecøs tilbud til DSB blev afgivet på grundlag af forudgående forhandlinger med og tilbud fra udenlandske leverandører af Deutz-reservedele, hovedsageligt den nederlandske Deutz-forhandler Equipco.

807 Som det fremgår af punkt 181, har Fleco over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst, at Equipcos tilbud til Fleco om levering af reservedele kom i stand på Flecøs foranledning og initiativ ved en uopfordret telefonisk henvendelse den 5.

juli 2010 fra Fleco til Equipco. Som det fremgår af punkt 182 og herefter, støttes denne oplysning af Equipco, dels i en afhøringsrapport udarbejdet af de nederlandske konkurrencemyndigheder og dels i en redegørelse udarbejdet af Equipco. Equipcos endelige tilbud til Fleco blev afgivet den 16. juli 2010, jf. punkt 187. [OPLYSNING I DISTRIBUTIONSAFTALE UDELDAT].

808 Det fremgår videre, at Deutz og DMN har drøftet, hvordan Deutz kan få standset forsyningerne til Fleco med henblik på videresalg til DSB. Formålet hermed er, at DSB skal give ordren på levering af de omhandlede Deutz-reservedele til brug for renoveringen af dieselmotorerne i DSBs IC3-tog til DMN, i stedet for til Fleco.<sup>281</sup> Af e-mail af 16. juli 2010 fremgår eksempelvis følgende:

”[NAVN] [Senior Vice President hos Deutz] *hat entschieden:*

*Close the door, dry then out, try to push the Business to DMN.*”<sup>282</sup>[Egen tilføjelse]

809 Deutz og DMN besluttede således omkring den 20. juli 2010, at Deutz ville forsøge at tvinge DSB til at handle med DMN for så vidt angår de Deutzreservedele, som DSB havde bestilt hos Fleco, jf. punkt 213.<sup>283</sup>

810 Planen kunne imidlertid kun gennemføres, hvis andre mulige forhandlere/leverandører (end Deutz og DMN) ikke kunne sælge de pågældende reservedele til Fleco/DSB, jf. punkt 213-218. Deutz udarbejdede derfor en liste over strategiske reservedele, som ikke kan rekvireres udenom Deutz. Bestilling af netop disse reservedele kan [kunne] således alene ske ved direkte henvendelse til [NAVN], som er Head of Sales and Key Accounts i Deutz. Deutz kan [kunne] på denne måde sikre sig bedst muligt, at disse reservedele ikke bliver bestilt med henblik på levering til Fleco/DSB.<sup>284 285</sup>

### **Møde den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN**

811 Den 20. juli 2010 blev der afholdt et møde i Köln mellem Deutz og DMN, jf. punkt 210. Det fremgår af en tidslinje,<sup>286</sup> som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos henholdsvis Deutz og Equipco, at der på mødet blev ringet til Equipco, som samme dag tilbagekaldte sit tilbud til Fleco.

### **Forløb efter møde den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN**

812 Af en intern e-mail af 21. juli 2010, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos DMN, jf. punkt 211, fremgår, at Deutz på mødet den 20. juli 2010 forsikrede DMN om, at Fleco ikke får alle de reservedele, Fleco skal bruge for at levere det aftalte til DSB. Af e-mailen, som er afsendt af DMNs After Sales Manager, [NAVN], fremgår:

<sup>281</sup> Se afsnit 3.5.2.

<sup>282</sup> Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

<sup>283</sup> Bilag 33, Tidslinje og bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

<sup>284</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

<sup>285</sup> Bilag 35 og 36, e-mail af 16. juli 2010, Deutz.

<sup>286</sup> Bilag 33, Tidslinje og Bilag 24 Redegørelse fra Equipco til Deutz.

*"Yesterday late we re-decided to japadize<sup>287</sup> the Fleco business together with [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. He will assure that Fleco does not get all the parts and then the deal will be broken from these local competition companies. [...] So, all is ok and we have to wait some days or weeks ... until Andre [DSBs strategiske indkøber af togdele; egen tilføjelse] will come back to us ... to ask for 400 Xchnage engines!! ☺".<sup>288</sup> [Egen understregning]*

813 DMNs egeninteresse i at hindre parallelhandel til Fleco i Danmark er belyst i en intern e-mail af 29. juli 2010, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos DMN:

*"If Deutz will not supply Equipco wit these parts we should be able to pick up the Deutz parts business anyway. The purchsed parts that can be sources from other sources like Bosch or Mahle will be lost anyhow."<sup>289</sup>*

814 Deutz og DMN korresponderer den 4. august 2010 om, hvorvidt blokeringen af leveringskanaler for unikke reservedele er succesfuld under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde" [projekt usynlige kunde]. Deutz rapporterer til DMN, at Deutz ikke mener, at Fleco har fået levering eller anmodet om levering hos Deutz eller nogen af Deutz' forhandlere/leverandører. Der henvises herom i øvrigt til punkt 222 ovenfor.

*"FAZIT: Fleco ist nicht in der Lage grossen Stil teile für Grundüberholungen zu liefern. Das können wir im Moment ausschliessen. Fleco scheint aber zur Zeit auch zu versuchen, die Teile aus anderen Quellen zu bekommen. Fleco hat Equipco mit einer Klage gedroht, sollten sie keine Teile liefern."<sup>290</sup>*

*[FACIT: Fleco er ikke i stand til i stort omfang at kunne levere dele til almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t. Men Fleco synes heller ikke for nuværende at gøre noget forsøg på at skaffe delene fra andre kilder. Fleco har truet Equipco med at indlede retsskridt, såfremt de ikke leverer nogen dele.]<sup>291</sup>*

815 Endelig fremgår det af en intern e-mail korrespondance af 4. august 2010 i DMN, at en eventuel leveringskanal gennem Henkelhausen GmbH i Tyskland er stoppet og følgende konkluderes afslutningsvist af DMNs After Sales Manager, [NAVN], jf. punkt 226:

*"So I think this channel was stopped month ago"<sup>292</sup>*

### **Vurdering**

816 Materialet viser, at der mellem Deutz og DMN er flere gensidige kontakter og en fælles forståelse om at iværksætte tiltag for at forhindre, at Fleco får leveret Deutz-reservedele via Deutz' forhandlernetværk, herunder den nederlandske Deutz-forhandler Equipco.

817 Som det endvidere fremgår af punkt 794, taler meget for, at der foreligger en

<sup>287</sup> Jf. punkt 211 med note 60 om ordet "japadize".

<sup>288</sup> Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

<sup>289</sup> Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

<sup>290</sup> Bilag 46, e-mail af 4. august 2010, DMN internt.

<sup>291</sup> Oversat af autoriseret translator.

<sup>292</sup> Bilag 47, e-mail af 4. august 2010, DMN internt

aftale, hvis en foranstaltning er i begge parter interesse.<sup>293</sup>

818 Det vurderes på denne baggrund, at selve aftalen mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre passivt salg og parallelhandel fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco, er indgået mundtligt på mødet den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN i Köln.

#### 4.8.3 Til formål eller følge at begrænse konkurrencen

819 Dette afsnit behandler spørgsmålet om, hvornår en adfærd har til formål eller følge at begrænse konkurrencen. Afsnittet indledes med en gennemgang af, hvilke overtrædelser, der vurderes at have til formål at begrænse konkurrencen. Dernæst følger en konkret vurdering af, om Deutz aftale med DMN om hindring af parallelhandel har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

820 TEUF artikel 101, stk. 1, litra c), og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, omtaler direkte aftaler mv. om opdeling af markeder eller forsyningskilder som konkurrencebegrænsende aftaler mv., som er i strid med konkurrencereglerne.

821 Skabelsen af ét velfungerende marked i EU forudsætter en relativ ensartethed i konkurrencevilkårene. Konkurrencereglerne skal således medvirke til, at der ikke kunstigt skabes barrierer i handelen mellem medlemsstaterne. En kunstigt skabt opdeling af markeder er i vidt omfang en forudsætning for mulighederne for at begrænse intra-brand konkurrencen som følge af udelukkelsen af parallelhandel med henblik på fx at opnå en højere pris for produkterne i de opdelte markeder<sup>294</sup>. Derfor betragtes alle tiltag, som kan have opdelende virkninger til følge, som udgangspunkt som alvorlige overtrædelser, der har til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor det ikke er nødvendigt at se på aftalens eventuelle virkninger.<sup>295</sup>

822 Opdeling af markeder mindsker kundernes valgmuligheder og medfører højere priser eller lavere produktion. Markeder kan bl.a. opdeles ved hindring af parallelimport eller paralleleksport. Aftaler mv. om hindring af parallelhandel er således konkurrencebegrænsende, jf. TEUF artikel 101, stk. 1, litra c), og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3.

823 Det følger af EU-konkurrenceretten, at markedsdelingsaftaler har til formål at begrænse konkurrencen.

824 Det fremgår således af punkt 23 i Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 101, stk. 3:

*”En ikke-udtømmende vejledning i, hvad der forstås ved konkurrencebegrænsende formål, findes i Kommissionens gruppiefritagelsesforordninger, retningslinjer og meddelelser. Konkurrencebegrænsninger, som er sortlistet i gruppiefritagelsesforordninger, eller som betegnes som alvorlige eller hardcore konkurrencebegrænsninger i*

<sup>293</sup> Jf. artiklen ”Udviklingen i det konkurrenceretlige aftalebegreb i EF-traktatens artikel 81(1)” v/Benedikte Havskov Hansen og Christopher Kjølbj Jensen i Ugeskrift for Retsvæsen 2007, side 145-152 og særligt 151, med henvisning til artiklen ”Aftalebegrebet i EF-traktatens artikel 81 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler – Om producenters mulighed for at hindre parallelimport inden for Fællesskabet” v/P.S. Jakobsen og M. Broberg i EU-ret & Menneskeret, nr. 4, 2001, side 157.

<sup>294</sup> Simon Evers Karlsmose-Hjelmberg i Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, side 252.

<sup>295</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 321, hvori der henvises til dom af 19. maj 1999 i sag T-175/95, BASF Coatings AG mod Kommissionen vedrørende en vertikal aftale om hindring af parallelimport, præmis 133-135 mv.

*retningslinjer og meddelelser, anses normalt af Kommissionen for at have et konkurrencebegrænsende formål. For horisontale aftalers vedkommende omfatter konkurrencebegrænsende formål bl.a. prisaftaler, begrænsning af produktionen og markeds- og kundedeling. For vertikale aftalers vedkommende omfatter konkurrencebegrænsende formål navnlig bindende og mindste videresalgspriser samt absolut områdebeskyttelse, herunder begrænsninger i adgangen til passivt salg.*<sup>296</sup> [Egen understregning]

825 Efter gruppefritagelsens artikel 4, stk. 1, litra b), udgør opdeling af markeder alvorlige begrænsninger, som ikke omfattes af gruppefritagelsen.<sup>297</sup> Af Kommissionens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger, punkt 47, fremgår det, at gruppefritagelsen i artikel 4 indeholder en liste over alvorlige begrænsninger, der indebærer, at hele den vertikale aftale falder uden for gruppefritagelsens anvendelsesområde.<sup>298</sup>

826 Det er tillige fastslået i EU-praksis, at hindring af parallelhandel (hindring af parallelimport og paralleleksport) i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen.<sup>299</sup>

827 I Miller<sup>300</sup> havde leverandøren indgået aftale med forhandleren for Alsace-Lorraine, hvorefter der var forbud mod udførsel af Miller-artikler fra Alsace-Lorraine til andre lande. Domstolen udtalte i den forbindelse:

*"I så henseende må det bemærkes, at en klausul om eksportforbud i sig selv er en konkurrencebegrænsning, uanset om den er optaget på leverandørens eller kundens initiativ, idet det mål, som kontrahenterne er blevet enige om, er et forsøg på at isolere en del af markedet* [Egen understregning];

*Den omstændighed, at leverandøren ikke strengt håndhæver sådanne forbud, er således ikke et bevis på, at de ikke har fået virkning, idet de i sig selv kan skabe et 'optisk og psykologisk' klima, som tilfredsstiller kundekredsen og bidrager til en mere eller mindre effektiv opdeling af markederne;"*<sup>301</sup>

828 I sagen om Herlitz<sup>302</sup> havde leverandøren indgået en aftale med den tyske forhandler om, at forhandleren udelukkende måtte sælge produkterne i Tyskland. Ethvert salg over landegrænsen var forbudt og kun tilladt, såfremt der blev indhentet skriftlig tilladelse fra leverandøren. Retten udtalte<sup>303</sup>:

*"Det bemærkes indledningsvist, at det er ubestridt, at sagsøgeren i 1986 indgik en aftale med Parker, som indeholder en klausul om eksportforbud. Som det fremgår af*

<sup>296</sup> Jf. EU-Tidende nr. C 101 af 27/04/2004, side 97-118 (fodnoter i original udeladt).

<sup>297</sup> Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EFtraktatens artikel 101, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, som også er gennemført ved bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000 som ændret ved bekendtgørelse nr. 482 af 15. juni 2005 og Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010.

<sup>298</sup> Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger 2010/C 130/01. Tilsvarende fremgår af punkt 46 i Kommissionens tidligere meddelelse om retningslinjer for vertikale begrænsninger 2000/C 291/01.

<sup>299</sup> Dom af 1. juli 1994 i sag T-66/92, Herlitz AG mod Kommissionen, og Domstolens dom af 12. juli 1979, BMW Belgium SA m.fl. mod Kommissionen, forende sager 32/78, 36/78 til 82/78. Af nyere praksis kan nævnes GlaxoSmithKline T-168/01 og C-501/06P, C-513/06P.

<sup>300</sup> Dom af 1. juli 1978 i sag 19/77, Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen.

<sup>301</sup> Jf. præmis 7.

<sup>302</sup> Dom af 1. juli 1994 i sag T-66/92, Herlitz AG mod Kommissionen.

<sup>303</sup> Jf. præmis 29.



*fast retspraksis, er "en klausul om eksportforbud i sig selv ... en konkurrencebegrænsning, uanset om den er optaget på leverandørens eller kundens initiativ, idet det mål, som kontrahenterne er blevet enige om, er et forsøg på at isolere en del af markedet"* [Egen understregning]

829 Dansk konkurrenceret fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten. Dansk konkurrenceret er da også på linje med EU-retten for så vidt angår hindring af parallelhandel.<sup>304</sup>

830 Det fremgår således af forarbejderne<sup>305</sup> til konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, at:

*"§ 6, stk. 2, nr. 3, omfatter bl.a. horisontale markedsdelingsaftaler mellem konkurrenter, f.eks. gennem opdeling efter geografiske områder, kvoter eller kundekategorier. Endvidere er vertikale markedsdelingsaftaler, oftest aftaler mellem producenter og distributører, om f.eks. geografisk afgrænsede salgsområder, opdeling af kundekredse mv., forbudt."* [Egen understregning]

831 Endelig er det også i dansk praksis fastslået<sup>306</sup>, at markedsdelingsaftaler har til formål at begrænse konkurrencen, når begrænsningen efter sin karakter og i den givne markeds mæssige sammenhæng objektivt bedømt indeholder potentielle konkurrenceskadelige virkninger. Markedsdelingsaftaler herunder aftaler om hindring af parallelhandel har objektivt set til formål kunstigt at opdele markeder og dermed kunstigt at afgrænse, inden for hvilke områder bestemte virksomheder må udøve deres virke. Markedsdelingsaftaler herunder hindring af parallelhandel griber således direkte ind i det, der ellers gerne skulle resultere i konkurrence mellem virksomheder, og har derfor efter dansk praksis til formål at begrænse konkurrencen.

#### **4.8.3.1 Deutz' og DMNs konkrete aftale til hindring af parallelhandel**

832 Materialet fra kontrolundersøgelsen viser, at der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco i Nederlandene, til Fleco i Danmark. Materialet viser, at der mellem Deutz og DMN er en fælles forståelse om at iværksætte tiltag for at forhindre, at Fleco får leveret Deutzreservedele via andre kilder end DMN, og at Fleco dermed forhindres i at parallelimportere Deutz-reservedele til Danmark.

833 At der mundtligt på mødet den 20. juli 2010 blev indgået en aftale mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre passivt salg og parallelhandel fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco, støttes af den interne e-mail af 21. juli 2010, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos DMN, hvoraf det bl.a. fremgår, at DMN dagen før sammen med Deutz "re-decided to japadize the Fleco business". Som det fremgår af e-mailen, er hensigten med aftalen at "japadize the Fleco business", som Fleco har med DSB, med henblik på, at DSB skal give ordren på levering af de omhandlede reservedele til DMN.

<sup>304</sup> Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 330.

<sup>305</sup> Forarbejderne til konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, jf. lov nr. 384 af 10. juni 1997.

<sup>306</sup> Konkurrencerådets afgørelse af 28. marts 2007 i sagen om Lokalsamarbejdet, pkt. 377, Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007 i sagen om Møns Bank m.fl. mod Konkurrencerådet, pkt. 6.9., samt Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S.

834 Af den tidslinje, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos henholdsvis Deutz og Equipco, fremgår, at der på mødet den 20. juli 2010 blev ringet til Equipco, som samme dag tilbagekaldte sit tilbud til Fleco.

835 Deutz' og DMNs bestræbelser på at hindre parallelhandel fra Deutz' forhandlernetværk til Fleco i Danmark er derudover både før og efter aftaleindgåelsen den 20. juli 2010 kommet til udtryk på flere forskellige måder. *For det første* har Deutz og DMN drøftet, hvordan de kan få standset forsyningerne til Fleco med henblik på videresalg til DSB. *For det andet* har Deutz og DMN internt i virksomhederne gjort sig overvejelser og udstukket interne retningslinjer og instrukser om, hvordan Deutz kan hindre passivt salg og parallelhandel fra sit forhandlernetværk til Fleco i Danmark.

836 Der er således samstemmende vilje mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre parallelhandel fra sit forhandlernetværk til Fleco i Danmark.

837 Der foreligger dermed i forlængelse af DMNs distributionsaftale med Deutz en konkret aftale i konkurrenceretlig forstand mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco i Nederlandene, til Fleco i Danmark, til brug for renovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer. Hensigten med aftalen er at "*japadice the Fleco business*", som Fleco har med DSB, med henblik på, at DSB skal give ordren på levering af de omhandlede reservedele til DMN.

838 Denne aftale mellem Deutz og DMN har til formål at begrænse parallelimport og passivt salg af Deutz-reservedele til Danmark ved at opdele markedet i et nationalt dansk marked. Aftalen har således efter EU-praksis, jf. ovenfor, til formål at begrænse konkurrencen.

839 DMN har anført, at det efter DMNs opfattelse ikke er godtgjort, at der er indgået en aftale mellem DMN og Deutz om, at Deutz skal hindre parallelhandel fra Equipco til Fleco. DMN mener, at formålet med mødet i Köln mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010 er i overensstemmelse med konkurrencereglerne. DMN anfører i den forbindelse, at det ikke på mødet mellem DMN og Deutz blev aftalt, at Deutz skulle meddele Equipco, at Equipco ikke måtte levere til Fleco. Deutz havde allerede fire dage inden mødet meddelt Equipco, at Deutz ikke kunne levere.

840 Ordlyden i den interne e-mail af 21. juli 2010, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos DMN, hvoraf det bl.a. fremgår, at DMN dagen før sammen med Deutz "*re-decided to japadize the Fleco business*", er efter DMNs opfattelse ikke udtryk for, at der på mødet den 20. juli 2010 blev indgået en ulovlig aftale, og e-mailen kan dermed ikke tillægges den bevismæssige betydning, som den bliver tillagt i denne sag.

841 E-mailen, som er afsendt af DMN's [NAVN], må efter DMNs opfattelse forstås som [NAVN]'s fortolkning af, hvad der foregik på DMN's møde med Deutz den 20. juli 2010, fordi han ikke selv deltog i mødet og formentlig alene af Deutz' [NAVN] blev orienteret om resultatet af mødet.

842 Det bemærkes hertil, at det er korrekt, at Deutz allerede den 16. juli 2010, dvs. inden mødet med DMN den 20. juli 2010, kontaktede Equipco og tog initiativ til at blokere de omhandlede reservedele i deres system. Det fremgår, at Deutz

iværksætte leveringsnægtelsen, fordi Deutz så en mulighed for at få DMN – der ellers havde tabt ordren til DSB – ind i billedet igen. Resultatet af mødet med DMN den 20. juli 2010 er imidlertid, at Equipco nægtes at sælge til Fleco. DMN er viden om udfaldet af mødet, jf. ordlyden af den interne email af 21. juli 2010 fra DMN, hvoraf det fremgår, at DMN dagen før sammen med Deutz "re-decided to japadize the Fleco business" ved konkret at hindre Equipco i at sælge reservedele til Fleco. DMN ses ikke at have taget afstand fra, at der blev indgået en aftale om, at Deutz skulle hindre parallelhandel fra sit forhandlernetværk, herunder fra Equipco, til Fleco. Tværtimod blev foranstaltningen efter mødet den 20. juli 2010 fulgt op og overvåget fra Deutz' og DMNs side, fx i form af den interne e-mail af 29. juli 2010, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos DMN, hvoraf det fremgår, at DMN vil få ordren hos DSB, hvis Equipco ikke får de omhandlede reservedele fra Deutz med henblik på videresalg til Fleco.<sup>307</sup> DMN har således efter mødet med Deutz den 20. juli 2010 handlet som om, at der var en aftale om, at Deutz skulle hindre Equipco i at sælge reservedele til Fleco.

843 Hertil kommer, som det fremgår af punkt 219 og fremefter, at Deutz og DMN efter mødet den 20. juli 2010 nøje monitorerede markedet med henblik på at efterleve aftalen om at hindre parallelhandel til Fleco, ligesom Deutz og DMN korresponderer om, hvorvidt blokeringen af (alle øvrige) leveringskanaler for unikke Deutz reservedele er succesfuld.

844 Det vurderes på denne baggrund fortsat, at selve aftalen mellem Deutz og DMN om, at Deutz skulle hindre parallelhandel fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco, blev indgået mundligt på mødet den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN i Köln.

845 Det forhold, at [NAVN], som på daværende tidspunkt var salgsschef i DMN og ansvarlig for handlen med DSB, ikke selv deltog i mødet mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010, men af Deutz' [NAVN] eller af andre, der deltog i mødet, blev orienteret om resultatet af mødet, ændrer ikke ved vurderingen. [NAVN] har derigennem fået opfattelsen af, at der på mødet den 20. juli 2010 blev indgået en aftale mellem mødedeltagerne Deutz og DMN om, at Deutz skulle "japadize til Fleco business", og ingen ses at have taget afstand fra [NAVN]s opfattelse af mødet.

846 DMN har endvidere støttet af Deutz anført, at selv hvis der imidlertid måtte være tilstrækkelig[t] belæg for at fastslå, at der skulle være indgået en aftale på mødet den 20. juni 2010, så har aftalen haft et lovligt formål i at forhindre Equipco i aktivt at sælge Deutz-reservedele til Fleco i strid med DMN's rettigheder i henhold til distributørkontrakten med Deutz. DMN og Deutz mener således, at der er tale om aktivt salg, som ikke er tilladt efter distributørkontrakten og er i overensstemmelse med konkurrencereglerne.

847 DMN anfører i den sammenhæng, at det er uklart, hvem (Equipco eller Fleco) der tog kontakt til hvem. Der er ikke tale om en normal situation, hvor en slutkunde tager kontakt til en forhandler for at få opfyldt et behov. Hertil kommer, at leverancerne har været genstand for offentligt udbud, hvorfor det har været klart for markedet, herunder Equipco, at "der forelå en forretningsmulighed". Alene det forhold, at Equipco har haft viden om forretningsmuligheden, gør, at der ikke kan være tale om passivt salg.

---

<sup>307</sup> Jf. Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

848 Deutz anfører, at det ikke er godtgjort, at der er indgået en konkurrencebe- grænsende aftale mellem Deutz og DMN om hindring af passivt salg. Deutz henviser til sit lovlige distributionssystem med Deutzforhandlere, hvorefter DMN har en eksklusiv ret til at forhandle Deutz' produkter til kunder i Danmark, herunder Fleco. Efter Deutz' opfattelse har Equipco på egen hånd aktivt forsøgt at sælge Deutz reservedele til Fleco, og dermed har Equipco handlet i strid med sine for- pligtelser i henhold til distributionsaftalen og Deutz er forpligtet til at reagere for at opretholde sit eksklusive distributionssystem. Deutz henviser til en række om- stændigheder, der efter Deutz' opfattelse støtter, at det var Equipco, der aktivt hen- vendte sig til Fleco med henblik på aktivt salg, herunder at Equipco ikke skulle ha- ve tilladelse af Deutz til at sælge til Fleco, hvis der havde været tale om passivt salg, og at Equipco leverede til [VIRKSOMHED], som bød på DSBs første udbud, og derfor havde en særlig interesse i at handle med Fleco i forbindelse med det an- det DSB-udbud (hvor konsortiet bestående af blandt andet Fleco fik opgaven).

849 Det bemærkes hertil, at aftaleparterne er Fleco og Equipco, og de er som sådan de eneste parter, der reelt er bekendt med, hvem af dem, der i første omgang uop- fordret rettede henvendelse til hvem om levering af Deutzreservedele. Hverken Deutz eller DMN (eller andre tredjeparter) er i princippet bekendt med, hvem af de to parter (Fleco og Equipco), der uopfordret rettede henvendelse til hvem.

850 Som det fremgår af punkt 181, har Fleco oplyst, at Equipcos tilbud til Fleco om levering af Deutz-reservedele kom i stand på Flecøs foranledning og initiativ ved en uopfordret telefonisk henvendelse den 5. juli 2010 fra Fleco til Equipco. Følgen- de af sagens faktiske omstændigheder taler for, at Flecøs udsagn er korrekt:

- Equipco har til underskrevet afhøringsrapport oplyst, at det var Fleco, som i første omgang rettede henvendelse til Equipco om salg af Deutzreservedele.<sup>308</sup>
- Equipcos egen redegørelse til Deutz, hvoraf det fremgår, at "*Fleco contacted Equipco*" mv.<sup>309</sup>
- Den opfølgende e-mail den 6. juli 2010 fra Fleco til Equipco, hvor Fleco med henvisning til telefonsamtalen samme dag sender en e-mail til Equipco med oplysninger ("*As promised*") om numre på de Deutzreservedele, som indgår i DSB's overhaul renoveringsplaner over en periode på 2 år. Denne opfølgende e-mail tyder ikke på, at Equipco var bekendt med DSBs overhaul renoverings- planer og de reservedele, som indgår heri, før Fleco rettede henvendelse til Equipco herom.<sup>310</sup>

851 Intet i sagen tyder i øvrigt på, at DSB har været i dialog med Equipco om entre- prisen/opdelingen af IC3-renoveringsopgaven ved konsortiet, således at Equipco derved var blevet bekendt med, at Fleco var et af medlemmerne af konsortiet. Det- te er bekræftet af DSBs daværende [strategiske] indkøber [NAVN], der håndterede IC3-renoveringsopgaven for DSB. [NAVN] har oplyst, at han ikke har kendskab til eller hørt om leverandøren Equipco.

<sup>308</sup> Equipcos forklaring til NMa, bekræftet oversættelse fra nederlandsk, bl.a. se 5 og 6.

<sup>309</sup> Jf. bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

<sup>310</sup> Bilag 23, e-mails mellem Equipco og Fleco bl.a. af 12. juli 2010.

852 Endelig taler ingen af sagens faktiske omstændigheder for, at der – som anført af Deutz og DMN – er tale om aktivt salg. Der kan i den forbindelse henvises til den e-mailkorrespondance, som finder sted mellem Deutz og DMN efter mødet den 20. juli 2010, hvor aftalen om at hindre parallelhandel bliver indgået, jf. punkt 210 og frem. E-mailkorrespondancen viser Deutz' og DMNs hensigt med aftalen, og at der åbenbart ikke er tale om håndhævelse af en lovlig distributionsaftale, når Deutz vælger også at blokere de omhandlede reservedele overfor andre Deutz-forhandlere (end Equipco), som fx [VIRKSOMHED] og [VIRKSOMHED]. Blokering i systemet er kun nødvendig, hvis passivt salg skal forhindres.

853 Det vurderes på denne baggrund, at der foreligger passivt salg.

#### 4.8.4 Mærkbar konkurrencebegrænsning

854 Det er en betingelse for at anvende forbuddet i TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, at konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Det vil sige, at en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse skal være egnet til at påvirke konkurrencen på det relevante marked i et vist omfang.

855 Det beror på dels en kvantitativ og dels en kvalitativ vurdering, om en konkurrencebegrænsning er mærkbar. Det kvantitative mærkbarhedskrav afhænger af virksomhedernes omsætning og/eller markedsandele og følger af Kommissionens bagatelmeddelelse<sup>311</sup> og konkurrencelovens § 7. Dette vil blive gennemgået nedenfor i afsnit 4.8.6.

856 Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav og beror på en helhedsvurdering af den omtvistede aftales eller adfærds betydning for konkurrencen – set i den retlige og økonomiske kontekst, hvori den indgår.<sup>312</sup>

857 Mærkbarhedskriteriet er som udgangspunkt ikke opfyldt, hvis konkurrencebegrænsningen kun er rent teoretisk eller abstrakt, eller hvis konkurrencebegrænsningen er helt ubetydelig.

858 Den kvalitative mærkbarhed vil bl.a. afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, det pågældende markeds særlige kendetegn, om samarbejdet har en særlig stilling på en del af markedet, adgangsbarrierer til markedet osv.

859 Den konkrete aftale mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af Deutz reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder den nederlandske forhandler Equipco, til Fleco i Danmark (dvs. konkurrencebegrænsningens art), taler for, at Deutz' og DMNs adfærd er egnet til at begrænse konkurrencen mærkbart.

860 Ovenfor er det vurderet, at Deutz' og DMNs aftale om hindring af parallelhandel og passivt salg har til formål at begrænse konkurrencen og dermed udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning.<sup>313</sup>

<sup>311</sup> Kommissionens meddelelse om aftaler om ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, i Traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07).

<sup>312</sup> Jf. fx Retten i Første Instans' dom af 15. september 1998 i forenede sager T-374/94 m.fl., *European Night Services* m.fl. mod Kommissionen, præmis 136.

<sup>313</sup> Jf. punkt 11 i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning

861 En alvorlig konkurrencebegrænsning vil som nævnt være mere egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart end en mindre grov overtrædelse. Ved alvorlige konkurrencebegrænsninger gælder der således en generel formodning for mærkbarhed. Der henvises i denne forbindelse til, at visse typer af aftaler med alvorlige konkurrencebegrænsninger, herunder aftaler om hindring af parallelimport, udtrykkeligt falder uden for kategorien af aftaler af ringe betydning uanset parternes omsætning (bagatelaftaler).

862 Dansk praksis peger også i retning af, at aftaler, der har til formål at opdele markeder, allerede som følge af aftalens art, er egnede til at begrænse konkurrencen mærkbart.<sup>314</sup>

863 Hertil kommer, at DSBs renovering af IC3-tog blev dyrere som følge af aftalen mellem Deutz og DMN om hindring af parallelhandel, fordi DSB måtte bestille visse reservedele hos DMN til en højere pris, end de havde aftalt med Fleco, og fordi de i nogle tilfælde måtte bestille reservedele til andre motorer og selv modificere dem således, at de kunne benyttes i deres motorer, jf. punkt 772.

864 Det vurderes, at Deutz' og DMNs aftale om hindring af parallelimport er egnet til at begrænse konkurrencen mærkbart, således at aftalen er omfattet af TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, jf. stk. 2, nr. 1. Der lægges herved vægt på, at der er tale om en alvorlig overtrædelse, og at DSBs renovering blev dyrere som følge af overtrædelsen.

#### **4.8.5 Delkonklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 og TEUFs artikel 101**

865 På ovenstående baggrund konkluderes det, at Deutz og DMN har indgået aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport/-handel af Deutz-reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco i Danmark. Det vurderes, at aftalen om hindring af parallelimport/-handel har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart i strid med TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1.

#### **4.8.6 Bagatelgrænsen i Kommissionens bagatelledelse og konkurrencelovens § 7**

866 For at vurdere, om aftalen mellem virksomhederne Deutz og DMN om hindring af parallelhandel udgør overtrædelser af TEUF art. 101 og/eller konkurrencelovens § 6, er det nødvendigt at undersøge, om aftalen er undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af fællesskabsrettens praksis, hvorom Kommissionens bagatelledelse er vejledende, og/eller konkurrencelovens § 7.<sup>315</sup>

##### **4.8.6.1 Kommissionens bagatelledelse**

867 Kommissionens bagatelledelse undtager i punkt 7, litra b, visse konkurrencebegrænsende (vertikale) aftaler, når disse er indgået mellem virksomheder,

---

af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i EF-Traktaten, EFTidende nr. C 368 af 22. december 2001, side 13-15.

<sup>314</sup> Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 367, med henvisning til Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007 i sagen Møns Bank m.fl. mod Konkurrencerådet, pkt. 6.9.

<sup>315</sup> Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til traktatens artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (2001/C 368/07).

hvis markedsandel ikke overstiger 15 pct. på noget relevant marked, der er berørt af aftalen.

868 Det fremgår dog samtidig af bagatelmeddelelsens punkt 11, stk. 2, litra b, at aftaler mellem ikke-konkurrerende virksomheder om begrænsninger af passivt salg udgør en alvorlige konkurrencebegrænsning, der ikke er omfattet af bagatelmeddelelsens anvendelsesområde.

869 På den baggrund vurderes aftalen mellem Deutz og DMN ikke at være undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i medfør af Kommissionens bagatelmeddelelse.

#### **4.8.6.2 Konkurrencelovens § 7**

870 Konkurrencelovens § 7 undtager visse konkurrencebegrænsende aftaler fra forbuddet i § 6, når disse er indgået mellem virksomheder, der har (i) en samlet årlig omsætning på under 1 mia. kr. og en samlet markedsandel for den pågældende vare eller tjenesteydelse på under 10 pct. eller (ii) en samlet årlig omsætning på under 150 mio. kr.

871 I 2009 havde Deutz en omsætning på 863 millioner EUR, svarende til 6,5 milliarder DKK. Omsætningen er i 2010 steget til 1.189 millioner EUR, svarende til 8,9 milliarder DKK. DMN havde en omsætning i Danmark på 11,5 millioner DKK i 2009 og 12,4 millioner DKK i 2010. Allerede på den baggrund fremgår det, at den samlede årlige omsætning for virksomhederne overstiger grænsen på 1 mia. DKK og dermed vil de to virksomheders aftale om begrænsning af passivt salg og hindring af parallelimport af unikke Deutz reservedele fra Equipco i Nederlandene til Fleco i Danmark ikke være omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7.

#### **4.8.7 Er aftalerne omfattet af en fritagelse?**

872 For at vurdere, om aftalen mellem virksomhederne Deutz og DMN om hindring af parallelhandel udgør en overtrædelse af TEUF artikel 101 og/eller konkurrencelovens § 6, er det endvidere nødvendigt at undersøge, om aftalen er omfattet af en dansk eller EU-gruppefritagelse, eller om aftalen kan fritages individuelt efter TEUFs artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1.

##### **4.8.7.1 Gruppefritagelse**

873 Da der er tale om en vertikal aftale, er det relevant at se på, om aftalen er fritaget i medfør af Kommissionens forordning nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i TEUF på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis. Bestemmelserne i den danske gruppefritagelse henviser til EU's forordninger på området, og vurderingen sker derfor ud fra bestemmelserne i Kommissionens forordninger.

874 Gruppefritagelsesforordningen trådte i kraft den 1. juni 2010 og finder kun anvendelse for forhold, der ikke er ophørt inden den 1. juni 2010. Gruppefritagelsesforordningen finder således anvendelse på aftalen mellem Deutz og DMN, hvis eksistens bl.a. er dokumenteret ved en e-mail dateret den 21. juli 2010, se punkt 211.<sup>316</sup>

---

<sup>316</sup> Også bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

875 Efter gruppefritagelsens artikel 2 fritages visse vertikale aftaler fra anvendelsesområdet af TEUFs artikel 101. Af artikel 3, stk. 1, fremgår desuden, at fritagelsen finder anvendelse på betingelse af, at aftaleparternes markedsandel ikke overstiger 30 pct. af det relevante marked, hvorpå henholdsvis leverandøren sælger og køberen køber aftalevarerne eller -tjenesterne.

876 I artikel 4 opregnes imidlertid en række begrænsninger, som på grund af deres karakter vil føre til, at en aftale ikke er fritaget, selvom de relevante markedsandele er mindre end 30 pct. Disse begrænsninger omfatter hindring af parallelhandel herunder begrænsning af passivt salg, jf. artikel 4, litra b.

877 Det følger heraf, at aftalen mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco i Nederlandene, til Fleco i Danmark ikke efter gruppefritagelsen er fritaget fra forbuddet i TEUFs artikel 101, stk. 1, eller forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

#### **4.8.7.2 TEUFs artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1**

878 Det følger af konkurrencelovens § 8, stk. 1, og artikel 101, stk. 3, at der ikke kan gribes ind overfor en konkurrencebegrænsende aftale, samordnet praksis eller vedtagelse, hvis den opfylder de fire betingelser i konkurrencelovens § 8 og artikel 101, stk. 3. De fire betingelser er kumulative, dvs. at de alle skal være opfyldt, for at artikel 101, stk. 1, og § 8, stk. 1, kan finde anvendelse.

879 De fire kumulative betingelser for at erklære TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, uanvendelig på aftaler mv. er efter artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1, at adfærden:

- 1) bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved,
- 3) uden at der pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og
- 4) uden at der gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

880 TEUF artikel 101, stk. 3 og konkurrencelovens § 8, stk. 1, sonderer ikke mellem alvorlige og ikke-alvorlige konkurrencebegrænsninger. I princippet kan alle konkurrencebegrænsende aftaler derfor opnå fritagelse, men det må kræve en særlig underbygget begrundelse, hvis aftaler indeholdende alvorlige konkurrencebegrænsninger skal kunne opfylde betingelserne for individuel fritagelse.<sup>317</sup> Det er således ikke sandsynligt, at alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder betingelserne for fritagelse i TEUF artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1. Alvorlige konkurrencebegrænsninger opfylder normalt ikke de to første betingelser, nemlig om at skabe objektive økonomiske fordele og at være til gavn for forbrugerne.<sup>318</sup> Endvidere opfylder alvorlige overtrædelser normalt heller ikke

<sup>317</sup> Sml. Rettens dom af 27. september 2006 i sag T-168/01, GlaxoSmithKline, præmis 233.

<sup>318</sup> Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 391.



nødvendighedskriteriet.<sup>319</sup>

881 Når der ses bort fra mindre sproglige afvigelser, svarer betingelserne efter TEUF artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1, indholdsmæssigt til hinanden. Ifølge forarbejderne til § 8, stk. 1, skal Konkurrencerådet ved vurderingen af, om betingelserne i konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt også tage hensyn til Kommissionens og fællesskabsdomstolens praksis efter TEUF artikel 101, stk. 3.<sup>320</sup> Det er således de samme hensyn, der skal lægges til grund for en vurdering af, om TEUF artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1, er opfyldt. Det er ikke et krav for at fritage en aftale efter TEUFs artikel 101, stk. 3, eller konkurrencelovens § 8, stk. 1, at aftalen er anmeldt, jf. konkurrencelovens § 8, stk. 2, men det er virksomhederne, der har bevisbyrden for, at de fire kumulative betingelser i artikel 101, stk. 3, og § 8, stk. 1, er opfyldt.<sup>321</sup>

882 Hverken Deutz eller DMN ses at have fremført omstændigheder til støtte for, at de fire kumulative betingelser i TEUF artikel 101, stk. 3, og § 8, stk. 1, er opfyldt.

883 Det følger heraf, at aftalen mellem Deutz og DMN om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg fra sit forhandlernetværk, herunder den nederlandske forhandler Equipco, til Fleco, ikke efter konkurrencelovens § 8, stk. 1, og artikel 101, stk. 3, er fritaget fra forbuddet i artikel 101, stk. 1, eller forbuddet i konkurrencelovens § 6, stk. 1.

#### **4.8.7.3 Samlet konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 og TEUFs artikel 101**

884 Deutz og DMN har indgået aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af Deutz-reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco i Danmark. Det vurderes, at aftalen om hindring af parallelimport/-handel har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart i strid med TEUF artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1.

885 Aftalen mellem Deutz og DMN om at begrænse af passivt salg og hindre parallelhandel opfylder samlet set ikke betingelserne for fritagelse i medfør af den vertikale gruppefritagelsesforordning, TEUFs artikel 101, stk. 3, eller konkurrencelovens § 8.

886 Dette skyldes *for det første*, at begrænsning af passivt salg og hindring af parallelhandel udgør alvorlige overtrædelser, som ikke kan fritages efter gruppefritagelsen, uanset om Deutz og DMNs markedsandele måtte være under 30 pct. på det relevante marked.

887 *For det andet* opfylder aftalen ikke betingelserne for en individuel fritagelse efter TEUF artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1, fordi hverken Deutz eller DMN ses at have fremført omstændigheder til støtte for, at de fire kumulative betingelser for individuel fritagelse er opfyldt

<sup>319</sup> Sml. punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger, EF-Tidende nr. C291 af 13/10/2000 side 1-44 og punkt 47 i Kommissionens nye retningslinjer SEC(2010)411, samt punkt 20 og 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, EUTidende nr. C 101 af 27/04/2004, side 97-118.

<sup>320</sup> FT 1996/1997, tillæg A 3662, h.sp.

<sup>321</sup> Jf. FT 1996-97, tillæg A, side 3662 samt FT 2004/2005, 1.samling, tillæg A 1638, v.sp., og artikel 2, 2. pkt. i Rådet forordning 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82.

## 5 KONKLUSION

888 Deutz AG har misbrugt virksomhedens dominerende stilling på markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der ikke kan erhverves via andre end Deutz, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102.

889 Deutz AG har *for det første* misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102, ved at forhindre virksomhedens samhandelspartnere i andre EU-lande, særligt Equipco B.V. i Nederlandene, i at gennemføre parallelhandel med unikke Deutz reservedele til den danske virksomhed Fleco ApS.

890 Misbruget er konkret sket ved, at Deutz AG har forbudt virksomhedens nederlandske forhandler Equipco B.V. at levere reservedele til Fleco ApS i Danmark.

891 Deutz AG har *for det andet* misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102, ved at nægte at levere unikke Deutz reservedele til Fleco ApS.

892 Misbruget er konkret sket ved, at Deutz AG har forbudt virksomhedens forhandlere at levere reservedele til Fleco ApS, samt blokeret alle virksomhedens kanaler til bestilling af unikke reservedele til koncernen DSBs Deutz TCD2015 motorer.

893 Deutz AGs og Diesel Motor Nordic A/S' aftale om at begrænse parallelhandel og passivt salg fra Nederlandene og ind i Diesel Motor Nordic A/S' område, til Fleco ApS i Danmark, er efter sit formål en ulovlig aftale, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUFs artikel 101, stk. 1.

894 Den ulovlige aftale blev indgået af Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S på et møde i København den 20. juli 2010. Her aftaltes det at standse parallelimporten fra forhandleren i Nederlandene til Fleco ApS i Danmark.

...

## BILAG

Bilag nr.	Titel	Side
1	Oversigt over Flecøs samhandel og køb af Deutz reservedele fra 2003-2010.	...
2	Notat af 24. november 2010 fra Fleco til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.	...
3	Referat fra møde med DSB den 11. november 2011.	...
4	Referat fra telefonsamtale med DSB den 19. april 2012.	...
5	Referat af telefonmøde med [navn på konsortiedeltager udeladt] den 17. april 2012.	...
6	Referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.	...
7	DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.	...

8	Distributionsaftale mellem DMN A/S og Deutz AG.	...
9	Ændring af distributionsaftale mellem DMN og Deutz af 11. februar 2008.	...
10	Ændring af distributionsaftale mellem DMN og Deutz af 16. marts 2010.	...
11	Ændring af distributionsaftale mellem DMN AS og Deutz AG af 14. september 2010.	...
12	Deutz' bemærkninger til udkast til sagsfremstilling af 13. juni 2012.	...
13	DSBs notat om udbudsprocessen af 4. november 2010, inkl. bilag.	...
14	Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DS-Btender af 27. april 2010.	...
15	Forbud mod at betjene DSB udbud af 14. april 2010.	...
16	e-mail korrespondance og flere kontraktudkast mellem DMN og Deutz, 27. april 2010.	...
17	Deutz' støtte til DMNs bud, af 30. april 2010.	...
18	DMNs tilbud til DSB, 30. april 2010.	...
19	e-mail af 11. juni 2010 ang. støtte til betingelser til DSB.	...
20	Udkast til tilbud på DSB udbuddet, 29. april 2010.	...
21	Tilbud til DSB af 3. maj 2010.	...
22	e-mail internt i Equipco af 28. april 2010.	...
23	e-mails mellem Equipco og Fleco bl.a. af 12. juli 2010.	...
24	Redegørelse fra Equipco til Deutz.	...
25	e-mail fra Equipco til Fleco af 13. juli 2010.	...
26	Tilbud fra Equipco til Fleco ink. e-mail streng.	...
27	e-mail af 16. juli 2010 fra Equipco til Fleco og ark over Deutz' lagerbeholdning.	...
28	Invitation til individuelt forhandlingsmøde.	...
29	Plan for møde med DSB den 25. maj 2010.	...
30	e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.	...
31	Powerpoint, DSB status 09.08.2010.	...
32	e-mail fra Fleco af 1. juni 2012.	...
33	Tidslinje.	...
34	e-mail af 26. juli 2010 fra DMN til Deutz.	...
35	e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.	...
36	e-mail af 16. juli 2010, Deutz.	...
37	e-mail af 20. juli 2010, Equipco	...
38	e-mail af 21. juli 2010, DMN.	...
39	e-mail af 7. oktober 2010, Fleco til DMN.	...
40	e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.	...
41	e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt.	...

42	e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt.	...
43	e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.	...
44	e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.	...
45	e-mail af 4. august 2010, DMN til Deutz.	...
46	e-mail af 4. august, DMN internt.	...
47	e-mail af 4. august 2010, DMN internt.	...
48	e-mail af 23. august 2010, Deutz til DMN.	...
49	e-mail af 21. januar 2011, Deutz, frigivelse af spærrede dele.	...
50	e-mail af 15. oktober 2010, Equipco.	...
51	e-mail af 5. januar 2010, DSB.	...
52	e-mail af 25. august 2010, Fleco.	...
53	e-mail af 6. september 2010, Fleco.	...
54	e-mail af 20. september 2010, Fleco.	...
55	e-mail af 14. januar 2011, Deutz.	...
56	e-mail af 7. februar 2011, Deutz.	...
57	e-mail af 18. oktober 2010, Fleco.	...
58	e-mail af 22. oktober 2010, Fleco.	...
59	e-mail af 27. oktober 2010, Fleco.	...
60	e-mail af 10. december 2010, Fleco.	...
61	e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco.	...
62	e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco.	...
63	e-mail af 13. december 2010, Fleco.	...
64	e-mail af 15. oktober 2010, DSB.	...
65	e-mail af 14. oktober 2010, DMN internt.	...
66	e-mail streng bl.a. af 10. november 2010.	...
67	e-mail af 20. oktober 2010, DMN til Deutz.	...
68	e-mail af 21. juni 2011, Fleco.	...
69	e-mail af 22. juli 2010, Equipco.	...
70	Mødereferat besøg hos DSB	...
71	Høringssvar af 21. september 2012 fra Deutz.	...
72	Høringssvar af 7. september 2012 fra DMN.	...
73	Oversættelse af forklaring fra Equipco til NMa	...
74	e-mail af 13. november 2012, Deutz ang. markedstest.	...
75	Referat fra møde med Deutz den 23. oktober 2012.	...
76	Interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.	...
77	Referat fra møde med DSB den 31. okt. 2012	...
78	Svar fra DSB på spørgsmål fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, november 2012.	...
79	Distributionsaftale mellem Deutz og Equipco.	...
80	e-mail af 11. oktober 2010, DMN internt.	...
81	Høringssvar af 14. februar 2013 fra Deutz.	...

82	Høringssvar af 24. januar 2013 fra DMN.	...
----	---	-----

..."

### Konkurrenceankenævnets kendelse

Konkurrencerådets afgørelse blev indbragt for Konkurrenceankenævnet, der i kendelse af 9. december 2013 stadfæstede afgørelsen. Af Konkurrenceankenævnets kendelse fremgår bl.a.:

"...

#### **2. Påstande**

Diesel Motor Nordics A/S (KL-5-2013) har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal ophæves for så vidt angår afgørelsens pkt. 60-62.

Diesel Motor Nordics A/S har subsidiært nedlagt påstand om, at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Deutz AG (KL-6-2013) har principalt nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal ophæves.

Deutz AG har subsidiært nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal ophæves delvist, og at den resterende del af sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Deutz AG har mest subsidiært nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal hjemvises helt eller delvist til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen af 12. juni 2013 skal stadfæstes.

...

#### **6. Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat**

*Konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102*

Det er forbudt for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

Der foreligger en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter virksomheden i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugere.

På baggrund af oplysningerne om efterspørgsels- og udbudssituationen tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der kan afgrænses et primært marked for produktion og udvikling af dieselmotorer og i tilknytning hertil to eftersalgsmarkeder. Efter-

salgsmarkederne udgør separate, men beslægtede produktmarkeder for (1) udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, og (2) reparation og vedligehold af Deutz TCD2015-motoren. Ved vurderingen af, at der er unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, og som ikke i tilstrækkelig grad er substituerbare med andre, udgør de i bl.a. punkt 290 i Konkurrencerådets afgørelse oplyste mails tilstrækkelig dokumentation for, at et sådant separat marked findes, ligesom markedsafgrænsningen efter omstændighederne er tilstrækkelig produktspecifik.

Efter praksis fra EU-domstolen er forbrugerens mulighed for at vælge blandt adskillige eksisterende mærker på det primære marked ikke tilstrækkelig til, at det primære marked og eftersalgsmarkederne kan behandles som et enkelt marked. Det primære marked og efter-salgsmarkederne kan i et tilfælde som dette kun betragtes under et, hvis det er godtgjort, at valget på det primære marked navnlig træffes på grund af konkurrencebetingelserne på det sekundære marked, jf. dom af 15. december 2010 i sag T-427/08 (Ceahr), præmis 105. En sådan henvisning, som Deutz har gjort til en liste over andre leverandører, jf. bilag 71, udgør ikke i sig selv dokumentation for, at der reelt er alternative forsyningskanaler til reservedele, der kun kan erhverves via Deutz. Konkurrenceankenævnet tilslutter sig derfor Konkurrencerådets markedsafgrænsning, herunder at det primære marked og eftersalgsmarkederne ikke kan betragtes som et enkelt marked.

Konkurrenceankenævnet tiltræder med disse bemærkninger, at Deutz indtager en sådan stilling på markedet, at virksomheden i betydelig grad kan handle uafhængigt, og at Deutz derfor indtager en dominerende stilling, jf. Konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

De reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, er nødvendige for at udøve aktiviteten på det beslægtede marked for reparation og vedligeholdelse af TCD2015-motorerne, og reservedelene er ikke substituerbare, da de originale dele må anses for vigtige for den aftager, der er indehaver af dyre motorer, der er centrale for driften. Den manglende levering medførte derfor udelukkelse af den effektive konkurrence på det beslægtede marked. Med disse bemærkninger og på baggrund af sagens omstændigheder i øvrigt, finder Konkurrenceankenævnet, at Deutz ved sin adfærd har anvendt andre midler end i den normale konkurrence i form af hindring af parallelhandel samt leveringsnægtelse, og Deutz har ikke godtgjort, at disse forhold er begrundet i objektive forhold.

Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at Deutz har misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 ved at have forhindret virksomhedens samhandelsparter i andre EU-lande, særligt Equipco i Nederlandene, i at gennemføre parallelhandel med unikke Deutz-reservedele til den danske virksomhed Fleco, og ved at have nægtet at levere unikke reservedele fra sit forhandlernet til Fleco.

*Konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101*

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

På baggrund af de dokumenter, der er fremlagt under sagen, om indholdet af mødet mellem DMN og Deutz den 20. juli 2010 og den efterfølgende mailkorrespon-

dance, tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der foreligger tilstrækkelige beviser for, at erhvervsvirksomhederne Deutz og DMN har udtrykt en sådan fælles forståelse om at iværksætte tiltag for at hindre parallelimport og passivt salg, at der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN, som er omfattet af Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. Konkurrenceankenævnet bemærker, at DMN ikke har godtgjort, at de tog afstand fra hindringen af parallelhandlen og det passive salg, og DMN har handlet som om, at der var indgået en sådan aftale.

En markedsdelingsaftale har til formål at begrænse konkurrencen, når begrænsningen efter sin karakter og i den givne markedsræssige sammenhæng objektivt betragtes indeholder potentielle konkurrenceskadelige virkninger.

Aftalen mellem Deutz og DMN havde som sandsynlig konsekvens, at der i strid med de almindelige konkurrenceretlige principper skete en hindring af parallelhandlen og passivt salg fra Deutz' forhandlere til Fleco, og at markedet derved blev opdelt. Konkurrenceankenævnet tiltræder dermed, at aftalen i sig selv er egnet til at skade konkurrencen, og at aftalen dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

Da aftalen i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen har haft negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge, og det kan ikke afvises, at bestemmelsen allerede efter sit formål vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart.

#### *Formalitetssindsigelse*

Der er ikke på baggrund af det af Deutz anførte grundlag for at antage, at forvaltningsretlige principper – herunder vedrørende sprog og tidsfrister – er tilsidesat. Deutz har efter det oplyste løbende fået aktindsigt i en række dokumenter. De afgørelser, der måtte omhandle begrænsning af aktindsigten, er ikke påklaget. Konkurrenceankenævnet tiltræder på denne baggrund, at de forvaltningsretlige principper ikke er tilsidesat, og at det ikke er godtgjort, at der i øvrigt er sket sagsbehandlingsfejl, som kan have konsekvenser for gyldigheden af Konkurrencerådets afgørelse.

Da de mellem Tyskland og Danmark udvekslede oplysninger er brugt til formål, som er omfattet af artikel 12 i Rådets forordning nr. 1/2003, og da det er oplyst, at de tyske domstole har fastslået, at den i Tyskland gennemførte kontrolundersøgelse var lovlig, er der ikke grundlag for at antage, at indhentelsen af beviserne ikke skulle være lovlig.

#### *Rækkevidden af påbuddene mod Deutz*

Da Deutz ikke har godtgjort, at Deutz på tidspunktet for Konkurrencerådets afgørelse havde efterlevet påbuddene – også i forhold til andre forhandlere i Deutz' netværk – kan påbuddene ikke anses for at overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål. For så vidt angår påbuddet om, at Deutz skal orientere samtlige sine selvstændige forhandlere om overtrædelsen af konkurrencelovgivningen, bemærkes, at påbuddet anses for nødvendigt for at sikre, at der bliver gjort op med eventuelt yderligere foreliggende ugyldige aftaler. Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at påbuddene kan nedlægges, og at de ikke er uproportionale.

**Herefter bestemmes**

Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 stadfæstes.

...”

## Syn og skøn – oprindelig rapport

Skønsmændene Hans-Christoph Pau og Keld Dupont har afgivet to skønsrapporter i sagen. Af skønsrapporten af 20. maj 2019 fremgår bl.a.:

”...

### **1.0 Syn og skønsforretning**

Der er ikke afholdt syn og skønsforretning.

Spørgsmålene er bleven stillet på engelsk. Det er aftalt med advokaterne for sagen, at svarene gives på dansk af skønsmændene.

### **1.1 Sagsøgers syn og skønstema**

#### **1.1.1 Spørgsmål 1:**

...

Spørgsmål 1 oversat til dansk:

Baseret på skønsmandens tekniske indsigt i og kendskab til markederne for salg af dieselmotorer, anmodes skønsmanden, om at beskrive markedet for levering af mellemstore dieselmotorer til industriel anvendelse, der dækker:

- a) Dieselmotormotorer til trækraft og
- b) Dieselmotormotorer til stationær brug.

Skønsmanden anmodes om at forklare, om der teknisk set er udskiftelighed mellem dieselmotormotorer til trækraft og dieselmotormotorer til stationær brug.

#### **Svar på spørgsmål 1:**

Dieselmotormotorer til trækraft anvendes ofte i tog, og er ofte koblet til en generator, som leverer elektricitet til de elektriske trækmotorer (diesel-elektrisk drift). I de danske IC3-tog er man dog, på grund af nye og bedre transmissionsanlæg, gået tilbage til direkte mekanisk fremdrift, uden det elektriske mellemlid. Dieselmotormotorer til trækraft anvendes ofte i lastbiler, varevogne, personbiler samt i skibe.

Dieselmotormotorer til stationær brug anvendes ofte, som drivenhed ved kraftværker (elproduktion), kompressorer og maskiner.

Grundprincipperne og virkemåden i disse to typer motorer er stor set ens, og set fra dette synspunkt, er der udskiftelighed mellem dieselmotormotorer til trækraft og dieselmotormotorer til stationær brug.



En vigtig faktor for om en motor teknisk set er udskiftelig, er dog motorens fysiske udformning (indbygningsmål).

Eks. kan det nævnes, at i de danske IC3-tog, er højden på motoren en afgørende faktor, da motoren ligger under gulvet i toget, hvor højden er begrænset.

Den anvendte Deutz TCD 2015 V06 Railway motor, i de danske IC3-tog, er derfor en speciel udviklet motor med lav indbygningshøjde, og lader sig derfor kun udskifte med en motor, der opfylder den lave indbygningshøjde.

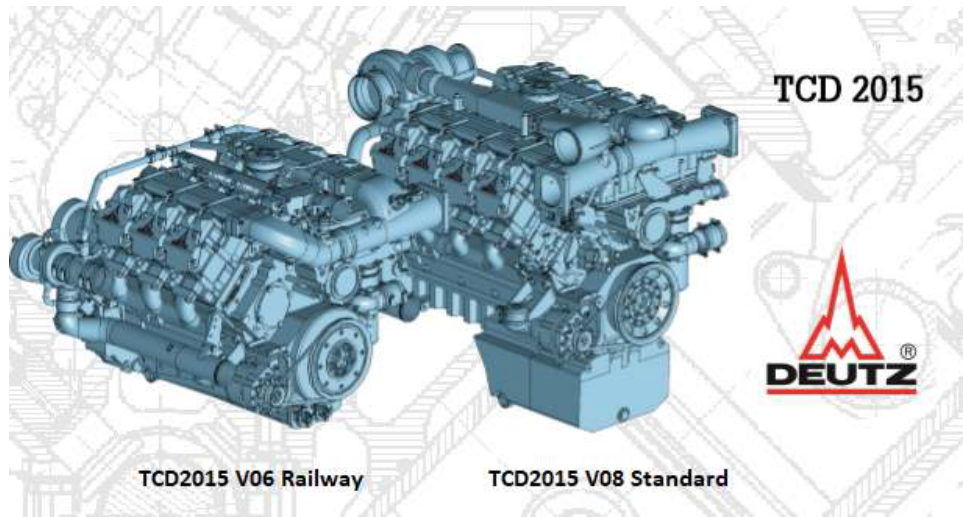
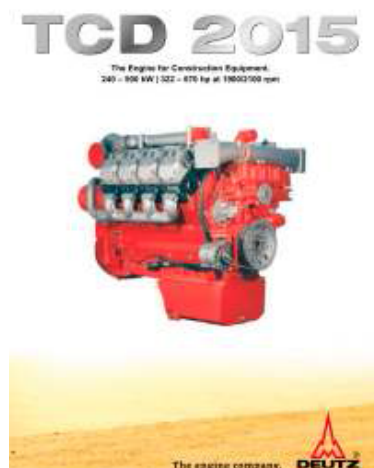


Foto 1: Foto der indikerer højdeforskellen på en Deutz TCD2015 motor til anvendelse i tog, samt en standard motor, der anvendes i eks. lastbiler.

Set ud fra udskiftelighed mht. brændstof til dieselstempletmotorer for trækraft og dieselstempletmotorer til stationær brug, anvendes der ens type dieselolie, som forholdsvis let opbevares i tanke (brændstoftanke), og som kan placeres i køretøjet, hvis dieselstempletmotorer anvendes til trækraft.


Anvendes dieselstempletmotorer til stationær brug, placeres brændstoftanken umiddelbart i nærheden af dieselstempletmotoren.

Dieselmotorer til større skibe, er konstrueret på en lidt anden måde, mht. at udføre service samt reparation og er derfor ikke umiddelbart udskiftelig med andre typer motorer.



Som det fremgår af denne reklamekatalog fra Deutz, bruges denne type motor i forskellige anvendelser. TCD 2015 er ikke den mest brugte motor fra Deutz (leverandør), men bruges bredt.

Motoren er brugt inden for landbrug, minedrift, togdrift, byggemaskiner mv.

 If you own a vehicle or equipment equipped with Deutz engines, then you will definitely need high-quality [Deutz parts](#). Everything you need to service and repair Deutz engines. Consumables and more. Only here you can buy more than **150,000 Deutz spare parts online** as:

**Spare parts for Deutz engines for agricultural equipment** such as: TCD 2.9 L4 (Agri), TCD 2.2 L3 (Agri), TCD 2.9 L4 HP (Agri), TCD 3.6 L4 (Agri), TCD 4.1 L4 (Agri), TCD 6.1 L6 (Agri), TTCD 6.1 L6 (Agri), TTCD 7.8 L6 (Agri), TCD 12.0 V6 (Agri), TCD 16.0 V8 (Agri), D 914 L3 (Agri), D 914 L4 (Agri), D 914 L5 (Agri), D 914 L6 (Agri), TCD 2012 L4 (Agri), TCD 914 L6 (Agri), TCD 2013 L4 2V (Agri), TCD 2012 L6 (Agri), TCD 2013 L6 2V (Agri), TCD 2013 L6 4V (Agri), [TCD 2015](#) V06 (Agri), [TCD 2015](#) V08 (Agri), F 3 L 912 (Agri), F 4 L 912 (Agri), F 5 L 912 (Agri), F 6 L 912 (Agri), BF 6 M 1013 E (Agri), BF 6 M 1013 EC (Agri).

**Parts for Deutz engines for mining and construction equipment** such models as: D 2.2 L3; D 2.9 L4; G 2.2 L3; TD 2.2 L3; G 2.9 L4; TCD 2.9 L4 HT; TD 3.6 L4; TCD 3.6 L4 HT; TCD 2.9 L4; TD 2.9 L4; TCD 2.2 L3; TCD 2.9 L4 HP; TCD 3.6 L4; TCD 3.6 L4 HP; TCD 4.1 L4; TCD 6.1 L6; TCD 7.8 L6; TCD 9.0 L4; TCD 12.0 V6; TCD 12.0 L6; TCD 13.5 L6; TCD 16.0 V8; TCD 18.0 L6; D 2011 L2 I; D 2011 L2; D 2011 L3 I; D 2011 L3; D 914 L3; D 2011 L4 I; D 2011 L4 W; TD 2011 L4 I; D 914 L4; TD 2012 L4; TD 2011 L4 W; D 914 L5; TCD 2011 L4 W; D 914 L6; TCD 2012 L4; TCD 2012 L4; TCD 2013 L4 2V; TCD 914 L6; TCD 2013 L4 2V; TCD 2012 L6; TCD 2013 L6 2V; TCD 2013 L6 4V; [TCD 2015](#) V06; [TCD 2015](#) V08; F 2 L 2011; F 2 M 2011; F 3 L 2011; F 3 M 2011; F 3 L 914; F 4 L 2011; F 4 M 2011; BF 4 L 2011; F 4 L 914; BF 4 M 2011; BF 4 M 2012; F 5 L 914; BF 4 L 914; F 6 L 914; F 6 L 413 FW; BF 4 M 2012 C; BF 4 M 1013 EC; BF 6 L 914; BF 4 M 1013 FC; BF 6 L 914 C; F 8 L 413 FW; BF 6 M 2012 C; F 10 L 413 FW; BF 6 M 1013 EC; F 12 L 413 FW; BF 6 M 1013 FC; BF 6 M 1015 C; BF 6 M 1015 CP; BF 8 M 1015 C; BF 8 M 1015 CP; F 3 L 912; F 4 L 912 / W; F 5 L 912 / W; F 6 L 912 / W.

**Deutz Material Handling engines parts** such models as: D 2.2 L3; D 2.9 L4; G 2.2 L3; TD 2.2 L3; G 2.9 L4; TCD 2.9 L4 HT; TD 3.6 L4; TCD 3.6 L4 HT; TCD 2.9 L4; TD 2.9 L4; TCD 2.2 L3; TCD 2.9 L4 HP; TCD 3.6 L4; TCD 3.6 L4 HP; TCD 4.1 L4; TCD 6.1 L6; D 2011 L2 I; D 2011 L2; D 2011 L3 I; D 2011 L3; D 2011 L4 I; D 2011 L4 W; TD 2011 L4 I; TD 2012 L4; TD 2011 L4 W; TCD 2011 L4 W; TCD 2012 L4; TCD 2012 L4; TCD 2012 L6; F 2 L 2011; F 2 M 2011; F 3 L 2011; F 3 M 2011; F 4 L 2011; F 4 M 2011; BF 4 M 2011; BF 4 M 2012; BF 4 M 2012 C; BF 6 M 2012 C.

**Deutz Stationary Equipment engines parts** such models as: D 2011 L02; D 2011 L02 I; D 2011 L03 I; D 2011 L03; D 2011 L04 I; D 2011 L04; TCD 2013 L4 2V; TCD 2013 L6 2V; TCD 2013 L6 4V; F 2 L 2011; F 3 L 2011; F 4 L 2011; F 3 L 914; BF 4 L 2011; F 4 L 914; BF 4 L 914; F 6 L 914; BF 6 L 914; BF 4 M 1013 EC; BF 4 M 1013 FC; BF 6 L 914 C; BF 6 M 1013 EC; BF 6 M 1013 FC; BF 6 M 1015 C; BF 6 M 1015 CP; BF 8 M 1015 C; BF 8 M 1015 CP; TCG 2015 V6; TCG 2015 V8; F 2 M 2011; F 2 M 2011 Telco; F 3 M 2011 Telco; F 3 M 2011; F 3 L 912; F 4 M 2011; F 4 M 2011 Telco; F 4 L 912; BF 4 M 2011 Telco; BF 4 M 2011; BF 4 M 2011 C; BF 4 M 2011 C Telco; F 6 L 912.

**Spare parts for Marine Deutz engines** such models as: F 3 L 912; F 4 L 912; F 5 L 912; F 6 L 912; BF 4 M 1013 M; BF 4 M 1013 MC; TD 914 L6 M; TCD 914 L6 M; BF 6 M 1013 M; BF 6 M 1013 MC; BF 6 M 1013 MCP; BF 6 M 1015 M; BF 6 M 1015 MC; [TCD 2015](#) V6 M; BF 8 M 1015 MC; [TCD 2015](#) V8 M.

**Parts online for Deutz Ground Support Equipment** such models as: D 2.2 L3; TD 2.2 L3; TD 3.6 L4; TCD 2.9 L4; TD 2.9 L4; TCD 2.2 L3; TCD 3.6 L4; TCD 4.1 L4; TCD 6.1 L6; TCD 7.8 L6; D 2011 L2 I; D 2011 L3 I; D 2011 L4 I; TD 2011 L4 I; TCD 2013 L4 2V; TCD 2013 L6 2V; [TCD 2015](#) V06; [TCD 2015](#) V08; BF 6 M 1013 FC; BF 6 M 1015 C; BF 6 M 1015 CP; BF 8 M 1015 C; BF 8 M 1015 CP.

**Spare parts for Deutz railway engines** such as: TCD 7.8 L6; BF 6 M 1015 CP; [TCD 2015](#) V6; BF 8 M 1015 CP; [TCD 2015](#) V8.

**Parts for Deutz Trucks and Bus engines** such models as: TCD 2013 L4 4V Truck; TCD 2013 L6 4V Bus; TCD 2013 L6 4V Truck; BF 6 M 1015 CP; [TCD 2015](#) V6; BF 8 M 1015 CP; [TCD 2015](#) V8.

Only here. Spare parts for the listed engine models and much more in our [online Deutz parts store](#).



Forhandler af motorer, og ud fra synsvinkel ift. reservedele, er det ét marked, idet der bruges grundlæggende de samme motorer.

Som det kan ses på denne oversigt af <https://en.hespareparts.com/> (Canada og Ukraine), bliver denne specifikke motor anvendt i mange forskellige sammenhæng.

Motorer er grundlæggende de samme. Der kan og vil være forskel alt efter anvendelse, fx. mht. motorkøling, turbolader og andre detaljer, der tilpasses til det konkrete behov. Motorerne som sådan er ens, og dele kan bruges uanset om motoren er brugt til det ene eller andet formål. Dog kan der være dele og detaljer uden om selve motorenheden, og som ikke er selve hovedkomponenter af motoren der afviger fra hinanden.

Det betyder, at kernekomponenterne vil være de samme, mens perifere dele kan afvige.

## 1.1.2 Spørgsmål 2

...

### Spørgsmål 2 oversat til dansk:

På baggrund af skønsmandens markedsviden, anmodes skønsmanden, om at angive navnene på de fem største producenter af mellemstor dieselmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer (8l-20l forbrændingsforskydning). Yderligere, på baggrund af skønsmandens generelle erfaring, anmodes skønsmanden, om at beskrive indkøbsmetoder, der normalt anvendes af industrien og iden-

tificere, om der anvendes nogen specifikke indkøbsmetoder af indkøbere og / eller operatører af tog.

### Svar på spørgsmål 2

De fem største producenter af mellemstore dieselmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer (8l-20l forbrændingsforskydning), må anses for at være:

MAN SE  
Scania AB  
Mercedes-Benz  
Deutz  
Volvo  
Iveco

Indkøbsmetoden, der normalt anvendes af industrien, adskiller sig ikke specielt for indkøbere og / eller operatører af tog.

Ved indkøb af tog samt eks. togmotorer, udarbejdes der normalt et udbudsmateriale, afstemt efter de behov / krav / ønsker man har til toget / togmotorer, som man ønsker at købe.

Udbudsmaterialet for indkøb af tog, samt togmotorer kan også indeholde krav til hvor meget toget må støje, forurene samt et defineret behov til; kørselsmønster / serviceintervaller m.m.

Følgende er listede virksomheder, der også sælger mellemstore dieselmotorer:

#### Wärtsilä

<https://www.wartsila.com/products/marine-oil-gas/engines-generating-sets/diesel-engines> Wärtsilä producerer maskiner til forskellige formål. Det specielle ved Wärtsilä er, at firmaet leverer komplette løsninger, dvs. maskiner, energiløsninger som Gen-Sets, hvor motoren indgår.

#### Cummins

<https://www.cummins.com/engines>  
Cummins leverer motorer lignende Deutz.

#### Mahindra

<http://www.mahindrapowertrain.com/engine.html>  
Den indiske Mahindra producerer dieselmotor til Automotive, dog lige under 8l volumen. Men eksempler viser, at der er mange leverandører af mange kvaliteter og formål Worldwide.

#### MTU (Rolls Royce)

<https://www.mtu-online.com>  
MTU producerer forskellige type dieselmotorer til forskellige formål. Lignende Deutz leverer MTU kun motorer.

#### CATerpillar

[https://www.cat.com/de\\_DE/products/new/power-systems/industrial/industrial-diesel-engineshighly-regulated.html](https://www.cat.com/de_DE/products/new/power-systems/industrial/industrial-diesel-engineshighly-regulated.html)

CAT er kendt for sine maskiner inden for byggeindustrien. Men CAT leverer også dieselmotorer til andre formål i mangel på forskellige størrelser.

### **Mitsubishi Heavy Industry**

<http://www.mitsubishi-engine.com/REV/d/productsearch/industrial/large>

leverer en bred vifte af dieselmotorer til industrien.

### **1.1.3 Spørgsmål 3**

...

#### **Spørgsmål 3 oversat til dansk:**

Skønsmanden anmodes om, baseret på hans erfaring, at beskrive de omstændigheder, forhold og aspekter, køber af mellemstore dieselmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer (8l-20l forbrændingsforskydning), vil medtage i købsbeslutningen.

Skønsmanden skal specifikt angive, i hvilket omfang motorens livscyklusomkostninger (dvs. forventede vedligeholdelsesomkostninger (mandetimer) og omkostninger til reservedele, komponenter osv.), er inkluderet i købsbeslutningen.

#### **Svar på spørgsmål 3**

Køber af mellemstore dieselmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer vil i købsbeslutningen bl.a. inkludere følgende omstændigheder, forhold og aspekter for indkøb af motorer:

- er der tale om indkøb af et større antal motorer; skal motorerne så leveres på én gang, eller skal leveringen ske som delleveringer, over et nærmere fastsat tidsrum
- indkøbspris
- kan leverandøren levere den ønskede motor og i den rette kvalitet
- kan motoren yde det der er specificeret
- er motorleverandøren et anerkendt firma
- er der garanti på motoren og kan der evt. tilkøbes ekstra garanti
- overholder motoren de foreskrevne miljø- og støjkrav
- er reservedele tilgængeligt i motorernes forventede levetid
- garanti for levering af reservedel
- prisgaranti for reservedele fremadrettet

I købsbeslutningen er det også yderst vigtigt, at køberen får fastlagt den forventede livscyklus for motoren, i forhold til vedligeholdelsesomkostninger (mandetimer) og omkostninger til reservedele, da de er afgørende for de samlede driftsomkostninger. Er motoren driftssikker og servicevenlig, og er sliddelene enkelte og nemme at udskifte, minimeres vedligeholdelsesomkostninger til mandetimer og omkostninger til reservedele.

#### Driftsomkostninger, Serviceomkostninger

Et tog har en levetid af 30 til 40 år. Enhver virksomhed vil forud købet, naturligvis, vurdere driftsomkostninger gennem levetiden. Dette er dog stort set umuligt, at udføre korrekt over en så lang levetid.

Idet motorerne er udviklet og solgt, som industrimotorer og til tog, dvs. motorer, som ville køre mellem 4 mio. og 6 mio. kilometer, må der forventes, at reservedele

er tilgængelige over motorenes levetid, som kan vare længere end de påkrævede 8 år.

Omkostninger for reservedele og service indgår i overvejelserne. Men idet priserne ikke er stabile over 30 år, og salg af reservedele, foregår dels med store rabatter og via et stort netværk af forhandlere og servicevirksomheder, vil det være svært, at vurdere omkostningerne korrekt ved køb af motorer. Over tiden og med brug af motorer, vil brugeren dog samle erfaringer omkring prisniveau og serviceomkostninger. Dette gælder især for virksomheder som DSB, som har et stort antal motorer i brug og eget værksted. Det er derfor ret sandsynligt, at DSB ikke kunne forudsæ omkostningerne ved køb af motorer, men skønne omkostningerne for "overhaul" baseret på erfaringer under de forudgående services.

Der skal huskes, at "overhaul" er den sidste og største service i en række af services. Motorer vedligeholdes løbende. "Overhaul" er den store og omfattende service, som grundlæggende renoverer motorerne.

Som det fremgår af den videre besvarelse, er markedet for reservedele ret uoverskueligt. Det er her producenter af dieselmotorer tjener penge. Transparens, angående priser og kilder, er uønsket.

#### 1.1.4 Spørgsmål 4

...

##### **Spørgsmål 4 oversat til dansk:**

Baseret på TCD2015-motorens tekniske layout anmodes skønsmanden om at vurdere, om Deutz TCD2015-motoren primært er en generel eller en tilpasset designet løsning.

##### **Svar på spørgsmål 4**

Motoren er af typen Deutz TCD2015 V06 Railway, som er en motor Deutz AB har udviklet speciel til tog.

Det, der gør Deutz TCD2015 V06 Railway speciel, er de udvendige fysiske mål, hvor motoren har en lavere højde end standardmotorerne har, og derfor kan indbygges i bl.a. IC3-togene, hvor motorrummets højde er begrænset.

Deutz TCD2015 V06 Railway motor i IC3-togene er en tilpasset designløsning, hvor der er monteret en ekstra [udeladt], således der er monteret 2 stk. i alt. [udeladt] og [udeladt] er tilpasset og [udeladt] flyttet.

##### Generelle, specifikke og unikke dele

Ethvert teknisk anlæg bliver fremstillet af dele der kaldes "industri standard" og har generel karakter. Disse dele kan typisk købes forskellige steder. Dette kunne være [udeladt] m.m. Derudover indgår i ethvert produkt, dele, som er specifikke. Disse dele er typisk for komponenterne eller serien. Dette kan fx være [udeladt] eller [udeladt], men også [udeladt]. Disse dele kan typisk købes ved en del forhandlere eller fremstillere, der arbejder inden for området.

Derudover vil der findes dele og komponenter, der er unikke for denne type motorer eller endda unikke for denne motorserie. [udeladt] vil være en sådan unik del for denne motorserie. Unikke dele fremstilles ikke i større mængder, idet behovet ikke er stort. Dele kan typisk kun købes ved få producenter.

Det er helt normalt, at en maskinproducent ikke producerer alle delene selv. Bombardier producerer heller ikke motorer, men tilkøber dem.

Dette kan være en af årsagerne, at Bombardier ikke ønsker, at bistå vedr. gennemgang af motorer og defineringen af "overhaul", idet motorerne er købt fra Deutz, og det er Deutz, der har den fornødne fagviden.

#### Forskellige motorer inden for samme type

Som det fremgår af Deutz' hjemmeside, findes der forskellige motorvarianter inden for samme motortype:

...



TCD 2015 V06

Water-cooled V6 engine with turbocharging, charge air cooling and four-valve technology.  
 Very compact engine design reduces the installation costs.  
 Wet cylinder liners, long oil change intervals and easy changing of the engine fluids reduce the running and service costs and increase the availability of the machinery.  
 Best cold starting properties even under extreme conditions.  
 The V6 is also available as a flat version for extremely compact installations.  
 Low noise emissions due to acoustically optimized components with very smooth running and high durability.  
 Electronic, solenoid valve-controlled DEUTZ MV-System® (pump-line-nozzle) ensures optimum engine performance at low consumption.  
 The robust engine design allows worldwide operation even with high sulphur fuels.

[I den markerede del af billedteksten står:

*"The V6 is also available as a flat version for extremely compact installations"*]

#### Unikke komponenter

Idet motorerne er forskellige i design, ydelse m.m., vil der naturligt være komponenter, der er unikke for denne type motor.

Disse dele ville kunne købes fra forskellige virksomheder, dog udelukkende fra Deutz' forsyningskæde.

Der kan være tale om [udeladt] m.m.

Disse dele er produceret i serie for hele motorserien.

Såfremt motoren blev specifik tilpasset til kunden, vil der fremstilles komponenter til formålet. Disse komponenter vil kun være relevant for den specifikke kunde.

Derved skal disse komponenter fremstilles til serviceformål og ikke kan købes frit på markedet.

#### **1.1.5 Spørgsmål 5**

...

Spørgsmål 5 oversat til dansk:

Skønsmanden anmodes om at angive, hvilke dele / komponenter af TCD 2015-motorerne, der anvendes af DSB og kun anvendes i DSB-togmotorerne (dvs. ikke standarddele) med hensyn til følgende kategorier:

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]

### Svar på spørgsmål 5

Følgende dele / komponenter af TCD 2015-motorerne (Deutz TCD2015 V06 Railway), anvendes af DSB og kun i DSB-togmotorerne (dvs. ikke standarddele) med hensyn til følgende kategorier:

[udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]

...

#### Note:

Spørgsmål 6 - 13 vedrører "overhaul" og ombygning. For at forklare rammerne for denne terminologi, henvises der til de forskellige typer af motorrenovering, der er angivet i den europæiske Standard EN 13306 vedrørende "vedligeholdelsesterminologi" (2001 udgave gældende på tidspunktet for DSB's indkøbsproces).

I henhold til stk. 8.6 i EN 13306, er en "overhaul" et "omfattende sæt af undersøgelser og handlinger, udført for at opretholde det nødvendige niveau for tilgængelighed og sikkerhed for en genstand".

Ifølge NOTE 1 til para. 8.6, kan en "overhaul" udføres ved foreskrevne tidsintervaller eller antal operationer". Ifølge NOTE 2 til para. 8.6, kan en "overhaul" kræve en komplet eller delvis demontering af varen".

I henhold til stk. 8.7 i EN 13306 betyder "genopbygning" en handling, som følge af demontering af en vare og reparation eller udskiftning af de undergrupper, der nærmer sig slutningen af deres anvendelige liv og / eller bør regelmæssigt udskiftes ". Ifølge NOTE 1 til para. 8.7, afviger "genopbygning fra "overhaul", da handlingerne kan omfatte ændringer og / eller forbedringer."

Ifølge NOTE 2 til para. 8.7, er genopbygningsformålet normalt, at levere en vare med en brugbar levetid, som vil vare længere end den oprindelige vares levetid. "

### 1.1.6 Spørgsmål 6

...

**Spørgsmål 6 oversat til dansk:**

Baseret på skønsmandens kendskab til mellemstore dieselstempletmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer (81-201 forbrændingsforskydning), anmodes skønsmanden om at definere og beskrive konceptet og det typiske omfang af "overhaul" af sådanne motorer.

I beskrivelsen anmodes skønsmanden om at specificere:

- I) hvordan træffes beslutninger af de dele, komponenter og handlinger, der generelt vil blive medtaget i en "overhaul" af en TCD2015 motor
- og
- II) listen over dele, komponenter og handlinger, der generelt indgår i en "overhaul" af en sådan motor

### Svar på spørgsmål 6

Konceptet ved "overhaul" af et større antal togmotorer, vil typisk være efter "udskiftnings princippet".

Det ville sige, at i den aktuelle sag vil eks. 4 tog blive taget ud af drift, og motoren blive demonteret, for at bliver renoveret.

Den efterfølgende uge, vil 4 nye tog blive taget ud af drift, og motorerne vil blive demonteret, og de renoverede motorer, fra de 4 første tog vil blive monteret i disse 4 tog. Sådan vil cyklussen fortsætte indtil alle togene har fået renoveret deres motorer.

Komponenter og handlinger, der generelt vil blive medtaget i en "overhaul" af en TCD2015 motor (Deutz TCD2015 V06 Railway), bestemmes som regel ud fra erfaring med hvilke komponenter der bliver slidt på den pågældende motortype, samt ud fra vedligeholdelsesforskrifter (tidsintervaller) fra motorleverandøren.

Under drift, er der også mulighed for at iagttage motorens almene tilstand ud fra eks. olieforbrug, lav olietryk, bliver motoren varm, lav lade-tryk på turboen m.m. – hvilket også kan indikere, at motoren er slidt, inden for de respektive områder af motoren, og dermed vil blive medtaget i en "overhaul" af motoren.

Komponenter og handlinger, der generelt indgår i en "overhaul" af en sådan motortype, vil typisk være er følgende:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

Kræves der garantier og evt. bøder m.m. for at opnå en høj grad af sikkerhed ved "overhaul", vil den udførende nok sikre sig ved at udskifte flere dele end man måske ville have valgt i en anden situation.

Det betyder, at omfang af komponenter der udskiftes også afhænger af kravene, den ønskede sikkerhed, den påkrævede garanti over en given driftstid, erfaring med drift og motor m.m.





[udeladt]

Skønsmanden anmodes om at oplyse, om de nødvendige dele (som anført nedenfor), for at udføre ovenstående service, kunne hentes fra andre leverandører end Deutz eller Deutz forhandlere (kategori A dele nedenfor) og / eller kunne renoveres (kategori B dele nedenfor) enten hos ethvert almindeligt motorværksted eller hos specialbutikker.

Kategori A dele:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

Kategori B dele:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

#### Svar på spørgsmål 8

For af udføre ovenstående service som "overhaul" kan følgende kategori A dele generelt købes fra andre leverandører end Deutz eller Deutz forhandlere.

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

Følgende kategori B dele kan generelt renoveres, enten hos ethvert almindeligt motorværksted eller hos specialbutikker:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

Baseret på antagelsen om, at en TCD2015-motor skal renoveres ved at udføre service på ovenstående elementer kan følgende elementer ved udskiftning, kun købes hos Deutz eller Deutz forhandlere:

Punkt (a) til (i):

[udeladt]  
[udeladt]  
[udeladt]

[udeladt]

Kategori A dele:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

Kategori B dele:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

### 1.1.9 Spørgsmål 9

...

#### **Spørgsmål 9 oversat til dansk:**

Skønsmanden anmodes, om at forklare den tekniske forskel (i omfang) og forskellen i omkostningerne mellem "overhaul" af en motor, som beskrevet i spørgsmål 8, og en fuldstændig renovering (genopbygning) af en TCD2015 motor til "som ny" tilstand, baseret på svaret på spørgsmål 6 (I).

#### **Svar på spørgsmål 9**

Den tekniske forskel mellem en motor baseret på, som beskrevet i spørgsmål 8 og en fuldstændig renovering (genopbygning) af en TCD2015 motor til "som ny" tilstand baseret på svaret på spørgsmål 6 (I) er, at ved en fuldstændig renovering af sådan en motortype vil der typisk også blive skiftet komponenter i motoren, som måske ikke decideret er slidte, men skiftet fordi man har mulighed for at skifte dem, idet man har motoren åbnet.

#### Service intervaller beskriver:

- Komponenternes levetid. Levetid betyder, hvornår en komponent er slidt op eller ophører med at virke.
- Komponenternes sandsynlige svigtrate (reliabilitet). Dette kan være forskelligt fra komponent til komponent. Fremstillingskvaliteten og ensformige produktionsprocesser skaber mere ensartede komponenter og derved mere ensartet svigt. Er produktionen uens, vil man opleve en større spredning af svigt, dvs. nogle komponenter fejler væsentligt før end andre.
- Det forventes af en professionel leverandør af maskiner, at han har styr over produktion og kvalitet, hvorfor kunder fortrækker "originale" dele.
- De kombinerede svigtrater og fejl, medfører en samlet pålidelighed af motoren. Det betyder, at svigt af en enkel komponent kan medføre svigt af hele motoren. Derved reduceres motorens pålidelighed. Denne sammenhæng gør det vigtigt, at en hver komponent er pålidelig.
- Fejlkonsekvensen (severity) spiller yderligere ind. Svigt af nogle komponenter vil fx reducere motorens ydeevne, men motoren vil fortsat fungere.
- Andre komponenternes svigt vil ødelægge hele motoren. Disse komponenter kan betegnes som sikkerhedsrelevante.

- Serviceintervaller tager hensyn til forskellen i komponenternes levetid. Det betyder, at komponenter med kortere levetid skiftes hurtigere. Komponenter med stor fejlkonsekvens skiftes før en forventet svigt.

En yderligere faktor er planlagt og ikke planlagt service (scheduled service). Ikke planlagt service, betyder altid ad hoc arbejde, ikke ønsket svigt og er ikke acceptabel for fx togdrift. Man ønsker her, at komponenterne fungerer driftssikker fra service til service. Dette gør det nødvendigt, at skifte nogle dele, før deres levetidens ende.

#### Slid af komponenter

Ingeniører regner typisk med "worse case". For at være sikkert, regnes et teknisk produkt typisk under høj last. Men ikke alle produkter eller motorer, bliver belastet lige meget. Komponenter slides ikke ens fra motor til motor. Komponenternes kvalitet, motorens brug og belastning

Derved kan der være komponenter, som har længere levetid end antaget og behøves ikke at blive skiftet. Om komponenterne alligevel skal skiftes, afhænger af deres tilgængelighed. Komponenter med bedre tilgængelighed, kan eventuelt senere skiftes end komponenter, som er sværere tilgængelige.

#### "Overhaul"

Ingen generel service eller "overhaul" tilbagefører en motor til "fabriksny tilstand". Alle former for service forlænger levetiden ved:

- At dele med lang levetid forbliver i motoren. Disse dele har også tabt levetid.

Men deres resterende levetid er lang nok. (udmattelse)

- Andre dele har allerede nået deres levetids ende (er udmattet) og bliver skiftet.

På denne måde forlænges levetiden, men der skabes ikke en ny motor.

Når en "overhaul" kan gentages 3 til 5 gange (Deutz Stævning, afsnit 27), kan motoren efter "overhaul" ikke være som ny, idet "overhaul" kunne gentages i al uendelighed.

#### Omfang af servicearbejde

Det forårsager en del omkostninger, såfremt togene ikke kan køre eller skal stoppe undervejs. Derfor er motorernes pålidelighed en meget vigtig faktor. Pålideligheden opnås ved et passende og robust design, men også en god og grundig service. Uanset hvor grundigt servicen er gennemført, kan ethvert teknisk produkt fejle. Såfremt én vigtig komponent af de over 1000 motordele svigter, svigter hele motoren. En garanti for fejlfri og stabil drift over hele motorens levetid til og med den næste "overhaul", er for den service udførende virksomhed en væsentlig risiko.

...

#### **1.2.1 Spørgsmål 10**

...

##### **Spørgsmål 10 oversat til dansk:**

Skønsmanden anmodes om at oplyse, om en motor, der er underkastet en "overhaul", som beskrevet i svaret på spørgsmål 8, kan anses for at være "så god som ny" (dvs. en motor der kan forventes at køre yderligere ca. 1.200.000 km).

#### **Svar på spørgsmål 10**

Underkastes en motor en "overhaul", iht. nedenstående punkter (a) til (i), som beskrevet i svaret på spørgsmål 8, anses motoren, efter skønsmandens opfattelse, at kunne forventes at køre yderligere ca. 1.200.000 km.

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

Der er teknisk forskel mellem "så godt som nyt" eller "kan fungere yderligere 1,2 mio. km". Så godt som nyt implicerer, at maskinen har lignede levetid og kvalitet, som en ny maskine. Efter en "overhaul" forventes motoren, at kunne køre yderligere 1,2 mio. kilometer. Denne service kan gentages nogle gange inden motoren generelt er slidt op.

### 1.2.2 Spørgsmål 11

...

#### Spørgsmål 11 oversat til dansk:

Skønsmanden anmodes om at bekræfte, om de tjenesteydelser, der er omhandlet i spørgsmål 8, kan udføres af en almindelig motorreparationsvirksomhed, herunder dem, der er beliggende i Danmark og Tyskland, der er opført i bilag A, og at der ikke er behov for noget specielt værktøj eller maskiner for at udføre disse tjenester.

#### Svar på spørgsmål 11

Baseret på antagelsen om, at en TCD2015-motor skal "overhaul" ved, at udføre følgende servicepunkter, der er omhandlet i spørgsmål 8:

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

Følgende firma, der er opført i bilag A, kan udføre ovenstående "overhaul" omhandlet i spørgsmål 8, og der er ikke behov for noget specielt værktøj eller maskiner, for at udføre disse tjenester.

#### Wulf Johansen KG GmbH & Co.

...

**Carl Christensen Aktieselskabet**

...

**A/S Esbjerg Cylinder Service**

...

**Motoren AG Feuer**

...

Følgende firma, der er opført i bilag A, kan ikke udføre ovenstående "overhaul" omhandlet i spørgsmål 8:

**West Diesel Engineering A/S**

...

**HOLM TECHNOSCAN A/S**

...

**Nordhavn Marine & Offshore A/S**

...

**Andersson Industri- & Marineteknik ApS**

...

**Sommerkamp GmbH**

...

**Gerhard Wienstroth GmbH & Co. KG**

...

**Motoren Hildebrandt GmbH**

...

**DB Fahrzeuginstandhaltung GmbH Werk Bremen**

...

### **1.2.3 Spørgsmål 12**

...

Spørgsmål 12 oversat til dansk:

Skønsmanden anmodes om at angive, om reservedelsliste, udarbejdet af Deutz efter skønsmandens mening indeholder de dele / komponenter, der typisk er nødvendige for at genopbygge en TCD2015-motor.

### **Svar på spørgsmål 12**

Reservedelsliste udarbejdet af Deutz indeholder, efter skønsmandens mening, dele / komponenter, der typisk ikke er nødvendige for at genopbygge en TCD2015-motor.

Følgende dele vil typisk være nødvendige for at genopbygge en TCD2015-motor:

[udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]

Dele angivet på listen, som [udeladt] og [udeladt], vil typisk blive tilstandsudskiftet.

Alle andre dele på listen, som er angivet som [udeladt] m.m. vil man typisk ikke udskifte ved en genopbygning af en TCD2015-motor.

#### **1.2.4 Spørgsmål 13**

...

##### **Spørgsmål 13 oversat til dansk:**

Skønsmanden anmodes om at oplyse, om reservedelslisten udarbejdet af DSB, ville efter skønsmandens opfattelse være egnet, som en reservedelsliste til en renoivering og / eller til genopbygning af en TCD2015 motor.

Skønsmanden opfordres endvidere til at angive, om de dele, som DSB faktisk anvendte til at genoprette dets 404 TCD 2015 motorer, var tilstrækkelige til at udføre en typisk renoivering og / eller typisk genopbygning af en TCD2015 motor.

##### **Svar på spørgsmål 13**

Efter skønsmandens opfattelse, vil reservedelslisten, udarbejdet af DSB, være egnet som en reservedelsliste til en renoivering af en TCD2015 motor.

Skønsmanden vil endvidere angive, om de dele, som DSB faktisk anvendte til at genoprette deres TCD 2015 motorer var tilstrækkelige, til at udføre en typisk renoivering af en TCD2015 motor.

#### **1.2.5 Spørgsmål 14**

....

##### **Spørgsmål 14 oversat til dansk:**

Skønsmanden anmodes, om at angive navnene på de fem største leverandører af reservedele / komponenter til mellemstore dieselmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer (8l-20l forbrændingsforskydning).

På baggrund af skønsmandens generelle erfaring, anmodes skønsmanden, om at beskrive indkøbsmetoder, der almindeligvis anvendes ved indkøb af kunder og identificere, om specifikke indkøbsmetoder er nødvendig for ejere og / eller operatører af tog.

#### Svar på spørgsmål 14

Følgende fem firmaer er store leverandører af reservedele / komponenter til mellemstore dieselmotorer til brug i køretøjer, tog og marine applikationer (8l-20l forbrændingsforskydning):

- Central Diesel Inc. (www.centradieselinc.com)
- High Quality Motor Service® (www.hqmotorservice.com)
- Fink & Bliese GmbH (www.fink-bliese.de)
- Goltens Group (www.goltens.com)
- Vomeks (www.vomeks.com)

Ved indkøb af et større antal reservedele ved renovering af togmotorer, udarbejdes der normalt et udbudsmateriale, afstemt efter de behov / krav / ønsker man har til reservedelene, som man ønsker at købe.

Udbudsmaterialet for indkøb af reservedelene kan også indeholde krav til eks. kørselsmønster / serviceintervaller m.m.

Ved indkøb af reservedel, kan der være tale om at man ønsker, at indkøbe originale reservedele, men ofte er det også muligt at indkøbe uoriginale reservedele.

I begge tilfælde, oplyser man typisk motortype og serienummer til reservedelsleverandøren, og ud fra det, kan leverandøren se om de kan levere de efterspurgte reservedele.

Leverandøren af evt. uoriginale reservedele, kan som regel også oplyse om deres uoriginale reservedele, lever op til kravene i forhold til de originale reservedele.

Syn og skønsmændene har kontaktet et antal internationale leverandører, af reservedele til bl.a. Deutz-dieselmotorer, for at efterprøve om det er muligt at fravige normal kutyme og ikke oplyse motorens serienummer ved køb af reservedele.

Kommunikation har været typisk som følgende:

*Syns- og skønsmand*

*Hello,*

*we need to service some midt size Diesel Engines from Deutz. A larger renovation is planned where we need spare parts to be able to do the work.*

*Would it be possible and would it reduce spare part cost to go for not OEM parts for a renovation or reconditioning as you mention it on your side?*

*Supplier:*

*Hello*

*What parts are You looking for?*



*Please send me engine model and serial number*

Alle de kontaktede reservedelsleverandør har efterspurgt motorens serienummer. Denne information gør det muligt for en reservedelsleverandør at:

- identificere brugeren af motoren og kontrollere det vigtige "eftersalg".
- forstå brugen af motoren, de fejl der sandsynligvis er opstået og omfanget af de reservedele en kunde ønsker.
- ud fra de solgte reservedele kan der også identificeres den service, en kunde gennemfører
- identificere når motoren evt. videresælges.

### 1.2.6 Spørgsmål 15

...

#### **Spørgsmål 15 oversat til dansk:**

a) Skønsmanden anmodes, om at beskrive - baseret på en typisk liste over dele og komponenter til en reovering af TCD2015-motoren, jf. svaret på spørgsmål 6 - hvor mange, hvilke dele og komponenter, der typisk kunne hentes fra forskellige leverandører (OEM eller tredjeparter).

b) Skønsmanden anmodes om at identificere, om der er nogen dele i den reservedelsliste, udarbejdet af DSB, som er ægte Deutz dele / komponenter (dvs. dele, der kun var tilgængelige, på daværende tidspunkt for Deutz eller en Deutz forhandler).

c) Desuden anmodes skønsmanden, om at identificere ægte Deutz dele og komponenter i DSB's reservedelsliste, hvis nogen, som kan reoveres af en tredjepart. I sit svar på dette spørgsmål, bedes skønsmanden uddybe om, om en reovering af brugte motor komponenter som f.eks. [udeladt] mv. er almindelige i branchen og om sådanne professionelt reoverede dele, har samme eller identisk kvalitet, når de sammenlignes med nye dele.

#### **Svar på spørgsmål 15**

a) Komponenter og handlinger jf. svaret på spørgsmål 6, vil følgende dele og komponenter typisk kunne hentes fra forskellige leverandører (OEM eller tredjeparter):

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

Følgende dele og komponenter jf. svaret på spørgsmål 6, vil typisk ikke kunne hentes fra forskellige leverandører (OEM eller tredjeparter).

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]

- [udeladt]
- [udeladt]

b) følgende dele i den reservedelsliste, udarbejdet af DSB, er ægte Deutz dele / komponenter (dvs. dele, der kun var tilgængelige, på daværende tidspunkt, for Deutz eller en Deutz forhandler).

[udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]  
 [udeladt]

Skønsmanden kan ikke med sikkerhed vurdere om alle [udeladt] på listen, samt [udeladt] kun kan købes hos Deutz eller en Deutz forhandler.

c) Følgende ægte Deutz dele og komponenter i DSB's reservedelsliste, kan revoveres ved slibning, hvis de ikke skal udskiftes pga. slid, af en tredjepart:

[udeladt]  
 [udeladt]

Renovering af brugte motorkomponenter som f.eks. [udeladt] mv. er almindelige i branchen, og er de professionelt renoveret, har de samme eller identisk kvalitet, som nye dele, efter skønsmandens vurdering.

[udeladt] og visse [udeladt] er en speciel del, efter skønsmandens opfattelse, og er kun mulig, at renovere med originale dele fra Deutz eller fra en Deutz forhandler.

### 1.2.7 Spørgsmål 16

...

#### **Spørgsmål 16 oversat til dansk:**

Hvis skønsmanden, i svaret på spørgsmål 15, har identificeret ægte Deutz-dele / komponenter i DSB's reservedelsliste, anmodes skønsmanden om at vurdere, om det ville have været muligt, at finde alternative leverandører for de relevante dele / komponenter.

F.eks. hvis en køber forpligtede sig til en bestemt mængde eller fastsat leveringstid for en sådan produktion.

Ville det da være muligt, inden for den planlagte projekttid for DSB's projekt (indsendelse af bud den 30. april 2010, levering fra 1. august 2010 til 1. oktober 2012), at finde (bestille) de nødvendige dele / komponenter, jf. DSBs reservedelsliste?

Skønsmandens svar skal indeholde eventuelle bemærkninger om, hvorvidt det vil være teknisk muligt og økonomisk muligt, at få de relevante dele fremstillet af en eller flere tredjepartsleverandører.

### Svar på spørgsmål 16

Det er efter skønsmanden vurdering vanskeligt, at finde alternative leverandører for de relevante dele / komponenter, som angivet i svaret på spørgsmål 15.

Fremstilling af dele og komponenter kræver viden om dens design. Dette indebærer tilgængelighed af produktionsgrundlaget der omfatter bl.a.

- Materiale egenskaber
- Tolerancer
- Overflade kvalitet eller behandling
- Kvalitets parameter og eventuelt test paramenter

Grundlæggende er det ikke økonomisk, at fremstille [udeladt]. [udeladt] er fx [udeladt]. [udeladt] hvilket kræver et ret stort antal dele, for at være økonomiske rentabelt

Dele og komponenter, der er [udeladt] kan fremstilles økonomisk i mindre serier, såfremt delene er forholdsvis simple.

Fremstilling af dele med høj kompleksitet, er kun økonomisk rentabel ved et større antal og hvis det fornødne produktionsgrundlag er til stede.

Fremstilling af [udeladt] dele, dvs. [udeladt] dele af motorer, er kun økonomisk rentabelt i større antal, idet dette kræver produktionsgrundlag, kvalitets grundlag og test grundlag. Produktions-, kvalitets- og testgrundlag er normalt ikke tilgængeligt og ejet af motorproducenten.

### 1.2.8 Spørgsmål 17

...

#### Spørgsmål 17 oversat til dansk:

Hvis skønsmanden i svaret på spørgsmål 15, har identificeret ægte Deutz-dele / komponenter i DSB's reservedelsliste, anmodes skønsmanden om at angive, hvad den normale leveringstid ville være for reservedele, som forskudte levering, af dele til et projekt, der skal renoveres og / eller genopbygges 404 stk. TCD2015 motorer over en periode på to år.

#### Svar på spørgsmål 17

Skønsmanden har i svaret på spørgsmål 15, identificeret ægte Deutz-dele / komponenter i DSB's reservedelsliste.

En normal leveringstid ville være max. 8-10 dage for reservedele, som forskudte levering, af dele til et projekt, der skal renoveres og / eller genopbygges af 404 stk. TCD2015 motorer over en periode på to år.

Hvis der ved renovering af en motor, viser sig at være et akut behov for en specifik reservedel, som ikke er en del af renoveringsprojektet, vil leveringstiden typisk være max. 24 timer.

...

### 1.3.1 Spørgsmål A

...

#### Spørgsmål A oversat til dansk:

Ud over svaret på spørgsmål 3, bedes skønsmanden på baggrund af hans generelle erfaring beskrive, hvis og hvordan mangel på præcise, pålidelige og opdateret informationer om de forventede livscyklus omkostninger (fx utilstrækkelige historiske data om vedligeholdelsesomkostningerne og brugen, levetiden og omkostningerne ved reservedele osv.), vil kunne påvirke en købsbeslutningen.

#### Svar på spørgsmål A:

Mangel på præcise, pålidelige og opdateret information om de forventede livscyklus omkostninger, vil, som beskrevet i svaret på spørgsmål 3, kunne påvirke købsbeslutningen.

Levetiden på reservedele til eks. en motorrenovering, vurderes oftest ud fra motorleverandørens forskrifter samt brugerens (DSB) erfaring (historiske data) med den pågældende motortype.

Er brugerens (DSB) erfaring (historiske data), ikke tilstrækkelig til at vurdere hvilke dele, der skal vedligeholdes eller udskiftes ved eks. en motorrenovering og er motorleverandørens informationer ikke præcise, pålidelige og opdateret, kan resultatet være, at brugeren (DSB), vælger en forkert løsning, set i forhold til deres behov / økonomi / levetid på motorerne.

Det er derfor altafgørende for en købsproces, at man er i besiddelse af præcise, pålidelige og opdateret informationer, om de forventede livscyklus omkostninger for den pågældende motortype.

### 1.3.2 Spørgsmål B

...

#### Spørgsmål B oversat til dansk:

Skønsmanden anmodes om at forklare, hvilke faktiske forhold svaret på spørgsmål 8 og 15-17 er baseret på, og hvilken betydning, hvis nogen, skønsmanden i den forbindelse har tillagt oplysningerne om markedet for levering af reservedele og komponenter, der er indeholdt i bilag 1, især underbilag 40-51 og 76.

#### Svar på spørgsmål B

De faktiske omstændigheder for svaret på spørgsmål 8 og spørgsmål 15-17, er baseret på at delene, som er angivet som Deutz dele, er specielle dele, og at de ikke kan købes hos andre leverandører end hos Deutz eller hos en Deutz forhandler, og det er ikke muligt, at købe dem som uoriginal hos andre leverandører.

Skønsmanden har ikke tillagt oplysningerne i bilag 1, især underbilag 40-51 og 76 nogen betydning for sine svar.

**Annex A****Selected engine repair shops in Denmark and Germany****Carl Christensen Aktieselskabet**

...

**A/S Esbjerg Cylinder Service**

...

**West Diesel Engineering A/S**

...

**HOLM TECHNOSCAN as**

...

**Nordhavn Marine & Offshore A/S**

...

**Andersson Industri- & Marineteknik ApS**

...

**Sommerkamp GmbH**

...

**Gerhard Wienstroth GmbH & Co. KG**

...

**Motoren Hildebrandt GmbH**

...

**Wulf Johannsen KG GmbH & Co.**

...

**DB Fahrzeuginstandhaltung GmbH Werk Bremen**

...

**Motoren AG Feuer**

...

..."

*Eksempler på tredjepartsleverandører - Bilag 19*

Efter den oprindelige skønsrapport fremlagde Deutz bilag 19, der viser eksempler på tredjepartsleverandører (bl.a. TecDoc Catalogue og Hamofa) af reservedele til Deutz-motorer.

Syn og skøn – supplerende rapport

Skønsmændene Hans-Christoph Pau og Keld Dupont har, bl.a. på baggrund af det ovennævnte bilag 19, afgivet supplerende skønsrapport af 20. december 2019, hvoraf fremgår bl.a.:

"...

## **2 Besvarelse af syns- og skønsspørgsmål**

### **2.1 Generelle noter til spørgsmålene**

#### **2.1.1 Kvalitet og sikkerhed**

For en bruger af motorer som DSB, er svigt af en motor forbundet med forholdsvis store konsekvenser for driften.

Der er ikke kun tale om én maskine, der ikke fungerer, men typisk om en blokeret strækning, der medfører forstyrrelser af hele togdriften. Derudover skal et stort antal mennesker transporteres fra det havarerede tog til en passende station.

Fejl i motor, som kan føre til brand eller på anden måde er sikkerhedsrelevant, kan forårsage større skader med konsekvenser for hele togdriften, sikkerheden og godkendelser til følge.

For operatører som DSB er den rette kvalitet af både reservedele, motor og den udførte service essentielt.

#### **Udtræk af Brugermanualen fra Deutz:**

(03123693-DEUTZ-MOTOR-Manual-DK)

*side 2:*

Ved gennemførelsen af reparationsarbejder på motoren er det foreskrevet, at der generelt skal bruges originale DEUTZ-dele. Disse er specielt beregnet til Deres motor og sikrer en korrekt drift. Ved manglende overholdelse bortfalder garantien!

*Side 5*

Originale DEUTZ dele er underkastet samme strenge kvalitetskrav som DEUTZ motorerne. Videreudviklinger til forbedring af motorerne indsættes naturligvis også til originale DEUTZ dele. Kun brugen af originale DEUTZ dele, som er fremstillet efter de nyeste erkendelser, giver garanti for korrekt funktion og høj pålidelighed.

Deutz sikrer en høj kvalitet af motorer samt stor driftssikkerhed. Det er naturligt, at denne kvalitet kun kan opretholdes med reservedele af den rette kvalitet.

Kvalitet betyder bl.a.:

- de rette dimensioner (tolerancer)
- de rette materialer (legeringer og varmebehandlinger)
- de rette overflader (bearbejdningens kvalitet og varmebehandling eller belægning af overfladen)

Med denne baggrund har DSB krævet omfattende garantier for motorenes funktion og driftssikkerhed samt originale reservedele.

Deutz omfattende tilbud skyldes bl.a. også kravet om driftssikkerheden.

Når der søges dele via alternative kilder, skal der sikres at:

- der er tale om nye dele – der er en del brugte dele på markedet
- der er tale om originale dele
- leverandøren er pålidelig

Syns- og skønsmanden kan ikke vurdere, om de tilbudte dele er genuine / originale dele, dvs. opfylder kvalitetskravene.

### 2.1.2 Leveringsomfang

For at kunne gennemføre overhaul-projektet med over 400 motorer, var det ikke tilstrækkeligt at købe enkelte dele her og der. Der var behov for omfattende leverancer og reservedele i større antal.

Syns- og skønsmanden kan ikke undersøge, om de forskellige leverandører er i stand til at levere den nødvendige mængde.

### 2.1.3 Alternative leverandører

Under besvarelse af syns- og skønsspørgsmål den 5.5.2019 har syns- og skønsmanden undersøgt markedet via internet ved at søge efter motorer med navn TCD 2015 og firmanavn Deutz. Det har ikke været muligt at finde frem til mange leverandører og de leverandører, som bilag 18 og bilag 19 viser. Man skal åbenbart kende kilderne.

Til besvarelse af supplerende syns- og skønstema har syns- og skønsmand brugt de af Deutz i bilag 18+19 angivne kilder.

### TechDoc.Net

Der er åbenbart tale om et netværk af leverandører. For at kunne bruge siden, skal firmaet registreres.

Registreringen vil blive aktiveret efter 24 timer.

For at kunne søge i TechDoc er det yderligere nødvendigt at købe en licens. Licensen koster 120,-€.

### Hamofa

<https://parts.hamofa.com>

På siden kan der ikke søges efter motortype, men der skal søges efter produktnummer.

Hamofa angiver ikke, hvor produkterne kommer fra. Der findes ingen specifikation o.l. Siden reklamerer med, at alle produkter er genuine komponenter.

Komponenterne kan købes uden motorserienummer og åbenbart uden problemer.

### Andre leverandører, valgt af Deutz-Fahr

Andre af Deutz angivne leverandører leverer kun nogle komponenter eller på anfordring. Tabellen forneden viser resultaterne.

### Analyse af mulige leverandører, tabel

Syns- og skønsmanden har brugt DSB-listen som udgangspunkt, idet denne liste har været tilgængelig under renoveringsprocessen og indeholder de dele og komponenter, DSB ønsker at få skiftet.

Listen kan findes i "Bilag 5, Appendix 1 -DSB's specifikation of requirements"

Derudover blev anvendt bilag 7 for at finde yderligere varenumre, der ikke er del af bilag 5.

Bilag B fil31 er brugt for at finde enkelte varenumre, der ikke kunne findes i bilag 5 og 7. Der skal gøres opmærksom på, at alle dele med varenummer er standarddele. Kun standarddele har en Deutz-varenummer (KHD .....

Det kan ikke vurderes, om disse komponenter passer, eller om delene til motor TCD 2015 er blevet modificeret for DSB-togene.

Listen forneden viser komponenter, som er standard for en type Deutz TCD 2015 motor.

Syns- og skønsmanden har valgt en række komponenter for undersøgelsen. Dvs. der blev ikke søgt alle dele, især ikke standarddele.

Part	Part nummer	Hanofo	Billeleshop	FZ-Agritechnik	...	MDM-Parts <sup>1</sup>

[udeladt]

Som analysen foroven viser, kan ikke alle leverandører levere alle dele. Der er ingen leverandør, som kan levere komplet iht. DSB specifikation for udbud (bilag 5).

På grundlag af det foreliggende materiale og det ved skønsforretningen konstaterede kan skønsmanden efter bedste evne og overbevisning besvare spørgsmålene således:

## 2.2 Sagsøgers supplerende syns- og skønstema

### 2.2.1 Spørgsmål 18:

Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 1 præcisere, om hovedparten af motordelene og komponenterne i TCD 2015 V06 Railway-motoren er identiske med dem anvendt i andre TCD 2015-motorer, herunder om disse motordele og komponenter kan anvendes i andre motorer (uanset motormodel og formål).

#### Svar:

Med udgangspunkt i de partnumre, der har været til rådighed og som er defineret i bilag 5 (DSB udbudsmateriale "overhaul" appendiks 1), kan disse komponenter købes ved forskellige forhandlere.

DSB har angivet yderligere komponenter uden partnummer.

Manglende numre er blevet taget fra bilag 7 (den af Deutz foreslåede komponentliste). Det er en formodning, at der er tale om de samme reservedele, dem DSB efterspørger og dem Deutz foreslår.

I så fald er disse komponenter også standarddele.

Få reservedelsnumre er taget fra bilag B, Fil31, "Koncept for reovering af kraftforsyningen i IC3" Der må gås ud fra, at de her angivne partnumre er komponenter, som ønskes anvendt til overhauvl af motorerne.

Såfremt DSB havde planlagt at købe disse dele, er delene standard for Deutz TCD 2015. Nogle dele er standard for flere Deutz-motorer eller for flere typer motorer. Standarddele kan anvendes i andre motorer, uanset formål.

### 2.2.2 Spørgsmål 19



Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 1 angive, om de enkelte TCD2015-motormodeller kan anvendes til samme formål, herunder til tog, hvis der foretages enkelte tilpasninger af motorerne.

#### Svar

Motoren af typen Deutz TCD2015 V06 Railway, er en motor Deutz AB har udviklet specielt til tog. [udeladt] er tilpasset/designet, efter skønsmandens opfattelse, således at den samlede motor med motordelene og komponenterne kan indbygges i bl.a. IC3-togene, hvor motorrummets højde er begrænset.

Da [udeladt], efter skønsmandens opfattelse, på TCD2015 V06 Railway-motoren er tilpasset/designet, således at den samlede motor med motordelene og komponenterne kan indbygges i bl.a. IC3-togene, hvor motorrummets højde er begrænset, kan de enkelte TCD2015-motormodeller ikke anvendes til samme formål, herunder til tog, hvis der foretages enkelte tilpasninger.

#### 2.2.3 Spørgsmål 20

Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 4 præcisere, om de i skønsrapportens s. 16 angivne "unikke komponenter" fortsat vurderes kun at kunne anskaffes hos Deutz's forhandlernetværk, eller om disse komponenter også kan købes via TecDoc Catalogue og/eller tredjeparters onlineforretninger, herunder f.eks. hamofa.com og billeleshop.dk.

#### Svar

Med udgangspunkt i de partnumre, der har været til rådighed og som er defineret i bilag 5 (DSB udbudsmateriale "overhaul" appendiks 1), kan disse dele købes ved forskellige forhandlere. DSB har angivet yderligere komponenter uden partnumre. Få reservedelsnumre er taget fra bilag B, Fil31, "Koncept for reovering af kraftforsyningen i IC3" af DSB.

Der må gås ud fra, at de her angivne partnumre er komponenter, som ønskes anvendt til overhaul af motorerne.

Såfremt DSB havde planlagt at købe disse dele, er de standard for Deutz TCD 2015. Nogle dele er standard for flere Deutz-motorer eller for flere typer motorer.

Standarddele kan anvendes i andre motorer, uanset formål.

Tabellen i rapporten viser, hvilke komponenter kan købes eller kan købes sandsynligvis.

Det er muligt at købe standarddele og modificere eller tilpasse dem til at være unikke dele. Dele med partnumre kan købes frit ved forskellige forhandlere som standard dele.

Om der kan leveres det fornødne antal og om komponenterne kan leveres rettidigt hos forskellige forhandlere er derved ikke konkluderet eller sagt.

#### 2.2.4 Spørgsmål 21

Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 5 anføre, om de motordele og komponenter, der ifølge skønsrapportens s. 17-18 er unikke for IC3-togene, alene anvendes i Deutz's TCD 2015 V06 Railway-motor eller også anvendes i andre motortyper, herunder TCD 2015 V06 og TCD 2015 V08.

#### Svar

[udeladt], er efter skønsmandens opfattelse, tilpasset/designet specielt til Deutz's TCD 2015 V06 Railway-motor og der kan derfor ikke anvendes i andre motortyper, herunder TCD 2015 V06 og TCD 2015 V08.

Følgende dele vil givetvis også kunne anvendes til TCD 2015 V06 og TCD 2015 V08:

[udeladt]

[udeladt]

Følgende dele vil givetvis også kunne anvendes til TCD 2015 V06:

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

[udeladt]

### 2.2.5 Spørgsmål 22

Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 7 – samt i lyset af besvarelsen af spørgsmål 15 – præcisere, om [udeladt] udskiftes ved en “genopbygning løsning”, eller om disse dele alene justeres og slibes.

#### Svar

Med afsæt i spørgsmål 7 – samt i lyset af besvarelsen af spørgsmål 15 – vil [udeladt], efter skønsmandens vurdering, normalt alene justeres og/eller slibes (tilstandsbareret) ved en “genopbygning løsning”, og udskiftes hvis justering og/eller slibning ikke er muligt.

### 2.2.6 Spørgsmål 23

Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 8 præcisere, om de motordele og komponenter, der er angivet på s. 24 i skønsrapporten, alene kan anskaffes fra Deutz og Deutz’s forhandlernetværk eller tillige kan købes via TecDoc Catalogue og/eller tredjeparters onlineforretninger som f.eks. hamofa.com.

#### Svar

Komponenter, nævnt i spørgsmål 8. kan grundlæggende købes som standarddele ved de af Deutz angivne forhandler. Om der kan købes det fornødne antal dele og om alle dele er genuine / originale dele, kan ikke analyseres.

### 2.2.7 Spørgsmål 24

Skønsmændene bedes med afsæt i spørgsmål 15 præcisere, om de anførte motordele og komponenter under del a og b på s. 42-43 i skønsrapporten vurderes kun at kunne anskaffes hos Deutz og Deutz’s forhandlernetværk, eller om disse motordele og komponenter tillige kan købes via TecDoc Catalogue og/eller tredjeparters onlineforretninger, herunder f.eks. hamofa.com.

#### Svar

Der henvises til tidligere besvarelse, at nogle dele og komponenter er generiske. Disse dele kan købes ved flere leverandører og vil typisk kunne anvendes ved flere typer motorer.

Derudover findes der dele og komponenter, der tilhører specielt TCD 2015 motorserien. Disse dele vil komme fra Deutz’s forhandlernetværk.

Undersøgelser ved de af Deutz foreslåede forhandler viser, at komponenterne (spørgsmål 15, a, b) kan købes via forskellige forhandler som standarddele.

Det kan ikke siges, om det er muligt at købe et stort antal dele, og om nogle dele er modificeret senere.

..."

### *Eksempler på tredjepartsleverandører - Bilag 23*

Efter den supplerende skønsrapport fremlagde Deutz t bilag 23, der viser yderligere eksempler på tredjepartsleverandører (bl.a. TecDoc Catalogue og Hamofa) af reservedele til Deutz-motorer.

### **Parternes synspunkter**

For Deutz, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 12. oktober 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

"...

#### **C Anbringender**

7. Deutz gør gældende, at Deutz ikke indtager en dominerende stilling på noget relevant marked (afsnit 1), at Deutz ikke har misbrugt nogen dominerende stilling (afsnit 2), og at Deutz ikke har indgået en ulovlig aftale med DMN om at begrænse parallelhandel og forhandleres passive salg (afsnit 3). Derudover er der flere formelle mangler ved Konkurrencerådets afgørelse (afsnit 4), og påbuddene over for Deutz er for vidtgående (afsnit 5).

#### **1 Deutz indtager ikke en dominerende stilling på noget relevant marked**

8. Ifølge Konkurrencerådet indtager Deutz en dominerende stilling på markedet for udbud af "*unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz*".

9. Med formuleringen "*der kun kan erhverves via Deutz*" mener Rådet "*kanaler, der er kontrolleret af Deutz. Det vil sige Deutz selv, Deutz' forhandlernetværk samt de producenter, der producerer for Deutz*", jf. fodnote 4 til pkt. 34 i Rådets afgørelse (**bilag 24**).

10. Unikke reservedele er ifølge Konkurrencerådet karakteriseret ved at være særligt tilpassede reservedele, der kun kan anvendes i TCD2015-motoren, der kun produceres af Deutz og Deutz-producenter, og som kun kan erhverves via Deutz og Deutz' forhandlernetværk, jf. figur 4 på side 24 i Konkurrencerådets afgørelse (**bilag 24**).

11. Deutz gør gældende, at Konkurrencerådets markedsafgrænsning er utilstrækkelig og forkert. Det skyldes:

- At markedsafgrænsningen ikke identificerer de påståede "*unikke*" reservedele, som Deutz angiveligt skulle indtage en dominerende stilling i forhold til, jf. afsnit 1.1 nedenfor,

- At markedsafgrænsningen er baseret på en fejlagtig antagelse om, at visse "unikke" reservedele alene kunne anskaffes via Deutz og Deutz' forhandler-netværk og producenter, selvom der er alternative leverandører af reservedele til TCD2015-motoren. Dette forsømte Rådet at undersøge tilstrækkeligt, jf. afsnit 1.2 nedenfor,
- At markedsafgrænsningen er baseret på en fejlagtig antagelse om, at visse "unikke" reservedele til TCD2015-motoren ikke kunne kopieres, hvilket de kunne, jf. afsnit 1.3 nedenfor, og
- At markedsafgrænsningen er baseret på en fejlagtig antagelse om, at visse "unikke" reservedele ikke kunne anvendes i andre motorer, hvilket flere af dem kunne, jf. afsnit 1.4 nedenfor.

12. Da markedsafgrænsningen er utilstrækkelig og forkert, er Rådets konklusion om, at Deutz indtager en dominerende stilling på det relevante marked, også forkert. Rådets konklusion er baseret på den fejlagtige markedsafgrænsning, der reelt indebærer, at Deutz har monopol.

13. Det ses bl.a. i pkt. 288 i Konkurrencerådets afgørelse (**bilag 24**), der lyder:

"Det er lagt til grund for afgrænsningen af det relevante marked, at der findes reservedele, som ikke kan erhverves udenom Deutz. Det er herefter vurderet, at Deutz er dominerende på det forudgående marked." (Understregning foretaget)

14. Dette ses også i punkt 564 i Konkurrencerådets afgørelse (**bilag 24**) (hvor "Deutz" må forstås som Deutz samt Deutz' forhandlere og producenter, som Konkurrencerådet fejlagtigt identificerede med Deutz):

"[...] Deutz er den eneste udbyder på det relevante forudgående marked. Deutz' markedsandel på det relevante forudgående marked kan derfor opgøres til 100 procent. Deutz skal derfor anses for dominerende på det relevante forudgående marked."

15. Rådets vurdering af, at Deutz indtog en dominerende stilling, er desuden forkert, fordi Konkurrencerådet fejlagtigt – og i strid med gældende EU-praksis – i sin vurdering har undladt at inddrage det konkurrenceprægede upstream-marked, jf. afsnit 1.5 nedenfor.

1.1 Konkurrencerådets markedsafgrænsning er utilstrækkelig og identificerer ikke de påståede "unikke" reservedele, som Deutz skulle indtage en dominerende stilling i forhold til

16. Konkurrencerådet har i sin afgørelse afgrænset et primært marked for produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug. Deutz indtager ikke en dominerende stilling på dette marked, men er udsat for effektiv konkurrence af en lang række konkurrenter, bl.a. CAT, Cummins, IVECO, MAN Diesel, Mercedes-Benz, Perkins, Scania og Volvo-Penta (**bilag 24**).

17. Derudover har Rådet afgrænset to eftersalgsmarkeder; et marked for udbud af *"unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz"*, og et marked for *"reparation og vedligehold af TCD2015-motoren"* (bilag 24).

18. Ifølge Konkurrencerådet indtager Deutz en dominerende stilling på markedet for udbud af *"unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz"*.

19. Unikke reservedele er ifølge Konkurrencerådet karakteriseret ved at være særligt tilpassede reservedele, der kun kan anvendes i TCD2015-motoren, der kun produceres af Deutz og Deutz-producenter, og som kun kan erhverves via Deutz og Deutz' forhandlernetværk, jf. figur 4 på side 24 i Konkurrencerådets afgørelse (bilag 24).

20. Konkurrencerådet har i afgørelsen ikke specificeret, hvilke produkter (reservedele) der falder ind under markedsafgrænsningen *"unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz"*. Rådet har blot indsat nogle eksempler på *"unikke"* dele i afgørelsens pkt. 90 (og 868, der gentager teksten fra pkt. 90) og 92 (bilag 24):

Punkt 90: *"Eksempler på unikke reservedele er vand- og oliepumper, motorblokke, krumtappe, knastaksler samt diverse slange-stykker, der i dimension og gummisammensætning er udviklet specielt til eller af Deutz."*

Punkt 92: *"DSB nævner blandt andet motorblokke, knastaksler, krumtappe og ventilløftere som eksempler på unikke reservedele, der skal være originale fra Deutz."*

21. Afgørelsen nævner ingen reservedelsnumre for påståede unikke reservedele, og det er i særdeleshed uvist, hvilke reservedele der omfattes af angivelsen: *"diverse slangestykker, der i dimension og gummisammensætning er udviklet specielt til eller af Deutz."*

22. Herudover fremgår det ikke af afgørelsen, hvilke Deutz-reservedele der angiveligt er unikke (eller om den påståede ulovlige adfærd angik unikke dele omfattet af DSB's udbud).

23. Deutz gør gældende, at Konkurrencerådets markedsafgrænsning er utilstrækkelig, idet Rådet ikke har identificeret de reservedele, der angiveligt kun kunne anskaffes fra Deutz og Deutz' forhandlernetværk.

24. Konkurrencerådet har hverken undersøgt eller angivet, hvilke specifikke reservedele til brug for *"overhaul"* af TCD2015-motoren der var unikke, og som Deutz ifølge Rådet derfor automatisk havde en dominerende stilling i forhold til.

25. En virksomhed kan alene indtage en dominerende stilling, når virksomheden besidder en sådan markedsstyrke, at den kan agere uafhængigt af sine konkurrenter, leverandører og i sidste ende forbrugerne.<sup>322</sup>

<sup>322</sup> Se f.eks. EU-Domstolens dom af 13. februar 1979, sag 85/76, *Firma Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen*, præmis 38).

26. EU-Domstolen har fastslået, at afgrænsningen af det relevante marked er helt afgørende, når det skal vurderes, om en virksomhed indtager en dominerende stilling, idet formålet med markedsafgrænsningen – i dominanssager – er at afklare, om der overhovedet findes et relevant marked, hvor den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling. Af sag 6/72, *Continental Can Company Inc. mod Kommissionen*, præmis 32, fremgår:

”Såvel ved vurderingen af SLW's dominerende stilling som med hensyn til konsekvenserne af den omtvistede sammenslutning er afgrænsningen af det omhandlede marked af væsentlig betydning, da mulighederne for konkurrence kun kan vurderes i forhold til de omhandlede varers særpræg, som bevirker, at de er særligt egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer.”

27. Der henvises også til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 2.

28. Markedsafgrænsningen skal foretages konkret for den pågældende virksomhed og konkret for hvert enkelt produkt, hvor Konkurrencerådet finder, at der er udvist et misbrug. Rådet kan ikke støtte sig på udtalelser eller konklusioner i tidligere sager.<sup>323</sup>

29. En afgørelse om, at Deutz måtte have misbrugt en dominerende stilling på det relevante marked, kan således alene opretholdes, hvis Konkurrencerådet kan dokumentere, at Deutz – for en given, specifik reservedel – har en dominerende stilling og har misbrugt denne stilling. En markedsafgrænsning, der – som i nærværende sag – gør det umuligt at identificere de produkter, der er omfattet af det relevante marked, er indholdsløs og gør det umuligt at efterprøve, om Deutz havde en dominerende stilling på det relevante marked.

30. Det følger af Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 7, at markedsafgrænsningen skal afgrænse et marked for:

”alle de produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål” (Understregning foretaget)

31. Af meddelelsens pkt. 13 fremgår:

”Markedsafgrænsning går dybest set ud på at fastslå, om de pågældende virksomheders kunder i praksis har alternative forsyningskilder”.

32. Som Kommissionens meddelelse uddyber, går øvelsen ud på at undersøge efterspørgselssubstitution (især) og udbudssubstitution for at kunne afgrænse det relevante marked i en konkret sag.<sup>324</sup> Prøvelsen af, hvorvidt Deutz måtte have misbrugt en dominerende stilling til at styre forsyningskilderne, hvilket bestrides, er en særskilt og efterfølgende øvelse.

<sup>323</sup> Se Forenede sager T-125/97 og T-127/97, *The Coca-Cola Company og Coca-Cola Enterprises Inc. mod Kommissionen*, præmis 82.

<sup>324</sup> Der henvises til Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret fra 1997, særligt punkterne 7, 8, 13 og 14.

33. Også konkurrencelovens § 5 a fastslår, at afgrænsningen af det relevante marked skal ske på grundlag af en undersøgelse af efterspørgsels substitutionen og udbudssubstitutionen – og potentiel konkurrence, når de involverede virksomheders stilling på det relevante marked er blevet dokumenteret, og denne stilling giver anledning til tvivl om, hvorvidt loven er overtrådt. Det følger udtrykkeligt af bemærkningerne til bestemmelsen:

”En markedsafgrænsning efter loven kan således hverken af Konkurrencerådet eller af en dansk domstol ske, uden at efterspørgsels- og udbudssubstitution er undersøgt, dokumenteret og vurderet.”

34. Af bemærkningerne fremgår desuden, at først når det relevante marked er afgrænset – produktmæssigt og geografisk – kan de involverede virksomheders stilling på dette marked fastslås.<sup>325</sup> Først efter at der er foretaget en korrekt afgrænsning af det relevante marked, kan det således vurderes, om Deutz indtager en dominerende stilling på det relevante marked.<sup>326</sup>

35. Markedsafgrænsningen i nærværende sag gør det derimod ikke muligt at afklare, hvorvidt specifikke reservedele er omfattet af det relevante marked eller ej. Konkurrencerådet har blot anført, at der kan sondres mellem generiske og særligt tilpassede reservedele, og at der inden for de særligt tilpassede reservedele er nogle, der er ”unikke” (**bilag 24, pkt. 478**). Dette er en generel konstatering, der ikke vedrører TCD2015-motoren og ikke udpeger nogen specifik del i TCD2015-motoren som unik. Markedsafgrænsningen fremhæver ikke særlige tekniske forhold ved produkter, der gør, at de falder inden for eller uden for markedsafgrænsningen, og den gør det ikke muligt at identificere de reservedele, der skulle falde inden for eller uden for markedsafgrænsningen.

36. Konkurrencerådet skulle enten have præciseret markedsafgrænsningen eller have identificeret de specifikke reservedele, for hvilke Deutz efter Rådets vurdering skulle have en dominerende stilling. Når afgrænsningen går på f.eks. ”x86”-processorer (som er set i tidligere praksis<sup>327</sup>), er det ikke nødvendigt at oplyse samtlige produktnumre for den dominerende virksomhed i afgørelsen, da en ”x86”-processor objektivt lader sig identificere, og der ikke er nogen umiddelbar tvivl om, at et produkt falder inden for henholdsvis uden for definitionen. Modsat ved en henvisning til ”unikke reservedele”, der intet siger om produkternes egenskaber, men kræver omfattende efterfølgende undersøgelser. Uden en præcisering af en sådan afgrænsning eller identifikation af de enkelte produkter foreligger der ikke en markedsafgrænsning i overensstemmelse med konkurrencereglerne. Konkurrencerådets markedsafgrænsning i nærværende sag er derfor forkert og ufuldstændig. Rådets antagelse om, at Deutz indtog en dominerende stilling i forhold til reservedele omfattet af udbuddet, kan således ikke lægges til grund.

37. Konkurrencerådet har i pkt. 290 (**bilag 24**) henvist til forhold, som efter Rådets opfattelse skulle dokumentere, at Rådet har foretaget en tilstrækkelig markedsaf-

<sup>325</sup> Betænkning nr. 242 af 18. maj 2000 over Forslag til lov om ændring af konkurrenceloven, bemærkningerne til nr. 4.

<sup>326</sup> Se tillige Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, 4. udgave, 2018, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 589), Sø- og Handelsrettens dom af 5. marts 2015 i sag nr. U-0003-10 og U-0006-10, e-takeaway ApS mod Just-Eat.dk ApS og Pizza.dk mod Just-Eat.dk ApS, samt Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. april 2007 i sagen Forenede Danske Antenneanlæg.

<sup>327</sup> Jf. Kommissionens afgørelse i sag COMP/C-3/37 990 – Intel.

grænsning. Konkurrenceankenævnet henviser til dette punkt i afgørelsen og anfører (**bilag 2**):

”Ved vurderingen af, at der er unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, og som ikke i tilstrækkelig grad er substituerbare med andre, udgør de i bl.a. punkt 290 i Konkurrencerådets afgørelse oplyste mails tilstrækkelig dokumentation for, at et sådant separat marked findes [...]”.

38. Der er imidlertid primært tale om udtalelser internt i Deutz og DMN, der ikke kan tages til indtægt for en konkurrenceretlig markedsafgrænsning. Intern e-mail-korrespondance kan i nogle tilfælde understøtte tekniske, økonomiske og juridiske analyser, men kan ikke erstatte dem. Mange virksomheder skriver f.eks. i deres årsrapporter eller salgsmateriale, at de er markedsledende, men det gør dem ikke automatisk dominerende i konkurrenceretlig forstand. Ej heller kan der lægges særligt vægt på udtalelser fra virksomheder som DSB og Fleco ApS (**”Fleco”**), der har åbenlyse egeninteresser i sagen, ikke er producenter af TCD2015-motoren, ikke har en motorproducents indsigt og i øvrigt ikke har foretaget en tilstrækkelig undersøgelse.

39. Derudover skal udtalelserne læses i lyset af, at der var store leveringsvanskeligheder på markedet i perioden, jf. til slut i afsnit 2.3 nedenfor. At det om en reservedel siges, at den på tidspunktet ikke kan fås fra andre kilder, skal derfor ikke tilskrives, at den er unik, men tværtimod at der var store leveringsvanskeligheder.

40. Dette er blandt andet tilfældet ved mailkorrespondancen mellem Deutz og DMN (**bilag 24, underbilag 44**). Rådet udlægger dette bilag på den vis, at Deutz har kendskab til, at en række reservedele er unikke, da det i bilaget hedder: *”[Udeladt] hat noch mal unterstrichen, dass wir am Anfang des Jahres für alle diese Teile Alternativlieferanten gesucht haben (wegen Kapazitätsproblemen) und wir keine gefunden haben!”*.<sup>328</sup> Som det fremgår ordret i mailen, vedrører dette imidlertid de kapacitetsproblemer, som Deutz selv havde i begyndelsen af 2010, og på ingen måde en konkurrenceretlig markedsafgrænsning. At Deutz ikke selv kunne opnå leverancer af produkter fra sine leverandører er ikke udtryk for, at Deutz er dominerende.

41. Konkurrencerådet har helt undladt at foretage en nærmere undersøgelse eller efterprøvelse af, hvorvidt de påståede unikke reservedele faktisk er unikke.

42. I sin ”markedsundersøgelse” har Rådet f.eks. ikke stillet specifikke spørgsmål om TCD2015-motoren, men stillet syv distributører af reservedele til motorer en række generelle og stærkt ledende spørgsmål (**bilag 24, underbilag 76**). Dette giver ikke brugbare svar og er utilstrækkeligt til at foretage en markedsafgrænsning. Svarene bekræfter heller ikke Rådets konklusion om unikke reservedele. Den såkaldte markedsundersøgelse understøtter således ikke Rådets konklusion om unikke reservedele.

43. Styrelsen har blandt andet stillet aktørerne spørgsmålet: *”KFST har fået oplyst, at reservedele som motorblok, krumtap, knastakler, olie- og vandpumper og gummislanger er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, me-*

<sup>328</sup> Oversat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen til: *”[udeladt] har endnu en gang understreget, at vi i begyndelsen af året har forsøgt at finde alternative leverandører af alle disse dele (på grund af kapacitetsproblemer), og vi har ikke fundet nogen!”*.



*tallegeringer, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?"* Fire ud af de syv aktører svarer, at det er svært at udtale sig om, eller at aktøren ikke kender svaret. Én aktør afkræfter Rådets antagelse om, at gummislanger skulle være unikke. En anden aktør angiver, at det "lyder rigtigt", at de af Rådet påståede unikke reservedele skulle være unikke. Kun én aktør har angivet, at det "er rigtigt", at de af Rådet påståede unikke reservedele er unikke. En tredje aktør har svaret, at det "nok er rigtigt" for så vidt angår motorblokken, som ikke kan kopieres, medmindre man har oplysninger om de præcise specifikationer. Der skal ifølge denne aktør også produceres en vis mængde, for at det er økonomisk rentabelt.

44. Konkurrencerådet har heller ikke inddraget en teknisk ekspert, selvom Deutz har anbefalet dette, eller på noget tidspunkt undersøgt, om Deutz faktisk kontrollerede forsyningskanalerne som blot antaget af Rådet. Rådet har tilsyneladende heller ikke været i kontakt med de producenter, der producerede mere end [udeladt] pct. af komponenterne til TCD2015-motoren. Rådet har heller ikke fået foretaget en inspektion af TCD2015-motoren.

45. Endelig har Rådet ikke under denne retssag fremlagt yderligere dokumentation, der understøtter, at markedsafgrænsningen og vurderingen af, at Deutz indtog en dominerende stilling, er korrekt.

46. I pkt. 296 i afgørelsen (**bilag 24**) anførte Rådet, at det ikke var nødvendigt for afgørelsen nærmere at definere, hvilke reservedele der var unikke, og hvilke reservedele der ikke var unikke, da materialet viste, at der fandtes unikke reservedele, og da Deutz var klar over, hvilke det var. Deutz havde ifølge Rådet ikke dokumenteret, at reservedelene kan købes andetsteds, da den af Deutz fremsendte liste med eksempler på alternative leverandører til Rådet (**bilag 24, underbilag 71**), ifølge Rådet ikke beviser, at Fleco ville være i stand til at købe reservedelene hos de alternative leverandører.

47. Ligeledes fandt Konkurrenceankenævnet på side 16 i kendelsen (**bilag 2**), at bilag 24, underbilag 71, ikke udgjorde tilstrækkelig dokumentation for, at der fandtes alternative forsyningskanaler. Blandt andet derfor tiltrådte Ankenævnet Rådets markedsafgrænsning.

48. Det er imidlertid ikke Deutz, der skal bevise, at reservedelene til brug for udbuddet kunne købes fra alternative leverandører. Det er Konkurrencerådet, der skal bevise, at Deutz har overtrådt konkurrencereglerne, fordi Deutz indtog en dominerende stilling på det relevante marked (bl.a. fordi der eksisterede unikke reservedele) og misbrugte denne stilling. Dette har Rådet ikke bevist.

49. Der henvises i den forbindelse til artikel 2 i Rådets forordning 1/2003, hvoraf det følger, at det i samtlige medlemsstaters og Fællesskabets procedurer vedrørende anvendelsen af artikel 101 og 102 TEUF er sådan, at bevisbyrden for overtrædelse af artikel 101, stk. 1, eller artikel 102 TEUF påhviler den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende. Der er ikke belæg for at vende bevisbyrden om. Under alle omstændigheder har Deutz dokumenteret, at reservedelene kunne skaffes fra alternative leverandører, jf. afsnit 1.2 nedenfor.

50. Rådets markedsafgrænsning er således utilstrækkelig. Det indebærer også, at Rådets konklusion om, at Deutz indtog en dominerende stilling på dette marked, er forkert.

1.2 Konkurrencerådet har ikke undersøgt, om der er alternative forhandlere af reservedele til TCD2015-motoren, hvilket der er

51. Selv hvis Sø- og Handelsretten måtte finde, at markedsafgrænsningen er korrekt foretaget som unikke dele i TCD2015-motoren, der *alene* kan erhverves via Deutz, og Deutz i forhold til sådanne reservedele er dominerende, er det tilstrækkeligt for Deutz at bevise, at en reservedel falder uden for markedsdefinitionen, fordi reservedelen er tilgængelig fra andre kilder end Deutz. Det skyldes, at Rådets markedsafgrænsning efter sin formulering *alene* vedrører reservedele, hvor Deutz har monopol.

52. Deutz gør gældende, at reservedele til brug for udbuddet kunne anskaffes både via Deutz' forhandlere og producenter (afsnit 1.2.1 nedenfor) og fra andre leverandører (afsnit 1.2.2 nedenfor).

53. Konkurrencerådet har ikke foretaget en tilstrækkelig undersøgelse af markedet, men forladt sig på forkerte oplysninger fra bl.a. Fleco. Af Konkurrencerådets afgørelse, pkt. 681 (**bilag 24**), fremgår eksempelvis:

”Da de unikke reservedele ikke kan rekvireres udenom Deutz' forhandlersystem eller via virksomheder, som producerer for Deutz, er det *alene* gennem disse virksomheder, Fleco har søgt at få levering af de unikke reservedele.”

54. Fleco har således tilsyneladende – som følge af en fejlagtig (og i denne sag udokumenteret) antagelse om, at reservedele *alene* kunne anskaffes via Deutz og Deutz' forhandlere og producenter – end ikke forsøgt at skaffe reservedele fra alternative leverandører, hvilket havde været muligt. Rådet baserede sig herpå og undersøgte ikke selv tilstrækkeligt, om reservedelene kunne anskaffes uden om Deutz – til trods for, at Deutz inden Rådets afgørelse fremlagde dokumentation for alternative leverandører for en lang række reservedele (**bilag 24, underbilag 71**).

55. Deutz har også efterfølgende dokumenteret, at en række reservedele kan anskaffes fra alternative leverandører. Det gælder bl.a. samtlige de reservedele, der potentielt kan henregnes til de eksempler på påståede ”unikke” reservedele i Rådets afgørelse, pkt. 90 og 92, og samtlige monitorerede reservedele, jf. afsnit 1.2.2 nedenfor.

1.2.1 Anskaffelse fra Deutz' forhandlere og producenter

56. Konkurrencerådet har uberettiget foretaget identifikation mellem Deutz og både Deutz' forhandlere og leverandører ved afgrænsningen af det relevante marked. Det ses i Rådets afgørelse, fodnote 4 til pkt. 34, hvor det som fodnote til sætningen ”*Det drejer sig for det første om det forudgående marked for udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz AG*” anføres (**bilag 24**):

”Med formuleringen ”der kun kan erhverves via Deutz” menes via kanaler, der er kontrolleret af Deutz. Det vil sige Deutz selv, Deutz' handlernetværk samt de producenter, der producerer for Deutz.”

57. Det er udokumenteret, at antagelsen i den citerede fodnote er korrekt. De eneste andre bemærkninger herom i afgørelsen ses i pkt. 296, 742 og 756 (**bilag 24**),

hvor det ligeledes påstås, at "sagsoplysningerne" eller "materialet fra kontrolundersøgelsen" viser, at Deutz kan kontrollere forhandlernetværket, uden at disse udsagn i øvrigt er udbygget eller dokumenteret.

58. Deutz bestrider, at Deutz skulle kontrollere forhandlere og producenter. Konkurrencerådet har ikke – på trods af Deutz' gentagne opfordringer (15) herom – fremlagt dokumentation for, at der skulle eksistere eksklusivaftaler eller andet mellem Deutz og Deutz' leverandører, henholdsvis mellem Deutz og Deutz' forhandlere, der forhindrer kunder, der ønsker dele til TCD2015-motoren til brug for en "overhaul", at erhverve sådanne dele fra Deutz' leverandører eller forhandlere.

59. Tværtimod følger det blandt andet af Deutz' distributionsaftale med DMN (**bilag 24, underbilag 8**), at:

"[udeladt]"

60. Tilsvarende fremgår af Deutz' distributionsaftale med Equipco (**bilag 24, underbilag 79**):

"[udeladt]"

61. Det fremgår således entydigt af distributionsaftalerne med Deutz' forhandlere, at disse ikke er kontrolleret af Deutz, men tværtimod skal handle uafhængigt af Deutz.

62. Dertil kommer, at det ikke er afgørende, at Deutz ifølge Rådets antagelse kunne kontrollere forsyningskanalerne (hvilket bestrides). Rådet sammenblander her afgrænsningen af det relevante marked og vurderingen af, om Deutz har misbrugt en dominerende stilling, idet Deutz' mulighed for at kontrollere forsyningskanalerne alene er relevant ved en vurdering af misbrug af dominans.

63. Endvidere havde Deutz selv leveringsvanskeligheder som følge af lange leverancetider, hvilket var kendt for alle Deutz' forhandlere og ikke mindst DSB og Fleco allerede inden DSB-udbuddet, jf. til slut i afsnit 2.3 nedenfor. Derfor kunne Deutz ikke indgå leveringsaftaler med sine forhandlere, hvis ordrene oversteg Deutz' egen leveringskapacitet, eller hvis de af kunderne krævede leveringstider var kortere end de leveringstider, som Deutz selv blev tilbudt fra reservedelsproducenterne.

64. Deutz' manglende levering til forhandlere som følge af leveringsvanskeligheder er ikke udtryk for, at Deutz kontrollerede forhandlerne og ikke ville levere.

65. Det bemærkes i øvrigt, at Deutz i 2010 selv købte [udeladt] fra eksterne producenter.

66. Rådet har tilsyneladende ikke været i kontakt med disse producenter; hverken i forhold til spørgsmålet om eventuelle eksklusivaftaler eller om de leveringsvanskeligheder, som var kendt på markedet allerede inden DSB-udbuddet. Tværtimod har Rådet baseret sig på en fejlagtig (og udokumenteret) antagelse om, at reservedele alene kunne anskaffes via kanaler, der angiveligt er kontrolleret af Deutz.

67. Af Konkurrencerådets afgørelse, pkt. 135 (**bilag 24**), fremgår desuden, at underleverandører, der handler på vegne af slutbrugerne, får produkter enten fra Deutz' forhandlernetværk "eller direkte fra Deutz' uafhængige producenter". Da reservedele kan fås direkte fra uafhængige producenter, er reservedele ikke unikke.

68. Tilsvarende fremgår det af bilag 24, underbilag 73, at Equipco har oplyst, at Deutz' producenter også kan levere direkte til kunderne, og at muligheden herfor er "almen kendt". Det fremgår også, at Equipco kan levere uden for sit eksklusivområde ved passivt salg.

69. Dertil kommer, at DMN, der var Deutz' forhandler i Danmark, rent faktisk leverede reservedele til konsortiet til brug for udbuddet, jf. pkt. 260 i Rådets afgørelse (**bilag 24**) samt DMN's høringssvar til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (**bilag 24, underbilag 72, side 10-13**).

70. Som følge heraf og som følge af processuel skadevirkning samt det forhold, at Konkurrencerådet ikke i øvrigt har dokumenteret postulatet, må det lægges til grund, at der ikke kan ske en sådan identifikation mellem Deutz og Deutz' forhandlere og leverandører, som Deutz ikke kontrollerer. Det indebærer, at reservedele også kunne anskaffes fra Deutz' forhandlere og leverandører (foruden alternative leverandører, jf. afsnit 1.2.2 nedenfor).

71. Markedsafgrænsningen og vurderingen af, at Deutz er dominerende, er således forkert. Det indebærer, at det ikke er dokumenteret, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og/eller artikel 102 TEUF.

## 1.2.2 Anskaffelse fra andre leverandører

### 1.2.2.1 Der var alternative leverandører for reservedele til TCD2015-motorerne

72. Foruden anskaffelse fra Deutz' forhandlere og leverandører kunne der også ske anskaffelse fra andre leverandører, idet der findes andre leverandører af reservedele til brug for en "overhaul" af DSB's TCD2015-motorer. Også af denne grund er Konkurrencerådets markedsafgrænsning og deraf følgende dominansvurdering forkert.

73. Deutz har fremlagt dokumentation for, at der var alternative forsyningskilder for en lang række reservedele, herunder alle de reservedele, der i Rådets afgørelse er nævnt som eksempler på påståede unikke reservedele, og alle de reservedele, som Deutz monitorerede ifølge underbilag 43 til Rådets afgørelse (**bilag 24, underbilag 43**). Der henvises til bilag 24, underbilag 71, bilag 19, bilag 22 og bilag 23. For samtlige disse reservedele gælder således, at Deutz har bevist, at de ikke er unikke.

74. Bilag 19 er en oversigt med en række eksempler på tredjepartsleverandører for reservedele til TCD2015-motoren, herunder bl.a. [udeladt].

75. Bilag 23 indeholder yderligere eksempler på reservedele til TCD2015-motoren, der kan skaffes fra alternative leverandører, herunder [udeladt].

76. Bilag 19 og bilag 23 dokumenterer, at en lang række af de reservedele, der er nævnt i besvarelsen af spørgsmål 4, 5, 8 og 15 i den oprindelige skønserklæring<sup>329</sup>

(bilag 21) kan fås fra alternative leverandører via f.eks. *TecDoc Catalogue* eller Hamofa og således ikke er unikke. Ingen af leverandørerne nævnt i bilag 19 og 23 er på nogen måde kontrolleret af Deutz.

77. Det forhold, at Deutz ikke har fremlagt dokumentation for, at en given reservedel kan anskaffes fra alternative leverandører, er ikke ensbetydende med, at reservedelen kun kan anskaffes via Deutz. Tværtimod kan det forhold, at en reservedel ikke måtte kunne anskaffes via f.eks. *TecDoc Catalogue* eller Hamofa, illustrere, at reservedelen er en almindelig standardreservedel, som er tilgængelig i almindelige byggemarkeder såsom Silvan, Bauhaus og Jem & Fix. Det gælder eksempelvis for skruer.

78. Bilag 19 og 23 understøtter, at Rådet ikke i tilstrækkelig grad har undersøgt, om der faktisk var alternative leverandører på markedet. Rådet har udelukkende baseret deres vurdering på fejlagtige information fra konsortiet og DSB samt på svar på generelle og ledende spørgsmål om reservedele til udvalgte distributører, jf. ovenstående afsnit 1.1 og afsnit 1.2.2.2 nedenfor.

79. Det må have formodningen imod sig, at alle de mange reservedele, som er dokumenteret tilgængelige i dag, herunder alle påståede unikke reservedele og alle reservedele, der blev monitoreret, ikke var det i 2010. Dertil kommer, at der eksempelvis via *TecDoc Catalogue* kunne anskaffes [udeladt] forskellige dele i 2010 (i dag [udeladt] dele), mens *TecDoc Catalogue* i 2010 allerede havde [udeladt] dataleverandører (i dag [udeladt]). Deutz havde også inden Rådets afgørelse fremlagt dokumentation for mulige alternative leverandører for en lang række reservedele, jf. bilag 24, underbilag 71.

80. Det er Konkurrencerådets bevisbyrde at dokumentere, at reservedelene ikke var tilgængelige og dermed var unikke i 2010. Denne bevisbyrde har Rådet ikke løftet.

81. Konkurrencerådets henvisning til, at det er Deutz' vurdering, at der ikke findes alternative leverandører, er ikke korrekt. Særligt Rådets henvisning til mailkorrespondancen mellem Deutz og DMN af 4. august 2010 (**bilag 24, underbilag 44**) er misvisende. Rådet har anført, at det angiveligt er Deutz' vurdering, at der ikke findes alternative leverandører til de relevante reservedele, eftersom det i mailen fremgår, at Deutz i *begyndelsen* af 2010 har forsøgt at finde alternative leverandører til disse reservedele. Det bemærkes hertil, at mailen henviser til en naturlig og fuldt lovlig orientering i markedet, der er foretaget flere måneder forud for DSB's udbud og aftaleindgåelse med Fleco i juli 2010, og som er foretaget som følge af kapacitetsproblemer i markedet. Rådet kan derfor ikke med rette lægge en henvisning til en historisk undersøgelse af markedet til grund for, at der i juli 2010 og flere måneder efter undersøgelsen ikke var alternative leverandører.

82. Derudover følger det af den supplerende skønsrapport (**bilag 22**), som flere steder retter op på fejl i den oprindelige skønsrapport (**bilag 21**), at der er alternative leverandører for en lang række reservedele, som således ikke er unikke. I tabellen

---

<sup>329</sup> Besvarelsen af spørgsmål 4 i den oprindelige skønsrapport angik dele, der ifølge skønsmændene var unikke og kunne købes fra forskellige virksomheder, dog udelukkende fra Deutz' forsyningskæde. Besvarelsen af spørgsmål 5 angik dele, der ifølge skønsmændene udelukkende anvendtes i DSB-togmotorer. Besvarelsen af spørgsmål 8 angik bl.a. dele, der ifølge skønsmændene kun kunne købes hos Deutz eller Deutz-forhandlere. Besvarelsen af spørgsmål 15 angik bl.a. dele, der ifølge skønsmændene ikke kunne hentes fra forskellige leverandører (OEM eller tredjeparter).

på side 6-7 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**), konstaterer skønsmændene, at en lang række reservedele, herunder [udeladt] kan anskaffes fra alternative leverandører.

83. I den supplerende skønsrapport har skønsmændene ligeledes rettet op på fejl i deres besvarelse af spørgsmål 8, 15 og 16 i den oprindelige skønserklæring. Af besvarelsen af spørgsmål 23 i den supplerende skønserklæring (**bilag 22**) fremgår eksempelvis, at komponenterne nævnt i spørgsmål 8 i den oprindelige skønserklæring, som blandt andet nævnte dele, der ifølge skønsmændene kun kunne købes hos Deutz eller Deutz-forhandlere (**bilag 21**), grundlæggende kan købes som standarddele hos alternative forhandlere. De er således ikke unikke.

84. Det har ingen betydning, at skønsmændene ikke kunne svare på, om det fornødne antal dele kunne skaffes hos de af Deutz foreslåede forhandlere, og om alle dele er originale (**bilag 22**). Det forhold, at det fra én leverandør måtte være vanskeligt eller umuligt at indkøbe alle de relevante reservedele i de påkrævede mængder – som var af en hidtil uset størrelse – og inden for det af DSB krævede korte tidsrum, påviser ikke, at de relevante reservedele kun kunne leveres af Deutz eller Deutz-forhandlere. Selv hvis det måtte være nødvendigt at indkøbe den påkrævede mængde af reservedele fra flere leverandører, kan dette ikke medføre, at der ikke findes alternative leverandører. Afgørende er, at reservedelene kunne fås hos alternative leverandører, hvilket de kunne.

85. Det var heller ikke et krav, at reservedelene skulle være originale. Tværtimod fremgik det af DSB's indbydelse til prækvalifikation af 12. marts 2010 (**bilag 4**) og af referat af Konkurrence og Forbrugerstyrelsens møde med DSB (**bilag 24, underbilag 3**), at DSB accepterede reservedele produceret af tredjeparter. Af DSB's dokument "*Koncept for renovering af kraftforsyningen i IC3*" (**bilag 20**), fremgår desuden, at ikke alle reservedele, som konsortiet skulle levere til DSB, var originale.

86. Derudover fremgår det af skønsmændenes besvarelse af spørgsmål 24 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**), at skønsmændenes yderligere undersøgelser ved de af Deutz foreslåede forhandlere viser, at komponenterne nævnt i spørgsmål 15, a og b, i den oprindelige skønsrapport, som bl.a. nævnte dele, der ifølge skønsmændene ikke kunne hentes fra forskellige leverandører (OEM eller tredjeparter) (**bilag 21**), kan købes via forskellige forhandlere som standarddele. Disse dele er således heller ikke unikke. Skønsmændene skriver også: "*Det kan ikke siges, om det er muligt at købe et stort antal dele, og om nogle dele er modificeret senere*". Som nævnt er det underordnet, om det var muligt at købe samtlige nødvendige dele hos de enkelte leverandører. Det kan heller ikke lægges til grund, at reservedele skulle være modificerede.

87. Desuden blev skønsmændene i spørgsmål 20 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**) anmodet om med afsæt i spørgsmål 4 i den oprindelige skønsrapport at præcisere, om de i den oprindelige skønsrapport angivne "*unikke komponenter*" (**bilag 21**) fortsat vurderedes kun at kunne anskaffes hos Deutz' forhandlernetværk, eller om disse komponenter også kunne købes via *TecDoc Catalogue* og/eller tredjeparters onlineforretninger, herunder f.eks. hamofa.com og bildeleshop.dk. Skønsmændene svarede, at disse dele – med udgangspunkt i de partnumre, der har været til rådighed, og som er defineret i DSB's udbudsmateriale, appendiks 1 (**bilag 5**) – kan købes ved forskellige forhandlere (**bilag 22**).

88. Derudover har skønsmændene i deres besvarelse af spørgsmål 20 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**) anført, at det er muligt at købe standarddele og modificere eller tilpasse dem. Dette underbygges tillige af, at DSB faktisk foretog indkøb af reservedele til andre motorer og selv modificerede dem således, at de kunne benyttes i TCD2015-motoren, jf. pkt. 31 i Rådets afgørelse (**bilag 24**). Det understøtter, at reservedelene faktisk kunne erhverves fra andre leverandører og med mindre modifikationer bruges i TCD2015-motoren.

89. Skønsmændene angiver tillige, at alle dele med partsnummer/varenummer udgør standarddele, som således frit kan købes ved forskellige forhandlere (**bilag 22**). Alle dele oplyst i tabellen på side 6-7 i den supplerende skønsrapport har et partsnummer (**bilag 22**).<sup>330</sup> Alle disse dele med partsnumre kan således ifølge skønsmandene købes frit ved forskellige forhandlere som standarddele, ligesom de kan anvendes i andre motorer, jf. nærmere afsnit 1.4 nedenfor. De er således ikke unikke.

90. Det fremgår af bilag 19, bilag 22 og bilag 23, at der er alternative leverandører for samtlige reservedele angivet i den oprindelige skønsrapport, besvarelsen af spørgsmål 4, 5, 8, 15 og 16 (**bilag 21**), på nær én reservedel ([udeladt]), som ikke er angivet som unik i Konkurrencerådets afgørelse, og som af skønsmandene alene er nævnt i den oprindelige skønsrapport under besvarelsen af spørgsmål 5 (**bilag 21**), som vedrører komponenter i TCD2015-motorerne, der kun anvendes i DSB-togmotorerne. I besvarelsen af spørgsmål 21 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**), angiver skønsmandene, at bl.a. [udeladt] givetvis også vil kunne anvendes i TCD 2015 V06-motoren (som er en anden motor end TCD2015-motoren (TCD 2015 V06 Railway), som DSB anvender i IC3-togene). Heller ikke [udeladt] er således en unik reservedel, jf. nærmere nedenfor under afsnit 1.4.

91. For så vidt angår, Deutz' egen brugermanual, gengivet i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**), hvoraf det fremgår, at det ved gennemførelsen af reparationsarbejder på motoren er foreskrevet, at der generelt skal bruges originale DEUTZ-dele, og at manglende overholdelse heraf indebærer, at garantien bortfalder, bemærkes det, at det er forventeligt og sædvanligt, at Deutz anbefaler anvendelse af originale Deutz-reservedele og alene tilbyder garanti herfor. Som det ses af DSB's indbydelse til prækvalifikation (**bilag 4**), af referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DSB (**bilag 24, underbilag 3**) samt af DSB's dokument "*Koncept for reovering af kraftforsyningen i IC3*" (**bilag 20**), indebærer det imidlertid ikke, at kunderne kræver anvendelse af originale Deutz-reservedele.

92. Det er desuden ikke kun Deutz eller Deutz' forhandlere, der leverer originale reservedele. Deutz får produceret mere end [udeladt] pct. af reservedelene til TCD2015-motoren fra uafhængige tredjeparter. Disse reservedele er ikke kopier, men er identiske med originale Deutz-reservedele (bortset fra Deutz-logoet). De kan også betegnes som originale reservedele, og de ville være tilgængelige via bl.a. uafhængige tredjeparter.

93. Dertil kommer, at det for en lang række af reservedele nævnt i bilag 19 og samtlige reservedele nævnt i bilag 23 gælder, at det udtrykkeligt fremgår, at der er tale

---

<sup>330</sup> I tabellen er [udeladt] anført uden partsnummer. [udeladt] har dog samme partsnummer som det i tabellen anførte partsnummer for [udeladt], jf. bilag 19.

om originale reservedele. Det gælder alle reservedelene tilgængelige hos hamofa.com (se angivelsen "ORIGINAL PARTS" i den blå boks i øverste højre hjørne).<sup>331</sup>

94. Det bemærkes ligeledes, at DSB rent faktisk fik gennemført deres "overhaul" uden at købe alle eller hovedparten af reservedelene fra Deutz eller – så vidt det er Deutz bekendt – Deutz' forhandlere. Deutz kan ikke ud fra sine data konstatere, at de dele, der indgik i DSB's udbud, hovedsageligt blev købt fra Deutz.

95. Tværtimod fremgår det af bilag 14, at DSB havde betalt en anden leverandør end DMN for levering af reservedele, og at DSB afviste DMN's tilbud på levering, hvilket må antages at skyldes, at DSB så sig i stand til at erhverve de nødvendige reservedele fra andre end DMN.

96. Det fremgår ligeledes af referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DSB den 11. november 2011 (**bilag 24, underbilag 3**). Heraf fremgår bl.a., at renoveringsopgaven ifølge DSB kørte efter planen, fordi Fleco m.fl. havde indkøbt et lager af komponenter, og fordi Fleco m.fl. fik kopieret visse originale komponenter.

97. Dertil kommer, at DSB til brug for "overhauleden" faktisk modtog levering fra Fleco af nogle motorblokke, der var orange i modsætning til de "normale" Deutz-motorblokke, der havde en anden farve, jf. bilag 24, underbilag 70. Af bilaget følger også, at disse orange motorblokke ikke har fungeret anderledes end Deutz-motorblokkene i den normale farve.

98. At Fleco var i stand til at levere orange motorblokke til DSB til brug for "overhauleden" beviser, at der ikke var tale om unikke reservedele, som kun kunne erhverves via Deutz. Motorblokke udgør ellers et af eksemplerne på de angiveligt unikke reservedele nævnt i Konkurrencerådets afgørelse. I forlængelse af oplysningerne herom i interviewet med DSB (**bilag 24, underbilag 70**) må Rådet have været bekendt med, at i hvert fald motorblokke ikke udgjorde unikke reservedele, der ikke kunne skaffes fra andre end Deutz. Ikke desto mindre traf Rådet afgørelse ud fra den fejlagtige forudsætning, at motorblokke udgjorde unikke reservedele. Rådets afgørelse er således forkert.<sup>332</sup>

99. Som følge af ovenstående, Konkurrencerådets manglende besvarelse af opfordring (10), (11), (13) og (14)<sup>333</sup> samt processuel skadevirkning må det således lægges til grund, i) at reservedelene til brug for DSB's "overhaul" kunne anskaffes fra andre end Deutz og Deutz' distributionsnetværk, ii) at der faktisk var realistiske alternative leveringskilder til reservedelene, iii) at DSB faktisk fik gennemført "overhauleden" af de 404 TCD2015-motorer inden for et passende tidsrum, og iv) at reservedelene, der blev benyttet til den af DSB gennemførte "overhaul", kom fra andre end Deutz og Deutz' handlernetværk.

<sup>331</sup> I bilag 19 er der tale om [udeladt].

<sup>332</sup> Det følger også af den supplerende skønsrapport (**bilag 22**), hvoraf det ses, at [udeladt] tillige kan erhverves via den uafhængige leverandør Hamofa.

<sup>333</sup> Opfordring (10) gik ud op, at Rådet skulle oplyse, hvilke reservedele der til brug for "overhauleden" udelukkende var tilgængelige fra Deutz selv og således ikke blev leveret til Deutz af tredjemand. Opfordring (11) gik ud på, at Rådet skulle fremlægge de for Rådet ved afgørelsen foreliggende oplysninger, der dokumenterer, at der af sikkerhedsmæssige, økonomiske eller andre grunde ikke var realistiske alternativer for DSB end indkøb af delene fra eller via Deutz. Opfordring (13) gik ud på, at Rådet skulle bekræfte, at DSB faktisk fik gennemført "overhauleden" af de 404 TCD2015-motorer, samt fremlægge oplysninger om den tidsmæssige udstrækning af "overhauleden". Opfordring (14) gik ud på, at Rådet skulle oplyse, hvor reservedelene, der blev benyttet til den af DSB gennemførte "overhaul", kom fra.



**100.** Der var således alternative leverandører for reservedele til TCD2015-motorerne, og Rådets markedsafgrænsning og dominansvurdering er således forkert.

1.2.2.2 Der er ikke sammenhæng mellem Rådets eksempler på unikke dele, monitorerede/"blokerede" dele og skønsmændenes konklusioner

**101.** Konkurrencerådet gør gældende, at der er sammenhæng mellem Rådets eksempler på unikke dele, monitorerede/"blokerede" dele og skønsmændenes konklusioner. Det er ikke korrekt.

**102.** Konkurrencerådet gør gældende, at Deutz lavede en liste over de reservedele, der efter Deutz' opfattelse ikke kunne rekvireres uden om Deutz (**bilag 24**). Ifølge Konkurrencerådet "blokerede" Deutz [udeladt] reservedele angivet i bilag 24, underbilag 43. Der var imidlertid ikke tale om, at Deutz blokerede reservedelene. Deutz monitorerede dem for at sikre, at virksomhedens forhandlere ikke foretog aktive salg i strid med deres distributionsaftaler til virksomheder i Danmark.

**103.** Dette understøttes af, at maksimalt [udeladt] af de monitorerede reservedele potentielt kan henregnes under de i afgørelsen nævnte unikke reservedele.<sup>334</sup> Årsagen til, at det ikke kan siges med sikkerhed, er, at det er usikkert, hvilke reservedele der falder ind under angivelserne i Rådets afgørelse, der ikke angiver et partnummer, og som bl.a. nævner "diverse slangestykker, der i dimension og gummisammensætning er udviklet specielt til eller af Deutz". Som nævnt har Deutz med bilag 19,<sup>335</sup> 22<sup>336</sup> og 23<sup>337</sup> fremlagt dokumentation for, at alle disse reservedele kan skaffes fra alternative leverandører.

**104.** Dertil kommer, at en del af de monitorerede reservedele ikke fremgår af DSB's udbudsmateriale (**bilag 5**). Det gælder for følgende reservedele:

- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt]
- [udeladt] og
- [udeladt].

**105.** Dette understøtter, at monitoreringen ikke var relateret til DSB's udbud.

**106.** Det bemærkes yderligere, at skønsmændene i den oprindelige skønsrapport ved besvarelsen af spørgsmål 8 (**bilag 21**) antog, at [udeladt] (uden angivelse af

<sup>334</sup> Der kan maksimalt være tale om [udeladt].

<sup>335</sup> Bilag 19 oplister mulige alternative leverandører til [udeladt].

<sup>336</sup> Bilag 22, tabellen på side 6-7, oplister mulige alternative leverandører til [udeladt]. Derudover er [udeladt] omfattet af besvarelsen af bilag 22, spørgsmål 24. [udeladt] er desuden omfattet af besvarelsen af spørgsmål 23.

<sup>337</sup> Bilag 23 oplister mulige leverandører for [udeladt]. Det er usikkert, om [udeladt] kan henregnes til de påståede unikke reservedele. [udeladt] var ikke omfattet af DSB-udbuddet.

partsnumre) kun kunne købes hos Deutz eller Deutz-forhandlere. Disse dele er også angivet som unikke dele i Rådets afgørelse, pkt. 90 (**bilag 24**).

**107.** Ved besvarelsen af spørgsmål 15 i den oprindelige skønsrapport (**bilag 21**) antog skønsmændene også, at "[udeladt]", der er angivet som unikke dele i Rådets afgørelse, er "*ægte Deutz dele / komponenter (dvs. dele, der kun var tilgængelige, på daværende tidspunkt, for Deutz eller en Deutz forhandler)*". Skønsmændene antog videre, at "[udeladt]" og "[udeladt]" kan renoveres ved slibning, hvis de ikke skal udskiftes på grund af slid, af en tredjepart. Skønsmændene udtalte også, at reovering af brugte motorkomponenter som f.eks. [udeladt] mv. er almindeligt i branchen, og at de har samme eller identisk kvalitet som nye dele, hvis de er professionelt reoveret. Herefter fremgår:

*"[udeladt] er en speciel del, efter skønsmandens opfattelse, og er kun mulig, at reovere med originale dele fra Deutz eller fra en Deutz forhandler."*

**108.** Af de påståede unikke dele angivet i Rådets afgørelse er det således maksimalt [udeladt], der angives som unikke dele i den oprindelige skønsrapport (**bilag 21**).

**109.** I den supplerende skønsrapport (**bilag 22**) ændrer skønsmændene imidlertid deres besvarelse. Af tabellen på side 6-7 i bilag 22 fremgår, at de specifikke dele [udeladt] er tilgængelige fra navngivne alternative leverandører, for de fleste deles vedkommende endda fra flere forskellige alternative leverandører. Disse dele er således – også ifølge skønsmændene – ikke unikke. Tabellen på side 6-7 i bilag 22 oplister ikke specifikt alternative leverandører for [udeladt]. Disse dele er der – blandt mange andre reservedele – oplistet alternative leverandører for i bilag 19<sup>338</sup> og 23,<sup>339</sup> hvorfor disse dele heller ikke er unikke. Det erklærer skønsmændene sig enige i i svaret på spørgsmål 24 (**bilag 22**). Her angiver skønsmændene, at undersøgelser ved de af Deutz foreslåede forhandlere viser, at komponenterne nævnt i spørgsmål 15, a og b, dvs. bl.a. [udeladt], kan købes via forskellige forhandlere som standarddele.

**110.** I svaret på spørgsmål 23 (**bilag 22**) vurderer skønsmændene ligeledes, at komponenterne nævnt i spørgsmål 8 i den oprindelige skønsrapport (**bilag 21**) grundlæggende kan købes som standarddele ved de af Deutz angivne forhandlere.

**111.** I svaret på spørgsmål 20 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**) angives desuden, at det er muligt at købe standarddele og modificere eller tilpasse dem til at være unikke dele, ligesom dele med partsnumre kan købes frit ved forskellige forhandlere som standarddele.

**112.** Skønsmændene bekræfter således ikke Rådets antagelse om, at der eksisterer unikke dele. Antagelsen afkræftes tværtimod af skønserklæringerne.

**113.** På baggrund af den supplerende skønserklæring må det således lægges til grund, at samtlige påståede unikke dele nævnt i Rådets afgørelse – herunder ventilløftere, som DSB har nævnt som unik, jf. pkt. 92 (**bilag 24**) – af skønsmændene er vurderet som ikke-unikke, idet de kan anskaffes fra alternative leverandører.

<sup>338</sup> Af bilag 19 fremgår, at den uafhængige leverandør Hamofa kan levere [udeladt], og at den uafhængige leverandør FZ Agritechnik kan levere [udeladt]. Bilag 19 oplister desuden alternative leverandører for delene [udeladt].

<sup>339</sup> Af bilag 23 fremgår, at den uafhængige leverandør Hamofa kan levere [udeladt].

114. Det understøttes af bilag 19 og bilag 23.

115. Markedsafgrænsningen og vurderingen af, at Deutz er dominerende, er således forkert. Det indebærer, at det ikke er dokumenteret, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 11 og/eller artikel 102 TEUF.

1.3 Konkurrencerådet har ikke undersøgt tilstrækkeligt, om det er muligt at kopiere reservedele til TCD2015-motoren, hvilket det er

116. Deutz gør gældende, at det var muligt at kopiere reservedele til TCD2015-motoren.

117. Som det fremgår af afsnit 1.2 ovenfor, var det muligt at få leveret de for udbuddet relevante reservedele uden om Deutz og Deutz' forhandlernetværk. Allerede derfor var det forkert, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet lagde til grund, at der eksisterer unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, og at Deutz indtager en dominerende stilling. Det er således ikke afgørende for sagen, om det var muligt at kopiere reservedele til TCD2015-motoren. Konkurrencerådet har imidlertid lagt til grund, at det ikke var muligt, hvilket ikke er korrekt. Også af den grund er konklusionen om, at der eksisterer unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, og at Deutz indtager en dominerende stilling, forkert.

118. Konkurrencerådet har i pkt. 97 i afgørelsen (**bilag 24**) anført, at det ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oplysninger<sup>340</sup> under visse omstændigheder vil være muligt at kopiere visse af de særligt tilpassede reservedele. Dermed kunne det ifølge Rådet være muligt at skaffe i hvert fald visse reservedele fra alternative producenter.

119. Alligevel har Konkurrencerådet konkluderet, at det i hvert fald for nogle reservedeles vedkommende (hvilke reservedele ikke er specificeret) ikke er muligt at kopiere reservedelene, som angiveligt er unikke, fordi de alene kan erhverves via Deutz.

120. Hertil bemærkes *for det første*, at selv hvis der eksisterede reservedele, der ikke kunne kopieres (hvilket ikke er tilfældet, jf. nedenfor), indebærer det ikke, at reservedelene kun kan erhverves via Deutz. Som det fremgår af afsnit 1.2.2 ovenfor, var det muligt at få leveret de for udbuddet relevante reservedele uden om Deutz' forhandlernetværk.

121. *For det andet* bemærkes, at Konkurrencerådet ikke har undersøgt tilstrækkeligt, om det faktisk er muligt at kopiere reservedele til TCD2015-motoren, således at reservedelene også af den grund er tilgængelige uden om Deutz.

122. Konkurrencerådet har i afgørelsens afsnit 3.3.1.2 (**bilag 24**) anført, at muligheden for at kopiere reservedele beror på, 1) om det er lovligt at kopiere reservedelene, eller om det er i strid med IPR-retigheder, 2) om det er sikkerhedsmæssigt for-

---

<sup>340</sup> Ifølge fodnote 12 til afgørelsen (**bilag 24**) består Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens oplysninger af et referat fra et enkelt telefonmøde med Aktieselskabet Carl Christensen, der er leverandør af motorrenovering (**bilag 24, underbilag 5**), et referat af en telefonsamtale med DSB (**bilag 24, underbilag 4**) og et svar fra DSB på nogle spørgsmål fra styrelsen (**bilag 24, underbilag 78**).

svarligt at kopiere reservedele, 3) om det er økonomisk rentabelt for en ny producent at kopiere reservedele, og 4) om det er praktisk muligt at kopiere reservedele.

123. For så vidt angår nr. 1) (om det er lovligt at kopiere reservedele) er det ubestridt, at reservedelene ikke er IPR-beskyttet og således frit ville kunne kopieres, jf. afgørelsens pkt. 100 (**bilag 24**).

124. For så vidt angår nr. 2) (om det er sikkerhedsmæssigt forsvarligt at kopiere reservedele) bemærkes, at Konkurrencerådet ikke har undersøgt, om det var sikkerhedsmæssigt uforsvarligt at anvende kopierede reservedele til TCD2015-motoren.

125. Deutz bestrider ikke, at bl.a. forbrugerpræferencer kan indgå i markedsafgrænsningen og dominansvurderingen, men i givet fald må der ses på forbrugerpræferencer generelt – ikke blot præferencer hos en enkelt aftager (DSB). Det gælder, uanset om den konkrete sag alene angår DSB-udbuddet.

126. Der kan ikke alene fokuseres på DSB som kunde ved vurderingen af, om det eksempelvis var sikkerhedsmæssigt uforsvarligt at anvende kopierede reservedele. Individuelle forhold, der måtte gøre sig gældende for DSB, herunder DSB's interne sikkerhedsprocedurer eller produktpræferencer, er subjektive forhold, der ikke siger noget om tilgængeligheden i markedet eller Deutz' position i markedet. Disse subjektive forhold kan ikke stå alene som grundlag for afgrænsningen af markedet. Rådets afgørelse indeholder således en væsentlig mangel ved ikke at omfatte en bredere kreds af kunder og producenter af reservedele i forbindelse med afgrænsningen af det relevante marked.

127. Det fremgår ikke af den supplerende skønserklæring (**bilag 22**), at andre togooperatører stiller samme krav. Skønsmændene angiver, at den rette kvalitet af reservedele, motor og den udførte service er essentielt for operatører som DSB, og at kvalitet bl.a. betyder de rette dimensioner, materialer og overflader. Herefter angiver skønsmændene (**bilag 22**):

”Med denne baggrund har DSB krævet omfattende garantier for motorens funktion og driftssikkerhed samt originale reservedele.

Deutz omfattende tilbud skyldes bl.a. også kravet om driftssikkerheden.

Når der søges dele via alternative kilder, skal der sikres at:

der er tale om nye dele – der er en del brugte dele på markedet

der er tale om originale dele

leverandøren er pålidelig.

Syns- og skønsmanden kan ikke vurdere, om de tilbudte dele er genuine / originale dele, dvs. opfylder kvalitetskravene.” (Understregning tilføjet)

128. Skønsmændene angiver således, at det ved søgning på reservedele via alternative kilder bl.a. skal sikres, at der er tale om originale dele. Dette krav synes dog at være baseret på skønsmændenes fejlagtige antagelse, hvorefter DSB har krævet originale reservedele. Det var ikke et krav fra DSB, at reservedelene skulle være origi-

nale. Tværtimod fremgik det af DSB's indbydelse til prækvalifikation af 12. marts 2010 (**bilag 4**) og af referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DSB den 11. november 2011 (**bilag 24, underbilag 3**), at DSB accepterede reservedele produceret af tredjeparter. Af DSB's dokument "*Koncept for reovering af kraftforsyningen i IC3*" (**bilag 20**) fremgår desuden, at ikke alle reservedele, som konsortiet skulle levere til DSB, var originale. Skønsmændenes angivelse af, at det var vigtigt at søge på originale dele, kan således ikke lægges til grund, da den bygger på en forkert forudsætning.

**129.** Det er i øvrigt underordnet, om anvendelse af ikke-originale reservedele måtte kræve fremlæggelse af udførlig dokumentation. Afgørende er, at DSB ikke krævede originale reservedele, og at også til bud omhandlende ikke-originale reservedele kunne accepteres. Desuden indebærer tilbud ved udbud som oftest fremlæggelse af udførlig dokumentation for tekniske forhold, og producenter af teknisk udstyr m.v. råder normalt over sådan dokumentation.

**130.** For så vidt angår nr. 3) (om det er økonomisk rentabelt for en ny producent at kopiere reservedele) bemærkes, at Konkurrencerådet ikke har undersøgt, om det var økonomisk rentabelt at kopiere reservedelene. Rådet har således i afgørelsens pkt. 108-109 (**bilag 24**), pkt. 120 (**bilag 24**) og pkt. 685-691 (**bilag 24**) alene lagt til grund, (i) at reservedele generelt er komplicerede produkter, (ii) at der generelt kræves en lang indkøringsperiode, før en ny producent vil være i stand til at få testet og produceret produkterne, og (iii) at der skal en meget stor mængde reservedele til, for at det kan betale sig for en producent at starte en produktion op.

**131.** Konkurrencerådets "*markedsundersøgelse*" beskrevet i Rådets afgørelse, pkt. 117-120 (**bilag 24**), omfatter generelle spørgsmål om kopiering af reservedele og udgør ikke en undersøgelse af, om det faktisk var muligt at kopiere relevante reservedele til TCD2015-motoren. Ligeledes har Rådet ikke spurgt nogen producent af reservedele, herunder producenter af reservedele til TCD2015-motoren, om det var økonomisk rentabelt at starte en produktion op (herunder kampagnefremstilling for DSB). Dette er en åbenbar mangel ved Konkurrencerådets undersøgelse af markedet.

**132.** Endvidere har Konkurrencerådet anerkendt, at det for nogle reservedeles vedkommende faktisk ville være økonomisk rentabelt at starte en produktion af 400 stk. af hver reservedel op, jf. Rådets afgørelse, pkt. 301 (**bilag 24**).

**133.** At Rådet i pkt. 301 i øvrigt bemærker, at reoveringen af de 404 motorer ikke nødvendigvis ville betyde, at der skulle bruges 404 af hver reservedel, kan ikke tillægges betydning. Pkt. 301 i Rådets afgørelse henviser til afgørelsens pkt. 164 (**bilag 24**). Af pkt. 164 fremgår blot, at DSB over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at Deutz – efter DSB's opfattelse – udnyttede situationen og udarbejdede en liste med langt flere dele end nødvendigt. Selv hvis det var korrekt, hvilket det ikke er, fremgår det af DSB's dokument "*Koncept for reovering af kraftforsyningen i IC3*" (**bilag 20**), at det rent faktisk var aftalt mellem DSB og konsortiet, at konsortiet skulle levere mindst 404 stk. af hver af de leverede reservedele indeholdt i DSB's kitliste. Konkurrencerådet kan således ikke forlade sig på DSB's ukorrekte antagelser.

**134.** Det fremgår desuden af Rådets "*markedsundersøgelse*" (**bilag 24, underbilag 76**), at det f.eks. vil være økonomisk rentabelt at kopiere ned til omkring 100 stk.

bearing bushes. Disse oplysninger peger på, at det ville være økonomisk rentabelt at kopiere i hvert fald nogle reservedele. Uanset dette har Konkurrencerådet ikke undersøgt, om det faktisk var økonomisk rentabelt at kopiere reservedele i TCD2015-motoren.

135. For så vidt angår nr. 4) (om det er praktisk muligt at kopiere reservedele) har Rådet udtalt, at det ikke for alle reservedeles vedkommende er praktisk muligt at kopiere disse, idet visse reservedele vil være så specifikke, at kopiering ikke er mulig, medmindre producenten har adgang til de præcise specifikationer. Hertil bemærkes for det første, at det ikke er undersøgt, om dette var relevant for nogen af de reservedele, der var relevante for sagen. For det andet bemærkes, at DSB (og herigennem formentlig også Fleco) havde adgang til samtlige reservedele, der skulle renoveres, og at det må have formodningen for sig, at DSB og/eller Fleco kunne sende disse til producenter, som derved ville få adgang til de præcise specifikationer, og anmode dem om at kopiere disse. Det samme må gælde for øvrige kunder, som behøver reservedele.

136. Dette understøttes af, at det blandt andet fremgår af Konkurrencerådets "markedsundersøgelse", at reservedele som udgangspunkt kan kopieres, og at dette vil være tilfældet, hvis producenten får et eksemplar af reservedelen (**bilag 24, underbilag 76**):

"Som udgangspunkt kan det lade sig gøre at kopiere [tilpassede reservedele], hvis producenten kender reservedelen i forvejen, hvis producenten får et eksempel af reservedelen med henblik på kopiering, eller hvis producenten får kendskab til tekniske tegninger og specifikationer". (Understregning foretaget)

137. Det ville således være praktisk muligt at kopiere reservedele.

138. Konkurrencerådet henviser til, at det følger af oplysninger fra Deutz, at der i TCD2015-motoren er reservedele, der ikke kan kopieres. Der er tale om Konkurrencerådets fortolkning af interne mails. Under hele sagen – også inden Konkurrencerådets afgørelse – har Deutz bestridt denne fortolkning, som ikke er korrekt, jf. Rådets afgørelse, pkt. 300 (**bilag 24**). Det er således misvisende, når Rådet anfører, at det er Deutz' vurdering, at reservedelene ikke kan kopieres. Det er Deutz' vurdering, at samtlige reservedele til TCD2015-motoren kan kopieres, enten i en tilsvarende kvalitet (OEM-kvalitet) eller i en lavere kvalitet.

139. Desuden fremgår det af referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DSB den 11. november 2011 (**bilag 24, underbilag 3**), at reoveringsopgaven ifølge DSB kørte efter planen, bl.a. fordi Fleco m.fl. fik kopieret visse originale komponenter. Det fremgår også, at det tilsyneladende var muligt at kopiere visse originale reservedele.

140. Desuden anerkender Rådet i afgørelsens pkt. 691 (**bilag 24**), at der faktisk var mulighed for at kopiere unikke reservedele:

"Sammenholdes de meget begrænsede muligheder for at fremstille kopier af unikke reservedele med kunden DSB's manglende efterspørgsel efter kopier af disse reservedele kan det ikke anses for muligt at anvende kopier af disse

reservedele fremfor originale Deutz reservedele. [...]” (Understregning fortaget)

**141.** Konkurrencerådet har således ikke undersøgt tilstrækkeligt, om det er muligt at kopiere reservedele til TCD2015-motoren, hvilket det er. Dette medfører også, at Konkurrencerådets markedsafgrænsning og dominansvurdering er forkert.

#### 1.4 Reservedelernes anvendelse i andre motorer

**142.** Konkurrencerådets markedsafgrænsning og dominansvurdering er baseret på en antagelse om, at der eksisterer unikke reservedele. Som nævnt er de såkaldte unikke reservedele blandt andet karakteriseret ved, at de kun kan anvendes i TCD2015-motoren, jf. figur 4 i Konkurrencerådets afgørelse (**bilag 24**).

**143.** Det følger imidlertid af den supplerende skønserklæring, besvarelsen af spørgsmål 21 (**bilag 22**), at en række reservedele, herunder reservedele som ifølge Konkurrencerådets påstande er unikke, kan anvendes i andre motorer end den TCD2015-motor, der er anvendt i DSB’s IC3-tog. Det gælder [udeladt]. Også af denne årsag er disse reservedele således ikke unikke.

**144.** Det fremgår også af besvarelsen af spørgsmål 18 (**bilag 22**) og spørgsmål 20 (**bilag 22**) i den supplerende skønrapport, at såkaldte standarddele kan anvendes i andre motorer, uanset formål. I besvarelsen af spørgsmål 20 fremgår desuden, at dele med partsnumre kan købes frit ved forskellige forhandlere som standarddele. Ligeledes fremgår det af side 6 i bilag 22, at alle dele med et varenummer er standarddele.

**145.** Alle dele oplistet i tabellen på side 6-7 i den supplerende skønrapport (**bilag 22**) har et partsnummer.<sup>341</sup> Alle disse dele med partsnumre kan således ifølge skønsmændene købes frit ved forskellige forhandlere som standarddele, ligesom de kan anvendes i andre motorer. De er således ikke unikke.

#### 1.5 Deutz er ikke dominerende grundet det konkurrenceprægede upstream-marked, som Konkurrencerådet fejlagtigt ikke har taget højde for

**146.** Deutz gør gældende, at Konkurrencerådets dominansvurdering er forkert, idet Rådet fejlagtigt har undladt at undersøge forholdet mellem det primære marked for produktion og udvikling af dieselmotorer og eftersalgsmarkedet for reservedele til TCD2015-motoren i forbindelse med Rådets dominansvurdering.

**147.** I sager om dominans på eftersalgsmarkeder er det nødvendigt at undersøge sammenhængen mellem det primære marked og eftersalgsmarkederne, forinden der kan statueres dominans på et eller flere eftersalgsmarkeder. Selv i tilfælde, hvor en virksomhed har en høj markedsandel på et eftersalgsmarked, kan konkurrenceintensiteten på det primære marked begrænse virksomhedens handlefrihed i en sådan grad, at virksomheden ikke kan agere uafhængigt på eftersalgsmarkedet og dermed ikke kan anses for at være dominerende på eftersalgsmarkedet.<sup>342</sup>

<sup>341</sup> I tabellen er [udeladt] anført uden partsnummer. [udeladt] har dog samme partsnummer som det i tabellen anførte partsnummer for [udeladt], jf. bilag 19.

<sup>342</sup> Kommissionens Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005), pkt. 246 og 260, samt Background Note til OECD’s roundtable on Competition Issues in Aftermarkets, 2017, pkt. 63-65.

148. Det følger udtrykkeligt af EU-praksis, at konkurrencen på det primære marked skal inddrages i vurderingen af, om en virksomhed besidder en dominerende stilling på eftersalgsmarkedet.<sup>343</sup> Dette fremgår ligeledes entydigt af Kommissionens *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pkt. 251.<sup>344</sup>

“If an aftermarket consisting of the secondary products of one brand of primary product has been found to constitute a relevant product market, a dominant position on such a market can only be established after analysis of the competition on both the aftermarket and the primary market.” (Understregning foretaget)

149. Kommissionen har i sag COMP/C-3/39.391, *EFIM*, anlagt en generel test for vurdering af dominans på eftersalgsmarkeder.<sup>345</sup> Det følger heraf, at forinden det er muligt at konkludere, at en virksomhed er dominerende på et eftersalgsmarked, skal konkurrencemyndighederne undersøge:

- om* kunderne er i stand til at foretage et informeret valg (inkl. levetidsomkostninger) mellem producenterne på det primære marked,
- om* kunderne med sandsynlighed vil foretage et valg i overensstemmelse hermed,
- om* et tilstrækkeligt antal af kunderne ville ændre deres indkøbsadfærd i tilfælde af, at priserne på eftersalgsmarkedet steg betydeligt, og
- om* denne reaktion ville ske inden for rimelig tid.

150. Besvares blot én af ovenstående betingelser benægtende, er konkurrencemyndighederne forpligtede til at foretage en mere dybdegående analyse, før det eventuelt kan konkluderes, at en virksomhed er dominerende på eftersalgsmarkedet.<sup>346</sup>

151. Hvis denne analyse ikke peger på, at virksomheden er dominerende på eftersalgsmarkedet, eller hvis konkurrencemyndighederne må svare bekræftende på de fire ovenstående betingelser, er virksomheden ikke dominerende på eftersalgsmarkedet.

152. Denne vurdering har Konkurrencerådet ikke foretaget, jf. afsnit 4.4.1 Rådets afgørelse, der indeholder Rådets (kortfattede) afsnit om vurdering af dominans (**bilag 24**):

<sup>343</sup> Jf. Kommissionens afgørelse af 22. september 1995 i sag IV/34.330, *Pelikan/Kyocera*, pkt. 61, Kommissionens afgørelse af 20. maj 2009 i sag COMP/C-3/39.391, *EFIM*, pkt. 13 ff., og Kommissionens afgørelse af 7. januar 1999 i sag IV/E 2/36.431, *Info-Lab/Ricoh*, pkt. 33 ff.

<sup>344</sup> Se tillige Kommissionens XXV Beretning om konkurrencepolitikken (1995), Background note to OECD's roundtable on Competition Issues in Aftermarkets, 20. juni 2017, pkt. 62-68. og EU's indlæg til OECD's roundtable on Competition Issues in Aftermarkets, 13. juni 2017, pkt. 12 ff.

<sup>345</sup> Opretholdt af Retten den 24. november 2011 i sag T-296/09, *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) mod Kommissionen*, og af EU-Domstolen den 19. september 2013 i sag C-56/12 P, *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) mod Kommissionen*. Se tillige EU's indlæg til OECD's roundtable on Competition Issues in Aftermarkets, 13. juni 2017, pkt. 19-22.

<sup>346</sup> EU's indlæg til OECD's roundtable on Competition Issues in Aftermarkets, 13. juni 2017, pkt. 22.



”560 Vurderingen af, om Deutz besidder en dominerende stilling, skal foretages på det relevante forudgående marked, det vil sige markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015 motoren, der ikke kan erhverves via andre end Deutz, jf. afsnit 4.1.2.3. Vurderingen foretages med udgangspunkt i den geografiske afgrænsning af dette marked.

[...]

564 Det følger af ovenstående, at Deutz er den eneste udbyder på det relevante forudgående marked. Deutz' markedsandel på det relevante forudgående marked kan derfor opgøres til 100 pct. Deutz skal derfor anses for dominerende på det relevante forudgående marked.”

153. Konkurrencerådet finder på den baggrund, at Deutz er dominerende, *uden* at Rådet har undersøgt forholdet mellem reservedelsmarkedet og markedet for produktion af dieselmotorer. Det er en væsentlig fejl.

154. Det er ikke tilstrækkeligt til at statuere dominerende stilling på eftersalgsmarkedet, at Rådet har undersøgt, om det primære marked og eftersalgsmarkedet udgør ét samlet marked eller flere selvstændige markeder i forbindelse med Rådets afgrænsning af det relevante marked. Markedsafgrænsningen udgør kun en del af den samlede dominansvurdering, jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, pkt. 10.

155. Konkurrencerådet har således for det første ikke undersøgt, om det faktisk var muligt for kunder til dieselmotorer til industrielt brug at foretage et informeret valg (inkl. levetidsomkostninger) mellem producenterne på det primære marked.

156. Rådet har heller ikke undersøgt, om det var sandsynligt, at kunderne ville foretage et valg mellem producenterne på det primære marked på baggrund af disse oplysninger.

157. Det forhold, at Konkurrencerådet ikke er i besiddelse af informationer om sådanne analyser hos DSB, er ikke ensbetydende med, at DSB (eller andre kunder) ikke kunne have lavet eller rent faktisk lavede sådanne analyser.

158. DSB er en stor, kommerciel og professionel indkøber af dieselmotorer til industrielt brug med mange års erfaring. Det må derfor have været åbenbart for DSB, at TCD2015-motoren – som enhver anden forbrændingsmotor, og uanset at denne var specialbygget – inden for regelmæssige tidsintervaller skulle gennemgå ”overhauled”. Det er således helt usandsynligt, at DSB ikke har gjort sig overvejelser om de langsigtede omkostninger, da DSB valgte TCD2015-motoren.

159. Derudover udgør udgifterne til ”overhauled” på togmotorer en betydelig del af anskaffelsesprisen. Prisen på en ny TCD2015-motor som anvendt i DSB's IC3-tog varierer mellem ca. DKK [udeladt] og DKK [udeladt], afhængig af antal handlede enheder og konfiguration. Sammenholdes initialprisen for én motor med de EUR [udeladt] (ca. DKK [udeladt]), som DSB estimerede, at reservedele til brug for ”overhaul” af én motor kunne erhverves for (**bilag 14**), vil alene prisen på reservedele til én ”overhaul” udgøre [udeladt]- [udeladt] procent af prisen på en ny motor. Da motoren skal igennem 3-5 ”overhauled”, vil den samlede pris for ”over-

hauls" i løbet af motorens levetid udgøre DKK [udeladt]-[udeladt] og dermed udgøre omkring samme pris som selve motorens anskaffelsespris.

**160.** De nævnte omkostninger omfatter alene omkostninger til reservedele. Levetidsomkostningerne udgør således en væsentlig større procentdel af de samlede omkostninger, når omkostningerne til DSB's eget værksted inkluderes. Disse omkostninger havde DSB utvivlsomt mulighed for at indregne i livstidsomkostningerne til TCD2015-motoren.

**161.** Det fremgår af Rådets afgørelse, at Flecós ordre til DSB havde en værdi på formentlig DKK [udeladt] (**bilag 24, pkt. 196**), samt at DSB's værkstedsomkostninger i forbindelse med udførelsen af "overhaul"-arbejdet var ca. DKK [udeladt] (**bilag 24, pkt. 12**). Lægges disse omkostninger til grund, udgjorde DSB's samlede omkostninger til "overhals" af 404 TCD2015-motorer således ca. DKK [udeladt], dvs. DKK [udeladt] pr. motor. Sammenholdes initialprisen for én motor med prisen på "overhaul" af én motor, vil prisen på én "overhaul" udgøre [udeladt]- [udeladt] procent af prisen på en ny motor. Da motoren skal igennem 3-5 "overhals", vil den samlede pris for "overhals" i løbet af motorens levetid udgøre DKK [udeladt]- [udeladt] og dermed være væsentlig højere end selve motorens anskaffelsespris på mellem ca. DKK [udeladt] og DKK [udeladt], afhængig af antal handlede enheder og konfiguration.<sup>347</sup>

**162.** Når prisen på en "overhaul" – ikke blot ved den enkelte "overhaul" men også set i forhold til samtlige "overhals" i motorens forventede levetid – er så høj, vil en prisstigning på reservedele uundgåeligt have betydning for købernes valg af motor på det primære marked. Dette er ligeledes i overensstemmelse med Kommissionens afgørelse i Pelikan/Kyocera-sagen:

"[T]he cost of supplies [...] can amount to as much as 70% of the total cost of ownership of the equipment, including initial purchase, servicing and supplies. Given that price ratio, it would seem difficult to assume that a potential customer, either commercial or non-professional, would not carefully examine the entirety of costs which he will incur prior to the choice of that equipment."

**163.** Det er således helt usandsynligt, at DSB ikke har gjort sig sådanne overvejelser om de langsigtede omkostninger, da DSB valgte dieselmotoren.

**164.** Det bemærkes endvidere, at Kommissionen tidligere har fundet, at almindelige forbrugere uden professionelle tekniske og juridiske afdelinger, uden egne værksteder og uden 150 års erfaring med hundredevis af togsæt godt kan se, at når man køber et produkt, hvor eftersalgsprodukterne udgør en stor del af primærproduktets anskaffelsespris, så tager man udgifterne på eftersalgsmarkedet i betragtning, og at adfærd på eftermarkedet således har direkte indvirkninger på det primære marked, jf. Kommissionens afgørelse af 22. september 1995 i sag IV/34.330, *Pelikan/Kyocera*, præmis 62.

**165.** Selv hvis DSB ikke havde specifik viden om omkostningerne, ville motorproducenterne kunne bistå DSB med at vurdere totalomkostningerne ved de enkelte dieselmotorer, herunder omkostningerne til reservedele og "overhals". Dette må

<sup>347</sup> DSB har over for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen oplyst: " [udeladt]", jf. bilag 24, underbilag 78.

antages ligeledes at gælde for øvrige kunder på det primære marked for dieselmotorer til industrielt brug, der generelt er professionelle kunder.

166. Det bemærkes hertil, at det ikke er afgørende for analysen, hvorledes DSB – som én blandt adskillige kunder – måtte opfatte situationen, men derimod hvordan kunder på det primære marked for dieselmotorer til industrielt brug generelt måtte agere.

167. Derudover følger det af Kommissionens *Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, pkt. 259, at selv i det tilfælde, at kunderne ikke baserer deres valg på baggrund af specifikke levetidsomkostninger, kan en leverandør af produkter på det primære marked være begrænset på eftersalgsmarkedet som følge af stærk konkurrence på det primære marked. Konkurrencerådet har fejlagtigt ikke undersøgt, om det var tilfældet.

168. Konkurrencerådet har heller ikke undersøgt, om et tilstrækkeligt antal af kunderne – inden for en rimelig tid – ville ændre deres indkøbsadfærd, i tilfælde af at priserne på eftersalgsmarkedet steg *betydeligt*.

169. Hertil bemærkes, at det ikke er tilstrækkeligt, at Rådet ved markedsafgrænsningen har lagt vægt på en *lille varig stigning* i prisen. Det følger af EFIM-testens tredje betingelse, som er relevant i forbindelse med dominansvurderingen, at vurderingen skal tage udgangspunkt i en *betydelig* stigning i prisen på eftersalgsmarkedet. Dette har Konkurrencerådet heller ikke undersøgt.

170. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked, hvori det fremgår, at markedsafgrænsningen skal foretages på baggrund af en *lille varig stigning* i prisen, skal alene forstås som en vejledning i, hvorledes Kommissionen afgrænser det relevante marked i sin håndhævelse af konkurrencereglerne. Kommissionens meddelelse omhandler derimod ikke den efterfølgende og særskilte vurdering af, om virksomheden indtager en dominerende stilling på det afgrænsede relevante marked.

171. Dette underbygges af, at EU i deres indlæg til *OECD's Roundtable on Competition Issues in Aftermarkets* specifikt har anført følgende, der må antages at udlægge EU's opfattelse af praksis på området:

“The questions to be answered under the EFIM test are:

Can customers make an informed choice, including lifecycle-pricing, between the various manufacturers in the primary market?

Are they likely to make such choice accordingly?

If prices were raised significantly in the aftermarket,

would a sufficient number of customers adapt their purchasing behaviour at the level of the primary market,

within a reasonable time?” (Understregning foretaget)

172. Derudover bemærkes, at selv i tilfælde af, at eksisterende kunder ikke ville udskifte det primære produkt som følge af f.eks. høje switching costs eller lock in-effekter, kan de eksisterende kunder alligevel være beskyttet mod udnyttende misbrug på grund af potentielle nye kunder.<sup>348</sup>

173. Deutz' renommé er et væsentligt konkurrenceparameter også på det primære marked. Deutz ville derfor lide stor skade, hvis de udnyttede en eksisterende kunde, da nye kunder utvivlsomt ville tage dette i betragtning ved valget mellem Deutz og konkurrerende motorproducenter. Dette har Konkurrencerådet ligeledes undladt at forholde sig til. Det bemærkes, at Deutz' omsætning vedrørende DSB udgjorde en marginal del af Deutz' omsætning på over DKK 6,4 mia.

174. Det konkurrenceprægede marked for dieselmotorer til industrielt brug medfører således, at Deutz ikke har mulighed for at agere uafhængigt af sine kunder på eftersalgsmarkedet, og at Deutz dermed ikke indtager en dominerende stilling på dette marked.

175. Deutz har gentagne gange opfordret (8) Rådet til at fremlægge den ved Rådets afgørelse udarbejdede økonomiske analyse, som dokumenterer, at det konkurrenceprægede upstream-marked ikke fratog Deutz markedsstyrken på eftersalgsmarkedet. Opfordringen er ikke imødekommet, hvorfor det må lægges til grund, at den påkrævede analyse ikke er foretaget.

176. Retten har tidligere fundet, at Kommissionens manglende undersøgelser af de økonomiske forhold i en sag var utilstrækkeligt.<sup>349</sup> Tilsvarende gør sig gældende i denne sag.

177. Konkurrencerådets manglende undersøgelse og dokumentation af de ovennævnte forhold indebærer, at Rådet ikke har løftet bevisbyrden for, at Deutz indtager en dominerende stilling på eftersalgsmarkedet. Konkurrenceankenævnet har begået samme fejl. Konkurrenceankenævnet nævner også kun det primære marked og eftersalgsmarkedet i relation til den forudgående vurdering af, om der skal afgrænses ét samlet marked eller flere markeder (**bilag 2**).

178. Konkurrencemyndighedernes vurdering af, at Deutz indtog en dominerende stilling, er således forkert.

179. Ovenstående forhold, der gør, at Deutz ikke indtager en dominerende stilling grundet det nære forhold til upstream-markedet for produktion og udvikling af dieselmotorer, gør også, at der nok ligefrem kan afgrænses ét samlet systemmarked for såvel motor som reservedele. På et sådant bredt marked vil Deutz ikke være dominerende.

## 2 Deutz har ikke misbrugt en dominerende stilling

180. Hvis Sø- og Handelsretten finder, at Rådets markedsafgrænsning og vurdering af, at Deutz indtog en dominerende stilling på det relevante marked, er korrekt, er det nødvendigt at konstatere, at Deutz ligeledes har misbrugt denne domi-

<sup>348</sup> Kommissionens afgørelse af 22. september 1995 i sag IV/34.330, *Pelikan/Kyocera*, pkt. 67, og EU's indlæg til OECD's *Roundtable on Competition Issues in Aftermarkets*, 13. juni 2017, pkt. 26-27.

<sup>349</sup> Jf. Rettens afgørelse af 15. december 2010, sag T-427/08, *Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CAEHR) mod Kommissionen*, præmis 94-96.

nerende stilling, førend det kan konkluderes, at Deutz har handlet i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF.

**181.** Konkurrencerådet har i afgørelsen, pkt. 55 (**bilag 24**), anført, at Deutz har misbrugt en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF. Rådet sondrer mellem to former for misbrug, som Deutz ifølge Rådet har begået:

- Deutz har angiveligt forhindret sine forhandlere, herunder Equipco, i at foretage parallelhandel, og
- Deutz har angiveligt nægtet at levere reservedele til sine forhandlere, herunder Equipco.

**182.** Det bestrides af Deutz, da Konkurrencerådet hverken har bevist:

- at* der kan afgrænses et marked for unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz eller dennes forhandlernetværk, jf. afsnit 1 ovenfor,
- at* Deutz besidder en dominerende stilling på dette marked, jf. afsnit 1 ovenfor,
- at* Deutz har forbudt sine forhandlere, herunder Equipco, at eksportere reservedele, hvilket uddybes i afsnit 2.2 nedenfor, eller
- at* Deutz har nægtet at levere reservedele i strid med betingelserne for ulovlig leveringsnægtelse. Dette uddybes i afsnit 2.3 nedenfor.

**183.** Hertil kommer, at Rådet ikke har bevist, at Deutz skulle have misbrugt en dominerende stilling i forhold til specifikke reservedele omfattet af DSB's udbud. Det er derfor på ingen måde bevist, at den adfærd, som ifølge Rådet udgør misbrug af dominerende stilling, rent faktisk vedrørte reservedele, som ifølge Rådet var "unikke", og som Deutz derfor ifølge Rådet indtog en dominerende stilling i forhold til. Dette uddybes i afsnit 2.1 nedenfor.

**184.** Det bemærkes, at DSB rent faktisk lykkedes med at få gennemført overhauleden med reservedele (hvilket ifølge Deutz' data skete, uden at DSB købte alle eller hovedparten af reservedelene fra Deutz eller Deutz' forhandlere, hvilket også må lægges til grund, eftersom Konkurrencerådet ikke har besvaret Deutz' opfordring (14)), men at løsningen angiveligt endte med at blive forsinket og dyrere end forventet af DSB. Det forhold, at det rent faktisk lykkedes DSB at få gennemført overhauleden bestyrker, at der hverken foreligger misbrug i form af hindring af parallelhandel eller leveringsnægtelse.

**185.** Det forhold, at leveringen måtte være forsinket eller dyrere end ønsket af DSB og aftalt med Fleco, er ikke bevis for, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling. Der foreligger ingen oplysninger om, hvor meget dyrere eller forsinket leveringen til DSB var. Konkurrencerådets afgørelse i sagen beskæftiger sig heller ikke med et sådant påstået misbrug af dominans. Det er således uvist, hvilket anbrin-

gende disse ikke-dokumenterede postulater om forsinket og dyrere levering relaterer sig til, og det bestrides, at det afgørende i nærværende sag er, at leveringen måtte være forsinket i forhold til DSB's stramme tidsplan og dyrere end forventet af DSB.

**186.** Dertil kommer, at det ikke kan lægges til grund, at Flecós pris var udtryk for markedsprisen. I første udbudsrunde modtog DSB et samlet tilbud fra Stork Special Products B.V. ("**Stork**") med en markant højere pris end den pris, Fleco tilbød, ligesom DMN også afgav tilbud. Markedsprisen kan ikke afgøres på baggrund af blot DSB's ønsker, forventninger eller budget.

**187.** Tilsvarende kan det ikke lægges til grund, at DSB's forventninger til leveringstidspunkt var realistiske. Tværtimod havde Deutz selv haft store leveringsvanskeligheder i perioden før, under og efter DSB's omfattende udbud, hvilket besværliggjorde levering i tide, og det var kendt for alle Deutz' forhandlere, DSB og Fleco allerede inden DSB-udbuddet, jf. til slut i afsnit 2.3 nedenfor. Det er således ikke Deutz' adfærd, der har medført, at den samlede renoveringsopgave angiveligt blev forsinket.

**188.** Det er desuden ikke Deutz' adfærd, der har medført, at tog angiveligt havarede. Det skyldes, at DSB igangsatte renoveringsopgaven for sent i forhold til at få gennemført den samlede renoveringsopgave i tilstrækkelig tid til, at togene kunne undgå haverier.

2.1 Ingen dokumentation for misbrug af dominerende stilling i forhold til specifikke reservedele i DSB-udbuddet

**189.** Deutz kan alene have misbrugt en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF, hvis den adfærd, der ifølge Rådet indebærer misbrug af dominerende stilling, rent faktisk angik reservedele, som Deutz indtog en dominerende stilling i forhold til.

**190.** Rådet fandt, at Deutz indtog en dominerende stilling i forhold til "unikke" reservedele, som alene kunne erhverves via Deutz og Deutz' forhandlernetværk. Der kan således alene foreligge ulovligt misbrug af dominerende stilling, hvis den påståede misbrugsadfærd (hindring af parallelhandel og leveringsnægtelse) fandt sted i forhold til "unikke" reservedele, som kun kunne erhverves via Deutz og Deutz' forhandlernetværk.

**191.** Rådet har ikke undersøgt – endsige dokumenteret – at den påståede retsstridige adfærd fra Deutz' side angik "unikke" reservedele, som kun kunne erhverves via Deutz og Deutz' forhandlernetværk. Det er slet ikke undersøgt, specificeret eller dokumenteret, hvilke reservedele den påståede misbrugsadfærd angik, og om den overhovedet angik reservedele omfattet af DSB's udbud.

**192.** En sådan undersøgelse er i nærværende sag ikke blot nødvendig, da Deutz alene kan overtræde forbuddet mod misbrug af dominerende stilling inden for områder, hvor Deutz har en dokumenteret dominerende stilling, men også da omfanget af berørte reservedele, hvor Deutz måtte have en dominerende stilling, har betydning for misbrugsvurderingen.

193. Hvis en virksomhed har en dominerende stilling i forhold til produkt X og Y, men ikke produkt Z, kan Rådet alene gribe ind efter konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF i forhold til produkt X og Y, men ikke produkt Z. Det er derfor nødvendigt nøje at vurdere, om det påståede misbrug vedrører produkt X og Y, hvor virksomheden har en dominerende stilling, eller produkt Z, hvor virksomheden ikke har en dominerende stilling.

194. Konkurrencerådets undladelse af at foretage denne vurdering kan ikke, som anført af Rådet, opvejes af, at f.eks. DSB har udtalt, at der var unikke reservedele i udbuddet. DSB havde ikke problemer med levering af alle reservedele,<sup>350</sup> og det er ikke dokumenteret, at Deutz' påståede misbrugsadfærd angik påståede unikke dele.

195. Rådet har ikke imødekommet Deutz' opfordring (16), om at fremlægge (a) en liste over de reservedele, hvor Deutz efter Konkurrencerådets vurdering indtager en dominerende stilling relevant for denne sag, (b) en liste over de reservedele, som var del af DSB's udbud, og (c) en liste over de reservedele, hvor Deutz ifølge Rådets analyse skulle have misbrugt sin dominerende stilling. Det må tillægges processuel skadevirkning og bestyrker, at Rådet ikke har løftet bevisbyrden for, at Deutz har misbrugt en dominerende stilling.

## 2.2 Ikke misbrug af dominerende stilling i form af hindring af parallelhandel

196. Konkurrencerådet har i afgørelsen, pkt. 588-618 (**bilag 24**), anført, at Deutz har forhindret sine forhandlere, herunder Equipco, i at eksportere unikke reservedele til Fleco i Danmark for at beskytte DMN's salgsnet i Danmark og selv opnå en højere omsætning (hindring af parallelhandel).

197. Derudover har Konkurrencerådet i afgørelsens pkt. 40 (**bilag 24**) anført, at "parallelhandel" skal forstås som, at Deutz angiveligt har begrænset passivt salg.<sup>351</sup>

"Det vurderes, at Deutz AG har forhindret sine forhandlere i EU, særligt Equipco B.V. i Nederlandene, i passivt salg. Dette er sket ved, at Deutz AG har forhindret sine forhandlere i EU, særligt Equipco B.V. i Nederlandene, i at efterleve en ordre til det danske marked, bestilt af den danske virksomhed Fleco ApS. Deutz AGs adfærd vurderes allerede af den grund at udgøre et misbrug af dominerende stilling i form af en ulovlig hindring af parallelhandel, i strid med TEUFs artikel 102 samt konkurrencelovens § 11, såvel som traktatens formål om markedsintegration." (Understregning foretaget)

198. Passivt salg er kendetegnet ved, at det er køber selv, der retter henvendelse til sælger for at købe et produkt. Aktivt salg er derimod kendetegnet ved, at det er sælger, der aktivt forsøger at sælge til køber, f.eks. ved direkte henvendelse til køber eller i reklamer m.v. i medier i købers område.

<sup>350</sup> Eksempelvis fremgår det af bilag 24, underbilag 70, at DSB modtog levering fra Fleco af Deutz-motorblokke, som var orange i modsætning til den normale farve, og som fungerede upåklageligt. Motorblokke er nævnt som eksempler på "unikke" reservedele i Rådets afgørelse, pkt. 90 (**bilag 24**). Af bilag 24, underbilag 3, fremgår desuden, at renoveringsopgaven ifølge DSB kørte efter planen, bl.a. fordi Fleco fik kopieret originale reservedele.

<sup>351</sup> Rådet har ligeledes som besvarelse af Deutz' opfordring (17) anført i fodnote 1 i svarskriftet, at Rådet i den konkrete sag kun har taget stilling til hindring af parallelhandel i form af begrænsning af passivt salg.

199. Konkurrencerådet har hverken i afgørelsen eller efterfølgende fremlagt dokumentbeviser eller andre beviser end udtalelserne fra Fleco og Equipco på, at Deutz skulle have forbudt Equipco eller nogen anden forhandler at foretage parallelhandel i form af passivt salg.

200. Udtalelserne fra Fleco og Equipco kan ikke lægges til grund:

- Rådets konklusion om, at der var tale om passivt salg og ikke aktivt salg, beror på Flecøs oplysninger om, at Fleco tog uopfordret telefonisk kontakt til Equipco den 5. juli 2010, jf. pkt. 181 i Rådets afgørelse (**bilag 24**). Rådet mener, det understøttes af Equipcos forklaring.
- Forklaringen fra Fleco kan ikke lægges til grund som tilstrækkelig dokumentation. I Flecøs oprindelige oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremgik, at Flecøs påståede uopfordrede telefoniske henvendelse til Equipco den 5. juli 2010 ikke var den første kontakt mellem Fleco og Equipco, idet Flecøs tilbud til DSB af 15. juni 2010 var afgivet på grundlag af forudgående forhandlinger med og tilbud fra udenlandske leverandører, herunder Equipco, jf. bilag 24, underbilag 2). Det forekommer også kommercielt sandsynligt.
- I referatet af mødet mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Fleco den 6. december 2012, som havde til formål at få beskrevet forløbet frem til Flecøs første kontakt med Equipco, fremgår bl.a. følgende i ottende bullet:

“Fleco har oplyst, at Equipco afgav tilbud til Fleco på Deutz-komponenterne i den blå prispakke, og at Equipcos tilbud til Fleco om levering af disse dele kom i stand på Flecøs foranledning og initiativ. Baggrunden for forhandlingerne, som ledte til et tilbud på levering af reservedele fra Equipco til Fleco, var en uopfordret telefonisk henvendelse den 5. juli 2010 fra Fleco til Equipco. Flecøs telefoniske henvendelse til Equipco blev fulgt op at en e-mail dagen efter (den 6. juli 2010) til Equipco [...]” (Understregning foretaget)

I fjerde bullet i mødereferatet står der dog:

“Den 27. juni 2010 sendte DSB en e-mail til Fleco med anmodning om tilbud på yderligere komponenter. Fleco sendte den 28. juni 2010 et tilbud til DSB herpå (blå).” (Understregning foretaget)

Ifølge Flecøs forklaring skulle Fleco således have været i stand til at afgive et tilbud til DSB på varer, som Equipco skulle levere, allerede den 15. juni 2010, dvs. syv dage før den påståede første kontakt med Equipco ifølge Flecøs oplysninger på dette møde. Det forekommer aldeles usandsynligt, at parterne ikke havde været i kontakt med hinanden før Flecøs tilbudsafgivelse i overensstemmelse med Flecøs oprindelige forklaring.

- Fleco har desuden en klar egeninteresse i at udlægge det sådan, at der var tale om passivt salg. Fleco indgik en juridisk og økonomisk meget risikabel aftale med DSB, som Fleco ikke realistisk kunne forvente at honorere inden for DSB's korte tidsfrister. De generelle leveringsvanskeligheder på tidspunktet er dokumenteret, ligesom Fleco flere gange udtrykkeligt var gjort opmærksom herpå, jf. til slut i afsnit 2.3 nedenfor. Dertil kommer, at Fleco, som er klager i sagen,



ikke ville kunne få Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen involveret i sagen, hvis der forelå en begrænsning af Equipcos aktive salg i overensstemmelse med de lovlige distributionsaftaler.

- Forklaringen fra Equipco kan heller ikke lægges til grund. Hvis Equipco havde forklaret, at virksomheden havde kontaktet Fleco (aktivt salg), ville det være i strid med distributionsaftalen med Deutz og kunne medføre misligholdelsesbeføjelser, herunder ophævelse. Dertil kommer, at Equipco allerede havde været involveret i DSB-udbuddet som underleverandør til virksomheden Stork, der afgav tilbud på DSB's udbud, og således meget vel kan have holdt sig orienteret om udbuddet og mulige forretningsmuligheder forbundet hermed.

**201.** Konkurrencerådet søger at dokumentere den påståede adfærd i pkt. 600 og 601 (**bilag 24**), ligesom der i punkterne 227 og 230 (**bilag 24**) henvises til visse forhold, som Rådet formentlig også tillægger vægt. Ingen af disse forhold dokumenterer imidlertid, at Deutz skulle have begrænset Equipcos passive salg:

- I pkt. 600 henviser Rådet til, at Deutz 16. juli 2010 om eftermiddagen skulle have ringet til Equipco og forbudt Equipco at levere til Fleco. Dette, finder Rådet, er dokumenteret dels ved en tidslinje, der blev fundet hos Deutz (**bilag 24, underbilag 33**), dels ved udtalelser fra Equipco selv. Som nævnt ovenfor kan Equipcos udtalelser ikke lægges til grund.
- For så vidt angår bilag 24, underbilag 33, fremgår det på ingen måde heraf, at Deutz har forbudt Equipco at foretage levering til Fleco. Det eneste, der fremgår af bilaget, er, at Equipco ikke vil levere til Fleco. Der anføres ikke nogen årsag hertil:

“Afternoon phonecall from DEUTZ AG  
Equipco will not deliver Fleco  
Fleco informed by Equipco”

“Meeting Nordic in Cologne  
Phonecall to Equipco  
Equipco withdraws quotation”

“Withdrawal confirmed by Equipco”

- I pkt. 601 henviser Rådet til en orientering fra Equipco til Fleco (**bilag 24, underbilag 69**). Heraf fremgår intet om, at Deutz skulle have forbudt Equipco at levere til Fleco, men alene at *“because of changing market conditions and on basis of conversations we had with our main supplier, Deutz Ag, we have found it no longer possible for us to enter a delivery agreement on basis of prices mentioned by me in my e-mails”*. Dette understøtter, at beslutningen skyldes generelle leveringsvanskeligheder på markedet.
- I pkt. 227 henviser Rådet til en intern e-mail i DMN, der bl.a. siger *“how can that be reight if holland is closed by Deutz”*. Dette er en intern e-mail i DMN, der ikke beviser noget om forholdet mellem Deutz og Equipco. E-mailen kan lige så vel vedrøre en eventuel lovlig begrænsning af aktivt salg (som Deutz ikke anfægter).

- I pkt. 228 henviser Rådet til en intern præsentation om DSB-udbuddet (**bilag 24, underbilag 31**), hvoraf det fremgår: "*Since 20.07.2010 [udeladt] different part numbers specifically for DSB are only available on request. Requests have to be sent to [udeladt]. [...] Exchange center Übersee is informed and blocks requests*". Dette siger intet om forholdet mellem Deutz og Equipco, ligesom præsentationen lige så vel kan vedrøre en eventuel lovlig begrænsning af aktivt salg (som Deutz ikke anfægter).
- I pkt. 230 henviser Rådet til en mail fra Deutz til Equipco (**bilag 24, underbilag 50**), hvori det fremgår: "*[t]his request is certainly not for your stock [...] the destination will be DSB (because DSB also requested those parts at Nordic*". E-mailen siger intet om noget forbud mod, at Equipco foretager passivt salg til Danmark, men kan lige så vel vedrøre en eventuel begrænsning af aktivt salg (som Deutz ikke anfægter). Endvidere følger det af bilaget, at Deutz selvsamme dag svarer Equipco: "*Be ensured that the e-mail below do not reflect the attitude of DEUTZ towards Equipco and all of your people*". Dette har Rådet imidlertid undladt i afgørelsen.

**202.** Denne dokumentation er utilstrækkelig. De nævnte bilag dokumenterer ikke, at Deutz skulle have begrænset Equipco's passive salg. De pågældende dokumenter er i bedste fald uklare.

**203.** Dertil kommer, at Konkurrencerådet har set bort fra i hvert fald to alternative – og fuldt lovlige – forklaringer på, at Equipco valgte ikke at levere til Fleco.

**204.** *For det første* at Equipco foretog – eller at Deutz havde rimelig grund til at antage, at Equipco foretog – aktivt salg til Fleco i strid med sin forhandleraftale med Deutz. Såfremt Equipco havde foretaget aktivt salg, ville Equipco have misligholdt sin aftale med Deutz og dermed udsat sig for misligholdelsesbeføjelser, herunder ophævelse og eventuelt erstatningskrav. Var Deutz ikke grebet ind over for Equipcos aktive salg, ville Deutz tilsvarende have misligholdt sin forhandleraftale med DMN, som var tildelt eksklusivitet i Danmark, og dermed udsat sig for misligholdelsesbeføjelser, herunder ophævelse og eventuelt erstatningskrav.

**205.** *For det andet* at der forelå leveringsvanskeligheder i perioden, hvilket både Equipco og Fleco var bekendte med, jf. til slut i afsnit 2.3 nedenfor. I det tilfælde, hvor der er to eller flere mulige forklaringer på en adfærd, hvoraf mindst én ikke er konkurrencebegrænsende, skal Konkurrencerådet vælge den for virksomheden mest gunstige forklaring, medmindre den påståede konkurrencebegrænsende adfærd støttes af klare dokumentbeviser, jf. Rettens afgørelse i sag T-82/08, *Guardian mod Kommissionen*, præmis 34:

"Når Kommissionens argumentation hviler på den forudsætning, at der ikke kan være nogen anden forklaring på de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har bevist, end at der foreligger en samordning mellem virksomhederne, er det tilstrækkeligt, at sagsøgerne godtgør, at der foreligger omstændigheder, der kan sætte de af Kommissionen konstaterede forhold i et andet lys, og dermed give en anden forklaring på disse end den, der lægges til grund i Kommissionens beslutning [...]"

**206.** Deutz bestrider således, at Deutz skulle have forhindret Equipco i passivt salg.

207. Endeligt har Konkurrencerådet heller ikke dokumenteret, at Deutz skulle have forbudt andre forhandlere end Equipco at foretage passivt salg. Rådet har end ikke behandlet dette i afgørelsen, idet Rådets afgørelse, afsnit 4.5, om misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel (**bilag 24**), alene vedrører Equipco.

208. Konkurrencerådet har i delkonklusionen i pkt. 619 (**bilag 24**) anført:

”På baggrund af ovenstående vurderes det samlet, at Deutz har forhindret sin forhandler i én medlemsstat, Equipco i Nederlandene, i at eksportere reservedele fremstillet af Deutz eller på ordre fra Deutz (parallelhandel), til Fleco i Danmark [...]” (Understregning foretaget)

209. Det er derfor ubegrundet og udokumenteret, når Rådet i afgørelsens konklusion (der burde være en spejling af de enkelte delkonklusioner), pkt. 55 (**bilag 24**), har anført, at Deutz har misbrugt en dominerende stilling ved:

”at forhindre sin forhandler i Nederlandene, Equipco B.V., i at eksportere reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer

[...]

at pålægge sine forhandlere af reservedele til Deutz motorer ikke at indgå aftaler om salg og videresalg af reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer”

210. Da krænkelsen går på, at Deutz skulle have begrænset sine øvrige forhandlers passive salg, og dermed ikke vedrører en eventuel begrænsning af aktivt salg, er et bevis for begrænsning af aktivt salg ikke tilstrækkeligt. Krænkelsen vedrører heller ikke en leveringsnægtelse. Et bevis for leveringsnægtelse er derfor heller ikke tilstrækkeligt. Rådet skal dokumentere, at Deutz har begrænset sine forhandlers passive salg. Det har Rådet ikke gjort.

211. Deutz har gentagne gange opfordret (19) Konkurrencerådet til at angive samtlige bilag, som, ifølge Rådet, dokumenterer, at Deutz skulle have begrænset andre forhandlers (dvs. forhandlere ud over Equipcos) passive salg og dermed hindret parallelhandlen.

212. Rådet har hertil anført, at det af bilag 24, underbilag 36, bilag 24, underbilag 37, bilag 24, underbilag 40, bilag 24, underbilag 46, bilag 24, underbilag 69, og bilag 24, underbilag 73, fremgår, at Deutz har haft til hensigt at begrænse konkurrencen mellem de andre forhandlere, således at DSB kun havde mulighed for at købe de relevante reservedele ét sted.

213. Disse bilag til afgørelsen dokumenterer imidlertid ikke, at Deutz har begrænset andre forhandlers passive salg og dermed hindret parallelhandlen. Ingen af bilagene vedrører andre Deutz-forhandlere.

214. Bilag 24, underbilag 36, nævner ikke andre forhandlere.

215. Ligeledes fremgår det af bilag 24, underbilag 37, blot, at Equipco havde tilbagekaldt deres tilbud til Fleco. Det fremgår således på ingen måde af bilag 24, underbilag, 37, at Deutz har begrænset andre forhandlere i at levere til Fleco.

216. Derudover er bilag 24, underbilag 40, en intern mail i DMN, hvori DMN-medarbejdere spekulerede i muligheden for at kunne få ordren hos DSB, *hvis* Fleco ikke kunne levere. Drøftelser internt i DMN kan imidlertid ikke lægges Deutz til last og udgør ikke dokumentation for Deutz' påståede hensigter. DMN's interne drøftelser om muligheden for at kunne få ordren hos DSB kan derfor ikke anvendes som bevis for, at Deutz angiveligt har begrænset forhandlere i at foretage parallelhandel i form af passivt salg.

217. Endvidere fremgår det blandt andet af bilag 24, underbilag 46, at Deutz blot orienterede DMN om, hvorvidt virksomheder, herunder Fleco – ifølge Deutz' oplysninger – havde rettet henvendelse til andre af Deutz' forhandlere. Derimod kan det ud fra mailens indhold hverken forstås eller bevises, at Deutz, som påstået, havde til hensigt at begrænse forhandlere i at foretage parallelhandel.

218. Endeligt fremgår det ikke af bilag 24, underbilag 73, at Deutz har haft til hensigt at begrænse konkurrencen mellem de andre forhandlere, idet bilaget alene berører Equipcos bemærkninger til forholdet mellem Equipco, Deutz, DMN og Fleco.

219. Konkurrencerådet har derudover anført, at det fremgår af Rådets afgørelse, pkt. 852 (**bilag 24**), at Deutz angiveligt har blokeret for alle leverancer af de omhandlede reservedele til DSB for alle Deutz-forhandlere, [udeladt].

220. Det bemærkes hertil, at Rådets afgørelse, pkt. 852, kun henviser til en enkelt uspecificeret mailkorrespondance mellem Deutz og DMN i perioden efter den 20. juli 2010. Af mailkorrespondance mellem Deutz og DMN efter den 20. juli 2010, herunder mailkorrespondance af 26. juli 2010 (**bilag 24, underbilag 34**) om Equipco's salg til Fleco), 4. august 2010 (**bilag 24, underbilag 45**) (om reservedele leveret til DSB's værksted) eller 23. august 2010 (**bilag 24, underbilag 48**) (om en [udeladt] virksomhed, der ikke har leveret til Fleco), kan det dog hverken forstås eller anses for bevist, at Deutz, som påstået, begrænsede forhandleres passive salg. Konkurrencerådet har således med ovenstående ikke dokumenteret, at Deutz skulle have begrænset andre forhandleres passive salg.

221. Som følge heraf har konkurrencemyndighederne ikke bevist, at Deutz har misbrugt en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF ved at hindre parallelhandel.

2.3 Ikke misbrug af dominerende stilling i form af at nægte at levere reservedele

222. Konkurrencerådet har i afgørelsen, pkt. 648-776, anført, at Deutz har misbrugt en dominerende stilling ved at have nægtet at levere reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, til sine forhandlere.

223. Der foreligger alene misbrug af dominans i form af ulovlig leveringsnægtelse, hvis følgende fem betingelser alle er opfyldt, jf. Rettens afgørelse i sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, præmis 331-333.<sup>352</sup>

- 1) Deutz indtog en dominerende stilling for de relevante reservedele,
- 2) Deutz nægtede at levere de relevante reservedele,
- 3) De reservedele, der nægtedes levering for, var nødvendige for at udøve en aktivitet på et beslægtet marked,
- 4) Nægtelsen af at levere de pågældende reservedele ville føre til *udelukkelsen af enhver effektiv konkurrence* på et beslægtet marked, og
- 5) Der forelå ikke nogen objektiv begrundelse for leveringsnægtelsen.

224. Deutz bestrider, at nogen af disse betingelser er opfyldt. Konkurrencerådet har bevisbyrden for, at alle betingelser er opfyldt. Denne bevisbyrde er ikke løftet.

225. Det fremgår af generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sag C-152/19 P og C- 165/19 P, *Deutsche Telekom AG og Slovak Telekom a.s. mod Kommissionen*, at betingelserne indebærer, at konkurrencemyndighederne forpligtes til at fremføre mærkbart vægtigere beviser for at konstatere, at der er tale om misbrug, og at alene "super-misbrug" af en dominerende stilling forbydes, jf. betragtning nr. 64-65. Ifølge generaladvokaten er det imidlertid berettiget, idet leveringsnægtelse adskiller sig fra andre former for misbrug af dominerende stilling, jf. betragtning nr. 66-79.

226. For så vidt angår betingelse nr. 1) (Deutz indtog en dominerende stilling for de relevante reservedele) henvises til afsnit 1 ovenfor, hvoraf det fremgår, at Deutz ikke indtager en dominerende stilling på noget relevant marked.

227. Betingelse nr. 2) (Deutz nægtede at levere de relevante reservedele) er heller ikke opfyldt, idet Deutz ikke har nægtet at levere de relevante reservedele til eller gennem nogen forhandler.

228. For så vidt angår Equipco henvises til afsnit 2.2 ovenfor, hvoraf det fremgår, at Deutz ikke har forbudt Equipco at foretage passivt salg til Fleco.

229. Der foreligger heller ingen dokumentation for, at Deutz har nægtet at levere til andre forhandlere.

230. En leveringsnægtelse kan alene foreligge, hvis den dominerende virksomhed nægter at levere de pågældende reservedele på rimelige vilkår. Hvis den dominerende virksomhed ønsker at foretage leverancer gennem én af sine forhandlere, er dette lovligt, medmindre konkurrencemyndighederne kan dokumentere, at den pågældende forhandler alene vil levere på urimelige vilkår.<sup>353</sup> Dette har Rådet ikke dokumenteret.

---

<sup>352</sup> Jf. ligeledes EU-Domstolens dom i sag C-9/97, *Bronner*, præmis 41, og generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sag C-152/19 P og C-165/19 P, *Deutsche Telekom AG og Slovak Telekom a.s. mod Kommissionen*, betragtning nr. 59-60.

<sup>353</sup> Jf. Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2018, side 699.

231. Derudover har Fleco på intet tidspunkt rettet henvendelse til Deutz vedrørende levering af reservedele, hvorfor Deutz ikke har nægtet at levere til Fleco. Heller ikke dette har Konkurrencerådet bevist. Det er en forudsætning for, at der foreligger leveringsnægtelse, at der er fremsat en anmodning om levering.<sup>354</sup>

232. Hvis DMN, som påstået af Konkurrencerådet, ikke ville sælge reservedele til Fleco, kan det ikke lægges Deutz til last og ikke udgøre bevis for, at Deutz skulle have nægtet levering til Fleco. DMN tilbød dog at levere reservedele til Fleco, jf. blandt andet Rådets afgørelse, pkt. 745 (**bilag 24**), og DMN leverede rent faktisk reservedele til Fleco til brug for udbuddet, jf. pkt. 260 i Rådets afgørelse (**bilag 24**) samt DMN's hørings svar til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (**bilag 24, underbilag 72**).

233. For så vidt angår betingelse nr. 3) (de reservedele, der nægtedes levering for, var nødvendige for at udøve en aktivitet på et beslægtet marked) bemærkes, at Konkurrencerådet ligeledes ikke har dokumenteret, at de relevante reservedele faktisk var nødvendige for at udøve en aktivitet på et beslægtet marked.

234. Rådet har hertil anført, at de relevante reservedele var nødvendige, fordi reservedelene angiveligt ikke kunne kopieres, samt at der i øvrigt ikke var alternative leverandører til Deutz, jf. bilag 24, pkt. 692.

235. Det bestrides. Som det fremgår ovenfor, har Rådet ikke bevist, at de påståede unikke reservedele faktisk var unikke, herunder *at* det faktisk ikke var muligt at kopiere de enkelte reservedele (se afsnit 1.3 ovenfor), *at* reservedelene ikke kunne anskaffes via alternative leverandører (se afsnit 1.2 ovenfor), samt *at* Deutz faktisk kontrollerede hele forsyningskæden (se afsnit 1.2.1 ovenfor).

236. Tværtimod har Deutz bevist, at det var muligt at anskaffe reservedele til brug for udbuddet fra alternative leverandører og at kopiere reservedele til brug for TCD2015-motoren, jf. afsnit 1.2 og 1.3 ovenfor. Deutz har blandt andet fremlagt dokumentation for, at samtlige de reservedele, der potentielt kan henregnes til de eksempler på påståede "unikke" reservedele i Rådets afgørelse, pkt. 90 og 92, og samtlige monitorerede reservedele, kunne anskaffes fra alternative leverandører.

237. DSB fik faktisk gennemført deres "overhaul" uden at købe alle eller hovedparten af reservedelene fra Deutz eller Deutz' forhandlere, jf. afsnit 1.2.2.1 ovenfor. Fleco leverede også reservedele til brug for DSB-udbuddet.<sup>355</sup> Dette er klar dokumentation for, at der ikke eksisterer unikke reservedele, der er nødvendige.

238. I stedet for at foretage en korrekt undersøgelse af muligheden for at anskaffe reservedele andre steder fra har Konkurrencerådet forladt sig på fejlagtige oplysninger fra Fleco. Det fremgår således af Rådets afgørelse, pkt. 681: "*Da de unikke reservedele ikke kan rekvireres udenom Deutz' forhandlersystem eller via virksomheder, som producerer for Deutz, er det alene gennem disse virksomheder, Fleco har søgt at få levering*

<sup>354</sup> Jf. eksempelvis Kirsten Levinsen m.fl.: Konkurrenceloven med kommentarer, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. udgave, 2018, side 698.

<sup>355</sup> Eksempelvis fremgår det af bilag 24, underbilag 70, at DSB modtog levering fra Fleco af Deutz-motorblokke, som var orange i modsætning til den normale farve, og som fungerede upåklageligt. Motorblokke er nævnt som eksempler på "unikke" reservedele i Rådets afgørelse, pkt. 90 (**bilag 24**). Af bilag 24, underbilag 3, fremgår desuden, at renoveringsopgaven ifølge DSB kørte efter planen, bl.a. fordi Fleco m.fl. fik kopieret originale reservedele.

*af de unikke reservedele.*" Konkurrencerådet har således ikke reelt undersøgt, om der i forhold til de reservedele, som leveringsnægtelsen angiveligt vedrører, er faktiske eller potentielle alternativer. Det er derfor ikke godtgjort, at betingelsen om, at inputtet, der nægtes leveret, er nødvendigt, er opfyldt.

239. Konkurrencerådets nødvendighedsvurdering blev desuden foretaget udelukkende ud fra DSB-udbuddet – ikke i forhold til det ifølge Rådet relevante marked generelt, der var afgrænset til et beslægtet marked i EEA (muligvis bredere, muligvis kun Danmark) for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015-motorer. Dette er ikke tilstrækkeligt.

240. Det fremgår således entydigt af Kommissionens meddelelse om ekskluderende misbrug, pkt. 83, at nødvendighedsvurderingen skal foretages i forhold til det afgrænsede marked – ikke i forhold til én eller flere slutkunder:

"Når Kommissionen undersøger, om den skal gribe ind over for en leveringsnægtelse, vil den se på, om leveringen af det pågældende input objektivt set er nødvendig for, at virksomhederne kan konkurrere effektivt på markedet. Det betyder ikke, at konkurrenter aldrig vil kunne komme ind på downstream-markedet eller overleve på dette marked uden det pågældende input, men snarere at et input er nødvendigt, hvis der ikke findes noget faktisk eller potentielt substitut, som konkurrenterne på downstream-markedet kan benytte, så de – i hvert fald på lang sigt – kan imødegå de negative konsekvenser af leveringsnægtelsen [...]"

241. Det er på den baggrund helt utilstrækkeligt, når Konkurrencerådet blandt andet i Rådets afgørelse, pkt. 691 (**bilag 24**), vælger udelukkende at lægge vægt på DSB's "manglende" efterspørgsel efter kopier, når det ikke er bevist, at det samme måtte gælde for andre kunder på markedet. Konkurrencerådet har derfor heller ikke af den grund bevist, at Deutz nægtede levering af nødvendige reservedele.

242. Konkurrenceankenævnet har i kendelsen (**bilag 2, s. 16**) anført:

"De reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, er nødvendige for at udøve aktiviteten på det beslægtede marked for reparation og vedligeholdelse af TCD2015-motorerne, og reservedelene er ikke substituerbare, da de originale dele må anses for vigtige for den aftager, der er indehaver af dyre motorer, der er centrale for driften." (Understregning foretaget)

243. Hertil bemærkes, at Ankenævnets antagelse om, at "*originale dele må anses for vigtige for den aftager, der er indehaver af dyre motorer, der er centrale for driften*" ikke er tilstrækkelig. En afgørelse om, at der foreligger ulovlig leveringsnægtelse, kan ikke bero på konkurrencemyndighedernes antagelser, der ikke er tilstrækkelig undersøgt eller dokumenteret.<sup>356</sup>

244. Desuden er DSB's subjektive præference ikke et tilstrækkeligt grundlag for at kunne statuere, at originale dele er nødvendige. Det afgørende er, om konkurrenter objektivt set er i stand til at udvikle eller udbyde deres egne produkter eller tjenester – ikke om købere er villige til at købe dem.<sup>357</sup>

<sup>356</sup> Jf. ligeledes Rettens dom af 15. september 1998, sag T-374/94, T-375/94, T-384/94, *European Night Services Ltd m.fl. mod Kommissionen*, præmis 215.

245. Konkurrencemyndighederne har således ikke løftet bevisbyrden for, at de reservedele, der angiveligt nægtedes levering for, var nødvendige for at udøve en aktivitet på et beslægtet marked.

246. Betingelse nr. 4) (nægtelsen af at levere de pågældende reservedele ville føre til *udelukkelsen af enhver effektiv konkurrence* på et beslægtet marked) er heller ikke opfyldt.

247. I Konkurrencerådets afgørelse har Rådet ved vurderingen af betingelse nr. 4) afgrænset først et forudgående marked i EEA (muligvis bredere) for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motorer, hvor Deutz angiveligt er dominerende, og så et beslægtet marked i EEA (muligvis bredere, muligvis kun i Danmark) for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015-motorer (**bilag 24, pkt. 728**). Konkurrencerådet har herefter konstateret, at betingelsen om, at der kan skelnes mellem to markeder – et forudgående og et beslægtet marked – derfor er opfyldt.<sup>358</sup>

248. Rådets markedsafgrænsninger er forkerte. Særligt markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer er afgrænset for snævert, da virksomheder ikke specialiserer sig i reparation af enkelte motorer, men opererer mere generelt. Endvidere tager afgrænsningen ikke hensyn til, at der er forskelle mellem simpel reparation/vedligehold af en motor og en mere omfattende "overhaul". Det er forskellige aktører, der er aktive mellem disse to spænd. Konkurrencerådet har ikke taget dette i betragtning, hvilket ellers påvirker vurderingen af effekterne af den påståede leveringsnægtelse, idet der skal væsentligt mere til for at udelukke konkurrencen, hvis markedet er bredere end reparation/vedligehold af TCD2015-motoren, f.eks. hvis det er reparation/vedligehold af dieselmotorer generelt eller i øvrigt bredere afgrænset. I den forbindelse bemærkes, at skønsmændene i svaret på spørgsmål 21 i den supplerende skønsrapport (**bilag 22**) har vurderet, at en række reservedele, herunder flere påståede unikke reservedele, til brug for "overhaul" af TDC2015-motoren også kan anvendes i andre motortyper, herunder TCD 2015 V06 og TCD 2015 V08.

249. Selv hvis Rådets markedsafgrænsning lægges til grund, har Konkurrencerådet ikke undersøgt og dokumenteret tilstrækkeligt, at *enhver effektiv konkurrence* på markedet er *udelukket*.

250. Vurderingen af, om *enhver effektiv konkurrence* på det beslægtede marked er *udelukket*, skal baseres på beviser, som er nøjagtige, troværdige og sammenhængende, og som udgør alle de relevante oplysninger, der skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og oplysningerne skal tale til støtte for konkurrencemyndighedernes konklusioner.<sup>359</sup>

251. Af vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af (nu) artikel 102 TEUF på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, pkt. 85, fremgår, at der normalt er større sandsynlighed for, at den effektive konkurrence elimineres, jo større en mar-

<sup>357</sup> Jf. ligeledes O'Donoghue & Padilla: *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Hart Publishing, 3. udgave, 2020, s. 644.

<sup>358</sup> Jf. Rådets afgørelse, pkt. 729 (**bilag 24**).

<sup>359</sup> Jf. Rettens dom i sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, præmis 564.



kedsandel den dominerende virksomhed har på downstream-markedet, jo færre kapacitetsbegrænsninger den dominerende virksomhed har i forhold til konkurrenterne på downstream-markedet, jo større substitution der er mellem den dominerende virksomheds og konkurrenternes produkter på downstream-markedet, jo større en andel af konkurrenterne på downstream-markedet der berøres, og jo mere sandsynligt det er, at den efterspørgsel, der kunne dækkes af de konkurrenter, der hindres adgang til markedet, dirigeres væk fra dem og over til den dominerende virksomhed.

252. Disse forhold er ikke undersøgt eller dokumenteret i nærværende sag. Det skyldes, at Konkurrencerådets vurdering af, at enhver effektiv konkurrence på markedet var udelukket, blev foretaget udelukkende ud fra konsekvenserne for DSB-udbudet i sagen, og ikke ud fra det ifølge Rådet relevante marked generelt. Det er ikke tilstrækkeligt.

253. Konkurrencerådet burde i forbindelse med vurderingen af, om enhver effektiv konkurrence var udelukket, have undersøgt, om den påståede leveringsnægtelse indebar, at Fleco og andre aktører på det påståede beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer i EEA-området i konkurrencen på dette marked som helhed – ikke kun i forbindelse med ét enkelt udbud hos én enkelt slutkunde (DSB) – var svækket i en sådan grad, at enhver effektiv konkurrence på markedet var udelukket.

254. Det har formodningen imod sig, at der er sket udelukkelse af enhver effektiv konkurrence. Det skyldes, at den påståede leveringsnægtelse alene gjaldt i kort tid og alene (angiveligt) ramte én enkelt virksomhed (Fleco) og alene denne enkelte virksomheds forpligtelse over for én enkelt kunde (DSB). I den forbindelse bemærkes desuden, 1) at Fleco langt fra var den eneste aktør på markedet, idet eksempelvis også virksomheden Stork oprindeligt bød på den af DSB udbudte opgave, 2) at det ikke er bevist, at den påståede leveringsnægtelse har haft betydning for Flecoss konkurrenceevne og markedsposition, og 3) at Fleco til dato stadig forhandler reservedele, herunder til Deutz-dieselmotorer.<sup>360</sup> Disse forhold understøtter, at enhver effektiv konkurrence på et beslægtet marked ikke blev udelukket som følge af den påståede leveringsnægtelse.

255. Desuden er markedsafgrænsningen ikke relevant i relation til Fleco og andre forhandlere, som ikke opererer på dette marked, men blot videresælger reservedele. Konkurrencerådet har i afgørelsens pkt. 752 (**bilag 24**) behandlet hele konsortiet, herunder Fleco, samlet og anført, at både Fleco og de øvrige konsortieparter agerede på det ifølge Rådet beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer. Det er imidlertid forkert i hvert fald for så vidt angår Fleco, hvis opgave i forbindelse med udbuddet udelukkende bestod i at levere, dvs. videresælge, reservedele til DSB, jf. pkt. 65 (**bilag 24**) og pkt. 194 (**bilag 24**) i Rådets afgørelse.

256. Det følger entydigt af EU-praksis, at såfremt en køber alene ønsker at videresælge inputtet, er det kun i helt exceptionelle omstændigheder – der ikke foreligger i denne sag – at leveringsnægtelse kan udgøre et misbrug. Konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF har til formål at beskytte den effektive konkurrence – ikke at beskytte en enkelt konkurrent, der ønsker at agere på markedet uden at foretage

---

<sup>360</sup> Jf. Flecoss hjemmeside: <http://www.fleco.dk/>.

nogen væsentlige investeringer eller bidrag, men alene ønsker at drage fordel af det distributionsnetværk og den markedsføringsindsats, som en dominerende virksomhed selv og dens etablerede distributionsnetværk har udført. Dette følger blandt andet af Rettens dom i sag T- 201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, præmis 335:

”Endelig skal det tilføjes, at der, for at en nægtelse af at give adgang til et produkt eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, kan anses for misbrug, må skelnes mellem to markeder, nemlig [...] og et beslægtet marked, hvorpå det pågældende produkt eller den pågældende tjenesteydelse anvendes til fremstilling af et andet produkt eller til levering af en anden tjenesteydelse. [...]” (Understregning foretaget)

257. Derudover har Kommissionen i overensstemmelse hermed udtalt (OECD, *The Essential Facilities Concept*):

”In single firm cases, there is no duty to supply if the downstream market is competitive, even if there is spare capacity, unless the company seeking the supply can show that:

- (a) it will provide a significantly different product or service not provided by existing competitors, or
- (b) it is being discriminated against to discourage it from competing vigorously.

Except in selective refusal cases, the rules about the duty to supply downstream competitors do not apply to distributors since a refusal to supply a particular distributor does not have a significant effect on competition.”

258. Tilsvarende konkluderer John Temple Lang i *The Principal of Essential Facilities in European Community Competition Law - The Position Since Bronner*:

”[A] condition of the essential facilities principle is that the down-stream activities must constitute a real market involving added value services: if it is merely distribution or resale of products produced upstream, there is not enough competition to protect [...]”

259. Konkurrencerådet har gjort gældende, at der er sket udelukkelse af konkurrencen på et beslægtet marked, idet Fleco angiveligt ikke kun videresælger reservedelene, men også anvender reservedelene som led i en samlet sourcing og levering, inklusive logistisk styring af indkøbsprocessen.

260. Det bemærkes hertil, at sourcing og levering, inklusive logistisk styring af indkøbsprocesser, er en helt naturlig del af en forhandlers opgaver i forbindelse med videresalg. Sourcing og levering, inklusive logistisk styring af indkøbsprocesser, indgår således som integrerede ydelser på det marked, hvorpå der sker videresalg. Sourcing og levering, inklusive logistisk styring af indkøbsprocesser, indebærer derimod *ikke*, at reservedelene anvendes i produktionen af et andet produkt eller i leveringen af en anden tjenesteydelse på et andet, beslægtet marked. Dette gælder, uanset om forhandleren er selvstændig eller en del af producentens forhandlernetværk. Det har således ingen betydning, at selvstændige forhandlere indkøber re-

servedele fra både producenter og andre forhandlere, idet begge typer af forhandlere sourcer, leverer og styrer indkøbsprocesser for deres kunder. Dette underbygges blandt andet af, at DMN og Fleco var konkurrenter ved DSB's udbud.

261. Derudover har Konkurrencerådet i afgørelsens pkt. 753 (**bilag 24**) henvist til, at DSB ikke havde tilstrækkeligt kendskab til reservedelsmarkederne og dermed ikke selv kunne source samtlige reservedele i markedet, hvorfor det var nødvendigt for DSB at få leveret fra underleverandører med kendskab til markedet. Hertil bemærkes, at alle forhandlere af reservedele har et naturligt kendskab til markedet, der ikke kan anses at udgøre en selvstændig tjenesteydelse, men blot er en del af det at være forhandler af et produkt. Derudover havde DSB selv – efter at have modtaget anbefalinger fra Deutz – udarbejdet en liste over, hvilke reservedele der skulle udskiftes, jf. Rådets afgørelse, pkt. 165 (**bilag 24**), hvilken liste var omfattet af udbudsmaterialet gældende for udbuddet, som Fleco og de øvrige konsortiedeltagere vandt i stedet for bl.a. DMN. Det var også DSB, der udførte renoveringsarbejdet.

262. Fleco og/eller andre forhandlere leverer således ikke en anden service end blot videresalg af reservedele, hvilket ikke er tilstrækkeligt til at opfylde betingelsen. Konkurrencerådet er tilsyneladende bekendt med, at betingelserne for leveringsnægtelse ikke er opfyldt, idet Rådet henviser til, at en lempeligere praksis om leveringsnægtelse over for eksisterende samhandelspartnere finder anvendelse.

263. Deutz bestrider, at en sådan lempeligere praksis finder anvendelse. Det skyldes blandt andet, at Konkurrencerådet ikke har dokumenteret, at Fleco var en eksisterende samhandelspartner til Deutz, hvilket heller ikke var tilfældet. Det er i den forbindelse ikke relevant, om forskellige Deutzforhandlere tidligere måtte have leveret til Fleco, idet det ikke indebærer, at der består et eksisterende samhandelsforhold mellem Deutz og Fleco. De af Rådet påståede lempeligere krav til Rådets bevisbyrde for, at der foreligger ulovlig leveringsnægtelse, kan således ikke påberåbes af Konkurrencerådet.

264. Derudover bemærkes, at selv hvis Fleco var en eksisterende samhandelspartner til Deutz (hvilket bestrides), påhviler det stadig Konkurrencerådet at bevise, at betingelserne for misbrug af dominans i form af leveringsnægtelse er opfyldt, hvilke betingelser er de samme, uanset om der foreligger leveringsnægtelse over for en ny eller en eksisterende kunde, om end bevisbyrden kan være lettere at løfte i sidstnævnte tilfælde.

265. Der henvises i den forbindelse til Sveriges Patent- og Marknadsöverdomstolens dom af 28. februar 2020 i sag PMÖÄ 1519-19, *Svenska Förpacknings- och Tidningsinsamlingen AB mod Konkurrensverket*, der angik leveringsnægtelse til en eksisterende samhandelspartner. Domstolen vurderede, at der ikke i EU-Domstolens praksis var belæg for at gøre gældende, at der gjaldt andre og lempeligere krav til, hvornår der foreligger misbrug af dominerende stilling, i tilfælde af afbrydelse af eksisterende samhandelsforhold:

”Enligt Patent- och marknadsöverdomstolens uppfattning kan EU-domstolens uttalanden i Bronner inte anses ge uttryck för att olika kriterier skulle ställas upp beroende på om det är fråga om leveranser till en ny eller en befintlig kund.”

266. Domstolen fandt, at der ikke forelå misbrug af dominerende stilling, da der ikke nægtedes fortsat levering af et input, der var uundgåeligt og dermed nødvendigt for den eksisterende samhandelspartner.

267. Dertil kommer, at det f.eks. af EU-Domstolens dom i sag 27/76, *United Brands*, præmis 182, fremgår, at:

”[...] en virksomhed, der har en dominerende stilling hvad angår distribution af en vare — og som udnytter prestigen ved et mærke, der er velkendt og værdsat af forbrugerne — ikke kan indstille sine leveringer til en gammel kunde, som overholder handelssædvanerne, når denne kundes ordrer på ingen måde er unormale”. (Understregning foretaget)

268. Det er således en forudsætning for at anvende denne lempeligere praksis, at kundens ordrer på ingen måde er unormale. Det var ikke tilfældet i nærværende sag, hvor DSB's – og dermed Flecos – ordrer var umådeligt store og langt fra normale i forhold til markedet.

269. Endelig er betingelse nr. 5) (der forelå ikke nogen objektiv begrundelse for leveringsnægtelsen) ikke opfyldt.

270. Det skyldes, at Deutz selv havde store leveringsvanskeligheder i perioden før, under og efter DSB's udbud, og som følge heraf ikke var i stand til at levere i overensstemmelse med de krævede vilkår og den meget store ordre.

271. Dette var en kendsgerning ikke blot for Deutz, men også for Deutz' forhandlere, herunder DMN og Equipco. Det fremgår blandt andet af bilag 24, underbilag 23, der indeholder korrespondance mellem Equipco og Fleco. Over for Fleco gjorde Equipco bl.a. udtrykkeligt opmærksom på, at Equico ikke kunne garantere at kunne levere den store mængde reservedele inden for de af DSB krævede tidsfrister, og at der var leveringstid på over tre måneder for mange af reservedelene. Fleco var således også bekendt med disse forhold.

272. Også DSB var fuldt ud bekendt med Deutz' leveringsvanskeligheder, allerede inden udbuddet blev iværksat. Leveringsvanskelighederne havde allerede inden udbuddet betydet, at Deutz havde problemer med at levere ordrer på reservedele til DSB gennem DMN, jf. bl.a. bilag 9 og bilag 10. Af korrespondancen i bilagene fremgår tydeligt, at lange leveringstider fra Deutz' egne leverandører gjorde, at leverancerne til DSB også blev forsinket.

273. De lange leveringstider og leveringsvanskelighederne blev ligeledes diskuteret direkte mellem Deutz og DSB på et forhandlingsmøde afholdt den 25. maj 2010; det vil sige flere måneder inden Deutz angiveligt skulle have iværksat en leveringsnægtelse (**bilag 24, underbilag 29**):

”[udeladt]”

274. DSB's kontrakt havde et usædvanligt stort omfang sammenlignet med salg de foregående år. Dette er bl.a. dokumenteret i bilag 24, underbilag 71, der bl.a. viser leveringstider for de monitorerede reservedele. Som det tydeligt fremgår af øjeblikbilledet af lagerbeholdningen, var Deutz i 2010 på ingen måde i stand til at levere det af DSB efterspurgte antal reservedele øjeblikkeligt eller inden for kort tid.

Selv såfremt Deutz havde leveret alle de reservedele, som Deutz havde i sin lagerbeholdning på daværende tidspunkt, ville dette langt fra have dækket DSB's ekstraordinært store behov for reservedele med kort varsel under den udbudte kontrakt.

275. Der henvises også til Equipco's dataudtræk i Deutz' systemer fra medio juli 2010, som Equipco sendte til Fleco, og som viste, at en stor andel af de efterspurgte reservedele ikke var registreret som værende på lager (**bilag 24, underbilag 27**).

276. Fleco var også bekendt med disse leveringsvanskeligheder. Dette fremgår blandt andet af Equipcos mail til Fleco af 6. juli 2010 (**bilag 24, underbilag 23**):

"I have to make some remarks about stock [...] all parts which are not in stock (zero stock): Deutz does not give an indication of the delivery time for these parts, in this case. We were informed earlier (at the time we offered Stork SP) that the delivery times were months (to over half a year) [...]" (Understregning foretaget)

277. Dette underbygges i øvrigt af, at Equipco i deres begrundelse for tilbagekaldelsen over for Fleco anførte, at det ikke var muligt at levere reservedelene inden for den fastsatte leveringstid (**bilag 24, underbilag 69**):

"[...] it is not possible for Equipco to agree on any delivery times/time schedule, let alone guarantee such.

[...]

we have sought for possible alternatives. Unfortunately, we have found none. Neither Deutz Ag or any other supplier contacted by us is both willing and able to guarantee delivery of the products within the delivery times mentioned by you and for the prices mentioned by us".

278. Idet Deutz selv havde leveringsvanskeligheder, hvilket var kendt for alle Deutz' forhandlere og ikke mindst DSB og Fleco allerede inden DSB-udbuddet, kunne Deutz selvsagt ikke indgå leveringsaftaler med sine forhandlere, hvis ordrene oversteg Deutz' egen leveringskapacitet, eller hvis de af kunderne krævede leveringstider var kortere end de leveringstider, som Deutz selv blev tilbudt fra reservedelsproducenterne.

279. Det er ikke et misbrug at afslå at levere et produkt, hvis dette skyldes, at virksomheden ikke selv kan opnå tilstrækkelige leverancer på de af køberen krævede vilkår.

280. Det skal endelig påpeges, at Deutz' juridiske afdeling under udbudsprocessen i kraftige vendinger frarådede, at der blev afgivet tilbud til DSB,<sup>361</sup> netop fordi bl.a. leveringsforsinkelser ville blive sanktioneret af DSB med en betydelig dagsbod. Ikke desto mindre afgav Fleco bindende tilbud til DSB uden først at have sikret sig leveringstiderne hos underleverandøren Equipco og fortsatte med at underskrive kontrakt med DSB uden at have fået et egentligt tilbud på reservedelene fra Equipco. Dette på trods af, at Fleco ikke selv producerede nogen af reservedelene,

---

<sup>361</sup> Jf. bilag 24, underbilag 15.

men blot videresolgte dem som mellemmand til DSB og derfor var 100 procent afhængig af underleveranceaftaler for at kunne opfylde kontraktvilkårene for den ekstraordinært store mængde reservedele.

281. Som følge heraf har konkurrencemyndighederne ikke bevist, at Deutz har misbragt en dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF ved at have nægtet at levere reservedele.

### 3 Deutz har ikke indgået en ulovlig aftale med DMN om at begrænse parallelhandel og forhandleres passive salg

282. Det er ikke godtgjort, at der mellem Deutz og DMN foreligger en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen. For det første er det ikke godtgjort, at der foreligger en aftale (afsnit 3.1). Selv hvis der foreligger en aftale – hvilket bestrides – er det ikke godtgjort, at den har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart (afsnit 3.2). Det er heller ikke godtgjort, at den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse (afsnit 3.2.4).

283. Før der foreligger en krænkelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, skal Konkurrencerådet dokumentere, at der foreligger en aftale, og at den mærkbart er konkurrencebegrænsende.

284. Som Retten har fastslået, påhviler der konkurrencemyndighederne en tung bevisbyrde. Se f.eks. Rettens afgørelse i De Forenede Sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP og T- 61/02 OP, *Dresdner Bank AG, Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, DVB Bank AG og Commerzbank AG mod Kommissionen*, præmisserne 59-62:

”59. Retten bemærker vedrørende bevisførelsen for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, at Kommissionen skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger [...].

60. Såfremt der hos Retten foreligger en tvivl, skal dette komme den virksomhed til gode, der er adressat for beslutningen, hvorved en overtrædelse fastslås. Retten må derfor ikke konkludere, at Kommissionen i tilstrækkeligt omfang har bevist, at den omtvistede overtrædelse foreligger, såfremt Retten fortsat nærer tvivl på dette punkt, navnlig under en sag med påstand om annullation af en beslutning om pålæggelse af en bøde.

61. I denne sidstnævnte situation skal der nemlig tages hensyn til princippet om uskyldsformodning [...]. Henset til arten af de omtvistede overtrædelser samt til karakteren af og stregheden af de hertil knyttede sanktioner, finder princippet om uskyldsformodning navnlig anvendelse på sager vedrørende tilsidesættelser af konkurrencereglerne, der gælder for virksomhederne, som vil kunne føre til at pålægge bøder eller tvangsbøder [...].

62 Det er derfor nødvendigt, at Kommissionen fremlægger præcise og samstemmende beviser for, at overtrædelsen er blevet begået [...].”

285. Der henvises også til Rettens afgørelse i sag T-82/08, *Guardian mod Kommissionen*, præmis 34, hvoraf det følger, at konkurrencemyndighederne skal vælge den

for virksomheden mest gunstige forklaring, medmindre den påståede konkurrencebegrænsende adfærd støttes af klare dokumentbeviser, når der er to eller flere mulige forklaringer på en adfærd, hvoraf mindst én ikke er konkurrencebegrænsende:

”Når Kommissionens argumentation hviler på den forudsætning, at der ikke kan være nogen anden forklaring på de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har bevist, end at der foreligger en samordning mellem virksomhederne, er det tilstrækkeligt, at sagsøgerne godtgør, at der foreligger omstændigheder, der kan sætte de af Kommissionen konstaterede forhold i et andet lys, og dermed give en anden forklaring på disse end den, der lægges til grund i Kommissionens beslutning [...]”

286. Konkurrencerådet har ikke løftet bevisbyrden for, at der foreligger en ulovlig aftale, jf. det følgende.

3.1 Det er ikke godtgjort, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN

287. Deutz gør gældende, at der ikke er indgået nogen aftale med DMN. Sagens akter understøtter, at en eventuel ensidig beslutning om at monitorere en række udvalgte reservedele var truffet af Deutz forud for mødet med DMN den 20. juli 2010.

288. Konkurrencerådet har ikke løftet bevisbyrden for, at Deutz og DMN skulle have indgået en aftale om, at Deutz skulle hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk, herunder Equipco, til brug for reovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer.

289. Konkurrencerådet søger at dokumentere den påståede aftale i pkt. 804-815 i Rådets afgørelse således:

- I punkt 811 finder Rådet, at der 20. juli 2011 blev afholdt et møde mellem Deutz og DMN. Dette understøttes af en tidslinje fundet hos Deutz og Equipco (**bilag 24, underbilag 33**). Der siges intet om indholdet af dette møde, hverken i punkt 811 eller i tidslinjen. Mødet blev afholdt, og baggrunden for mødet var, at DMN frygtede, at Deutz havde forsømt at håndhæve forbuddet i distributionsaftalerne mod Equipcos aktive salg i Danmark.
- I punkt 812 henviser Rådet til en intern e-mail i DMN (**bilag 24, underbilag 38**). Denne dokumenterer efter Rådets opfattelse, at Deutz og DMN på mødet 20. juli 2011 indgik en mundtlig aftale om begrænsning af parallelhandel og passivt salg. E-mailen har ikke Deutz som adressat, afsender eller modtager og har allerede af denne årsag begrænset værdi i forhold til dokumentationen af en påstået aftale med Deutz. DMN havde en væsentlig egeninteresse i at opnå ordren hos DSB. Denne egeninteresse farver let intern korrespondance og giver anledning til at overfortolke andres ageren. Dette påvirker den bevismæssige værdi.
- Deltagerne på mødet mellem DMN og Deutz den 20. juli 2010 var [udeladt] og [udeladt] fra DMN og [udeladt], [udeladt], [udeladt] og [udeladt] fra Deutz. Efter mødet ringede [udeladt] og/eller [udeladt] hjem til [udeladt] som var direktør i DMN, og orienterede ham om mødets indhold og udfald. [udeladt],

der var salgschef i DMN, og som skrev om mødet i e-mailen den 21. juli 2010 (**bilag 24, underbilag 38**), var altså ikke til stede under mødet, jf. ligeledes pkt. 348 i afgørelsen. Hans udlægning kan således ikke lægges til grund.

- I pkt. 349 i Rådets afgørelse hæfter Konkurrencerådet sig ved, at der ikke er fundet materiale i sagen, der modsiger [udeladt] opfattelse af mødet den 20. juli 2010, som kom til udtryk i hans e-mail af 21. juli 2010. Det er imidlertid ikke tilstrækkeligt bevis, at der ikke er fundet andet materiale, der modsiger [udeladt] opfattelse af mødet.
- E-mailens indhold er heller ikke præcist i forhold til at skulle dokumentere indholdet af en påstået aftale om begrænsning af parallelhandel og passivt salg.
- Det samme gør sig gældende i forhold til e-mailen refereret i punkt 227 i afgørelsen.
- Konkurrencerådet henviser i punkt 813 til en intern e-mail i DMN, der skulle vise DMN's egeninteresse i at hindre salg til Fleco. At DMN måtte have en sådan egeninteresse er forretningsmæssigt forståeligt, juridisk uproblematisk og Deutz uvedkommende.
- E-mailen har ikke Deutz som adressat, afsender eller modtager og har dermed begrænset bevismæssig værdi. Endvidere udtaler e-mailen sig alene om et hypotetisk scenarie, nemlig "*if Deutz will not supply Equipco wit these parts*" (Vor understregning af "hvis").
- Hvis der faktisk var indgået en mundtlig aftale den 20. juli 2010, var der ingen grund til, at DMN den 29. juli 2010 sendte en e-mail med et så vagt indhold. E-mailen viser derimod, at der den 20. juli 2010 ikke var nogen aftale mellem Deutz og DMN.
- Det samme gør sig gældende for bilag 24, underbilag 80, hvor DMN i oktober 2010 internt drøfter visse forhold for at begrænse adgangen til reservedele; hvis der faktisk var en aftale med Deutz om at blokere for reservedele, var der ingen grund til sådanne interne drøftelser. Deutz henviser til bilag 15, som Rådet ikke har medtaget i sin afgørelse, hvor Deutz kommenterer på dette bilag.
- Konkurrencerådet henviser i punkt 814 til en e-mail mellem Deutz og DMN (bilag 24, underbilag 46). I e-mailen orienterer Deutz om, hvorvidt Fleco efter Deutz' oplysninger har rettet henvendelse til andre af Deutz' distributører eller leverandører for at erhverve reservedele. En sådan oplysning til Deutz' danske eneforhandler vedrørende et udbud i Danmark er både forståelig og lovlig. E-mailen siger intet om, at Deutz skulle have begrænset sine forhandleres parallelhandel eller passive salg, eller at der skulle være en sådan aftale mellem Deutz og DMN.
- Endelig henviser Rådet i punkt 815 (**bilag 24**) til en intern e-mail i DMN vedrørende leverancer fra Henkelhausen. E-mailen har ikke Deutz som adressat, afsender eller modtager og har dermed begrænset bevismæssig værdi.



290. Deutz gør gældende, at denne dokumentation er utilstrækkelig: De nævnte bilag dokumenterer ikke, at Deutz og DMN skulle have indgået en aftale, endside at denne påståede aftale skulle indeholde en forpligtelse for Deutz til at begrænse sine forhandleres parallelhandel og passive salg. De pågældende dokumenter er i bedste fald uklare.

291. Dertil kommer, at Rådet også gør gældende i afgørelsens pkt. 205, at Deutz allerede den 16. juli 2010 – dvs. fire dage før mødet med DMN – havde forbudt Equipco at levere til Fleco. Rådet henviser i den forbindelse til en e-mail af 16. juli 2010 internt i Deutz, hvoraf det fremgår:

”Et konsortium bestående af Bosch-forhandleren, Mahle-forhandlere, Filterforhandlere og Fleco (tidligere medarbejdere ved DMN) har ordren på reserverede dele til istandsættelserne.

[udeladt] har besluttet:

Close the door, dry then out, try to push the Business to DMN [oversat til luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN]” (Understregning foretaget)

292. Rådet har i pkt. 208-209 i afgørelsen også henvist til en e-mail internt i Deutz senere på dagen den 16. juli 2010, hvoraf det bl.a. fremgår:

”In a mix calculation a independent part dealer is able with the support from Mahle, BOSCH and BWTS to out compete DEUTZ even when Fleco get the parts with 20% Discount.

We try the best with order processing to close the doors. [udeladt] can you speak with Documentation to remove the EMR Data from the SAP system. Also to remove the data from the SERPIC data?”

293. Rådet har således vurderet, at Deutz besluttede at afskære parallelhandel og levering til Fleco den 16. juli 2010 – fire dage før mødet med DMN. Rådet har også behandlet det påståede forbud mod Equipcos passive salg som en overtrædelse af reglerne om misbrug af dominerende stilling. Rådet kan ikke samtidig behandle det påståede forbud mod Equipcos levering til Fleco som en aftale indgået med DMN fire dage senere.

294. Dertil kommer, at Deutz ikke havde noget incitament til at indgå en aftale med DMN om begrænsning af forhandleres parallelhandel og passive salg. Aftaler er karakteriserede ved at angå aftaleparternes gensidige udveksling af ydelser. Deutz og DMN havde allerede indgået en distributionsaftale, hvoraf det fulgte, at Deutz (helt i overensstemmelse med konkurrencereglerne) bl.a. påtog sig at begrænse andre forhandleres aktive salg i Danmark (Deutz’ ydelse), mod at DMN ville forhandle Deutz’ produkter i Danmark (DMN’s ydelse). En overbygning på distributionsaftalen, som skulle vedrøre Deutz’ forpligtelse til at begrænse andre forhandleres passive salg i Danmark, ville ikke indebære nogen modydelse fra DMN’s side. Deutz ville ikke have nogen interesse i en sådan aftale.

295. Deutz har således ageret ensidigt. Ensidig adfærd kan ikke behandles efter reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6/artikel 101

TEUF, men alene efter reglerne om misbrug af dominerende stilling i konkurrence-lovens § 11/artikel 102 TEUF, forudsat at betingelserne herfor er opfyldt. Som det fremgår af afsnit 1 og 2 ovenfor, mener Deutz ikke, at Deutz' ensidige adfærd opfylder betingelserne for at udgøre misbrug af dominerende stilling.

3.2 Selv hvis der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN, er det ikke godtgjort, at den har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart

3.2.1 Der foreligger ingen aftale om begrænsning af passivt salg

**296.** Selv hvis Sø- og Handelsretten måtte finde, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN, er dette ikke tilstrækkeligt til at opretholde Rådets afgørelse. Konkurrencerådet skal endvidere dokumentere, at den pågældende aftale medfører en mærkbar konkurrencebegrænsning.

**297.** Deutz gør gældende, at en ren vertikal aftale mellem Deutz som leverandør og DMN som forhandler om, at leverandøren skal sikre forhandleren eneret på en given ordre, ikke er en konkurrencebegrænsende aftale.

**298.** En sådan aftale kan implementeres på fuldt lovlig vis; enten via en begrænsning af aktivt salg (som allerede fremgik af forhandleraftalen med Equipco og DMN) eller via rent ensidig adfærd. Deutz og DMN kan i forhold til konkurrence-lovens § 6 og artikel 101 TEUF lovligt indgå en aftale om, at Deutz vil sikre DMN eksklusivitet på levering af de relevante reservedele direkte fra Deutz.

**299.** Konkurrencerådet har ikke dokumenteret, at Deutz gjorde andet end at sikre DMN's eksklusivitet i Danmark og forhindre Equipcos aktive salg til Fleco i strid med distributionsaftalerne med henholdsvis DMN og Equipco. Da DMN kontaktede Deutz med henblik på at sikre, at Equipco ikke foretog aktivt salg i Danmark i strid med distributionsaftalerne, gjorde Deutz ikke andet end at forsøge at håndhæve de lovlige distributionsaftaler.

**300.** Sagens materiale peger ikke på, at Equipco foretog passivt salg til Fleco, jf. afsnit 2.2 ovenfor.

**301.** Selv hvis det antages, at det senere måtte konstateres, at Equipco foretog passivt salg til Fleco, fordi Fleco kontaktede Equipco og ikke omvendt, indebærer det ikke, at en påstået aftale mellem Deutz og DMN var ulovlig. Det skyldes, at det, Deutz og DMN ønskede, var at håndhæve de lovlige distributionsaftaler. Selvom Deutz ikke tydeligt måtte have påpeget over for Equipco, at man blot ønskede at håndhæve distributionsaftalerne og forbuddet mod aktivt salg i Danmark, må det have formodningen for sig, at det var det, Deutz ønskede, eftersom det var det, der var aftalt i distributionsaftalerne.

**302.** Konkurrencerådet har således ikke dokumenteret, at Deutz og DMN skulle have aftalt, at Deutz skulle begrænse sine forhandleres passive salg.

3.2.2 Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN, der har *til formål* eller *til følge* at begrænse konkurrencen

**303.** Konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF forbyder aftaler, der har *til formål* eller *til følge* at begrænse konkurrencen.

**304.** Konkurrencerådet fandt i Rådets afgørelse, afsnit 4.8.3-4.8.4, at den påståede aftale havde *til formål* at begrænse konkurrencen og dermed var egnet til at begrænse konkurrencen mærkbart.

**305.** Konkurrenceankenævnet tiltrådte i kendelsen, at aftalen havde *til formål* at begrænse konkurrencen, og at det ikke kunne "*afvises, at bestemmelsen allerede efter sit formål vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart.*".

**306.** Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrenceankenævnet har undersøgt eller forholdt sig til, om den påståede aftale mellem Deutz og DMN havde *til følge* at begrænse konkurrencen, idet de havde konkluderet, at den påståede aftale havde *til formål* at begrænse konkurrencen.

**307.** Det følger af fast praksis fra EU-Domstolen, at en aftale alene kan have til formål at begrænse konkurrencen, hvis en analyse af aftalen med tilstrækkelig klarhed viser, at aftalen vil være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Analysen skal omfatte indholdet af aftalebestemmelserne, de formål, aftalen tilsigter at opfylde, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, herunder arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer.<sup>362</sup>

**308.** Analysen skal være individuel og deltaljeret og har blandt andet til formål at fastlægge aftalens økonomiske funktion og faktiske betydning, således at det kan undersøges, om det er sandsynligt, at der ligger en anden forklaring end ønsket om at forfølge et konkurrencebegrænsende formål til grund for aftalen.<sup>363</sup>

**309.** At aftalen skal være tilstrækkelig skadelig for konkurrencen indebærer, at det ikke er nok at konstatere, at den påståede aftale var *egnet* til at begrænse konkurrencen.<sup>364</sup>

**310.** Kravet er desuden kun opfyldt, hvis aftalens skadelige virkninger i henhold til erfaring og den økonomiske videnskab er lette at identificere og påvise, og hvis det er klart og entydigt, at de konkurrencebegrænsende virkninger overstiger de konkurrencefremmende virkninger.<sup>365</sup> I tilfælde af tvivl kan en aftale ikke anses for at have til formål at begrænse konkurrencen. Begrebet konkurrencebegrænsende

---

<sup>362</sup> Jf. EU-Domstolens dom i sag C-32/11, *Allianz Hungária*, præmis 35-36, generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, betragtning 54-58 og 148, EU-Domstolens dom i sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, præmis 49-58, EU-Domstolens dom i sag C-345/14, *SIA Maxima Latvija*, præmis 17, 18 og 23, EU-Domstolens dom i sag C-286/13 P, *Dole Food*, præmis 116-117, generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i sag C-228/18, *Budapest Bank*, betragtning 25 og 38-82, EU-Domstolens dom i sag C-228/18, *Budapest Bank*, præmis 37, 38, 54, 67, 76 og 86, og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-307/18, *Generics (UK) and Others*, betragtning 100-102. I en nylig kendelse fra Konkurrenceankenævnet synes Ankenævnet også at have anerkendt, at vurderingen af til formål-overtrædelser er mere nuanceret end Konkurrencerådets praksis fra de senere år og Ankenævnets kendelse i nærværende sag peger på, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 12. september 2018 i sag nr. KL-2-2017 m.fl. vedrørende fastsættelse af tekniske standarder i tagpap-branchen.

<sup>363</sup> Jf. betragtning 148 i generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse i sag C-179/16, *Hoffmann-La Roche*.

<sup>364</sup> Jf. EU-Domstolens dom i sagen C-345/14, *SIA Maxima Latvija*, præmis 22-23, samt EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, *Ski Taxi*, præmis 64. Der henvises også til "Report for the Hearing" i sag E-3/16, pkt. 82 og 93, hvor Kommissionen foreslog, at EFTA-Domstolen udtalte netop dette. Jf. ligeledes dom af 13. februar 2018 afsagt af Sveriges Patent- og Marknadsöverdomstolen i sag PMT 761-17, *Telia Sverige AB mod Konkurrensverket*, hvor en informationsudveksling mellem potentielle konkurrenter i forbindelse med afgivelse af bud ikke havde til formål at begrænse konkurrencen, uanset at informationsudvekslingen ved første øjekast var egnet til at begrænse konkurrencen.

<sup>365</sup> Jf. EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, *Ski Taxi*, præmis 61 og 66, generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, betragtning 55-56, og generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i sag C-228/18,

formål skal fortolkes indskrænkende.<sup>366</sup>

**311.** Hvis aftalen synes at have ambivalente virkninger, har aftalen ikke til formål at begrænse konkurrencen, og en vurdering af aftalens følger er nødvendig for at konstatere, om aftalen er ulovlig.<sup>367</sup>

**312.** Selv for aftaler, der umiddelbart synes at indeholde alvorlige konkurrencebegrænsninger, er det således nødvendigt at foretage en nærmere vurdering af aftalen og dens kontekst, før man kan konkludere, om aftalen har til formål at begrænse konkurrencen.<sup>368</sup>

**313.** Konkurrenceankenævnets kendelse er til prøvelse i nærværende sag. Konkurrenceankenævnet udtalte på side 17 i kendelsen (**bilag 2**):

”En markedsdelingsaftale har til formål at begrænse konkurrencen, når begrænsningen efter sin karakter og i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt indeholder potentielle konkurrenceskadelige virkninger.

Aftalen mellem Deutz og DMN havde som sandsynlig konsekvens, at der i strid med de almindelige konkurrenceretlige principper skete en hindring af parallelhandlen og passivt salg fra Deutz’ forhandlere til Fleco, og at markedet derved blev opdelt. Konkurrenceankenævnet tiltræder dermed, at aftalen i sig selv er egnet til at skade konkurrencen, og at aftalen dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

Da aftalen i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen har haft negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge, og det kan ikke afvises, at bestemmelsen allerede efter sit formål vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart.” (Understregning foretaget)

**314.** Konkurrenceankenævnet fandt således, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN havde til formål at begrænse konkurrencen, idet den var ”*egnet til at skade konkurrencen*” (hvilket ikke er tilfældet). Dette er en forkert juridisk test for, om der er tale om en til formål-overtrædelse. Det er – som nævnt ovenfor – ikke nok at konstatere, at en aftale er *egnet* til at skade konkurrencen.

**315.** Selv hvis Deutz og DMN havde indgået en aftale – hvilket bestrides og ikke er bevist – kunne en sådan aftale kun have til formål at begrænse konkurrencen, hvis det fremgik med tilstrækkelig klarhed af en detaljeret analyse af den påståede afta-

*Budapest Bank*, betragtning 42, 60, 63-73 og 78-81.

<sup>366</sup> Jf. bl.a. EU-Domstolens dom i sag C-67/13 P, *Groupement des Cartes Bancaires*, præmis 49-58, samt i sag C-345/14, *SIA Maxima Latvija*, præmis 17-18. Jf. tillige EFTA-Domstolens dom i sag E-3/16, *Ski Taxi*, præmis 61, generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i sag C-228/18, *Budapest Bank*, betragtning 50, og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-307/18, *Generics (UK) and Others*, betragtning 102.

<sup>367</sup> Jf. Generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse i sag C-228/18, *Budapest Bank*, betragtning 50, 54, 78 og 81.

<sup>368</sup> Jf. ligeledes de to svenske domme fra Sveriges Patent- og Marknadsöverdomstolen afsagt henholdsvis den 13. februar 2018 i sag PMT 761-17, *Telia Sverige AB mod Konkurrensverket*, og den 29. november 2017 i sag PMT 7498-16, *Alfa Quality Moving Aktiebolag mod Konkurrensverket*. Begge domme illustrerer vigtigheden af at tage hensyn til konkrete faktiske omstændigheder og kontekst, idet man ikke kan lægge til grund, at en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, blot fordi den indeholder elementer som informationsudveksling mellem konkurrenter eller konkurrenceklausuler, som i andre sammenhænge kan være til formål-overtrædelser.

le, at den var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen. Dette fremgår ikke af Ankenævnets kendelse, og det er heller ikke i øvrigt bevist, at det var tilfældet.

316. Konkurrencerådet har påstået, at der ikke er grundlag for at mene, at Konkurrenceankenævnet har ønsket at fravige den faste praksis fra Ankenævnet om, hvornår en aftale har til formål at begrænse konkurrencen, og at Højesteret i UfR 2020.524 H (vejmarkeringssagen) har tilsluttet sig Ankenævnets praksis.

317. Det bestrides. Henvisningen til Højesterets dom i UfR 2020.524 H (vejmarkeringssagen) er misvisende. Højesterets formulering i vejmarkeringssagen svarer ikke til Konkurrenceankenævnets formulering i nærværende sag. Højesteret udtalte følgende i vejmarkeringssagen:

”På denne baggrund finder Højesteret – ligesom Konkurrenceankenævnet – det godtgjort, at konsortieaftalen mellem Eurostar og GVCO må anses for i sig selv at have haft konkurrencebegrænsning til formål, idet aftalen efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummede et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.” (Understregning foretaget)

318. Tilsvarende formulering ses ikke i Konkurrenceankenævnets kendelse i denne sag, hvor Ankenævnet i stedet udtalte på side 17 i kendelsen (**bilag 2**):

”En markedsdelingsaftale har til formål at begrænse konkurrencen, når begrænsningen efter sin karakter og i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt indeholder potentielle konkurrenceskadelige virkninger.”

Aftalen mellem Deutz og DMN havde som sandsynlig konsekvens, at der i strid med de almindelige konkurrenceretlige principper skete en hindring af parallelhandlen og passivt salg fra Deutz’ forhandlere til Fleco, og at markedet derved blev opdelt. Konkurrenceankenævnet tiltræder dermed, at aftalen i sig selv er egnet til at skade konkurrencen, og at aftalen dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

Da aftalen i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen har haft negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge, og det kan ikke afvises, at bestemmelsen allerede efter sit formål vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart.” (Understregning foretaget)

319. Højesterets dom i sag UfR 2020.524 H illustrerer, at der gælder større krav til, hvornår en aftale kan have til formål at begrænse konkurrencen, end hvad Konkurrenceankenævnets kendelse i nærværende sag er udtryk for. Ankenævnets kendelse leverer ikke op til de gældende krav og er baseret på en forkert juridisk test.

320. Det er således ikke bevist, at der foreligger en aftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen mærkbart.

321. Konkurrencerådets udtalelse om, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN havde til formål at begrænse konkurrencen, lyder:<sup>369</sup>

”Denne aftale mellem Deutz og DMN har til formål at begrænse parallelimport og passivt salg af Deutz-reservedele til Danmark ved at opdele markedet i et nationalt dansk marked. Aftalen har således efter EU-praksis, jf. ovenfor, til formål at begrænse konkurrencen.”

322. Konkurrencerådet har ikke foretaget en analyse af både indholdet af aftalebestemmelserne, de formål, aftalen tilsigter at opfylde, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, herunder arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, forinden det er konkluderet, at den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen. Konkurrencerådet har således ikke godtgjort, at det fremgik tilstrækkelig klart, at den påståede aftale var tilstrækkelig skadelig for konkurrencen, hvilket imidlertid også er påkrævet i tilfælde af aftaler, der umiddelbart måtte synes at indeholde alvorlige konkurrencebegrænsninger.

323. Rådet har blot gjort gældende, at den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen, på baggrund af et sammendrag af praksis om til formål-overtrædelser og en antagelse om aftalens formål baseret på interne mails i DMN. De efterfølgende punkter 839-853 i afgørelsen indeholder heller ikke en analyse af eksempelvis aftalens økonomiske og retlige sammenhæng, herunder arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer. I punkterne forholder Rådet sig blot til nogle af Deutz og DMN's indsigelser mod, at der eksisterer en aftale, og mod at en påstået aftale måtte vedrøre passivt salg (frem for aktivt salg). Det er ikke tilstrækkeligt. De foregående punkter i Rådets afgørelse indeholder heller ikke den påkrævede analyse af den påståede aftale, idet disse punkter i stedet går ud på, hvorvidt der overhovedet forelå en aftale mellem Deutz og DMN.

324. Konkurrencemyndighederne har således ikke foretaget en bedømmelse i overensstemmelse med de ovenfor nævnte krav til statuering af en til formål-overtrædelse. De har ikke godtgjort, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN kan anses for en til formål-overtrædelse, der mærkbart begrænsede konkurrencen.

325. Den påståede aftale mellem Deutz og DMN kunne således alene være i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF, såfremt aftalen havde til følge at begrænse konkurrencen. Konkurrencemyndighederne har hverken undersøgt eller dokumenteret, at det var tilfældet, eller om en sådan til følge-aftale mærkbart begrænsede konkurrencen.

326. Som følge heraf har konkurrencemyndighederne ikke bevist, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN – selv hvis en sådan aftale antages at foreligge – er i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF.

3.2.3 Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN, der begrænser konkurrencen mærkbart

327. Det er heller ikke bevist, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN – selv hvis en sådan aftale antages at foreligge – begrænser konkurrencen mærkbart.

---

<sup>369</sup> Jf. pkt. 838 i Konkurrencerådets afgørelse.

328. Konkurrencerådet fandt i afgørelsens pkt. 863-864, at der var tale om aftale, der var egnet til mærkbart at begrænse konkurrencen, fordi der var tale om en alvorlig overtrædelse (til formål-overtrædelse), og fordi DSB's renovering angiveligt blev dyrere som følge af overtrædelsen, fordi DSB måtte bestille visse reservedele til en højere pris, end de havde aftalt med Fleco, og fordi DSB i nogle tilfælde måtte bestille reservedele til andre motorer og selv modificere dem således, at de kunne benyttes i deres motorer.

329. Hertil bemærkes *for det første*, at der ikke er tale om en alvorlig overtrædelse, jf. afsnit 3.2.2 ovenfor.

330. *For det andet* er det forhold, at DSB måtte betale en højere pris end den pris, DSB havde aftalt med Fleco, ikke ensbetydende med, at konkurrencen er begrænset mærkbart. Det er ikke angivet, hvor meget højere prisen til DMN var, ligesom den aftalte pris mellem DSB og Fleco ikke nødvendigvis kan antages at være udtryk for en markedspris.

331. Det er således ikke dokumenteret, at konkurrencen er begrænset mærkbart. Det var desuden ikke muligt på grund af den utilstrækkelige markedsafgrænsning, der ikke identificerer de reservedele, der angiveligt er unikke og kun kan erhverves via Deutz, jf. afsnit 1.1 ovenfor.

332. Af Konkurrencerådets afgørelse, pkt. 856-858, fremgår følgende om den kvalitative mærkbarhedsvurdering:

”856. Det kvalitative mærkbarhedskrav supplerer det kvantitative mærkbarhedskrav og beror på en helhedsvurdering af den omtvistede aftales eller adfærds betydning for konkurrencen – set i den retlige og økonomiske kontekst, hvori den indgår.

857. Mærkbarhedskriteriet er som udgangspunkt ikke opfyldt, hvis konkurrencebegrænsningen kun er rent teoretisk eller abstrakt, eller hvis konkurrencebegrænsningen er helt ubetydelig.

858. Den kvalitative mærkbarhed vil bl.a. afhænge af konkurrencebegrænsningens art, herunder om samarbejdet efter sin karakter har til formål at begrænse konkurrencen, det pågældende markeds særlige kendetegn, om samarbejdet har en særlig stilling på en del af markedet, adgangsbarrierer til markedet osv.”

333. Den utilstrækkelige markedsafgrænsning, som ikke identificerer de reservedele, der angiveligt er unikke og kun kan erhverves via Deutz, gør det umuligt at undersøge og vurdere, om konkurrencebegrænsningen kun er rent teoretisk eller abstrakt, og om konkurrencebegrænsningen er helt ubetydelig. Det er også umuligt at vurdere, om samarbejdet har en særlig stilling på en del af markedet. Eksempelvis er det ikke muligt at vurdere, om den pågældende aftale overhovedet angik reservedele, der angiveligt var unikke og kun kunne erhverves via Deutz, og hvor mange reservedele aftalen angik. Det er heller ikke undersøgt eller dokumenteret, hvor mange reservedele ud af de mange komponenter, TCD2015-motorerne bestod af, aftalen angik. Alt dette har relevans, da det i modsat fald er umuligt at vurdere, hvordan aftalen kunne påvirke konkurrencen på markedet, som er langt bredere end blot DSB-udbuddet, idet markedet af Rådet er afgrænset til EEA-området.

334. Som følge heraf har konkurrencemyndighederne ikke bevist, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN – selv hvis en sådan aftale antages at foreligge – er i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF.

3.2.4 Det er ikke godtgjort, at den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse

335. I Konkurrencerådets afgørelse, pkt. 873-877, har Rådet konkluderet, at den vertikale gruppefritagelsesforordning, som fritager visse aftaler fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, ikke finder anvendelse, da den påståede aftale mellem Deutz og DMN indeholder en alvorlig konkurrencebegrænsning omfattet af artikel 4, litra b. Derfor undersøgte Rådet ikke, om markedsandelstærsklerne på maksimalt 30 pct. i gruppefritagelsesforordningens artikel 3 var opfyldt. Såfremt disse markedsandelstærskler var opfyldt, og der ikke forelå en alvorlig konkurrencebegrænsning som omhandlet i artikel 4, ville den påståede aftale være omfattet af gruppefritagelsesforordningen og derfor være lovlig i medfør af forordningens artikel 2.

336. Konkurrencerådet gør i sagen gældende, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN gik ud på, at Deutz angiveligt skulle blokere for reservedele, således at Equipco og andre forhandlere ikke leverede til Fleco/DSB uden om DMN. Ifølge Konkurrencerådet er der tale om en begrænsning på alle forhandlernes (købernes) mulighed for at videresælge reservedelene, hvilket er en alvorlig konkurrencebegrænsning, der efter artikel 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelse fører til, at gruppefritagelsen ikke er anvendelig på aftalen.

337. Konkurrencerådets synspunkt er ikke korrekt. Såfremt den påståede aftale eksisterede – hvilket bestrides – ville begrænsningen ikke angå alle forhandlernes/købernes mulighed for at videresælge reservedele. Den påståede konkurrencebegrænsning angik ifølge Rådets afgørelse Equipco og andre forhandlere, men ikke DMN. Gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b, angår udelukkende begrænsninger, der pålægges den forhandler/køber, som er part i aftalen, hvilket alene er DMN, jf. ordlyden af artikel 4, litra b:

”Fritagelsen efter artikel 2 gælder ikke for vertikale aftaler, der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har følgende formål:

[...]

b) begrænsning af det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted må sælge kontraktstvarerne og -tjenesterne, undtagen: [...]

338. Konkurrencerådet har således ikke godtgjort, at den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse. Konkurrencerådet lagde i afgørelsens punkt 36 og 564 til grund, at Deutz havde en markedsandel på 100 pct. på det påståede relevante marked for ”udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz AG”, men da Rådets markedsafgrænsning er forkert, og der ikke eksisterede unikke reservedele, der kun kunne erhverves via Deutz, er dette ikke



korrekt. Der henvises til afsnit 1 ovenfor. Det er ikke på anden vis undersøgt eller dokumenteret, hvor stor en markedsandel Deutz – eller DMN – havde.

**339.** Også af denne årsag har Konkurrencerådet ikke godtgjort, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN er ulovlig.

3.3 Det er ikke godtgjort, at der foreligger en aftale mellem Deutz og Equipco (eller andre forhandlere) om begrænsning af passivt salg fra Equipco (eller andre forhandlere)

**340.** Hvis der skulle være indgået en aftale om begrænsning af Equipcos (eller andre forhandlers) passive salg i Danmark, måtte en sådan aftale være indgået mellem Deutz og Equipco (eller andre forhandlere) – ikke mellem Deutz og DMN. Alternativt måtte der være tale om ensidig adfærd fra Deutz' side, som alene kan være ulovlig i medfør af konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF.

**341.** Det giver ikke mening at anskue en aftale mellem Deutz og DMN (selv hvis en sådan aftale måtte være indgået – hvilket bestrides) som en aftale om begrænsning af Equipcos passive salg.

**342.** En eventuel håndhævelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, der går ud på begrænsning af Equipcos (eller andre forhandlers) passive salg, må således ske ved at gribe ind i en sådan aftale mellem Deutz og Equipco (eller andre forhandlere) – ikke ved at gribe ind i en aftale mellem Deutz og DMN.

**343.** Konkurrencerådet har ikke på noget tidspunkt gjort gældende, undersøgt, vurderet eller dokumenteret, at der skulle være indgået en aftale mellem Deutz og Equipco (eller andre forhandlere). Rådet har i stedet vurderet det påståede forbud mod Equipcos passive salg i Danmark som en overtrædelse af reglerne om misbrug af dominerende stilling, jf. afsnit 2 ovenfor (og samtidig som en overtrædelse af reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler via en aftale mellem Deutz og DMN).

**344.** Hvis Rådet nu måtte gøre gældende, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale mellem Deutz og Equipco (eller andre forhandlere), må Rådets afgørelse i det mindste hjemvises, så dette forhold, der ikke tidligere er behandlet, kan undersøges og vurderes.

#### **4 Formelle mangler ved afgørelsen**

**345.** Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens sagsbehandling har indebåret en række sagsbehandlingsfejl, som også understøtter, at afgørelsen bør ophæves, subsidiært hjemvises.

4.1 Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har vedvarende kommunikeret på dansk

**346.** Deutz er en tysk virksomhed, der ikke forstår dansk, og som ikke har nogen tilknytning til Danmark. Deutz har hverken datterselskaber, filialer eller i øvrigt nogen juridisk tilstedeværelse i Danmark. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har alligevel trods protester fra Deutz vedholdende kommunikeret til Deutz på dansk i strid med det grundlæggende princip i dansk forvaltningsret om, at en offentlig

myndighed skal kommunikere til deres adressater på et sprog, de forstår, jf. eksempelvis Sten Bønsing, Forvaltningssproget - hvilket sprog taler forvaltningen?, U.2006B.275, og Karsten Revsbech m.fl: Forvaltningsret – Sagsbehandling, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 313.

347. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har alene givet Deutz begrænsede fristudsættelser, der ikke fuldt ud kompenserede Deutz for den tid, der blev anvendt på at oversætte. Det har gjort det urealistisk for Deutz at forsvare sig selv på en effektiv måde inden Rådets afgørelse. Der henvises til stævningens afsnit 3.1.

#### 4.2 Ulovlig indhentning af beviser og brug heraf

348. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i forbindelse med den gennemførte kontrolundersøgelse indhentet beviser i Tyskland i strid med den danske konkurrencelovgivning. Beviserne er siden brugt mod Deutz. Deutz gør gældende, at styrelsen ikke kan basere en sag på dokumenter, der ikke er indhentet i overensstemmelse med dansk lovgivning. Der henvises til stævningens afsnit 3.2.

#### 4.3 For begrænset aktindsigt i centrale dokumenter

349. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har ikke givet Deutz aktindsigt i væsentlige af sagens dokumenter, idet styrelsen har ekstraheret afgørende oplysninger i akterne.

350. Det forhold, at Deutz ikke har været bekendt med alle væsentlige elementer af sagen, har resulteret i, at Deutz ikke har kunnet forsvare sig selv på en effektiv måde.

351. Deutz har først efter Rådets afgørelse og Ankenævnets kendelse fået adgang til flere oplysninger i forbindelse med SØIK's udlevering af den fortrolige afgørelse med bilag til Deutz (**bilag 24**). Ved gennemgang af den fortrolige version af afgørelsen med bilag modtaget fra SØIK fremgår det, at styrelsen havde ekstraheret oplysninger, som var centrale for Deutz' forsvar.

352. Eksempelvis havde styrelsen ekstraheret den for sagen centrale oplysning fra DSB om, at visse af de unikke komponenter tilsyneladende kunne kopieres (**bilag 24, underbilag 3**). Intet lovligt hensyn kunne begrunde denne ekstrahering.

353. Styrelsen havde i samme dokument ekstraheret en anden central oplysning om, at renoveringsopgaven ifølge DSB kørte efter planen, fordi Fleco lykkedes med at levere til DSB bl.a. som følge af, at bl.a. Fleco fik kopieret originale reservedele (**bilag 24, underbilag 3, s. 2**).

354. Deutz gør gældende, at den manglende adgang til partsaktindsigt i centrale oplysninger i sagen, som bruges mod Deutz, i sig selv – og i hvert fald sammenlagt med de øvrige forhold – indebærer, at Rådets afgørelse, som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, er ugyldig. Tilsidesættelse af retten til partsaktindsigt indebærer brud på en garantiforskrift. Det medfører en formodning for påvirkning af afgørelsen og bør derfor føre til ugyldighed, medmindre denne formodning er modbevist, hvilket ikke er tilfældet i nærværende sag. Tværtimod burde Deutz' adgang til oplysningen fra DSB om, at visse af de unikke komponenter tilsyneladende kunne kopieres, og at renoveringsopgaven ifølge DSB kørte efter planen, fordi Fleco lyk-

kedes med at levere til DSB bl.a. som følge af, at Fleco fik kopieret originale reservedele, have ført til en anden afgørelse. Der er tale om centrale oplysninger fra DSB, der modsvarer Rådets konklusioner, som ligger til grund for Rådets markedsafgrænsning og vurdering af dominans. Der henvises eksempelvis til Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret – Sagsbehandling, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 376, og TFS 2012, 374.

#### 4.4 Afgørelsen er for uklar

355. Deutz gør desuden gældende, at den manglende angivelse i Rådets afgørelse af, hvilke reservedele der er unikke, indebærer, at afgørelsen og dens rækkevidde er uklar.

356. Påbuddene til Deutz gik ikke kun ud på, at Deutz skulle bringe overtrædelserne til ophør. De gik også ud på, at Deutz skulle afstå fra adfærd med samme eller tilsvarende virkning. Da det ikke er klart, hvilke reservedele der er unikke, er det eksempelvis umuligt for Deutz at vide, hvilke reservedele Deutz for fremtiden absolut må levere for at undgå ulovlig leveringsnægtelse osv.

357. Rådets manglende definition af, hvilke reservedele der er unikke, indebærer, at afgørelsen og dens rækkevidde er så uklar, at afgørelsen er ugyldig. Der henvises til Karsten Revsbech m.fl.: Forvaltningsret – Sagsbehandling, 8. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, side 310-311. Heraf følger, at der gælder et forvaltningsretligt krav om klarhed, der indebærer, at en afgørelses adressat klart og tydeligt skal vide, hvad den afgørelse, adressaten skal rette sig efter, går ud på. Der henvises også til FOB.2002.519, hvoraf det følger, at en bebyrdende afgørelses uklarhed med hensyn til afgørelsens indhold kan medføre ugyldighed. Den konkrete ombudsmandsudtalelse angik en advarsel til en medarbejder, som beskrev medarbejderens fremtidige forpligtelser så upræcist, at afgørelsen af denne grund var ugyldig.

## 5 Påbuddene er for vidtgående

### 5.1 Generelt

358. Det er et generelt princip under dansk og EU-konkurrenceret, at *”de forpligtelser, som pålægges, må ikke overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes”*. Se f.eks. Sag T-395/94, *Atlantic Container Line AB m.fl. mod Kommissionen*, præmis 410. Dette følger også af almindelige forvaltningsretlige principper.

### 5.2 Påbuddet i Konkurrencerådets afgørelse, punkt 57

359. Konkurrencerådet har i afgørelsens punkt 57 påbudt Deutz at orientere *”samtlige sine selvstændige forhandlere af reservedele til Deutz motorer indenfor EU”* om afgørelsen.

360. Forpligtelsen omfatter samtlige Deutz' forhandlere af reservedele og ikke blot de, der forhandler reservedele til TCD2015-motoren. Deutz producerer mange andre motorer end TCD2015-motoren samt motorer til mange andre anvendelsesformål end tog. Det er for vidtgående, at Deutz i en sag, der vedrører reservedele til dieselmotorer til tog – og mere præcist én specifik motortype – skal orientere for-

handlere af reservedele til andre motorer end til tog eller andre motorer til tog om afgørelsen. Påbuddet er for vidtgående og må begrænses til forhandlere, der sælger reservedele til TCD2015-motoren.

**361.** Forpligtelsen omfatter endvidere samtlige Deutz' forhandlere inden for EU og ikke blot de, der har været genstand for den påståede konkurrencebegrænsende adfærd. Påbuddene medfører en ekstraterritorial anvendelse af konkurrenceloven. Henset til, at den påståede ulovlige adfærd ifølge Rådets bevisførelse har været begrænset til den hollandske forhandler Equipco og den danske forhandler DMN, er en forpligtelse til at informere samtlige forhandlere inden for EU disproportional. Der henvises til sag T-395/94, *Atlantic Container Line AB m.fl. mod Kommissionen*, præmisserne 410-420, hvor Retten annullerede en forpligtelse til at informere kunder om, at de var berettigede til at genforhandle visse vilkår, idet en sådan underretning var unødvendig. Påbuddet er for vidtgående og må begrænses til de virksomheder, der faktisk har været berørt af den påståede konkurrencebegrænsende adfærd, hvilket vil sige Equipco og DMN.

**362.** Endelig var Equipco og DMN allerede forud for Rådets afgørelse orienteret i overensstemmelse med indholdet af påbuddet i afgørelsens punkt 57, jf. bilag 11 og bilag 12.

**363.** Sø- og Handelsretten bør ophæve første "at" i Rådets afgørelse, punkt 57, da påbuddet er for vidtgående, idet det omfatter andre motortyper end TCD2015-motoren og idet det omfatter forhandlere, der ikke var berørt af adfærden. Endvidere er påbuddet unødvendigt i forhold til Equipco og DMN, idet Deutz allerede før afgørelsen havde orienteret disse forhandlere om indholdet af påbuddet i første "at" i afgørelsens punkt 57.

## D Omkostninger

**364.** Deutz har afholdt følgende udgifter, som efter Deutz' mening bør dækkes som sagsomkostninger:

<i>Afholdte udgifter</i>	<i>Beløb i DKK</i>
Retsafgift	2.000
Oprindelig skønsrapport (ekskl. moms)	204.000
Supplerende skønsrapport (ekskl. moms)	40.800
I alt	246.800

..."

For DMN, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 12. oktober 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

"...

2. I tillæg til det i stævningen og replikken i nærværende sag anførte gør DMN alle de juridiske og faktuelle anbringender gældende, som Deutz gør gældende i den sambehandlede sag nr. U-0002- 14, og som knytter sig til eller har betydning for vurderingen af spørgsmålet om, (i) hvorvidt der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz, og (ii) hvorvidt Konkurrencemyndighederne kan støtte ret på ulovligt indhentede beviser. Det gælder særligt, men er ikke begrænset til, det, der er anført i Deutz' sammenfattende processkrift i afsnit C1.1-1.2 (vedrørende Konkurrencerådets markedsafgrænsning); C2.2 (vedrørende, at Deutz ikke har forhindret Equipco eller andre forhandlere i at foretage parallelhandel i form af passivt salg); C3 (vedrørende at DMN og Deutz ikke har indgået en konkurrencebegrænsende aftale); og C4.2 (vedrørende ulovlig indhentning af beviser og brug heraf). Idet DMN i øvrigt henviser til Deutz' sammenfattende processkrift, har DMN med henblik på at undgå unødige gentagelser i det følgende begrænset sig til at anføre de af DMN's anbringender, der supplerer det af Deutz anførte.

...

### **3 DMN'S BEGRUNDELSE FOR AT ANMODE OM MØDET MED DEUTZ DEN 20. APRIL 2010**

4. Den mellem DMN og Deutz indgåede forhandleraftale gav DMN en eksklusiv ret til at forhandle Deutz' produkter til kunder i Danmark (Rådsafgørelsen, punkt 148). Det indebærer ikke kun, at Deutz ikke måtte udnævne andre forhandlere i Danmark, men også at Deutz var forpligtet til at pålægge deres forhandlere i andre lande, herunder Equipco, ikke at foretage aktivt salg til kunder i Danmark. I overensstemmelse hermed fastlagde Deutz' aftaler med sine forhandlere i andre lande, herunder Equipco, at de ikke måtte foretage aktivt salg uden for deres respektive territorier, eksempelvis ved at opsøge kunder i Danmark (Rådsafgørelsen, punkt 136 og 154).

5. I løbet af udbudsprocessen udarbejdede DMN udkast til et tilbud på reservedele, som var lignende nogle reparationskits, som DMN tidligere havde solgt til DSB, og som indeholdt væsentligt færre reservedele end det tilbud, som DMN endte med at afgive til DSB (Rådsafgørelsen, punkt 191)). Imidlertid tilkendegav Deutz ved brev af 27. april 2010 til DMN, at kit-listen over reservedele i udbuddet ifølge Deutz' opfattelse var ufuldstændig, og at et eventuelt tilbud ville ske imod Deutz' anbefalinger (Rådsafgørelsen, punkt 171). Som følge heraf anså DMN sig nødsaget til at afgive tilbud på et langt mere omfattende reparationskit (Rådsafgørelsen, punkt 191).

6. Da DMN efterfølgende den 15. juli 2010 fik besked om, at DSB havde indgået aftale med andre virksomheder (Rådsafgørelsen, punkt 177), og DMN erfarede, at Fleco skulle opfylde aftalen ved at få Deutz-reservedele leveret fra Equipco, opfattede DMN det således, at Deutz i strid med forhandleraftalen havde givet Equipco tilladelse til at foretage et aktivt salg til Fleco. DMN anmodede derfor om et møde med Deutz for at få afklaret, hvordan Equipco kunne få lov til at levere de pågældende reservedele til Fleco, mens DMN de facto blev forhindret i at afgive et konkurrencedygtigt tilbud, og i givet fald påtale Deutz' overtrædelse af forhandleraftalen.

7. På mødet afviste Deutz, at de havde givet Equipco tilladelse til at sælge til Fleco, og tilkendegav, at de tværtimod havde meddelt Equipco, at de ikke kunne få opbakning til at levere til Fleco. På den baggrund blev DMN umiddelbart betrygget i, at Deutz ikke havde handlet i strid med forhandleraftalen.

8. Efter mødet kom DMN imidlertid i besiddelse af oplysninger om, at Deutz i strid med det oplyste faktisk tidligere havde givet Equipco tilladelse til at tilbyde Fleco reservedele med en rabat i størrelsesordenen [udeladt] %, hvilket DMN påtalte over for Deutz ved email af 26. juli 2010. Ifølge DMN's opfattelse var det udtryk for, at Deutz i strid med forhandleraftalen havde givet Equipco tilladelse til at foretage aktivt salg til Fleco. Således ville en rabat i den størrelsesorden generelt kræve leverandørens opbakning i form af en nedsættelse af forhandlerens normale indkøbspris. Hertil kommer, at Equipco ikke ville have haft behov for Deutz' samtykke til at levere til Fleco, hvis der havde været tale om passivt salg.

#### 4 DMN HAR IKKE NÆGTET AT LEVERE TIL FLECO ELLER CARL CHRISTENSEN

9. DMN har ikke på noget tidspunkt nægtet at levere reservedele til Fleco, Carl Christensen eller noget andet medlem af konsortiet, herunder til brug for DSB's renoveringsopgave.

10. DMN valgte således at besvare de to forespørgsler om levering, som DMN fik fra Fleco henholdsvis Carl Christensen, med tilbud om levering på sædvanlige vilkår, herunder med sædvanlige leveringstider, og opfyldte den ene bestilling, som blev afgivet fra Carl Christensen.

##### 4.1 DMN tilbød at levere til Fleco

11. Fleco rettede ved email af 7. oktober 2010 for første og eneste gang i den relevante sammenhæng henvendelse til DMN med en forespørgsel om en mulig ordre.

12. Som svar herpå fremsendte DMN ved email af 13. oktober 2010 tilbud om levering af de pågældende reservedele med angivelse af "*Forventet levering ca. 3 mdr.*". Det skyldtes, at der på det tidspunkt var væsentlige problemer med levering af reservedele fra Deutz og Deutz' producenter.

13. Dette fremgår blandt andet af referatet fra et møde mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og DMN den 24. maj 2012:

"[udeladt] [direktør i DMN] forklarede, at der i perioden, hvor den påståede leveringsnægtelse skulle have fundet sted, var store problemer med levering af reservedele fra Deutz og Deutz producenter. [udeladt] forklarede i den sammenhæng, at finanskrisen i årene indtil 2010 gav et fald i omsætningen på markedet for Deutz produkter, og som en følge heraf foretog man en opbremsning i produktionen hos Deutz. Deutz fokuserede i den forbindelse på at nedbringe selskabets udgifter, og hjemtog derfor en del af selskabets produktion fra deres underleverandører. Da markedet vendte og der igen blev behov for en større produktion tog Deutz igen kontakt til de samme underleverandører, men på det tidspunkt var mange af disse gået konkurs.

[...] Det var således vanskeligt for Deutz at finde nye egnede underleverandører, som kunne leve op til de kvalitetskrav Deutz stillede og som var i stand til og ønskede at påbegynde en produktion. Deutz havde derfor svært ved at få produktionen op på det niveau de indkomne ordre krævede på tidspunktet som denne sag kredser sig om, medio 2010." (vores understregning og udeladelse i kantet parentes) (Rådsafgårelsen, punkt 268)

14. Det forhold, at leveringstiden på det tidspunkt var ca. tre måneder, fremgår endvidere af en intern email i Deutz af 31. marts 2010, som blev videresendt til DMN samme dag, og som oversat til dansk angiver følgende:

"Leveringstiden for fem reparation kitsæt [udeladt] er på nuværende tidspunkt ca. tre måneder fra ordremodtagelse på grund af det høje antal af aktuelle kritiske reservedele. Således har f.eks. alene [udeladt] på nuværende tidspunkt en genanskaffelsestid på ca. fire måneder for nyindtastede styktal.

For at sikre en gnidningsfri proces behøver vi som minimum seks måneders rullende forudgående planlægning fra DMN i systemet." (vores understregninger)

15. Leveringstiden på tre måneder bekræftes også af email vedrørende status på forventet leveringstid for bestilte reparationskit sendt fra Deutz til DMN den 21. maj 2010.

16. Det fremgår endvidere af email af 4. maj 2010 fra DMN til DSB, hvor der om DMNs reparationskit til DSB og om den generelle situation med leveringsproblemer fra Deutz anføres følgende:

"I have checked the situation with Deutz and the statement is as follows:

- parts which are most critical are: [udeladt]
- the engine repair can - most probably - not be started without [udeladt]
- Deutz faces problems to delivers kits partly
- actual lead time is approx. 3 month

[...]

Esp. due to the situation with some key components and the situation on the market, we have to plan and order much more in advance. We need a delivery plan for the rolling 3-4 months at least!! To assure further requests we need also a FC on kits & key components, especially for May - Dec and 2011.

The lead time for spare parts will increase to 2 to 20 weeks! The reasons for this are explained below [...]. Anyhow, we are very depended on the deliveries of key components from Deutz in Köln." (vores understregninger og udeladelse i kantet parentes)

17. Det støttes endvidere af Equipcos redegørelse til Deutz:

"[...] Equipco only gave price information of about 20 parts including stock information and, as we clarified, this stock information was included with our explicit remark from us to Fleco that the delivery time would be very critical. We mentioned very clear to Fleco that the delivery time of several parts would be months or even over a half year." (vores understregning)

18. At leveringsusikkerheden var meget stor, fremgår også af email af 22. juli 2010 fra Equipco til Fleco:

"As repeatedly confirmed to you, it is not possible for Equipco to agree on any delivery times/time schedule, let alone guarantee such. On the contrary, I explicitly confirmed to you that stock of the products mentioned by you is very low and delivery times are at the very least very uncertain." (vores understregninger)

19. Den store leveringsusikkerhed gjaldt også for de reservedele, som Deutz i øvrigt på et givent tidspunkt oplyste at have på lager. Dette fremgår eksempelvis af en email af 6. juli 2010 fra Equipco til Fleco, hvor der tages nogle udtrykkelige og meget væsentlige forbehold for så vidt angår tilgængelighed/lagerstatus selv for reservedele, som skulle være på lager og derfor klar til levering:

"I have to make some remarks about stock (\*\*\*)

- This stockinfo is the info we get as partner from DEUTZ

- Not known is if this stock is really also available, it might already be sold (reserved)

- This is only an indication". (vores understregninger)

20. At DMN under disse omstændigheder valgte at tilbyde Fleco levering med en indtil videre forventet leveringstid på den samlede ordre på "*ca. 3 mdr.*" var således udtryk for helt sædvanlige vilkår.

21. Fleco tog ikke imod tilbuddet.

#### **4.2 DMN leverede til Carl Christensen**

22. Carl Christensen bestilte ved email af 12. oktober 2010 otte forskellige reservedele i et nærmere angivet antal.

23. DMN bestilte senere samme dag reservedelene fra Deutz, der bekræftede bestillingen samme dag.

24. Deutz leverede herefter størstedelen af de bestilte reservedele i fire leverancer, som formentlig fandt sted henholdsvis den 13. oktober 2010, den 18. oktober 2010, den 22. oktober 2010 og den 26. oktober 2010.

25. Samtlige af de reservedele, der var leveret pr. 26. oktober 2010, er registreret i DMN's systemer som udleveret til Carl Christensen den 26. oktober 2010. DMN fakturerede herefter Carl Christensen for reservedelene den 2. november 2010.



26. Bortset fra en mindre andel af én af de bestilte reservedele (69 ud af 204 styk), der først blev leveret af Deutz til DMN på et senere tidspunkt og umiddelbart derefter fra DMN til Carl Christensen, leverede DMN således samtlige de bestilte reservedele inden for ca. to uger.

27. Det forhold, at et mindre antal af én af reservedelene først blev leveret på et senere tidspunkt, har i øvrigt ikke påvirket DSB's renoveringsarbejde, idet DSB alene arbejdede med renovering af 2-4 motorer pr. uge og således ikke fra starten behøvede det fulde stykantal af en given reservedel.

## 5 DEN PÅSTÅEDE AFTALE VILLE IKKE VÆRE ULOVLIG

28. For det tilfælde, at Sø- og Handelsretten måtte finde, at DMN og Deutz havde indgået en aftale om, at Deutz skulle hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk, herunder Equipco, til brug for renovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer, gør DMN gældende, at denne aftale ikke var i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, og at Konkurrencemyndighederne i hvert fald ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at det skulle være tilfældet.

29. Det skyldes, at forholdet mellem DMN og Deutz er udtryk for et vertikalt forhold mellem virksomheder i forskellige omsætningsled, der derfor som udgangspunkt er omfattet af den vertikale gruppefritagelse, jf. gruppefritagelsens artikel 2, stk. 1.

30. Gruppefritagelsen indebærer, at selv hvis en aftale mellem en leverandør og en forhandler anses for at have til formål (eller følge) at begrænse konkurrencen, vil aftalen være undtaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler – og dermed være lovlig – forudsat (i) at aftalparternes respektive markedsandele ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå leverandøren sælger henholdsvis køberen køber aftalevarerne, og (ii) at aftalen ikke indeholder nogen af de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der fremgår af artikel 4 af den vertikale gruppefritagelsesforordning.

31. Det betyder, at *enhver* konkurrencebegrænsning, der ikke udtrykkeligt fremgår af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, vil være lovlig, medmindre markedsandelstærsklerne er overskredet.

32. Det støttes blandt andet af juridisk litteratur, eksempelvis Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. udgave (2014) ("*A central feature of the BER is its so-called blacklist approach: vertical restraints that are not explicitly excluded are covered by the block exemption.*") og Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 9. udgave (2018) ("*A second point to stress about the Regulation is that, in relation to a vertical agreement as defined in Article I(1)(a), if the Regulation does not prohibit something, it is permitted.*").

33. Til støtte for, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz ikke skulle være omfattet af gruppefritagelsen, har Konkurrencerådet alene henvist til gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b (Rådsafgørelsens punkt 876f. Den har følgende ordlyd:

"Fritagelsen efter artikel 2 gælder ikke for vertikale aftaler, der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har følgende formål:

[...]

b) begrænsning af det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, [...] må sælge kontraktvarerne og -tjenesterne [...]" (vores understregning og udeladelser i kantede parenteser)

34. Den påståede konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz er imidlertid ikke omfattet af denne bestemmelse. Det skyldes, at den påståede aftale ikke indebar nogen begrænsninger af det område eller den kundegruppe, hvortil DMN – som rettelig er "*køberen, som er part i aftalen*" mellem DMN og Deutz – måtte sælge kontraktvarerne.

35. Konkurrencerådets afgørelse angiver godt nok et enkelt sted, at "*DMN ville således ikke levere reservedele til Fleco. DMN ville undgå levering til Fleco med henblik på selv at blive leverandør*" (Rådsafgørelsen, punkt 744). Konkurrencemyndighederne har imidlertid ikke gjort gældende, endsige påvist med den fornødne sikkerhed, at dette i givet fald skulle følge af en aftale mellem DMN og Deutz. Det påståede forhold, som bestrides, modbevises også af det forhold, som nærmere redegjort for i afsnit 4.1 ovenfor, at DMN tilbød levering til Fleco. Det fremgår imidlertid også forudsætningsvist af Rådsafgørelsen, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale ikke forhindrede DMN i at sælge til Fleco. Eksempelvis angiver punkt 832 i afgørelsen, at "*der mellem Deutz og DMN er en fælles forståelse om at iværksætte tiltag for at forhindre, at Fleco får leveret Deutz- reservedele via andre kilder end DMN*" (vores understregninger). Konkurrencerådets afgørelse må derfor forstås således, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale alene indebar, at Deutz skulle tage skridt til at forhindre Equipco (og eventuelt andre udenlandske forhandlere) i at foretage passivt salg af reservedele til brug for reovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer.

36. Hvis Deutz havde indgået aftale med Equipco (eller en anden udenlandsk forhandler) om, at Equipco (eller den pågældende anden udenlandske forhandler) ikke måtte foretage passivt salg af reservedele til brug for reovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer, ville dette godt nok anses for at udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning omfattet af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b. Det ville dog alene være tilfældet for så vidt angår aftalen mellem Deutz og Equipco (eller den pågældende anden udenlandske forhandler), hvor Equipco henholdsvis den pågældende anden udenlandske forhandler var "*køberen, som er part i aftalen*". Derimod ville det ikke kunne anses for at udgøre en alvorlig konkurrencebegrænsning omfattet af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b, for så vidt angår aftaleforholdet mellem Deutz og DMN.

37. Konkurrencemyndighederne har imidlertid ikke gjort gældende, endsige påvist med den fornødne sikkerhed, at Deutz skulle have indgået en sådan aftale med Equipco (eller andre udenlandske forhandlere). Konkurrencerådets afgørelse må derfor forstås således, at Deutz skulle have efterlevet og håndhævet den påståede konkurrencebegrænsende aftale med DMN gennem *ensidige* handlinger, herunder ved at afstå fra at levere til Equipco eller andre forhandlere med henblik på videre salg til Fleco, blandt andet ved at "*fjerne data fra bestillingssystemerne*" (Rådsafgø-

relsen, punkt 209) og ved at spærre for bestilling af strategiske komponenter til DSB-opgaven i Deutz' leveringssystem, så bestilling kun kunne ske ved direkte henvendelse til [udeladt], Head of Sales and Key Accounts i Deutz (Rådsafgørelsen, punkt 213).

38. Eventuelle salgsbegrænsninger pålagt *sælgeren* i en vertikal aftale er *ikke* omfattet af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b. Det betyder, at de er omfattet af gruppefritagelsen – og derfor er lovlige – medmindre markedsandelstærsklen er overskredet.

39. Det støttes af Kommissionens vertikale retningslinjer ("*Eftersom artikel 4, litra b), kun drejer sig om begrænsninger i køberens eller dennes kunders salg, betyder det, at begrænsninger i leverandørens salg heller ikke betragtes som alvorlige [...]*") og juridisk litteratur, eksempelvis Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3. udgave (2014) ("*The fact that only the restriction of the sales of the buyer party to the agreement constitutes a hardcore restriction implies that all sales restrictions on the supplier are block-exempted [...]*") og Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 9. udgave (2018) ("*Article 4(b) is concerned only with restrictions on the buyers right to sell, and not to restrictions on the supplier's sales, which are not to be treated as hard-core.*").

40. Dermed er det ikke korrekt, når Konkurrencerådet på baggrund af gruppefritagelsens artikel 4, litra b, konkluderer, at den påståede aftale mellem DMN og Deutz ikke er omfattet af gruppefritagelsen (Rådsafgørelsen, punkt 876f.).

41. Dette medfører, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale ville være omfattet af gruppefritagelsen – og dermed være lovlige – medmindre DMN og/eller Deutz' markedsandel oversteg tærsklen på 30 %.

42. DMN gør lige som Deutz gældende, at Konkurrencerådets markedsafgrænsning er fejlagtig. Der henvises til afsnit 1 i Deutz' sammenfattende processkrift. De korrekt afgrænsede relevante markeder er større og de relevante markedsandele derfor tilsvarende mindre. DMN gør blandt andet på den baggrund gældende, at markedsandelstærsklen ikke er overskredet for hverken DMN eller Deutz.

43. Idet overskridelsen af markedsandelstærsklen er en forudsætning for, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale kan anses for at være i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, er det imidlertid Konkurrencemyndighederne, der bærer bevisbyrden for, at markedsandelstærsklen er overskredet. Det fremgår også forudsætningsvis af punkt 872 i Konkurrencerådets afgørelse: "*For at vurdere, om aftalen mellem virksomhederne Deutz og DMN om hindring af parallelhandel udgør en overtrædelse af TEUF artikel 101 og/eller konkurrencelovens § 6, er det endvidere nødvendigt at undersøge, om aftalen er omfattet af en dansk eller EU-gruppefritagelse [...]*" (vores understregning).

44. Denne bevisbyrde har Konkurrencemyndighederne ikke løftet. Som konsekvens af det, der er anført i afsnit C1.1-1.2 i Deutz' sammenfattende processkrift, kan Konkurrencemyndighederne således ikke anses for at have påvist med den fornødne sikkerhed, at Deutz' markedsandel oversteg 30 %, og Konkurrencemyndighederne har ikke undersøgt, endsige påvist, hvor stor en markedsandel DMN havde. Således har Konkurrencerådet i forbindelse med vurderingen af anvendelsen af gruppefritagelsen slet ikke forholdt sig til markedsandelstærsklen, fordi Konkurrencerådet fejlagtigt betragtede den påståede konkurrencebegrænsende af-

tale for at være omfattet af gruppefritagelsens artikel 4, litra b (Rådsafgårelsen, afsnit 4.8.7.1).

45. Allerede på den baggrund er der ikke grundlag for at konkludere, at DMN (eller Deutz) har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, og punkt 60-62 i Rådsafgårelsen skal derfor ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet med henblik på en korrekt og fyldestgørende vurdering af den påståede konkurrencebegrænsende aftale i henhold til gruppefritagelsen.

46. Selv hvis retten måtte finde det påvist med den fornødne sikkerhed, at Deutz' markedsandel oversteg tærsklen på 30 %, og den påståede konkurrencebegrænsende aftale derfor ikke kunne være omfattet af gruppefritagelsen, ville der ikke gælde nogen formodning om, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen.

47. I den forbindelse indebærer det forhold, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale ikke er omfattet af gruppefritagelsens artikel 4, litra b (eller nogen af de øvrige alvorlige begrænsninger oplyst i artikel 4), at Konkurrencemyndighederne ikke kan forlade sig på det forhold, at "*Konkurrencebegrænsninger, som er sortlistet i gruppefritagelsesforordninger [...], anses normalt af Kommissionen for at have et konkurrencebegrænsende formål*" (Rådsafgårelsen, punkt 824).

48. Konkurrencemyndighederne kan heller ikke støtte ret på de øvrige kilder, som i Rådsafgårelsen er anført til støtte for, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale skulle have til formål at begrænse konkurrencen (Rådsafgårelsen, punkt 826ff.), og som alle enten udtrykkeligt eller implicit vedrører videresalgsbegrænsninger pålagt *forhandlere*. Som redegjort for ovenfor vedrører den påståede konkurrencebegrænsende aftale i nærværende sag alene begrænsning af Deutz', altså *leverandørens*, salg.

49. Det støtter, at Konkurrencemyndighederne ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at den påståede konkurrencebegrænsende aftale skulle have til formål (eller følge) at begrænse konkurrencen. Der henvises i øvrigt til afsnit 3.2.2 i Deutz' sammenfattende processkrift.

50. Dermed er der under alle omstændigheder ikke grundlag for at konkludere, at DMN (eller Deutz) har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, og punkt 60-62 i Rådsafgårelsen skal derfor ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet med henblik på en korrekt og fyldestgørende vurdering af, om den påståede konkurrencebegrænsende aftale skulle have til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

## 6 DMN'S MERE SUBSIDIÆRE PÅSTAND

51. Til støtte for den mere subsidiære påstand gør DMN *principalt* gældende, at Konkurrencemyndighederne – der også har bevisbyrden for den tidsmæssige udstrækning af en påstået konkurrencebegrænsende aftale – ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at DMN har deltaget i den påståede konkurrencebegrænsende aftale efter den 30. september 2010.

52. Det var den sidste dag, hvor DMN var ejet af de to personer, [udeladt] og [udeladt], der som de eneste fra DMN deltog i mødet med Deutz den 20. juli 2010 og

derfor angiveligt skulle have indgået den påståede konkurrencebegrænsende aftale på vegne af DMN. Den følgende dag, den 1. oktober 2010, blev DMN overtaget af nye ejere, som ikke havde været med til mødet eller den relaterede korrespondance mellem de tidligere ejere og Deutz.

53. Konkurrencerådets afgørelse angiver kun ét forhold efter den 30. september 2010 til støtte for, at DMN skulle have deltaget i den påståede konkurrencebegrænsende aftale, navnlig en email af 11. oktober 2010 med emneoverskriften "Motorblock DSB" (Rådsafgørelsen, punkt 366).

54. Den pågældende email var imidlertid sendt af én af de tidligere ejere af DMN, [udeladt], til den nye ledelse. Han havde i en kort overgangsperiode efter salget af virksomheden stadig kontakt til DMN, men han var ikke ansat af og havde ikke autoritet til at træffe beslutninger på vegne af DMN. Det er således faktisk ukorrekt, når emailen i Konkurrencerådets afgørelse omtales som en "*intern e-mail [...] i DMN*" (Rådsafgørelsen, punkt 366). Den pågældende email kan ikke tilskrives DMN og kan derfor ikke tages til indtægt for, at "*DMN havde i hvert fald i oktober 2010 til hensigt, at aftalen skulle håndhæves af Deutz*" (Rådsafgørelsen, punkt 366).

55. *Subsidiært* gør DMN gældende, at Konkurrencemyndighederne ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at DMN deltog i den påståede konkurrencebegrænsende aftale længere end til tidspunktet for DMN's imødekommer af ordrer fra Fleco og Carl Christensen i primo oktober 2010.

56. Som nærmere redegjort for i afsnit 4.2 tog DMN den 12. oktober 2010 skridt til at opfylde bestillingen fra Carl Christensen, og som nærmere redegjort for i afsnit 4.1 gav DMN den 13. oktober 2010 tilbud til Fleco om levering med en på det tidspunkt sædvanlig forventet leveringstid. Disse forhold er ikke forenelige med, at DMN på det tidspunkt (stadig) skulle være part i en aftale om, at "*handlen med DSB skulle kanaliseres over til DMN*" (Rådsafgørelsen, punkt 744).

57. Konkurrencemyndighederne har ikke anført ét eneste forhold efter primo oktober 2010 til støtte for, at DMN fortsat skulle være part i den påståede konkurrencebegrænsende aftale, herunder op til tidspunktet for kontrolundersøgelsen den 10. marts 2011. Det anerkendes derimod i Konkurrencerådets afgørelse, at DMN på tidspunktet for kontrolundersøgelsen den 10. marts 2011 "*evt. allerede (på daværende tidspunkt) har standset sin deltagelse i aftalen*" (Rådsafgørelsen, punkt 368).

58. *Mere subsidiært* gør DMN gældende, at Konkurrencemyndighederne ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at DMN deltog i den påståede konkurrencebegrænsende aftale efter tidspunktet for kontrolundersøgelsen den 10. marts 2011. Der er intet grundlag for at finde, at DMN skulle have fortsat med at deltage i den påståede konkurrencebegrænsende aftale, herunder have "*til hensigt, at aftalen skulle håndhæves af Deutz*", efter at DMN var blevet bekendt med konkurrencemyndighedernes undersøgelse.

## 7 SAGSOMKOSTNINGER

59. DMN anmoder om at få tilkendt sagsomkostninger til dækning af (i) rimelige udgifter til advokatbistand og (ii) retsafgift (DKK 2.000).

60. DMN er momsregistreret.

...”

For Konkurrencerådet, er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 12. oktober 2020, hvoraf fremgår bl.a.:

”...

## ANBRINGENDER

### 1. OVERORDNEDE BEMÆRKNINGER

Det gøres overordnet gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets vurdering af, at Deutz i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for unikke reservedele til DSB's specialudviklede TCD2015-motorer, der kun kan erhverves via Deutz, ved gennem sit forhandlernetværk at hindre parallelimport og nægte at levere reservedele til Fleco/konsortiet til brug for reoveringen af DSB's TCD2015-motorer (IC3-togene).

Tilsvarende er der ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrencerådets vurdering af, at Deutz og dennes forhandler, DMN, i forbindelse hermed i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF har indgået en konkurrencebegrænsende aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk til Fleco.

Der skal i henhold til retspraksis foreligge et *sikkert grundlag* for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønmæssige vurderinger, jf. herved U.2014.2663H og U.2020.524H. Et sådant grundlag er ikke tilvejebragt. Det bemærkes herved, at der efter Konkurrencerådets opfattelse ikke er rimelig tvivl om, at der er fuldt fornødent, faktisk belæg for Konkurrencerådets konklusioner, jf. herved gengivelsen af de faktiske omstændigheder ovenfor.

### 2. DEUTZ' MISBRUG AF DOMINERENDE STILLING

#### 2.1 Generelle bemærkninger

Det er forbudt for en eller flere virksomheder at misbruge en dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF. En virksomhed indtager en dominerende stilling, når den indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugerne. En virksomhed med dominerende stilling har en særlig forpligtelse til ved sin adfærd ikke at fordreje eller skade den effektive konkurrence på markedet. Der foreligger således et misbrug, såfremt den dominerende virksomhed anvender andre midler end i den normale konkurrence på ydelser ("competition on the merits"), og som er egnede til at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet har i afgørelsen med rette fundet, at Deutz indtager en dominerende stilling med en markedsandel på 100 % på markedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motoren, der ikke kan erhverves via andre end Deutz, jf. nærmere punkt 560-564 i Konkurrencerådets afgørelse, og at Deutz har misbrugt denne dominerende stilling. Misbruget er udmøntet i dels en hindring af parallelhandelen, jf. afsnit 4.5 i rådets afgørelse, dels en leveringsnægtelse, jf. afsnit 4.6 i rådets afgørelse.

## 2.2 Deutz var dominerende på det relevante marked

### 2.2.1 Markedsafgrænsningen og dominansvurderingen

Med henblik på at vurdere om Deutz har misbrugt en dominerende stilling, er det indledningsvist nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked. Afgrænsningen af det relevante marked har i den forbindelse til formål at fastslå, hvilke egentlige konkurrenter der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og forhindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres. Ved det relevante produktmarked forstås i den forbindelse alle de produkter, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål.

Markedsafgrænsningen skal vurderes på baggrund af, at Deutz' misbrugsadfærd konkret består dels i en hindring af parallelhandlen, dels en leveringsnægtelse. I relation til leveringsnægtelsen følger det af retspraksis, at det som supplement til den grundlæggende markedsafgrænsning endvidere skal undersøges, om der kan afgrænses to separate, men beslægtede produktmarkeder, idet en ulovlig leveringsnægtelse forudsætter afgrænsning af et forudgående marked, hvor en virksomhed indtager en dominerende stilling, samt et efterfølgende marked hvor virksomheden udnytter denne dominerende stilling til at begrænse konkurrencen.

Om den nærmere afgrænsning af det relevante produktmarked henvises til punkt 393-530 i Konkurrencerådets afgørelse, Konkurrenceankenævnets kendelse, side 15f, svarskriftets afsnit 3.2 og duplikkens afsnit 2.1, hvoraf bl.a. fremgår, at undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitution viser, at der kan afgrænses et primært marked for produktion og udvikling af dieselmotorer og i tilknytning hertil to eftersalgsmarkeder. Eftersalgsmarkederne udgør separate men beslægtede produktmarkeder for (1) udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz og (2) reparation og vedligehold af Deutz TCD2015-motoren.

Den foretagne markedsafgrænsning skal ses i lyset af, at oplysninger fra Deutz og DMN samt den gennemførte markedstest (se afgørelsens bilag 76) viser, at reservedele til dieselmotorer til industrielt brug kan opdeles i generiske reservedele samt reservedele, der er særligt tilpassede de konkrete motorer, og at de særligt tilpassede reservedele endvidere kan opdeles i reservedele, der kan kopieres, samt reservedele der ikke kan. De særligt tilpassede reservedele, der ikke kan kopieres, kan udelukkende erhverves via producenten eller dennes forhandlernetværk, jf. nærmere Konkurrencerådets afgørelse punkt 117-120. Det er de sidstnævnte reservedele, der betegnes "unikke".

Hvorvidt det er muligt at erhverve de særligt tilpassede reservedele fra andre end producenten, afhænger af en række forhold, herunder om det er lovligt at kopiere

reservedelene, om det er sikkerhedsmæssigt forsvarligt at benytte kopier, om det er økonomisk rentabelt at anvende (inklusive forsikrings- og garantimæssige aspekter) henholdsvis producere kopier, og om det er praktisk muligt at kopiere reservedelene, jf. herved punkt 97-110, 119-120 og 143-145 i Konkurrencerådets afgørelse. Det er ved vurdering heraf forholdene i 2010, som er afgørende for den konkrete sag.

DSB TCD2015-motoren adskiller sig ikke i denne henseende fra andre dieselmotorer til industrielt brug. Det er således nødvendigt at sondre mellem flere typer af reservedele til TCD2015-motoren. En del af reservedelene er generiske reservedele, som ikke er særligt tilpassede til TCD2015-motoren. Herudover er der reservedele, der er særligt tilpassede til TCD2015-motoren. Inden for de særligt tilpassede reservedele findes en gruppe af reservedele, som ikke kan kopieres og derfor kun kan erhverves via Deutz' forhandlernetværk (dette omfatter også eksterne producenter, som fremstiller sådanne særligt tilpassede reservedele for Deutz, idet produktionen sker efter aftale med Deutz). For den sidstnævnte kategori af reservedele er der i sagens natur ikke mulighed for substitution med andre reservedele, og der kan dermed afgrænses et særskilt marked herfor.

Hvad angår det nærmere grundlag for vurderingen af, at der findes sådanne unikke reservedele, som alene kunne skaffes via Deutz/Deutz' forhandlernetværk, henvises navnlig til Konkurrencerådets afgørelse punkt 288ff, hvoraf fremgår, at Konkurrencerådet har lagt vægt på de på dette punkt samstemmende oplysninger fra DSB og Fleco, men også har lagt vægt på en række andre forhold, herunder at:

- Deutz og DMN vurderer, at ca. 30 % af reservedelene er unikke, jf. også punkt 214 i rådets afgørelse.
- Deutz selv har ledt efter alternative forsyningskanaler og ikke har fundet nogen, jf. punkt 223 i rådets afgørelse.
- Deutz vurderer, at der ikke findes kopiproducenter, og Fleco kan ikke levere reservedele til istandsættelse uden adgang til nye reservedele, jf. også punkt 223 i rådets afgørelse.
- Deutz blokerer en lang række reservedele, jf. punkt 216 og 217 i rådets afgørelse.
- DMN vurderer, at alle leveringskanalerne er lukkede, samt at DMN kan tage situationen med ro, da Fleco dermed har et stort problem, jf. også punkt 225 i rådets afgørelse.
- DMN vurderer, at såfremt Deutz ikke leverer reservedelene til Equipco, vil DMN vinde ordren på de unikke reservedele, jf. punkt 214 i rådets afgørelse.
- DMN vurderer, at DSB i løbet af få uger vil indse, at de ikke kan købe de unikke dele andre steder end hos Deutz, jf. punkt 214 i rådets afgørelse.

Deutz selv var således - i lighed med de andre markedsaktører - af den opfattelse, at en række af de reservedele, som konsortiet, herunder især Fleco, skulle anvende til at opfylde DSB-kontrakten, var unikke og kun kunne anskaffes via



Deutz/Deutz' forhandlernetværk. Forløbet i sagen viser, at Deutz' vurdering var korrekt.

Endvidere kan henvises til punkt 649-693 i Konkurrencerådets afgørelse, hvoraf fremgår, at der ikke findes et faktisk eller potentielt alternativ til de unikke reservedele fra Deutz. Se også afsnit 2.2.2 og 2.2.3 nedenfor.

Konkurrencerådet har således efter en samlet vurdering af sagens oplysninger, herunder oplysninger fra DSB, Fleco, Deutz, DMN og en række andre aktører på eftersalgsmarkedet, fundet, at der findes unikke reservedele, som alene kunne skaffes via Deutz/Deutz' forhandlernetværk, og at en række af de reservedele, som konsortiet, herunder især Fleco, skulle anvende til at opfylde DSB-kontrakten, var unikke og kun kunne anskaffes via Deutz/Deutz' forhandlernetværk i 2010.

Som det fremgår, er det ikke rigtigt, når Deutz anfører, at Konkurrencerådets vurdering udelukkende er baseret på oplysninger fra Fleco, ligesom det ikke er rigtigt, at Fleco ikke havde undersøgt alternative leveringsmuligheder i tilstrækkelig grad. Fleco gjorde sig desuden en række relevante bestræbelser på at skaffe alle de fornødne reservedelene, men det viste sig umuligt at skaffe dem på grund af Deutz' blokering af reservedelene.

Skønsrapporten af 20. maj 2019 (bilag 21) støtter fuldt ud den foretagne markedsafgrænsning, idet skønsmændene er enige i, at reservedele til dieselmotorer til industrielt brug kan opdeles i generiske reservedele samt reservedele, der er særligt tilpassede de konkrete motorer, at de særligt tilpassede reservedele endvidere kan opdeles i reservedele, der kan kopieres, samt reservedele der ikke kan, at de særligt tilpassede reservedele, der ikke kan kopieres, udelukkende kan erhverves via motorproducenten eller via en eventuel bagvedliggende producent, og at en række dele i de specialudviklede TCD2015-motorer i DSB's tog kun anvendes i disse motorer, jf. navnlig besvarelsen af spørgsmål 4 og 5.

Derudover fremgår det af besvarelsen af spørgsmål 8, 15 og 16, at en række reservedele til brug for reoveringen af DSB's 404 specialudviklede TCD2015-motorer er unikke og kun kan skaffes via Deutz eller Deutz' forhandlere. Skønsmændene fremhæver f.eks. ved svaret på spørgsmål 15, at udskiftning af [udeladt] typisk ikke vil kunne hentes fra andre end Deutz eller Deutz' forhandlere. I forhold til DSB's reservedelsliste omtaler skønsmændene en lang række dele, som ikke vil kunne hentes fra andre end Deutz eller Deutz' forhandlernetværk.

Den supplerende skønsrapport af 20. december 2019 (bilag 22) bekræfter ovennævnte forhold. Det fremgår bl.a. af rapportens afsnit 2.1.1, at den rette kvalitet af reservedele er vigtig for togdriften, sikkerheden og myndighedsgodkendelser, hvilket endvidere bestyrkes af Deutz' egen brugermanual, hvori det understreges, at kun originale Deutz-reservedele er garanti for den rette kvalitet. Endvidere fremgår det af navnlig besvarelsen af spørgsmål 24, at der findes dele og komponenter, der tilhører specielt TCD2015-motorserien, og at disse dele vil komme fra Deutz' forhandlernetværk. Derudover anfører skønsmændene i svaret på spørgsmål 19, at [udeladt] ikke kan udskiftes med andre TCD2015-motormodeller.

Deutz besidder en dominerende stilling på det således afgrænsede produktmarked, idet Deutz har en markedsandel på 100 % for alle unikke reservedele, som

kun kan erhverves via Deutz, jf. nærmere punkt 560-564 i Konkurrencerådets afgørelse.

### 2.2.2 *Om muligheden for at kopiere reservedele*

Deutz gør gældende, at det er muligt at erhverve de særligt tilpassede reservedele fra andre end Deutz, idet reservedelene ikke er beskyttet af IP-rettigheder og derfor kan kopieres, hvorfor Deutz ikke var dominerende.

Om der er realistiske alternativer til Deutz, afhænger ikke - som anført af Deutz - kun af, om det er lovligt at kopiere reservedelene, men af en række andre forhold, herunder om det er sikkerhedsmæssigt forsvarligt at benytte kopier, om det er økonomisk rentabelt at anvende (inklusive forsikrings- og garantimæssige aspekter) henholdsvis producere kopier, og om det er praktisk muligt at kopiere reservedelene.

Konkurrencerådet har efter en samlet vurdering af sagens oplysninger, herunder oplysninger fra DSB, Fleco, Deutz, DMN og en række andre aktører på eftersalgsmarkedet, fundet, at der hverken foreligger et faktisk eller et potentielt alternativ til de omhandlede unikke reservedele fra Deutz, jf. punkt 649-693 i Konkurrencerådets afgørelse og ovenfor i afsnit 2.2.1.

Konkurrencerådet har især lagt vægt på, at DSB, Fleco, DMN og Deutz - i lighed med de øvrige markedsaktører - var af den opfattelse, at en række af de reservedele, som konsortiet, herunder især Fleco, skulle anvende til at opfylde DSB-kontrakten, var unikke og kun kunne anskaffes via Deutz' forhandlere i 2010. Skønsmændenes erklæringer er på linje hermed, jf. afsnit 2.2.1 ovenfor. Det faktiske hændelsesforløb bekræfter disse vurderinger.

Konkurrencerådet har videre lagt vægt på, at det ikke er en reel mulighed at anvende uoriginale/kopierede reservedele. Dette skyldes, at der er alt for stor usikkerhed forbundet med at anvende kopierede reservedele, ligesom virksomhederne heller ikke er beskyttet mod havari eller af forsikring. Denne vurdering understøttes af oplysningerne i sagen, jf. afsnit 2.2.1 ovenfor, herunder den foretagne markedstest (bilag 76 til afgørelsen).

Det forhold, at Deutz angiveligt får produceret mange originale reservedele hos eksterne leverandører, ændrer ikke herpå, idet reservedele, som ikke fremstår som originale, ikke umiddelbart kan anvendes, uanset om de er fra samme producent, der fremstiller de originale reservedele. Deutz anfører da også selv bl.a. i sine vilkår helt generelt, at kun originale reservedele giver garanti for den rigtige kvalitet, og at garantien bortfalder ved brug af uoriginale reservedele, jf. den supplerende skønserklæring, side 4f. Skønsmændene har i afsnit 2.1.1 i den supplerende skønserklæring bekræftet, at operatører som DSB af en række saglige grunde normalt kræver anvendelse af originale reservedele.

Det er i den forbindelse ikke rigtigt, når Deutz anfører, at skønsmændene baserer bemærkningerne i afsnit 2.1.1 i den supplerende skønserklæring på en fejlagtig opfattelse af, at DSB i udbudsmaterialet har krævet anvendelse af originale reservedele. Deutz' gengivelse af skønsmændenes bemærkninger er for det første meget selektiv, idet Deutz helt undlader at nævne, at skønsmændene inden de af Deutz

omtalt bemærkninger udtrykkeligt henviser til de generelle hensyn, der gør sig gældende for operatører som DSB. For det andet er Deutz' henvisning til, at DSB i udbuddet angiveligt i et vist omfang accepterede reservedele produceret af tredjeparter udtryk for en misvisende gengivelse af udbudsmaterialet. Den passage fra udbudsmaterialet (bilag 4), som Deutz henviser til, angår ikke specifikt de unikke reservedele, men er et generelt udsagn. Passagen viser desuden, at det ville være nødvendigt at fremlægge udførlig dokumentation for, at uoriginale/kopierede reservedele kunne accepteres af DSB. Det anførte kan derfor ikke ændre på, at det ikke var muligt at skaffe de unikke reservedele udenom Deutz/Deutz' forhandlernetværk.

Dertil kommer, at det ikke var økonomisk rentabelt at kopiere reservedelene. Det fremgår af interviews med aktørerne på eftersalgsmarkedet, at visse reservedele af forskellige årsager ikke kan kopieres. Det kræver eksakt viden om reservedelen, før det overhovedet er muligt, herunder adgang til tekniske tegninger og specifikationer (dimensioner, metallegeringer, komposit, gummisammensætninger mv.), før der kan produceres en identisk reservedel. Det blev ved samme lejlighed oplyst, at det kræver store ressourcer til udvikling og test, før en virksomhed kan starte en produktion, selv hvis virksomheden har ovennævnte oplysninger. Virksomheden skal være helt sikker på, at kopien opfylder samme krav som den originale del. Det betyder også, at der skal produceres store mængder, før det er rentabelt. Der henvises i øvrigt til Konkurrencerådets afgørelses punkt 685-690, hvor Konkurrencerådet yderligere har redegjort for muligheden og rentabiliteten af at kopiere de unikke reservedele. Skønsmændene anfører i svaret på spørgsmål 16 i lighed hermed, at det vil være vanskeligt at finde alternative leverandører, der på et økonomisk rentabelt grundlag kan kopiere originale reservedele.

Deutz' anbringende om, at det vil være rentabelt med opstart af en produktion, tager udgangspunkt i, at der skal bruges 404 eksemplarer af hver reservedel. Bemærkningerne tager endvidere ikke højde for, at det netop ved de specialtilpassede dele af en række grunde kan være vanskeligt, tidskrævende og omkostnings tungt at kopiere sådanne dele. Som anført i rådsafgørelsens punkt 301, ville renoveringen af de 404 motorer ikke nødvendigvis betyde, at der skulle bruges 404 af hver reservedel. I forhold til Deutz' bemærkning om, at det fremgår af bilag 76 til Konkurrencerådets afgørelse, at en produktion på 100 kan være rentabel, skal det fremhæves, at det er en enkelt virksomheds vurdering i relation til en specifik reservedel.

Deutz anfører dernæst med henvisning til skønsmændenes besvarelse af spørgsmål 20 i den supplerende skønsrapport, at det er muligt at indkøbe standarddele og modificere dem, og at DSB faktisk indkøbte enkelte reservedele og modificerede disse. Deutz undlader dog at omtale, at det fremgår af den supplerende skønsrapport, at den rette kvalitet af reservedele er vigtig for togdriften, sikkerheden og myndighedsgodkendelser, hvilket endvidere bestyrkes af Deutz' egen brugermanual, hvori det understreges, at kun originale Deutz-reservedele er garanti for den rette kvalitet, og at der ikke tages stilling til, om en sådan modificering af reservedele ville være sikkerhedsmæssigt forsvarlig og økonomisk rentabel (inklusive forsikrings- og garantimæssige aspekter).

Konkret fremgår det af sagens oplysninger (se f.eks. bilag 70 til rådets afgørelse), at det for DSB ikke var en økonomisk rentabel løsning at foretage disse modificeringer, idet prisen på de reservedele, hvor DSB forsøgte det, blev væsentligt højere

end det, som DSB ellers ville have betalt for reservedelene, ligesom DSB oplyser, at virksomheden i renoveringsperioden havde en del motorer, der havarede som følge af, at de ikke blev repareret til tiden.

Det fremhæves videre, at det fremgår af Deutz' interne korrespondance (bilag 44 til rådets afgørelse), at Deutz ikke mente, at det var muligt at renovere brugte reservedele uden brug af nye. Også på dette punkt er skønsmændene af samme opfattelse, som den Deutz anlagde, da leveringsnægtelsen til DSB blev iværksat, jf. svaret på spørgsmål 15, litra c.

### 2.2.3 Om eksistensen af alternative reservedelsforhandlere

Deutz gør gældende, at det var muligt at anskaffe de reservedele, der ikke kan kopieres, fra forhandlere udenfor Deutz' forhandlernetværk, og at Konkurrencerådet ikke har undersøgt mulighederne herfor tilstrækkeligt. Deutz henviser herved til, at bilag 18, 19 og 23 angiveligt viser, at bl.a. TecDoc Catalogue var en relevant forsyningskilde for de unikke reservedele. Deutz anfører i den forbindelse, at det har formodningen imod sig, at alle de reservedele, som angiveligt er dokumenteret tilgængelige i 2020, ikke også var tilgængelige i 2010 udenom Deutz' forhandlernetværk.

Ved vurderingen af om de unikke reservedele kunne skaffes udenom Deutz' forhandlernetværk, udgør oplysninger fra 2010 om markedssituationen og markedsaktørernes faktiske adfærd imidlertid et langt mere sikkert og troværdigt bevis end oplysninger indhentet ensidigt af Deutz mange år senere.

Som det fremgår af afsnit 2.2.1 ovenfor, peger en lang række oplysninger fra 2010 samstemmende på, at det ikke var muligt at skaffe de unikke reservedele udenom Deutz' forhandlernetværk. Dertil kommer, at Deutz' adfærd var baseret på en af Deutz selv udtrykt klar forudsætning om, at Deutz rent faktisk kunne blokere for de pågældende reservedele, idet reservedelene kun kunne skaffes via Deutz' forhandlernetværk, som Deutz kunne styre, hvilket også viste sig at holde stik.

Fleco og DSB kunne således *de facto* - helt på linje med, hvad Deutz forventede efter blokeringen af reservedele - ikke skaffe de fornødne reservedele udenom Deutz' forhandlernetværk, ligesom andre leverandører også havde vanskeligheder med at levere som følge af Deutz' og DMN's store anstrengelser for at sikre, at der ikke blev leveret reservedele til DSB-opgaven. Det forhold, at blokeringen af reservedele ikke var 100 % virksom, idet Fleco og DSB i et vist omfang kunne skaffe reservedele til at gennemføre opgaven (med fordyrelse og forsinkelse) ved at lyve over for Deutz' forhandlere om, at reservedelene ikke skulle bruges til DSB-opgaven samt foretage betydelige indkøb fra DMN (hvilket netop var formålet med Deutz' og DMN's konkurrencebegrænsende adfærd), kan ikke føre til, at det kan lægges til grund, at alle de unikke reservedele kunne skaffes uden om Deutz/Deutz' forhandlernetværk. Af samme grund er det uden betydning, om Deutz havde indgået formelle eksklusivaftaler med sine leverandører og forhandlere.

Konkurrencerådets vurdering af, at Deutz kunne kontrollere sit forhandlernetværk, er i den forbindelse ikke, som ellers anført af Deutz, udelukkende baseret på en udokumenteret note i afgørelsen. Der er tværtimod tale om en samlet vurdering baseret på en række samstemmende oplysninger fra relevante markedsaktører, herunder Deutz, om markedet samt markedsaktørernes faktiske adfærd. De pågæl-

dende oplysninger viser med al ønskelig tydelighed, at de reservedele, som ikke kan kopieres, kun kunne skaffes fra Deutz' forhandlernetværk, og at Deutz kunne kontrollere sit forhandlernetværk i 2010.

Bilag 18, 19 og 23 kan ikke ændre på den klare konklusion, som kan drages på baggrund af de omfattende og klare beviser fra 2010. De pågældende bilag er på ingen måde dokumentation for, at de unikke reservedele i 2010 i tilstrækkeligt omfang kunne skaffes udenom Deutz' forhandlernetværk. Selv hvis der bortses fra det helt afgørende, at oplysningerne i bilag 18, 19 og 23 intet siger om forholdene i 2010, så fremgår det således ikke af bilagene, om de i bilagene angivne reservedele alle er originale, om de enkelte forhandlere lå inde med originale Deutz-reservedele i tilstrækkeligt omfang (f.eks. er TecDoc Catalogue et elektronisk katalog, hvorfor der ikke er sikkerhed for, at de anførte reservedele faktisk er til rådighed), om levering kunne ske rettidigt, om reservedelene i givet fald ville blive anskaffet udenom Deutz' forhandlernetværk, og om Deutz derfor kunne blokere for leveringen af reservedelene. I det omfang de pågældende leverandørers forsyningskilde er Deutz' forhandlernetværk, hvilket alt andet lige må være tilfældet for alle de reservedele, der oplyses at være originale Deutz-reservedele, viser bilagene ikke noget om, at reservedelene kunne skaffes udenom Deutz' forhandlernetværk.

Skønsmændene har ikke, som ellers anført af Deutz, med den supplerende skønserklæring ændret deres vurdering af, at der findes en række unikke reservedele, som kun kan skaffes via Deutz/Deutz' forhandlernetværk, jf. herved allerede det i afsnit 2.2.1 anførte.

Om muligheden for at anskaffe reservedele fra andre end Deutz/Deutz' forhandlernetværk har skønsmændene i den supplerende skønserklæring kun udtalt sig på baggrund af oplysningerne fra Deutz i bilag 18 og 19 om forholdene 10 år efter de relevante omstændigheder. Det fremgår i den forbindelse af den supplerende skønserapport, at det ikke kan vurderes, om de angivne reservedele lever op til kvalitetskravene og passer til de specialudviklede TCD2015-motorer (bilag 22, side 5-6), at selv baseret på disse oplysninger synes kun visse af de af Deutz foreslåede leverandører at kunne levere nogle af delene, og at ingen kan levere alle delene, ligesom der ikke fra skønsmændenes side tages stilling til, om der kan leveres det fornødne antal, og om komponenterne kan leveres rettidigt hos forskellige forhandlere, jf. især afsnit 2.1.3, 2.2.3-2.2.7 i den supplerende skønserapport (bilag 22, side 7 og 9ff). Endelig fremgår det ikke af den supplerende skønserklæring, at de pågældende forhandlere kunne skaffe reservedelene uden om Deutz' forhandlernetværk. Tværtimod anfører skønsmændene i svaret på spørgsmål 24, at der findes dele og komponenter, der tilhører specielt TCD2015-motorserien, og at disse dele vil komme fra Deutz/Deutz' forhandlernetværk.

Deutz henviser endvidere til, at der i bilag 71 (og det supplerende bilag 74) til Konkurrencerådets afgørelse er oplyst alternative leverandører for de [udeladt] såkaldte "monitorerede" reservedele. Som udtrykkeligt anført af Konkurrenceankenævnet, udgør en sådan generel henvisning til en liste over andre leverandører ikke i sig selv dokumentation for, at der reelt er alternative forsyningskanaler til reservedele, der kun kan erhverves via Deutz/de af Deutz kontrollerede forsyningskanaler, endsige var det i 2010 (bilag 2, side 16). Om indholdet af bilag 71 og 74 til Konkurrencerådets afgørelse kan videre henvises til punkt 112-116 i rådets afgørelse.

Deutz anfører endelig, at Konkurrencerådet ikke har taget i betragtning, at Deutz selv erhverver en væsentlig del af reservedelene fra eksterne leverandører. Det er uden betydning for vurderingen af, hvorvidt der er tale om unikke reservedele, om reservedelene produceres af Deutz eller på ordre fra Deutz. Det afgørende er, at Deutz er i stand til at kontrollere forsyningskanalerne for de pågældende reservedele, hvilket Deutz utvivlsomt var – også i relation til de eksterne producenter, som producerer på vegne af Deutz. I øvrigt er det ikke dokumenteret, at de anførte eksternt anskaffede reservedele omfatter alle de unikke reservedele, som Deutz faktisk nægtede at levere.

#### 2.2.4 *Afgørelsen skal ikke indeholde en liste over unikke reservedele*

Deutz gør gældende, at Konkurrencerådet ikke har identificeret de specifikke unikke reservedele til brug for DSB's reovering af Deutz TCD2015-motorerne, der kun kan erhverves via Deutz, og dermed de reservedele, hvor Deutz har en dominerende stilling.

Hertil bemærkes, at markedsafgrænsningen skal tage udgangspunkt i, at DSB skal have repareret ca. 404 TCD2015-motorer, der hver især består af mere end 1.000 komponenter eller reservedele. Eftersalgsmarkederne omfatter i den forbindelse markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer, og det beslægtede marked for alle de reservedele, der er nødvendige for, at en aktør kan agere på markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer. Under de konkrete omstændigheder i sagen er det derfor ikke relevant at afgrænse et særskilt marked for de enkelte reservedele til TCD2015-motorer.

Det relevante er derimod udelukkende, om der inden for markedet for reservedele til TCD2015-motoren kan afgrænses et særskilt marked for unikke reservedele til TCD2015-motoren, som kun kan erhverves via Deutz, hvilket der utvivlsomt kan, jf. afsnit 2.2.1 ovenfor. Til brug for denne vurdering er det ikke nødvendigt at definere præcist, hvilke reservedele til TCD2015-motoren der i givet fald kun kan erhverves via Deutz, idet en opregning af de specifikke reservedele ikke i sig selv har betydning for, om der er substitutionsmulighed mellem unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, og andre reservedele.

I forhold til dominansvurderingen er det tilsvarende umiddelbart klart, at Deutz besidder en dominerende stilling på det afgrænsede produktmarked, idet Deutz har en markedsandel på 100 % for alle unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, jf. nærmere punkt 560-564 i Konkurrencerådets afgørelse. Det er ikke nødvendigt at angive de specifikke reservedele, hvor Deutz besidder en dominerende stilling, idet det relevante produktmarked netop ikke omfatter enkelte, specifikke reservedele, men derimod alle unikke reservedele som kun kan erhverves via Deutz. For alle sådanne reservedele besidder Deutz utvivlsomt en dominerende stilling.

Det fremgår i den forbindelse klart af sagens oplysninger, at der til den konkrete reparationsopgave rent faktisk skal anvendes unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, at Deutz er klar over, hvilke reservedele der er unikke, og at Deutz kan kontrollere forsyningskanalerne til de pågældende reservedele.

Konkurrencerådets afgørelse angiver desuden i punkt 90 udvalgte *eksempler* på unikke reservedele, herunder bl.a. vand- og oliepumper, motorblokke, krumtappe,

knastaksler samt diverse slangestykker, der i dimension og gummisammensætning er udviklet specielt til Deutz.

Eksemplerne i punkt 90 er på linje med oplysningerne fra markedstesten (bilag 76 til afgørelsen), hvor flere relevante aktører bekræfter, at de pågældende reservedele er unikke. Deutz' udlægning af svarene fra markedstesten i processkrift 1, side 12, hvorefter kun enkelte aktører skulle have bekræftet, at det var unikke reservedele, er stærkt selektiv og misvisende. Ingen af de adspurgte svarede, at de pågældende reservedele ikke var unikke, men nogle kunne ikke udtale sig konkret uden nærmere kendskab til de pågældende reservedele.

Eksemplerne i punkt 90 er desuden i overensstemmelse med de eksempler, som DSB har angivet (bilag 70 til afgørelsen). Det er rigtigt, at DSB ikke oprindeligt har omtalt olie- og vandpumper, men som det fremgår af bilag 70 til afgørelsen, var der udtrykkeligt kun tale om eksempler og ikke en udtømmende liste. DSB har i høringssvaret gengivet i afsnit 3.6.1 i afgørelsen ikke haft bemærkninger til opstillingen i afgørelsens punkt 90.

Der er endvidere betydeligt sammenfald mellem de i afgørelsens punkt 90 opregnede eksempler på unikke reservedele og de reservedele, som Deutz valgte at blokere (se bilag 43 til afgørelsen og bilag 71 til afgørelsen for en liste på de [udeladt] reservedele, som Deutz selv erkender at have "monitored"), idet Deutz ikke regnede med, at reservedelene kunne skaffes fra andre steder end Deutz' forhandler-netværk. Det gælder bl.a. [udeladt].

Motorblokke er ikke udtrykkeligt omtalt som blokeret, men det fremgår af f.eks. punkt 227 til afgørelsen, at blokeringen også omfattede hele motorblokke. Deutz anfører, at motorblokke ikke kan være unikke, idet Fleco skaffede fire orange motorer til DSB i 2011 (bilag 70 til afgørelsen). Det kan ikke ændre på, at motorblokkene er unikke, at det lykkedes Fleco at skaffe et fåtal af de for opgaven nødvendige originale motorblokke fra Deutz' [udeladt] producent. Deutz og DMN gjorde i øvrigt en række forsøg på at hindre DSB i at anvende de pågældende motorblokke, herunder ved at anføre at de måtte være fremskaffet på kriminel vis (bilag 6 til rådets afgørelse), ligesom denne forsyningskanal blev stoppet efterfølgende (bilag 68 til rådets afgørelse). Adfærden viser i øvrigt, at Deutz og DMN ikke mente, at motorblokke kunne skaffes på lovlig vis uden om Deutz' forhandlernetværk.

Det fremgår endelig af skønsmændenes besvarelse af spørgsmål 8 og 15, at der er betydeligt overlap mellem de i Konkurrencerådets afgørelse, punkt 90, opregnede eksempler på unikke reservedele, og de reservedele som skønsmændene anser for unikke. Skønsmændene fremhæver f.eks. ved svaret på spørgsmål 15, at udskiftning af [udeladt] typisk ikke vil kunne hentes fra andre end Deutz eller Deutz' forhandlere. I forhold til DSB's reservedelsliste (bilag 5) omtaler skønsmændene derudover en lang række dele, som ikke vil kunne hentes fra andre end Deutz eller Deutz' forhandlernetværk, og som også er omfattet af bilag 43 til afgørelsen og Deutz' egen liste over "monitorede" reservedele (bilag 71 til afgørelsen). Det gælder f.eks. diverse [udeladt]. Endelig omtaler skønsmændene visse andre reservedele, som muligvis er unikke, og som både er på DSB's reservedelsliste og Deutz' egen liste, herunder [udeladt].

Det er uden betydning for denne vurdering, om de særligt tilpassede reservedele i et vist omfang måtte kunne anvendes i Deutz' andre motorer i samme serie, da de i

givet fald stadig skal hentes via Deutz/Deutz' forhandlernetværk. Som anført i afsnit 2.2.3 ovenfor er det tilsvarende uden betydning, at en række af de pågældende unikke reservedele i et vist omfang muligvis i 2019/2020 kan købes - angiveligt "som standarddele"<sup>370</sup> - fra alternative leverandører. Det bemærkes herved, at de af skønsmændene omtalte unikke dele stort set alle angives som ægte Deutz-reservedele, hvorfor de pågældende leverandører skal skaffe reservedelene fra Deutz/Deutz' forhandlernetværk.

### 2.2.5 Om betydningen af konkurrenceforholdene på det primære marked

Deutz gør gældende, at Konkurrencerådet ikke har inddraget betydningen af konkurrenceintensiteten på det primære marked for produktion og udvikling af dieselmotorer ved markedsafgrænsningen og dominansvurderingen. Efter Deutz' opfattelse kan det primære marked for produktion og udvikling af dieselmotorer til industriel brug ikke adskilles fra eftermarkedene for reparation og vedligehold samt reservedele, der er nødvendige for at kunne agere på markedet for reparation og vedligehold.

Konkurrencerådet har i afgørelsen, punkt 413ff, fundet, at det primære marked for produktion og udvikling af dieselmotorer til industriel brug udgør et særskilt marked i forhold til eftermarkedene for reparation og vedligehold samt reservedele, der er nødvendige for at kunne agere på markedet for reparation og vedligehold. Konkurrencerådet har videre lagt vægt på, at det for at være aktiv på eftersalgsmarkedene er nødvendigt at have adgang til en række reservedele, hvoraf en del er unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz.

Det er herved vigtigt at være opmærksom på, at aktiviteten på det primære marked og de sekundære markeder udspiller sig forskelligt, ligesom der er tale om, at aktørerne er forskellige. Dette er en klar indikation af, at der er tale om forskellige markeder, jf. herved Rettens dom af 15. december 2010 i sag T-427/08, CEAHR, EU:T:2010:517, præmis 108, og dom af 12. december 1991 i sag T-30/89, Hilti, EU:T:1991:70, præmis 67. Der kan i øvrigt henvises til punkt 408-409 i Konkurrencerådets afgørelse.

Forbrugers mulighed for at vælge blandt adskillige eksisterende mærker på det primære marked er efter retspraksis fra EU-Domstolen ikke tilstrækkelig til, at det primære marked og eftersalgsmarkedene kan behandles som ét marked. Det primære marked og eftersalgsmarkedene kan kun betragtes under ét, hvis det er godtgjort, at valget på det primære marked navnlig træffes på grund af konkurrencebetingelserne på det sekundære marked, jf. Rettens dom af 15. december 2010 i sag T-427/08, CEAHR, EU:T:2010:517, præmis 105.

Efter retspraksis skal det primære marked og eftersalgsmarkedene således kun betragtes under et, såfremt forbrugerne tilstrækkeligt hurtigt og direkte kan skifte til et andet primært produkt for at undgå en prisstigning på reservedelsmarkedet. Hvis en relativ prisstigning på eftersalgsmarkedene derimod ikke påvirker forbrugernes efterspørgsel efter det primære produkt (eksempelvis grundet manglende gennemsigtighed, høje switching costs, lock in-effekter, eller hvis prisen på eftersalgsmarkedene har mindre betydning for efterspørgslen på det primære mar-

<sup>370</sup> Skønsmændene anfører på side 6 i den supplerende erklæring, at alle reservedele med varenummer er standarddele. Det er ikke korrekt, idet også de specialtilpassede dele har et varenummer hos Deutz, jf. pkt. 96 i afgørelsen.



ked), kan der afgrænses et eller flere separate eftersalgsmarkeder, jf. herved punkt 56 i Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked.

Konkurrencerådet ved markedsafgrænsningen lagt vægt på, at en lille varig stigning i prisen på de unikke reservedele ikke vil medføre, at slutbrugeren udskifter det primære produkt (motoren) med et andet produkt. Det fremhæves herved, at køb af dieselmotorer til industrielt brug er kompliceret, omkostnings tungt og sker sjældent. Hertil kommer, at de i sagen omhandlede TCD2015-motorer er specialudviklede motorer, som kun kan anvendes i DSB's IC3-tog, og at DSB ikke købte de specialtilpassede motorer alene, men derimod som en del af et samlet køb af togsæt.

Der forelå derfor ikke på anskaffelsestidspunktet præcise oplysninger om, hvor store omkostningerne til reparation mv. og anskaffelse af reservedele ville være over tid, idet disse omkostninger ikke med nogen rimelighed kunne forudses. Dette underbygges eksempelvis af, at de specialtilpassede TCD2015-motorer skulle renoveres tidligere end forudsat af DSB, og at DSB i forbindelse med planlægningen af renoveringen af motorerne havde flere drøftelser med Deutz for at fastlægge det nødvendige omfang af reservedele (bilag 3 til rådets afgørelse).

I skønsrapporten af 20. maj 2019 fremgår det af spørgsmål 3 og A, at det vil være svært at vurdere omkostninger til reservedele og service korrekt ved køb af motorer, og at reservedelsmarkedet er ret uoverskueligt. Dette understøtter Konkurrencerådets vurdering af, at DSB ikke på tidspunkt for købet af det primære produkt kunne forudse, hvor store omkostningerne til reparation mv. og anskaffelse af reservedele ville være over tid.

Konkurrencerådet bemærker, at det af Deutz anførte om, at det ved vurderingen af forbrugernes adfærd ikke er tilstrækkeligt at lægge vægt på *en lille varig stigning* i prisen på de unikke reservedele, men at der derimod efter Deutz' opfattelse skal lægges vægt på en *betydelig stigning* i prisen, er forkert. Det følger af den såkaldte SSNIP-test, at der alene skal indregnes en hypotetisk, lille varig prisstigning, svarende til 5-10 %, jf. herved punkt 15f i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked. Der er ikke grundlag i retspraksis for, at der skal være tale om en betydelig prisstigning.

Deutz' beregninger af omkostningerne til reparation i forhold til prisen på nye motorer kan endvidere ikke tiltrædes. Beregningerne tager udgangspunkt i den overhaul-løsning (hvor motoren bringes til en så god som ny tilstand, jf. Konkurrencerådets afgørelse punkt 122), som DSB netop fandt unødvendigt omfattende og for dyr i forhold til indkøb af reservedele. Videre tager beregningerne ikke højde for, at omkostningerne til reservedele kun udgør en mindre del af den samlede pris ved en overhaul. DSB fandt det desuden hverken muligt at udskifte motoren med en ny identisk motor eller med en motor af et andet mærke, idet begge løsninger er så meget dyrere alternativer til reparation af den eksisterende motor, at det først vil kunne komme på tale, når motoren er slidt helt op.

## 2.3 Misbruget

### 2.3.1 Generelle bemærkninger

Konkurrencerådet har i afgørelsen vurderet, at den af Deutz udviste adfærd udgør et misbrug af dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF. Konkurrencerådet har herved lagt vægt på, at Deutz som kulminationen på et forløb, hvor Deutz på forskellig vis har forsøgt at bestemme over og påvirke DSB's indkøb, herunder ved at forsøge at få DSB til at købe den såkaldte exchange-løsning, som er en mere omfattende reovering end den DSB planlagde, samt at købe et mere omfattende reservedels-kit end nødvendigt gennem DMN (se herved skønsmændenes besvarelse af spørgsmål 12 og 13, bilag 21, side 36ff), har forhindret sine forhandlere i at levere reservedele til Fleco til brug for DSB-kontrakten.

Det fremhæves, at de reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, er nødvendige for at udøve aktiviteten på det beslægtede marked for reparation og vedligeholdelse af TCD2015-motorerne, og reservedelene er ikke substituerbare, da de originale dele må anses for vigtige for den aftager, der er indehaver af dyre motorer, der er centrale for driften. Den manglende levering medførte derfor udelukkelse af den effektive konkurrence på det beslægtede marked. Deutz har ved sin adfærd anvendt andre midler end i den normale konkurrence, og Deutz har ikke godtgjort, at adfærden er begrundet i objektive forhold.

Deutz' adfærd udgør to særskilte overtrædelser af konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF, dels en hindring af parallelhandel i EU (afsnit 2.3.2), dels en ulovlig leveringsnægtelse (afsnit 2.3.3).

### 2.3.2 *Hindringen af parallelhandlen*

Deutz' hindring af parallelhandlen er behandlet i punkt 575-624 i Konkurrencerådets afgørelse, hvortil overordnet henvises. Efter retspraksis udgør en dominerende virksomheds hindring af parallelhandlen i EU et misbrug, medmindre hindringen er begrundet i objektive omstændigheder. Det er ikke en forudsætning for, at en hindring af parallelhandlen kan udgøre et misbrug, at betingelserne, for at fastslå at der foreligger en ulovlig leveringsnægtelse, tillige er opfyldt, hvilket de dog er, jf. nedenfor i afsnit 2.3.3.

Om den nærmere baggrund for Konkurrencerådets vurdering af, at Deutz har hindret parallelhandlen ved at have forhindret sine forhandlere i EU, særlig Equipco, i at sælge til Fleco, henvises til punkt 588-602 i Konkurrencerådets afgørelse. Det fremgår heraf klart, at Deutz har hindret Equipco i at eksportere unikke reservedele til TCD2015-motorer til Fleco i Danmark med henblik på at beskytte sit forhandlernetværk i Danmark og selv opnå en højere omsætning, og at hindringen af parallelhandlen ikke er begrundet i objektive omstændigheder.

Hindringen af parallelhandlen havde til hensigt at styre kunderne til bestemte forhandlere i Deutz' netværk (konkret DMN) for dermed at sikre, at DSB ikke afsøgte markedet med henblik på at skaffe billigere reservedele og dermed "presse priserne". Formålet er således at begrænse konkurrencen mellem de autoriserede forhandlere i relation til de konkrete leverancer, således at DSB kun har mulighed for at købe de relevante reservedele ét sted. Hermed kan DMN fastsætte sine priser uafhængigt af markedet. Dette resultat stod da også parterne klart, jf. eksempelvis bilag 40 og 46 til Konkurrencerådets afgørelse. Hindringen af parallelhandlen førte også til, at DSB rent faktisk måtte indkøbe reservedelene til højere priser end oprindeligt tilbudt af Fleco.

Der er ingen tvivl om, at hindringen af parallelhandlen omfattede både aktivt og passivt salg, ligesom der heller ikke er tvivl om, at hindringen af parallelhandlen ikke, som anført af Deutz, var objektivt begrundet i leveringsvanskeligheder eller lignende, jf. endvidere nedenfor i afsnit 2.3.3 og 3.4.

### 2.3.3 *Leveringsnægtelsen*

Spørgsmålet om leveringsnægtelse er behandlet udførligt i Konkurrencerådets afgørelse, punkt 626-776, hvortil henvises. Det fremgår heraf, at betingelserne i retspraksis for at statuere misbrug i form af en leveringsnægtelse klart er opfyldt, idet (1) leveringsnægtelsen vedrører et produkt, som er nødvendigt for at udøve en given aktivitet på et beslægtet marked, (2) leveringsnægtelsen kan føre til udelukkelse af konkurrencen på det beslægtede marked, (3) der er tale om to separate markeder for dels det pågældende produkt, som den dominerende virksomhed nægter at give adgang til, dels det beslægtede marked og (4) leveringsnægtelsen er ikke objektivt begrundet.

I det følgende behandles kun Deutz' indsigelser mod misbrugsvurderingen, idet der i øvrigt henvises til begrundelsen i afgørelsen.

Deutz anfører, at Deutz ikke har nægtet at levere reservedele, idet Deutz gerne ville levere de pågældende reservedele gennem DMN. Dette forhold kan imidlertid ikke ændre på, at der er tale om en leveringsnægtelse, idet Deutz forbød Equipco at levere til Fleco, ligesom Deutz blokerede for levering til Fleco gennem andre forhandlere. Pointen med leveringsnægtelsen var netop at kanalisere leverancerne til DSB til DMN. Dertil kommer, at DMN – i al fald i begyndelsen af forløbet – heller ikke ville sælge til Fleco, idet hensigten var, at Fleco ikke skulle kunne levere til DSB, hvorefter DSB ville henvende sig til DMN, jf. punkt 741-747 i Konkurrencerådets afgørelse.

Deutz henviser dernæst til, at der kun var tale om en monitorering og ikke en blokering. Dette stemmer ikke med indholdet af sagens dokumenter. Der er ikke reel tvivl om, at Deutz har blokeret for en række unikke reservedele med det formål at begrænse Flecøs mulighed for at erhverve reservedelene til brug for opfyldelse af kontrakten med DSB, jf. f.eks. de ovenfor i afsnittet om sagens faktiske omstændigheder gengivne dokumenter.

Hvis Deutz' adfærd blot var udtryk for en monitorering af reservedele, så er det svært at forstå, at en Senior Vice President i Deutz i relation til DSB-udbuddet udtaler "*luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN*", at Deutz i en intern e-mail anfører, at "*we do our best to close the doors*", og at den senere mailudveksling internt i Deutz foregik under overskriften "*Projekt usichtbarer Kunde*".

Deutz henviser derudover til, at de relevante reservedele ikke var et nødvendigt produkt på det beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer, idet reservedelene ikke var unikke. Forholdet er udførligt behandlet ovenfor i afsnit 2.2.1, hvoraf bl.a. fremgår, at det af sikkerhedsmæssige, økonomiske og praktiske grunde ikke er muligt at kopiere reservedelene. Der fandtes hverken faktiske alternativer i form af levering uden om Deutz, hvilket Deutz da også selv lagde til grund i forbindelse med blokeringen af reservedelene, eller potentielle alternativer til de reservedele, som Deutz blokerede.

Deutz gør også gældende, at der ikke ved leveringsnægtelsen er sket en udelukkelse af konkurrencen på et beslægtet marked, idet Fleco ikke vil bruge produkterne til at producere et andet produkt eller levere en anden service. Denne indsigelse er behandlet udførligt i Konkurrencerådets afgørelse, punkt 748ff, hvortil henvises. Fleco gensælger ikke blot de unikke reservedele, men anvender reservedelene som led i en samlet sourcing og levering, herunder logistisk styring af indkøbsprocessen.

Hertil kommer, at der er tale om, at Deutz afbryder samhandelsforholdet med en eksisterende kunde (se f.eks. punkt 70 i rådets afgørelse) på et marked, hvor Deutz og Deutz' forhandler, DMN, er i konkurrence med kunden, idet Deutz og DMN selv forhandlede om at levere direkte til DSB, jf. punkt 172ff og 753ff i rådets afgørelse samt bilag 1 og 2 til rådets afgørelse. Deutz har anvendt leveringsnægtelsen til at skade deres konkurrent på markedet for service og vedligehold af Deutz TCD2015-motorer. Endelig foreligger der også en hindring af parallelhandlen. Det ændrer ikke herpå, at der kun var tale om leveringsnægtelse i forhold til én opgave, og at Fleco stadig er på markedet. Det er ikke et krav, at leveringsnægtelsen skal have ført til, at Fleco har måtte forlade markedet. Der var tale om en betydelig og vigtig opgave, og både Fleco, DSB og forbrugerne led skade ved Deutz' adfærd, jf. nærmere punkt 758-776 i Konkurrencerådets afgørelse.

DSB-opgaven havde i øvrigt ikke en sådan karakter, at ordrene kunne anses for unormale, hvorfor Deutz var berettiget til at afvise ordrene. Deutz var villig til at levere, men det skulle bare ske via Deutz eller DMN, hvilket var hele baggrunden for leveringsnægtelsen.

Deutz henviser dernæst til, at leveringsnægtelsen var objektivt begrundet, idet Equipco angiveligt foretog aktivt salg til Fleco i strid med sin forhandleraftale med Deutz. Det ligger imidlertid efter sagens oplysninger fast, at Equipco ikke foretog aktivt salg til Fleco, og at blokeringen gik videre end blot til at omfatte Equipcos evt. aktive salg, idet den også omfattede Equipcos og andre forhandlers passive salg. Interne mails fra Deutz viser således klart, at der var tale om en generel blokering i forhold til alle forhandlere af reservedele, der kunne anvendes af Fleco, jf. endvidere afsnit 3.4 nedenfor.

Endvidere gør Deutz gældende, at Deutz havde leveringsvanskeligheder, at Deutz alene orienterede Equipco om leveringsvanskelighederne, og at Equipco på den baggrund besluttede, at det ville være kommercielt uforsvarligt at give tilsagn om levering til Fleco. Der er dog intet faktisk belæg for, at Deutz havde leveringsvanskeligheder i perioden (tværtimod ønskede Deutz, at DSB skulle købe en mere omfattende exchange-løsning eller et mere omfattende reservedels-kit), og at henvendelserne til Equipco blot var en orientering herom, jf. navnlig punkt 731-735 i Konkurrencerådets afgørelse. Det er åbenbart, at Deutz på baggrund af en nøje overvejede beslutning truffet på højt niveau blokerede for, at Equipco og andre forhandlere kunne levere til Fleco. Dette havde intet med leveringsvanskeligheder at gøre.

Deutz gør endelig gældende, at Konkurrencerådet ikke på tilstrækkelig vis har angivet, hvilke specifikke reservedele leveringsnægtelsen angår, idet Konkurrencerådet ikke har forholdt sig til, hvilke reservedele der var brug for i DSB-kontrakten. Dette er ikke korrekt.

Konkurrencerådets afgørelse beskriver i betydeligt omfang, hvilke reservedele der var relevante for DSB i det oprindelige udbud, og at Deutz fuldt ud var klar over, hvilke reservedele DSB efterspurgte, jf. eksempelvis punkt 163-165, 167-168 og 609-610 i afgørelsen. Endvidere indeholder Konkurrencerådets afgørelse en række oplysninger om de reservedele, der var omfattet af den kontrakt, som rent faktisk blev indgået mellem Fleco og DSB, jf. eksempelvis bilag 23 til rådets afgørelse samt punkt 670-680, 708-710 og 714 i afgørelsen.

Herudover bemærkes, at det afgørende for sagen er, om der i relation til den med Fleco indgåede aftale med DSB er sket en leveringsnægtelse fra Deutz' side, hvilket der utvivlsomt er, og ikke om det i afgørelsen er angivet præcist, hvilke reservedele der var omfattet af leveringsnægtelsen. Det er i den henseende tilstrækkeligt, at der blot findes én reservedel, som kun kan erhverves via Deutz, og som Deutz har nægtet at levere. Konkret ligger det efter sagens dokumenter i den forbindelse fast, at der findes en række unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, at Deutz er klar over, hvilke reservedele der er unikke, og at Deutz selv har vurderet, at de reservedele, som Deutz blokerede, var relevante for udbuddet. Der henvises i øvrigt til afsnit 2.2.4 ovenfor for en gennemgang af de unikke reservedele, som var omfattet af leveringsnægtelsen og hindringen af parallelhandlen.

### **3. DEN KONKURRENCEBEGRÆSENDE AFTALE MELLEM DEUTZ OG DMN**

#### **3.1 Generelle bemærkninger**

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, der skal fortolkes i overensstemmelse med den tilsvarende bestemmelse i artikel 101, stk. 1, TEUF, forbyder virksomheder at indgå aftaler eller samordnet praksis mv., der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Konkurrencerådet har i afgørelsen konkret fundet, at Deutz og DMN har indgået aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af Deutz-reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, til Fleco i Danmark, at aftalen mellem Deutz og DMN om hindring af parallelimport/-handel har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og artikel 101, stk. 1, TEUF, og at aftalen mellem Deutz og DMN om hindring af parallelimport/-handel samlet set ikke opfylder betingelserne for fritagelse i medfør af den vertikale gruppefritagelsesforordning eller konkurrencelovens § 8 og artikel 101, stk. 3, TEUF.

For en nærmere gennemgang af Konkurrencerådets vurdering henvises til den udførlige behandling i afgørelsens punkt 777-887, svarskriftets afsnit 4 og duplikkens afsnit 4, idet der nedenfor kun gøres bemærkninger relateret til de indsigelser, som Deutz og DMN har fremsat.

#### **3.2 Der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN**

Det konkurrenceretlige aftalebegreb er bredere end det traditionelle obligationsretlige aftalebegreb og omfatter både mundtlige, skriftlige, udtrykkelige og stiltiende aftaler, jf. nærmere punkt 786ff i Konkurrencerådets afgørelse. Det afgørende er, at de involverede virksomheder har en samstemmende vilje til at indrette deres adfærd på markedet på en bestemt måde. Det er ikke afgørende, hvorledes denne vil-

je manifesterer sig, forudsat den udgør en korrekt afspejling af parternes vilje, jf. C-2/01 P, Bayer mod Kommissionen, EU:C:2004:2, præmis 97.

Efter Konkurrencerådets opfattelse er det på baggrund af de dokumenter, der er fremlagt under sagen, om indholdet af mødet mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010 og den efterfølgende mailkorrespondance, ubestrideligt, at det i overensstemmelse med de beviskrav, der gælder herfor (se svarskriftets afsnit 4.1 for en gennemgang af praksis), er tilstrækkeligt dokumenteret, at Deutz og DMN har udtrykt en sådan fælles forståelse om at iværksætte tiltag for at hindre parallelimport og passivt salg, at der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN, som er omfattet af konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF, jf. punkt 336-356 og 799-818 i rådets afgørelse. DMN har i den forbindelse ikke godtgjort, at DMN tog afstand fra hindringen af parallelhandlen og det passive salg, hvortil kommer, at DMN har handlet som om, at der var indgået en aftale med Deutz herom.

Om baggrunden for denne vurdering bemærkes, at der foreligger en betydelig dokumentation, som entydigt viser, at Deutz og DMN har indgået en aftale om at begrænse parallelhandlen og passivt salg. Her skal det fremhæves, at aftalen må anses for indgået på mødet mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010. Mødet blev afholdt på anmodning af DMN, og formålet hermed var at diskutere Equipcos levering til Fleco. På mødet deltog efter det oplyste [udeladt] og [udeladt] fra DMN. Deutz var repræsenteret af [udeladt], [udeladt], [udeladt] og [udeladt]. Efter mødet ringede [udeladt] og/eller [udeladt] efter det oplyste hjem til [udeladt], DMN, og orienterede ham om mødets indhold og udfald, jf. punkt. 348 i Konkurrencerådets afgørelse.

Det fremgår af den tidslinje, som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos Equipco (bilag 24 til rådets afgørelse), at der på mødet blev ringet til Equipco med besked om, at Equipco ikke måtte levere til Fleco.

Der findes ikke et referat fra mødet, men der findes efterfølgende mails, der beskriver udkommet af mødet. Af en intern e-mail af 21. juli 2010 (bilag 38 til rådets afgørelse), som blev fundet under kontrolundersøgelsen hos DMN, fremgår:

*"Yesterday late we re-decided to japadize the Fleco business together with [udeladt] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. He will assure that Fleco does not get all the parts and then the deal will be broken from these local competition companies. [...] So, all is ok and we have to wait some days or weeks ... until [udeladt] [DSBs strategiske indkøber af togdele; egen tilføjelse] will come back to us ... to ask for 400 Xchange engines!! :-)"*

Konkurrencerådets forståelse af drøftelserne på mødet underbygges desuden af, at Deutz nidkært gennemførte en blokade af en række strategiske reservedele for at hindre, at Fleco kunne få leveret reservedelene, og at DMN efterfølgende nøje fulgte op på og overvågede, at Deutz rent faktisk hindrede leverancer til Fleco efter mødet den 20. juli 2010.

Der kan f.eks. henvises til en intern e-mail af 29. juli 2010 i DMN, hvoraf fremgår, at DMN forventede at få ordren hos DSB, hvis Equipco ikke fik de omhandlede reservedele fra Deutz med henblik på videresalg til Fleco, jf. bilag 40 til Konkurrencerådets afgørelse:

*"If Deutz will not supply Equipco with these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway. The purchased parts that can be sources from other sources like Bosch or Mahle will be lost anyhow. In accordance with [udeladt] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits. [...]"*

*We should keep on discussing with DSB about the conditions for Deutz parts supply. In a few days or weeks they need to become aware of that they will not be able to source the part else ware and then we should be there with a friendly face and pick up the business with reasonable margins."*

Anvendelsen af ordet "if" kan ikke ændre på, at der forelå en aftale mellem Deutz og DMN. Formuleringen viser blot, at det alene er Deutz, som kan effektuere parternes aftale ved at nægte levering.

Deutz' og DMN's fælles strategi om at lukke alle leveringskanaler bekræftes endvidere af en korrespondance den 4. august 2010 mellem Deutz og DMN, jf. bilag 44 til Konkurrencerådets afgørelse, hvor Deutz og DMN korresponderer om, hvorvidt blokeringen af leveringskanalerne for unikke Deutz-produkter er succesfuld under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde" (projekt usynlige kunde – kun den danske oversættelse gengivet her):

*[[udeladt] har endnu en gang understreget, at vi i begyndelsen af året har forsøgt at finde alternative leverandører af alle disse dele [...] og vi har ikke fundet nogen!*

*Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent. Hvor sandsynlig er en istandsættelse af de gamle dele? Uden anvendelse af nye dele umuligt, ville jeg sige.*

*FACIT: Fleco er ikke i stand til i stort omfang at kunne levere dele til almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t.]*

[udeladt], After Sales Manager hos DMN, sendte endvidere en e-mail til [udeladt] Deutz' Head of Sales and Key Accounts hos Deutz den 4. august 2010 igen under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde". Det fremgår heraf, at det første kit fra Fleco vil blive beslågt af DMN's folk, jf. bilag 44 og 45 til Konkurrencerådets afgørelse.

Af en mailkorrespondance internt i DMN af samme dato fremgår desuden også, at en eventuel leveringskanal gennem Henkelhausen GmbH i Tyskland er stoppet, jf. bilag 47 til Konkurrencerådets afgørelse.

DMN gør gældende, at det ikke er dokumenteret, at en evt. konkurrencebegrænsende aftale fortsatte efter det tidspunkt, hvor de tidligere ejere af DMN forlod virksomheden, dvs. 1. oktober 2010, subsidiært fra det tidspunkt hvor DMN imødekom den første ordre (primo oktober 2010).

Om den tidsmæssige udstrækning af aftalen henvises til punkt 220 og 363ff i Konkurrencerådets afgørelse. Det skal fremhæves, at den konkurrencebegrænsende aftale havde til formål, at leveringerne til DSB-opgaven skulle ske gennem DMN. Det forhold, at DMN vælger at levere til Fleco, er dermed ikke i sig selv et udtryk for, at parterne er ophørt med den konkurrencebegrænsende adfærd.

Det gør ingen forskel for vurderingen af, at der foreligger en aftale, at de tidligere ejere har forladt virksomheden på et tidspunkt, hvor aftalen har været implementeret gennem længere tid. Det bemærkes herved, det afgørende efter konkurrencereglerne er, om der har været koordinering mellem virksomhederne og ikke hvilke medarbejdere, som har deltaget i koordineringen.

Dertil kommer, at det følger af fast retspraksis, at en virksomheds blotte deltagelse i et møde med konkurrencebegrænsende karakter efter omstændighederne kan anses for tilstrækkeligt til at fastslå virksomhedens stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ eller for en tilslutning til mødets resultat, medmindre virksomheden har taget klart afstand over for de øvrige deltagende virksomheders formål med mødet, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-8/08, T-Mobile, EU:C:2009:343, præmis 62, og Domstolens dom i sag C-68/12, Slovenska Sporitel, EU:C:2013:71, præmis 27.

Det betyder med andre ord, at hvis DMN ønskede at udtræde af aftalen, skulle de enten have meddelt den anden deltager, at virksomheden ikke længere var bundet heraf, og i den forbindelse dokumentere dette over for konkurrencemyndighederne, jf. herved Domstolens dom i de forenede sager C-2/01 P og C-3/01, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure, EU:C:2004:6, præmis 63, eller have taget tilsvarende offentlig afstand, jf. herved sag 204/00, Aalborg Portland mod Kommissionen, præmis 81.

### 3.3 Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen

Det fremgår af retspraksis, at en aftale siges at have til formål at begrænse konkurrencen, hvis en undersøgelse af navnlig 1) rækkevidden af aftalens indhold, 2) de formål aftalen efter en objektiv vurdering tilsigter at opfylde samt 3) den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-373/14 P, Toshiba, EU:C:2016:26.

Selv om parternes hensigt ikke udgør et forhold, der er nødvendigt ved fastlæggelsen af den konkurrencebegrænsende karakter af en aftale mellem virksomheder, er der efter fast retspraksis intet, der forbyder konkurrencemyndighederne at tage denne hensigt i betragtning.

Det skal i den forbindelse fremhæves, at der for visse typer af aftaler omtalt direkte i konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF, herunder bl.a. aftaler om at begrænse eller kontrollere produktion og/eller afsætning samt aftaler om at opdele markeder, efter fast retspraksis umiddelbart lægges til grund, at de har til formål at begrænse konkurrencen i den forstand begrebet anvendes i konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1, TEUF. Undersøgelsen af den retlige og økonomiske sammenhæng kan for sådanne aftaler begrænses til, hvad der er strengt nødvendigt for at fastslå, at der er tale om en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, jf. eksempelvis Domstolens dom i sag C-373/14 P, Toshiba, EU:C:2016:26, præmis 28ff.

Hvis det på baggrund af en undersøgelse af de ovennævnte forhold kan fastslås, at aftalen har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge aftalens sandsynlige negative virkninger for konkurrencen nærmere (dvs. det er uden betydning, om en skade på konkurrencen faktisk indtræder, herunder omfanget af skaden). Dette skyldes den omstændighed, at sådanne aftaler mellem



virksomheder efter deres art i sig selv kan betragtes som så skadelige for de normale konkurrencevilkår, at der derfor normalt uundgåeligt også vil foreligge konkurrenceskadelige følger.

Efter Konkurrencerådets opfattelse er der ikke tvivl om, at rådet på fuldt tilstrækkelig vis har dokumenteret, at der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN om begrænsning af parallelhandel og forhandlernes passive salg, herunder fra Equipco i Nederlandene, til Fleco i Danmark, hvilket udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning der har til formål at begrænse konkurrencen, jf. punkt 819-865 i rådets afgørelse, svarskriftets afsnit 4.3 og duplikkens afsnit 4.2.

Konkurrencerådet har foretaget en grundig vurdering af, at aftalen medførte en tilstrækkelig grad af skadelighed for konkurrencen på baggrund af dens indhold, formål og den økonomiske og retlige sammenhæng, og har i relevant omfang taget hensyn til de konkrete omstændigheder i sagen. Det bemærkes, at det ikke er et krav, at der foretages en egentlig undersøgelse af de kontrafaktiske begivenheder, der ville være indtruffet uden den omtvistede aftale (det kontrafaktiske scenarie), jf. Rettens dom i sag T-472/13, Lundbeck, EU:T:2016:449, præmis 472-473.

Det bestrides, at Konkurrenceankenævnets til formål-vurdering bygger på en forkert juridisk test. Konkurrenceankenævnet har med kendelsen tilsluttet sig Konkurrencerådets til formåls-vurdering, der er fuldt ud i overensstemmelse med både dansk og EU-praksis, herunder ankenævnets praksis. Det bemærkes herved, at Højesteret i U.2020.524H har tilsluttet sig Konkurrenceankenævnet praksis for vurdering af, hvornår en aftale har til formål at begrænse konkurrencen. Der er ikke belæg for at mene, at Konkurrenceankenævnet med formuleringen af den konkrete kendelse har ønsket at fravige denne praksis.

Deutz og DMN gør gældende, at aftalen ikke pålægger forhandleren (DMN), men derimod sælgeren (Deutz) en begrænsning, hvorfor begrænsningen ikke har til formål at begrænse konkurrencen. DMN henviser herved til, at en sådan begrænsning ikke er en hard core-begrænsning omfattet af artikel 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelse.

Hertil bemærkes, at aftalen mellem Deutz og DMN går ud på, at Deutz skal blokere for reservedelene, således at Equipco og andre forhandlere ikke kan levere til Fleco/DSB uden om DMN. Denne aftale angår dermed en begrænsning på Equipcos og andre forhandlernes mulighed for at videresælge reservedelene, herunder også i forhold til passivt salg, jf. afsnit 3.4 nedenfor. En sådan aftale om at hindre parallelimport og passivt salg har utvivlsomt til formål at begrænse konkurrencen.

I forhold til anvendelse af den vertikale gruppefritagelse skal det fremhæves, at der er tale om en selvstændig aftale, som ligger udover Deutz' og DMN's forhandleraftale. Deutz havde en markedsandel på 100 % på det relevante marked, som den konkrete aftale angår. Allerede af den grund er gruppefritagelsen ikke anvendelig. Dertil kommer, at der er tale om en hard core-begrænsning, som efter artikel 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelse fører til, at gruppefritagelsen ikke er anvendelig.

Deutz' synspunkt om, at artikel 4, litra b, kun angår tilfælde, hvor begrænsningen pålægges forhandleren (DMN) i den konkrete forhandleraftale, og at dette ikke er

tilfældet i denne sag, idet begrænsningen pålægges Deutz og Equipco/de andre forhandlere, men ikke DMN, kan ikke ændre herpå. Den konkrete aftale mellem Deutz og DMN går netop ud på, at Deutz skal sikre, at Equipco/de andre forhandlere skal agere på en måde, der giver DMN en absolut områdebeskyttelse. Dette udgør utvivlsomt en hard corekonkurrencebegrænsning efter artikel 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelse. Det forhold, at Deutz og DMN ikke derudover har aftalt, at aftalen skal være gensidig, således at DMN ikke må levere ind i de andre forhandleres områder, gør ikke aftalen mellem Deutz og DMN lovlig. Det kan højst føre til, at selve forhandleraftalen som sådan ikke er omfattet af forbuddet i artikel 4, litra b, i den vertikale gruppefritagelse.

De konkrete konkurrenceskadelige virkninger af aftalen er ikke, som anført af Deutz, så usikre, at aftalen ikke kan anses for at være i strid med konkurrence-lovens § 6 og artikel 101 TEUF, idet Equipco (og andre af Deutz' forhandlere) utvivlsomt ved aftalen blev forhindret i at levere reservedele til Flecos opfyldelse af aftalen med DSB, hvilket havde konkrete skadevirkninger for Fleco, DSB og forbrugerne til følge. Det bemærkes, at der er tale om en aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen, hvorfor der ikke skal påvises konkrete skadevirkninger, og det for sådanne aftaler umiddelbart kan lægges til grund, at der er tale om mærkbare virkninger for konkurrencen, jf. Domstolens dom af 13. december 2012 i sag C-226/11, Expedia, EU:C:2012:795, præmis 37. Det er derfor også uden betydning, hvordan det relevante marked præcist er afgrænset, hvorvidt aftalen angik unikke reservedele, og hvor mange reservedele aftalen omfattede.

### **3.4 Blokeringen af unikke reservedele omfatter passivt salg**

Deutz og DMN gør begge gældende, at aftalen mellem Deutz og DMN ikke omfatter passivt salg, at der foreligger et aktivt salg fra Equipco til Fleco, og at parternes adfærd derfor udgør en lovlig håndhævelse af distributionsaftalen med Equipco.

Hertil bemærkes, at aftalen mellem Deutz og DMN utvivlsomt tilsigter at give DMN absolut områdebeskyttelse, idet den omfatter en begrænsning af alle former for levering til Fleco, herunder både aktivt og passivt salg, jf. herved punkt 832-853 i Konkurrencerådets afgørelse og punkt 202-218 i svarskriftet. En begrænsning af passivt salg udgør en alvorlig konkurrencebegrænsning omfattet af konkurrence-lovens § 6 og artikel 101 TEUF.

Der er desuden ikke i sagen faktuelle holdepunkter for, at det var Equipco, der uopfordret rettede henvendelse til Fleco med henblik på levering af unikke reservedele til brug for DSB-kontrakten, og at der derfor udelukkende var tale om aktivt salg.

For det første har Fleco og Equipco afgivet samstemmende oplysninger om, at det var Fleco, som henvendte sig uopfordret til Equipco i sagen. Som anført i punkt 180-183 i Konkurrencerådets afgørelse har Fleco oplyst, at det var Fleco, der uopfordret tog den første kontakt telefonisk til Equipco, og at der dermed foreligger passivt salg. Dette er i overensstemmelse med Equipcos forklaring til de nederlandske konkurrencemyndigheder, jf. bilag 73 til rådets afgørelse, samt Equipcos egen redegørelse fundet under kontrolundersøgelsen, jf. bilag 24 til rådets afgørelse.

Der er for det andet ingen oplysninger i sagen, som understøtter postulatet om, at det skulle have været Equipco, som uopfordret rettede henvendelse til Fleco. Dette har da også formodningen imod sig, idet det var Fleco, som forhandlede med DSB og dermed i modsætning til Equipco var bekendt med, at Fleco havde mulighed for at indgå en kontrakt med DSB.

Der er således ingen holdepunkter for at antage, at Equipco var bekendt med, at DSB efter annullationen af udbuddet efterfølgende havde indledt forhandlinger med mindre leverandører, herunder det konsortium, som Fleco var en del af, hvilket underbygger, at der ikke kan være tale om, at Equipco har rettet den første henvendelse til Fleco. Det forhold, at Equipco var bekendt med det oprindelige DSB-udbud, kan ikke ændre herpå.

DSB har ikke været i dialog med Equipco om entreprisen/opdelingen af IC3-renoveringsopgaven ved konsortiet, således at Equipco derved var blevet bekendt med, at Fleco var et af medlemmerne af konsortiet.

Dette er bekræftet af DSB's daværende strategiske indkøber [udeladt], der håndterede IC3-renoveringsopgaven for DSB. [udeladt] har oplyst, at han ikke har kendskab til eller hørt om leverandøren Equipco, jf. punkt 851 i rådets afgørelse.

Mailkorrespondancen mellem Fleco og Equipco startende den 6. juli 2010 med Flecøs e-mail med oplysninger ("as promised") om numre på de Deutz-reservedele, som indgår i DSB's overhaul renoveringsplaner, tyder da heller ikke på, at Equipco var bekendt med DSB's forhandlinger med Fleco og andre mindre leverandører, før Fleco rettede henvendelse til Equipco, jf. bilag 23 i rådets afgørelse.

DMN anfører, at det forekommer usandsynligt, at Fleco skulle afgive et (ikke bindende) tilbud til DSB den 28. juni 2010 uden at have fået priser fra Equipco. Det er meget muligt, men dette beviser ikke, at det, i modstrid med de afgivne erklæringer fra Fleco og Equipco og sagens oplysninger i øvrigt, var Equipco, som først rettede henvendelse til Fleco og ikke omvendt.

Indholdet af bilag 2 til Konkurrencerådets afgørelse støtter i den forbindelse ikke, at der skulle være tale om aktivt salg. Dette bilag viser blot, at Fleco med henblik på at kunne forhandle med DSB havde uformelle drøftelser med flere potentielle leverandører.

Det forhold, at Fleco sendte uofficielle og ikke bindende tilbud til DSB inden den første egentlige kontakt med Equipco den 5. juli 2010, kan således ikke begrunde en formodning om, at både Equipco og Fleco skulle have afgivet samstemmende urigtige erklæringer til offentlige myndigheder om, hvorledes kontakten til Equipco er opstået. Fleco forhørte sig netop foreløbigt hos flere potentielle forhandlere om leveringsmulighederne, og der var tale om et ikke-bindende tilbud til DSB, hvorfor det giver god mening, at den egentlige kontakt til Equipco først indledes herefter.

En evt. usikkerhed hos Equipco om den præcise dato for Flecøs henvendelse kan endvidere ikke ændre herpå. Selv hvis det er rigtigt, at der var yderligere uformelle drøftelser med Equipco inden den 5. juli 2010, underbygger dette ikke, at det skulle have været Equipco, der først henvendte sig til Fleco med et tilbud på levering.

Dertil kommer, at der ikke i sagens dokumenter er nogen som helst støtte for, at det var af betydning for Deutz og DMN, om Equipcos leverancer til Fleco var udtryk for et aktivt salg. Det er i den forbindelse åbenbart, at Deutz' og DMN's hensigt med aftalen indgået på mødet den 20. juli 2010 ikke var at håndhæve en lovlig distributionsaftale. Når Deutz vælger at blokere for alle leverancer af de omhandlede reservedele til DSB for alle Deutz-forhandlere, herunder [udeladt] og [udeladt] forhandlere og ikke kun for Equipco, giver det kun mening, hvis formålet er at blokere alle leverancer inklusive passivt salg, jf. punkt 852 i rådets afgørelse.

DMN henviser endelig til, at Equipco har en interesse i at få det til at fremstå, som om der var tale om passivt salg, idet aktivt salg ville være i strid med distributionsaftalen med Deutz. Hertil bemærkes, at ingen af sagens oplysninger som nævnt støtter, at der var tale om aktivt salg til Fleco, hvortil kommer, at Equipco selv bad om grønt lys til salget og i den forbindelse fremhævede vigtigheden af at orientere Deutz fuld ud. Dette tyder ikke på, at Equipco havde til hensigt at agere i modstrid med distributionsaftalen eller Deutz' interesser i sagen.

#### **4. DEUTZ' OPFORDRINGER**

Deutz har bl.a. i processkrift 1 af 27. august 2020 anført, at Konkurrencerådet ikke har besvaret opfordring 5, 8, 10, 11, 13, 14, 15 og 16. Det er ikke korrekt. Konkurrencerådet har under skriftvekslingen besvaret de pågældende opfordringer fuldt ud (se svarskriftet side 5, 18, 21, 23 og duplikken side 6, 8, 10, 13, 15, 17).

Det forhold, at Deutz ikke er enig i Konkurrencerådets besvarelse af opfordringerne, er selvsagt ikke det samme som, at opfordringerne ikke er besvaret. Der er således ikke belæg for Deutz' bemærkninger om processuel skadevirkning. Deutz' bemærkninger om, hvad der faktisk skal lægges til grund, har desuden ikke fornøden støtte i sagens beviser.

#### **5. PÅBUDDENE ER IKKE FOR VIDTGÅENDE**

Det bestrides, at påbuddene i Konkurrencerådets afgørelse overskrider grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde de tilsigtede formål, jf. i det hele det i afsnit 5 i svarskriftet anførte.

#### **6. FORMALITETSINDSIGELSERNE**

Deutz har under skriftvekslingen anført, at Konkurrencerådets afgørelse er ugyldig på grund af flere angivelige sagsbehandlingsfejl (sprog, frister, lovligheden af de indhentede beviser, aktindsigt).

De fremsatte indsigelser er udførligt imødegået i navnlig afsnit 2 i svarskriftet, hvortil henvises. Her skal det alene fremhæves, at det efter Konkurrencerådets opfattelse er oplagt, at der ikke er begået sagsbehandlingsfejl. Evt. sagsbehandlingsfejl har under alle omstændigheder ikke været konkret væsentlige, idet de ikke har påvirket afgørelsens materielle resultat, hvorfor evt. fejl ikke kan føre til, at afgørelsen helt eller delvist skal ophæves eller hjemvises, jf. herved eksempelvis Højesterets domme trykt i UfR 2012, side 3640 H og UfR 2007, side 537 H.

...

## 8. MOMSREGISTRERING

Konkurrencerådet er ikke momsregistreret.

...”

### Rettens begrundelse og resultat

Denne sag angår prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 om stadfæstelse af Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013. Ifølge disse afgørelser har Deutz AG misbrugt sin dominerende stilling på markedet for unikke reservedele til TCD2015-motoren ved leveringsnægtelse og hindring af parallelimport, ligesom Diesel Motor Nordic A/S (DMN) og Deutz har indgået en konkurrencebegrænsende aftale om hindring af parallelhandel og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk.

Rettens prøvelse omfatter fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen i myndighedernes afgørelser, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag, jf. Højesterets dom af 27. november 2019 (UfR 2020.524).

Spørgsmålet om afgrænsning af det relevante produktmarked er et afgørende tvistepunkt i sagen. Konkurrencemyndighedernes afgørelser bygger på et afgrænset separat eftersalgsmarked for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz. Dette separate eftersalgsmarked er ifølge afgørelserne beslægtet med det ligeledes separate eftersalgsmarked for reparation og vedligehold af Deutz TCD2015-motoren, mens det primære marked til disse to eftersalgsmarkeder udgøres af markedet for produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug.

Sø- og Handelsretten tiltræder på baggrund af de foreliggende beviser, at det relevante produktmarked i denne sag er afgrænset som sket til eftersalgsmarkedet for udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz. Det primære bevis i så henseende er de foreliggende oplysninger om de faktiske forhold på markedet i 2010. Heraf fremgår navnlig, at Deutz selv var af den opfattelse, at Deutz rent faktisk kunne lukke for leveringen af en række reservedele til DSB med den effekt, at DSB ikke havde andet valg end at købe fra Deutz' forhandlernetværk. Det fremgår endvidere, at navnlig DSB, Fleco og DMN delte denne opfattelse, og det må efter de foreliggende oplysninger i det hele lægges til grund, at denne opfattelse svarede til de faktiske forhold på markedet, hvilket støttes af skønsmændenes erklæringer. Endelig er der ikke grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønsmæssige vurdering af adgangsbarriererne til dette marked, som findes at svare

til Deutz' egen vurdering af forholdene i 2010. Under de foreliggende omstændigheder finder retten endvidere, at markedsafgrænsningen er tilstrækkeligt specifik.

Rettens tiltrædelse af markedsafgrænsningen indebærer, at retten ikke anser det for godtgjort, at aftagerne på det primære marked for produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug navnlig træffer deres valg på grund af konkurrencebetingelserne på det sekundære marked.

For så vidt angår spørgsmålet om dominans er det en konsekvens af den skete markedsafgrænsning, at Deutz besad en markedsandel på 100 %, hvilket efter bevisførelsen igen findes at svare til Deutz' egen opfattelse i 2010.

Retten finder det godtgjort, at Deutz i sommeren 2010 iværksatte leveringsnægtelse og hindring af parallelhandel til Fleco af de unikke reservedele med henblik på at forhindre Fleco i at opfylde sin kontrakt med DSB. Der henvises indledningsvis til mailen af 16. juli 2010, hvoraf fremgår, at en ledende medarbejder i Deutz havde bestemt følgende: *"Close the door, dry them out, try to push the Business to DMN"*. Det efterfølgende forløb viser, at denne beslutning blev fulgt op og effektueret konsekvent og systematisk af Deutz ved leveringsnægtelse og hindring af parallelhandel, herunder med sletning af reservedele i Deutz' bestillingssystem, løbende monitorering samt kontakt til blandt andet DMN om blokeringen (under overskriften "Projekt usichtbarer Kunde"). Det bemærkes, at Equipco som led i blokeringen den 14. oktober 2010 modtog en mail fra Deutz, hvori Deutz spurgte, om Equipco troede, at "de var dumme" hos Deutz, under henvisning til en bestilling fra Equipco, som Deutz kunne se skulle gå til DSB.

Retten tiltræder, at leveringsnægtelsen på grund af manglende mulighed for substitution af produkterne medførte udelukkelse af den effektive konkurrence på det beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015-motorerne. Retten bemærker i den forbindelse, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at Fleco ikke blot skulle gensælge de unikke reservedele, men anvende dem i en samlet sourcing og levering, herunder logistisk styring over for DSB.

På den anførte baggrund tiltræder retten af de af Konkurrenceankenævnet anførte grunde i det hele, at Deutz har misbrugt sin dominerende stilling ved konsekvent og systematisk at have forhindret parallelhandel med unikke Deutz-reservedele til Fleco og ved at have iværksat leveringsnægtelse af samme, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

Retten finder det endvidere godtgjort, at DMN og Deutz indgik en aftale om hindring af parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandler-netværk, herunder Equipco, til brug for renovering og vedligehold af DSB's

TCD2015-motorer. Retten finder det herunder bevist, at DMN og Deutz afholdt et møde den 20. juli 2010, hvor der blev truffet beslutning i overensstemmelse med det, som anføres i den interne mail af 21. juli 2010 hos DMN, hvoraf fremgår bl.a., at *“Yesterday we re-decided to [jeopardize] the Fleco business together with [udeladt]. He will assure that Fleco does not get all the parts and then the deal will be broken from these local competition companies.”* Det efterfølgende forløb viser, at DMN sammen med Deutz agerede i overensstemmelse med en aftale om at hindre parallelimport og passivt salg, herunder ved monitorering fra DMN, som ifølge intern mail af 29. juli 2010 angiveligt afventede, at det gik op for DSB, at DSB ikke kunne købe af andre end DMN, samtidig med at DMN holdt løbende kontakt med Deutz om Flecøs manglende mulighed for at skaffe reservedelene, ligesom DMN i mail af 4. august 2010 til Deutz angav blandt andet, at det første kit fra Fleco til DSB ville blive beslaglagt af DMN. DMN og Deutz’ angivelse af, at deres aktiviteter alene handlede om hindring af aktivt salg fra Equipco til Fleco i Danmark, ses ikke at kunne finde støtte i sagens faktum, som entydigt peger på en generel blokering for parallelimport og alt salg til Fleco, herunder salg iværksat ved Flecøs egne henvendelser til Deutz’ forhandlernetværk. Den anførte aftale vedrørende sikring af absolut områdebeskyttelse findes efter sit formål og den retlige og økonomiske sammenhæng at rumme et sådant potentielt af konkurrenceskadelige virkninger, at retten tiltræder, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, hvilket i øvrigt også findes at have været hensigten med aftalen.

Retten bemærker endvidere, at den anførte aftale mellem DMN og Deutz var en separat aftale adskilt fra deres vertikale aftale om DMN’s forhandlerforhold i øvrigt, og at aftalen havde karakter af en aftale om markedsdeling og absolut områdebeskyttelse og derfor ikke kan nyde fritagelse efter § 2 i forordning nr. 330/2010 (gruppefritagelsesforordningen for vertikale aftaler), jf. forordningens artikel 4, litra b.

På den anførte baggrund tiltræder retten af de af Konkurrenceankenævnet anførte grunde i det hele, at DMN og Deutz i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101 indgik en aftale om hindring af parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz’ forhandlernetværk, herunder Equipco, til brug for renovering og vedligehold af DSB’s TCD2015-motorer, og at denne aftale havde til formål at begrænse konkurrencen. Retten finder, at det falder uden for rammerne af nærværende sag at tage stilling til spørgsmålet om den tidsmæssige udstrækning af denne overtrædelse. Det bemærkes, at det ikke kan ændre vurderingen, at DMN’s deltagelse i hindring af parallelimport blev initieret og forestået under en tidligere ledelse i DMN.

Retten tiltræder, at der ikke er påvist tilsidesættelse af forvaltningsretlige principper eller sagsbehandlingsfejl i øvrigt, som kan have konsekvenser for gyldig-

heden af den indbragte afgørelse. Retten tiltræder endvidere, at de nedlagte påbud ikke er for vidtgående.

På den anførte baggrund frifindes Konkurrencerådet.

Deutz og DMN skal efter sagens resultat betale sagsomkostninger til Konkurrencerådet. Sagsomkostningerne til Konkurrencerådet fastsættes efter sagens karakter, omfang og forløb til 600.000 kr. ekskl. moms, i alt 750.000 kr. inkl. moms, der angår udgifter til advokatbistand, hvoraf 500.000 kr. inkl. moms skal betales af Deutz og 250.000 kr. inkl. moms skal betales af DMN.

### **THI KENDES FOR RET:**

Konkurrencerådet frifindes.

Deutz AG skal inden 14 dage til Konkurrencerådet betale sagsomkostninger med i alt 500.000 kr.

Diesel Motor Nordic A/S skal inden 14 dage til Konkurrencerådet betale sagsomkostninger med i alt 250.000 kr.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.