

12-06-2013
12/07717
/AWI, MAL, LVS

RENOVERING AF IC3-TOGENES DEUTZ MOTORER

INDHOLDSFORTEGNELSE

1	RESUMÉ.....	1
2	AFGØRELSE	14
3	SAGSFREMSTILLING	16
3.1	Indledning.....	16
3.2	Aktørerne.....	17
3.3	Markedsbeskrivelse	19
3.3.1	Udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug	20
3.3.1.1	Motoren (Deutz TCD 2015).....	21
3.3.1.2	Mulighed for at kopiere tilpassede reservedele	23
3.3.1.3	Deutz bemærkninger til reservedele	26
3.3.2	Eftermarkedet	30
3.3.2.1	Aktørerne på eftersalgsmarkederne	31
3.3.3	Handelsmønstre.....	31
3.3.3.1	Handel med reservedele	33
3.3.3.2	Sammenfatning	34
3.4	Distributionsaftaler mellem Deutz og deres forhandlere	35
3.4.1	Distributionsaftale mellem Deutz og DMN.....	35
3.4.2	Distributionsaftale mellem Deutz og Equipco	36
3.5	Beskrivelse af adfærden.....	36
3.5.1	Forløbet op til leveringsnægtelsen	37
3.5.2	Leveringsnægtelsen iværksættes og effektueres	49
3.5.2.1	Efterfølgende forløb.....	60
3.6	Høringssvar.....	71
3.6.1	Høringssvar fra DSB	71
3.6.2	Høringssvar fra Fleco.....	72
3.6.3	Høringssvar fra Deutz	72
3.6.3.1	Deutz er ikke dominerende.....	72
3.6.3.2	Deutz har ikke forhindret Equipco i passivt salg	76
3.6.3.3	Manglende incitament til at presse DSB til exchange-løsning	77
3.6.3.4	Deutz kunne ikke levere.....	78
3.6.3.5	Bemærkninger til konkrete punkter i afgørelsesudkastet	79
3.6.4	Høringssvar fra Diesel Motor Nordic.....	82
3.6.4.1	Diesel Motor Nordic har ikke indgået en konkurrencebegrænsende aftale med Deutz	83
3.6.4.2	Bevisbyrden for eksistensen af en ulovlig aftale er ikke løftet.....	85
3.6.4.3	Sagsfremstillingen er baseret på tvivlsom dokumentation, som ikke opfylder de forvaltningsretlige krav efter officialmaksimen	89
3.6.4.4	En eventuel ulovlig aftale er ophørt før datoen for Konkurrencerådets afgørelse.....	90
3.6.4.5	Diesel Motor Nordic har ikke nægtet at levere til Fleco og Carl Christensen	91
3.6.4.6	Ingen af de i sagen omhandlede reservedele er unikke, og markedet var præget af nogle helt generelle som specifikke leveringsproblemer.....	92

4	VURDERING	94
4.1	Markedsafgrænsning	96
4.1.1	Overblik over markederne	97
4.1.2	Det relevante produktmarked	98
4.1.2.1	Indledning.....	98
4.1.2.2	Kan eftersalgsmarkederne adskilles fra det primære marked?.....	100
4.1.2.3	Det forudgående produktmarked: udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhvervs via Deutz.....	102
4.1.2.3.1	Yderligere opdeling af det forudgående produktmarked.....	107
4.1.2.3.2	Praksis.....	110
4.1.2.3.3	Deutz' bemærkninger til inddraget praksis	114
4.1.2.3.4	Konklusion – det forudgående produktmarked	117
4.1.2.4	Det beslægtede produktmarked	117
4.1.2.4.1	Efterspørgselssubstitution	118
4.1.2.4.2	Udbudssubstitution.....	119
4.1.2.4.3	Deutz' bemærkninger til afgrænsning af det beslægtede produktmarked.....	120
4.1.2.4.4	Konklusion – det beslægtede produktmarked.....	121
4.1.3	De relevante geografiske markeder	121
4.1.3.1	Indledning.....	121
4.1.3.2	Det forudgående marked	122
4.1.3.3	Det beslægtede marked	123
4.1.3.4	Konklusion – det geografiske marked	123
4.1.4	Konklusion – de relevante markeder.....	124
4.2	Samhandelspåvirkning	125
4.3	Vurderingen efter konkurrenceloven og TEUF	128
4.4	Konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102.....	130
4.4.1	Dominerende stilling.....	130
4.4.2	Misbrug af dominerende stilling.....	131
4.5	Misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel	133
4.5.1	Praksis og retningslinjer om leveringsnægtelse ved hindring af parallelhandel	133
4.5.2	Adfærden hindrer parallelhandlen.....	138
4.5.3	Objektiv begrundelse.....	141
4.5.4	Delkonklusion om misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel	146
4.5.5	Deutz' bemærkninger til misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel.....	146
4.6	Misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse	147
4.6.1	Den almindelige praksis om leveringsnægtelse	148
4.6.1.1	Leveringsnægtelse generelt.....	148
4.6.1.2	Særligt om afbrydelse af leverancer	149
4.6.2	Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd	152
4.6.3	Den undersøgte aktivitet.....	154
4.6.4	Nødvendig forudsætning	154
4.6.4.1	Ad 1) Alternativ leveringen udenom Deutz (faktisk alternativ)?.....	156
4.6.4.2	Ad 2) Mulighed for kopiering af unikke reservedele (potentielt alternativ)?	163
4.6.4.3	Samlet vurdering af reservedele som nødvendig forudsætning.....	165
4.6.5	Nægtelsen kan udelukke den effektive konkurrence	165
4.6.5.1	Kan konsortiet konkurrere effektivt med Deutz?.....	167

4.6.5.2	Udelukker leveringsnægtelsen den effektive konkurrence fra andre aktører?.....	169
4.6.5.3	Samlede vurdering af nægtelsens udelukkelse af den effektive konkurrence	170
4.6.6	Der kan skelnes mellem to markeder.....	171
4.6.7	Nægtelsen er ikke objektivt begrundet.....	172
4.6.8	Delkonklusion angående misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse	173
4.6.9	Deutz' bemærkninger til misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse	173
4.7	Virkninger ved leveringsnægtelsen	178
4.7.1	Nægtelsen vil kunne skade forbrugerne	180
4.7.2	Delkonklusion – virkninger af leveringsnægtelsen	183
4.8	Konkurrencelovens § 6 og TEUFs artikel 101.....	183
4.8.2.	Aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.....	184
4.8.2.1	Aftalebegrebet	184
4.8.2.2	Aftale om hindring af parallelhandel mellem Deutz og DMN	187
4.8.3	Til formål eller følge at begrænse konkurrencen	191
4.8.3.1	Deutz' og DMNs konkrete aftale til hindring af parallelhandel	194
4.8.4	Mærkbar konkurrencebegrænsning	199
4.8.5	Delkonklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 og	200
TEUFs artikel 101	200
4.8.6	Bagatelgrænsen i Kommissionens bagatelmeddelelse	201
og konkurrencelovens § 7	201
4.8.6.1	Kommissionens bagatelmeddelelse.....	201
4.8.6.2	Konkurrencelovens § 7	201
4.8.7	Er aftalerne omfattet af en fritagelse?.....	202
4.8.7.1	Gruppefritagelse	202
4.8.7.2	TEUFs artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1.....	203
4.8.7.3	Samlet konklusion vedrørende konkurrencelovens § 6 og TEUFs artikel 101	204
5	KONKLUSION	206
6	AFGØRELSE	207
BILAG	209

1 RESUMÉ

- 1 Denne sag drejer sig om, at Deutz AG gennem sit forhandlernetværk har nægtet at levere reservedele til virksomheden Fleco ApS. Reservedelene skulle bruges ved renovering af 404 Deutz-motorer i DSBs IC3-tog.
- 2 Denne sag drejer sig endvidere om, at Deutz AG har indgået aftale med deres forhandler i Danmark, Diesel Motor Nordic A/S, om, at Deutz AG skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz AGs forhandlernetværk, herunder forhandleren Equipco B.V. i Nederlandene, til virksomheden Fleco ApS i Danmark, til brug for renoveringen af DSBs Deutz-motorer.
- 3 Sagen blev indledt med, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i juli 2010 modtog en klage fra Fleco ApS, der omhandlede en leveringsnægtelse af reservedele fra Deutz AG. Fleco ApS skulle bruge reservedelene til en renoveringsopgave for DSB vedrørende dieselmotorerne i DSBs IC3-tog.
- 4 På baggrund af klagen blev der den 10. marts 2011 foretaget en række kontrolundersøgelser hos Deutz AG og flere af Deutz AGs forhandlere i Tyskland, Sverige og Nederlandene.
- 5 Fleco ApS 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 Deutz-motorer hos kunder i Danmark og i udlandet. Flecoss ApS' nuværende direktør og eneanpartshaver, [NAVN], har ligeledes en fortid hos Deutz Danmark. Fleco ApS har gennem en årrække været fast kunde hos Deutz AG gennem virksomhedens forhandlersystem.
- 6 Fleco ApS har i et konsortium med tre andre danske virksomheder i juli 2010 vundet en opgave, der indebærer, at de skal levere reservedele til DSB til brug for renovering af DSBs i alt 404 IC3-togs dieselmotorer. Motorerne i IC3-togene er produceret af Deutz AG og er en specialudviklet variant af en Deutz TCD2015 model.
- 7 Deutz AG er en tysk virksomhed, der producerer dieselmotorer til industrielt brug, herunder i landbruget, det maritime erhverv, bilindustrien og togindustrien. I henhold til Deutz AGs årsrapport fra 2009 havde virksomheden i 2009 en omsætning på ca. 863 millioner EUR. Deutz AG har ca. 4000 ansatte og udøver aktiviteter i mere end 130 lande.
- 8 Deutz AG har et verdensomspændende forhandlernetværk med ca. 250 forhandlere og servicepartnere. Deutz AG sælger normalt ikke direkte til slutbrugeren, men sælger gennem sit forhandlernetværk. Forhandlernetværket

er bygget op om egne kontorer, datterselskaber og autoriserede forhandlere og servicepartnere. Diesel Motor Nordic A/S er Deutz AGs officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutz motorer og reservedele i Danmark. Tilsvarende er Equipco B.V. Deutz AGs officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutz-motorer og reservedele i Nederlandene.

Adfærden

- 9 Forløbet, der leder frem til denne sag, indledes i begyndelsen af 2010, hvor DSB påbegynder planlægning af reovering af virksomhedens 404 IC3-togs motorer.
- 10 DSB henvendte sig til Deutz AG, fordi Deutz AG havde produceret de motorer, der sidder i IC3-togene. Deutz AG forsøgte indledningsvis at få DSB til at udskifte motorerne i stedet for at reparere dem. DSB foretrak imidlertid en anden løsning. Deutz AG's løsning ville blive langt dyrere, end at udskifte en række reservedele i motorerne. DSB og Deutz AG gennemførte herefter et motoreftersyn med henblik på at fastslå, hvilke reservedele det ville være nødvendigt at skifte. 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.
- 11 DSB oplyser, at Deutz AG – efter DSBs opfattelse – forsøgte at udnytte situationen ved at udarbejde en kitliste med flere reservedele end nødvendigt. Deutz forhandleren Diesel Motor Nordic A/S bekræfter dette, jf. pkt. 191. Diesel Motor Nordic A/S oplyser, at virksomheden havde forberedt et tilbud til DSB, der *"indeholdt omfangsmæssigt væsentligt færre reservedele, end det tilbud, som DMN endte med at afgive til DSB i udbuddet"*. Diesel Motor Nordic A/S oplyser endvidere, at tilbuddet aldrig blev afgivet, idet virksomheden af Deutz *"i stærke vendinger blev frarådet at afgive et sådant tilbud"*, jf. punkt 191.
- 12 For DSB ville valg af enten *exchange-* eller *kit-løsningen* have medført højere udgifter i forhold til en situation, hvor Deutz AG kun leverer unikke Deutz AG reservedele. DSB havde en forventning om, at de kunne få repareret deres motorer væsentligt billigere, hvis kun de unikke reservedele skulle leveres via Deutz AG, mens de øvrige generiske reservedele, mekanikerydelser, styring af logistik mv. blev leveret af andre leverandører. Efterfølgende viste det sig, at den samlede kontraktsum endte på ca. [XX] kr. til de fire konsortiedeltagere for levering af reservedele. Hertil kom ca. [XX] kr. til udførelse af reoveringsopgaven på DSBs værksted. Dermed blev de samlede udgifter for DSB ca. [XX] kr. Til sammenligning havde Deutz AG givet DSB et tilbud på *exchange-løsningen* på ca. [XX] kr.
- 13 DSBs valgte derfor hverken *exchange-* eller *kit-løsningen*. I stedet tog DSB udgangspunkt i Deutz AGs anbefalinger og udarbejdede deres egen liste med

reservedele, der skulle skiftes og gjorde samtidig klar til en udvidelse af deres eget værksted med henblik på selv at udføre en del af arbejdet.

- 14 DSB ville via et EU-udbud finde en leverandør, der kunne levere på konkurrencemæssige vilkår. DSB kunne ikke forudse, at Deutz AG anbefalede sine samhandelspartnere ikke at byde på udbuddet. Det lykkedes således ikke DSB at indgå en kontrakt via EU-udbud. Der indkom kun et bud på den samlede opgave. Buddet kom fra en anden stor virksomhed og var baseret på levering af reservedele via Deutz AGs forhandlernetværk. Buddet var – efter DSBs opfattelse – ca. 3 gange så højt som den forventede kontraktsum. Diesel Motor Nordic A/S har oplyst, at virksomheden også indgav et bud på det oprindelige udbud. Tilbuddene blev ikke uploadet via EU-supply, men derimod sendt per e-mail.
- 15 Efter forgæves at have afholdt et EU-udbud forhandlede DSB individuelt med flere markedsaktører, herunder Fleco ApS, Diesel Motor Nordic A/S og Deutz AG. Under DSBs forhandlinger med Diesel Motor Nordic A/S pressede Deutz AG på for at få Diesel Motor Nordic A/S til at forhandle exchange-løsningen igennem, jf. pkt. 191. Dette ville nemlig indebære, at DSBs motorer skulle repareres på Deutz AGs service center i Übersee i Sydtyskland.
- 16 Resultatet af forhandlingerne blev, at DSB valgte løsningen med Fleco ApS og de øvrige virksomheder i konsortiet som leverandører af reservedele, mens DSB selv ville forestå reparationerne. Fleco ApS indgik aftalen med DSB den 14. juli 2010 efter af have forhandlet med flere udenlandske forhandlere, herunder Deutz AGs nederlandske forhandler Equipco B.V., om levering af reservedele. Fleco ApS og Equipco B.V. oplyser, at forhandlingerne startede den 5. juli 2010 på initiativ fra Fleco ApS.
- 17 Forud for Fleco ApS' aftale med Equipco B.V. havde Equipco B.V. et møde med Deutz AG, hvor Deutz AG indledningsvis godkendte, at Equipco B.V. kunne levere til Fleco ApS.
- 18 Umiddelbart efter Fleco ApS og DSB havde indgået kontrakt om levering, mødtes Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S den 20. juli 2010 på Deutz AGs hovedkontor i Køln. Diesel Motor Nordic A/S var frustreret over, at Deutz AG havde presset dem til at gå efter den store ordre hos DSB, samtidig med at Deutz AG havde ladet Equipco B.V. levere dele til Fleco ApS til brug for den opgave, som DSB havde udbudt.
- 19 En intern e-mail fundet hos Diesel Motor Nordic A/S beskriver udkommet af mødet:

"Yesterday late we re-decided to japadize¹ 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 [DSB's strategiske indkøber af togdele] will come back to us... to ask for 400 Xchnage engines!! :-)" [Egen tilføjelse]

- 20 Det fremgår, at Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S (dagen før) aftalte, at Deutz AGs nederlandske forhandler, Equipco B.V., ikke skulle have lov til at levere til Fleco ApS. På mødet ringede Deutz AG derfor til Equipco B.V. og meddelte, at Equipco B.V. skulle trække sit tilbud til Fleco ApS tilbage. Hensigten med dette var at "japadize the Fleco business", således at Fleco ApS blev forhindret i at opfylde sin kontrakt med DSB, hvorefter DSB ville være nødt til at kontakte Diesel Motor Nordic A/S for levering. Det var samtidig hensigten, at Diesel Motor Nordic A/S i givet fald skulle få DSB til at vælge en dyrere exchange-løsning.
- 21 Deutz AG iværksatte en blokering af strategiske reservedele i DSB-opgaven. Planen var at hindre Equipco B.V. og andre Deutz forhandlere i at få de reservedele, der var nødvendige for netop at renovere DSBs IC3-motorer. Herefter skulle alle, der bestilte reservedele, som kunne passe til DSBs motorer, oplyse nummeret på den motor, de skulle bruge reservedelen til samt destinationsland. På den måde var Deutz AG i stand til at blokere for bestillinger til DSB-opgaven.
- 22 Det fremgår af en intern e-mail fundet hos Deutz AG, at planen var at spærre de nødvendige reservedele. Dette skete blandt andet ved at slette reservedelene fra bestillingssystemet:

"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 [bestillingssystemet] data?" [Egen tilføjelse]

¹ Udtrykket "japadize" findes ikke på engelsk ifølge Gyldendals Røde ordbog Enkelsk-Dansk. Ud fra den sammenhæng, hvori ordet "japadize" bliver anvendt i e-mailen, formoder Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at der er tale om en skrivefejl, idet det korrekte ord skulle have været det enkelske ord "jeopardize", som på dansk betyder "bringe i fare" eller "sætte på spil".

- 23 Deutz AG identificerede de nødvendige reservedele, som konsortiet, særligt Fleco ApS, kun kunne anskaffe via Deutz AGs forhandlere. Af to e-mails fundet hos Diesel Motor Nordic A/S fremgår, at det anslåes, at ca. 30 pct. af reservedelene er unikke for DSB-motorerne og derfor nødvendige for renoveringsopgaven, samt at Deutz AG har sendt en liste med reservedele, som Deutz AG har blokeret i sit bestillingssystem:

If Deutz will not supply Equipco will 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 [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits.

"DEUTZ blocked parts acc. to [NAVN] [Deutz' Head of Sales and Key Accounts]" [Egen tilføjelse]

"[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE UDELADT]"

- 24 Deutz AG har således lukket for al bestilling af unikke reservedele til DSB-opgaven.
- 25 Deutz AGs intention er, at leveringsnægtelsen skal eliminere konkurrencen fra Fleco ApS og konsortiet. En e-mail fra Deutz AG til Diesel Motor Nordic A/S opsummerer virkningerne:

FAZIT: Fleco ist nicht in der Lage im großen Stil Teile für Grundüberholungen zu liefern. Das können wir im Moment ausschliessen.[...]

[FACIT: Fleco er ikke i stand til i stort omfang at kunne levere dele til almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t.]²

- 26 Deutz AG konkluderer i e-mailen, at det kan udelukkes, at Fleco ApS er i stand til i større omfang at levere reservedele til renovering af DSB-motorerne. E-mailen får Diesel Motor Nordic A/S til at vurdere, at DSB vil vende tilbage til Diesel Motor Nordic A/S:

² Oversat af autoriseret translatør.

"[...] 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..[...]"

- 27 Bevæggrundene for aftalen mellem Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S om, at Deutz skal hindre sine forhandlere og særligt den nederlandske Deutz forhandler, Equipco B.V., i at levere til Fleco ApS, og Deutz AGs implementering af leveringsnægtelsen, fremstår forholdsvis klare. Det fremgår fx af en intern e-mail under overskriften "DSB-Ausscheidung"(DSB-udbud), fundet hos Deutz AG:

*"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."
[Egen tilføjelse]*

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

*[NAVN] [Senior Vice President i Deutz] har besluttet:
Luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN."
[Egen tilføjelse]]³*

- 28 Det fremgår, at Deutz AG har besluttet at lukke for levering til Fleco ApS, at konsortiet, herunder, Fleco ApS, skal ud af forretningen med DSB, og at handlen skal dirigeres til Diesel Motor Nordic A/S. Diesel Motor Nordic A/S skriver følgende herom i en e-mail:

*"If Deutz will not supply Equipco will these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway. [...] 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 the*

³ Oversat af autoriseret translatør.

Deutz parts supply. In a few weeks they need to become aware of that they will not be able to source the part elsewhere and then we should be there with a friendly face and pick up the business with reasonable margin."

- 29 Det fremgår, at forventningen er, at Deutz AGs leveringsnægtelse og aftalen mellem Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandlernetværk, fører til, at DSB vender tilbage for at købe Deutz-reservedelene hos Diesel Motor Nordic A/S med en rimelig fortjeneste.
- 30 Det kan efterfølgende konstateres, at Deutz AGs leveringsnægtelse og aftalen om hindring af parallelhandel gennem forhandlernetværket virkede. Således forsøgte Fleco ApS at bestille reservedelene hos flere forskellige forhandlere og producenter. Kun i få tilfælde lykkedes det Fleco ApS at få leveret reservedele. Dette skete ved at bestille få reservedele ad gangen samt ved at leverandørerne løj om, hvor delene skulle anvendes. Leverandørerne måtte dog til sidst opgive at levere, fordi reservedelene var spærret af Deutz AG. DSB endte med at bestille dele af reservedelene direkte gennem Diesel Motor Nordic A/S.
- 31 For DSB har leveringsnægtelsen og aftalen om hindring af parallelimport og passivt salg umiddelbart følgende konsekvenser: 1) Den samlede reoveringsopgave blev forsinket, fordi reservedelene ikke blev leveret til tiden. Endvidere blev 2) den samlede reoveringsopgave dyrere, fordi DSB måtte bestille visse reservedele hos Diesel Motor Nordic A/S til en højere pris, end DSB havde aftalt med Fleco ApS, og fordi DSB i nogle tilfælde måtte bestille reservedele til andre motorer og selv modificere dem således, at de kunne benyttes i DSBs motorer. Endelig oplyser DSB, at virksomheden i reoveringsperioden havde en del motorer, der havarede som følge af, at de ikke blev repareret til tiden.

Eksempel på en konkret leveringsnægtelse af reservedele

Som en del af reoveringsopgaven skal konsortiedeltageren [VIRKSOMHED A] blandt andet levere nogle lejer, der produceres af virksomheden [VIRKSOMHED B].

[VIRKSOMHED A] forsøgte i oktober 2010 at få disse lejer leveret via [VIRKSOMHED B], der imidlertid oplyste, at de på grund af aftaler mellem dem og Deutz AG (Deutz) ikke kunne levere komponenterne uden godkendelse fra Deutz. [VIRKSOMHED B] henviste derfor bestillingen til en medarbejder i Deutz.

[VIRKSOMHED A] aftalte herefter med Deutz, at lejerne kunne leveres fra Deutz' lager i Köln mod, at ordren blev placeret hos Diesel Motor Nordic A/S (DMN).

Umiddelbart efter placering af ordren modtog [VIRKSOMHED A] en bekræftelse fra DMN på, at varerne var ankommet til DMN i Danmark, samt at de ville blive leveret den efterfølgende dag. Herefter blev det først oplyst, at kun overstørrelsen var ankommet og senere, at der var transportproblemer og endnu senere, at delene var sendt retur til Deutz, da de skulle gennemgå et sikkerhedseftersyn. Det blev oplyst, at der kunne gå måneder, inden de kom retur.

[VIRKSOMHED A] undrede sig over, at de lejer, som de var blevet lovet, nu alligevel ikke kunne leveres. De kontaktede derfor deres faste kontakt i [VIRKSOMHED B], der ikke kunne bekræfte DMNs historie om, at lejerne skulle sikkerhedsgodkendes, inden de kunne leveres.

En e-mail mellem Deutz og DMN, og interne e-mails fra DMN viser, at historien er usand, samt at det, der i virkeligheden skete var, at DMN havde gemt lejerne væk på et lager for at forhindre, at de havner hos DSB:

“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.”

[VIRKSOMHED A] kontaktede herefter Deutz i Tyskland og producenten [VIRKSOMHED B] igen, hvor de får at vide, at [VIRKSOMHED B] ikke har lov til at sende Deutz reservedele direkte til forhandlere. [VIRKSOMHED B] oplyste, at [VIRKSOMHED A] vil blive ringet op af Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts, [NAVN]:

“[...] [NAVN] from DEUTZ told me on phone again that we [VIRKSOMHED B] 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.”

Deutz spurgte herefter [VIRKSOMHED A] om, hvad de skulle bruge lejerne til. Dette blev refereret videre til DMN, hvorefter Deutz modtog en redegørelse af, hvad der foregik hos DMN. Det fremgår heraf, at DMN havde givet et tilbud til [VIRKSOMHED A] og derefter sagt, at der var leveringsproblemer, og at de officielt havde sagt, at komponenterne var sendt retur til Köln for at blive tjekket.

[VIRKSOMHED A] oplyser, at de via deres kontakt hos [VIRKSOMHED B] blev bekendt med, at der lå et stort antal af de lejer, som de havde forsøgt at bestille gennem Deutz og DMN, på [VIRKSOMHED B]s lager, klar til distribution til Deutz.

DMN har oplyst, at lejerne kun blev gemt på loftet i en kortere periode, at DMN først havde den samlede mængde af reservedele til ordren den 22. oktober 2010, og at DMN leverede på et tidspunkt herefter, formentlig den 2. november og den 28. december 2010. [VIRKSOMHED A] indgik ligesom Fleco ApS aftale med DSB medio juli 2010.

Markedsafgrænsning og dominans

- 32 De markeder, der har betydning for denne sag, omhandler flere produkter og ydelser. Det overordnede produkt er dieselmotorer. I tilknytning hertil omhandler sagen reservedele til samt servicering af dieselmotorer. Disse ydelser kan samlet betegnes som "efter markedet".
- 33 "Efter markedet" består af en lang række delydelser, der alle knytter sig til servicering af dieselmotorer: Udbud af reservedele (generiske og tilpassede), levering af reservedele (generiske og tilpassede), udførelse af reparationsarbejde på motoren, samt logistik omkring indkøb af reservedele og udførelse af renovering.
- 34 Der kan i denne sag afgrænses to relevante markeder. Det drejer sig *for det første* om det forudgående marked for udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz AG⁴. Det drejer sig *for det andet* om det beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015 motoren.

Figur 1: Overblik over markederne



- 35 Det geografiske marked i denne sag kan for begge produktmarkeder afgrænses til EEA-området. Markederne kan muligvis afgrænses enten mere snævert eller bredere, men vurderingen heraf lades stå åbent. Dette skyldes, at der – uanset hvor bredt eller snævert de geografiske markeder afgrænses – ikke findes aktører, der vil være i stand til at producere de nødvendige reservedele og derfor ikke vil være i stand til at udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz AG.

⁴ 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.

- 36 Det følger af ovenstående markedsafgræsning, at Deutz AG er den eneste udbyder på det relevante forudgående marked. Deutz AGs markedsandel på det relevante forudgående marked kan derfor opgøres til 100 pct. Deutz AG skal derfor anses for meget dominerende på det relevante forudgående marked.

Vurdering af adfærden

- 37 Deutz AGs forbud mod at levere til Fleco ApS skete dels som et led i en aftale med Diesel Motor Nordic A/S, og dels som et led i en overordnet strategi internt i Deutz AG.
- 38 Deutz AGs nægtelse af at levere gennem sit forhandlernetværk 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 AG på forskellig vis har forsøgt ensidigt at bestemme over og påvirke en større kundes indkøb. Deutz AG har blandt andet forsøgt at få DSB til at købe en exchange-løsning, som er en mere omfattende reovering end den DSB planlagde, samt at købe et mere omfattende reservedelskit gennem Diesel Motor Nordic A/S.
- 39 Den konkrete sag indeholder derfor både elementer, som er udtryk for en aftale mellem Deutz AG og deres forhandler i Danmark, Diesel Motor Nordic A/S, og elementer, som er af ensidig karakter, der beror på forhold internt i Deutz AG.

Misbrug af dominerende stilling

- 40 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.
- 41 Det vurderes tillige, at Deutz AG har overtrådt TEUF artikel 102 samt konkurrencelovens § 11 ved gennem sit forhandlernetværk at gennemføre en ulovlig leveringsnægtelse over for den eksisterende samhandelspartner Fleco ApS, og dermed forhindret DSB i at få repareret deres togmotorer på den billigst mulige måde. Det følger af praksis, at leveringsnægtelse overfor en eksisterende samhandelspartner kan udgøre et misbrug af dominerende stilling. Praksis om leveringnægtelse til eksisterende samhandelspartnere er relevant, fordi Fleco ApS har i perioden 2003-2010 haft en betydelig samhandel med Deutz AGs officielle leveringskanaler forud for leveringsnægtelsen.

42 Vurderingen af de juridiske betingelser for en ulovlig leveringsnægtelse er i denne sag foretaget i overensstemmelse med praksis om leveringsnægtelse. Det følger heraf, at der er fire kumulative betingelser, der skal være opfyldt, før Deutz AG kan pålægges at levere gennem sit forhandlernetværk. Det bemærkes dog, at der gælder lempeligere krav for at kunne gribe ind, når leveringsnægtelsen angår afbrydelse af leverancer (eksisterende samhandelsforhold).

(i) Deutz AGs leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk vedrører adgangen til unikke reservedele, som er *nødvendige* for at kunne agere på det relevante beslægtede marked for reparation af vedligehold af TCD2015 motoren.

43 Det vurderes, at betingelse (i) er opfyldt i denne sag. Der er i den forbindelse blandt andet lagt vægt på, at det konkret ikke er muligt for Fleco ApS at fremskaffe alle de reservedele, som de skulle levere til DSB, at Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S selv undersøger og vurderer, at reservedelene er nødvendige, og at det ikke er muligt at kopiere og afsætte kopier af disse unikke reservedele.

(ii) Deutz AGs leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk er egnet til at skabe en fare eller sandsynlighed for en udelukkelse af *enhver effektiv konkurrence* på det relevante beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015 motoren.

44 Det vurderes, at betingelse (ii) er opfyldt i denne sag. Der er i den forbindelse blandt andet lagt vægt på, at konsortiet er i stand til at påføre et effektivt konkurrencepres, at leveringsnægtelsen tillige udelukker den effektive konkurrence fra alle andre relevante aktører, at Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S forventer, at dele af renoveringsopgaven overgår til dem selv, og at det eksisterende samhandelsforhold er en skærpende omstændighed og skaber en formodning for en udelukkelsesstrategi, som bekræftes af sagens oplysninger.

(iii) Der kan i denne sag afgrænses *to separate, men beslægtede relevante markeder*. Der kan således afgrænses et relevant forudgående marked for unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz AG; og der kan afgrænses et relevant beslægtet marked for reparation og vedligehold af TCD2015.

45 Det vurderes, at betingelse (iii) er opfyldt i denne sag. Der lægges vægt på, at eftersalgsmarkedet kan adskilles i et forudgående marked for udbud af unikke reservedele samt et beslægtet marked for reparation og vedligehold, at der ikke er efterspørgselssubstitution mellem udbud af reservedele og reparation og vedligehold, og at der findes aktører, der alene er aktive på markedet for reparation og vedligehold.

(iv) Deutz AGs leveringsnægtelse gennem sit forhandlernetværk er ikke begrundet i objektive omstændigheder.

- 46 Deutz AG har bevisbyrden for, at leveringsnægtelsen er begrundet objektivt. Deutz AG 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 AG ikke var i stand til at levere til egne forhandlere inden for rimelige tidsfrister.
- 47 Det vurderes endelig, at betingelse (iv) er opfyldt, da det vurderes, at Deutz AGs leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke kan begrundes i de objektive omstændigheder, der anføres. Der lægges i den forbindelse blandt andet vægt på, at sagsmaterialet viser, at Deutz AG under forhandlingerne med DSB selv så sig i stand til at levere et mere omfattende reservedelskit til Diesel Motor Nordic A/S, og at Deutz AG også indledningsvist så sig i stand til at levere til Equipco B.V., hvorfor Deutz må have haft de nødvendige reservedele til dette. Dertil lægges der vægt på, at Deutz AG ikke har dokumenteret, at virksomheden, som anført ikke kunne levere til egne forhandlere i perioden. 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. På den baggrund vurderes det, at Deutz AG ikke har løftet bevisbyrden for, at leveringsnægtelsen kan begrundes i objektive omstændigheder.
- 48 Samlet set vurderes, at betingelserne for, at Deutz AG har overtrådt konkurrencereglerne om misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102, er opfyldt.

Aftale mellem Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S om, at Deutz AG skal hindre parallelhandel med reservedele

- 49 Vurderingen af, om Deutz AGs og Diesel Motor Nordic A/S' aftale udgør en overtrædelse af konkurrencereglerne, er i denne sag foretaget i overensstemmelse de fire kumulative betingelser i TEUFs artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1. Der skal således være tale om 1) erhvervsvirksomheder, der 2) indgår en aftale, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller udøver samordnet praksis, som 3) har til formål eller som følge at begrænse konkurrencen 4) mærkbart.
- 50 Det vurderes, at de fire kumulative betingelser i TEUFs artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, er opfyldt.
- 51 Materiale fra kontrolundersøgelsen viser, at virksomhederne Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S aftaler, at Deutz AG skal hindre parallelimport og passivt salg

af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder særligt fra den nederlandske Deutz-forhandler Equipco B.V., og ind i Diesel Motor Nordic A/S' område, til Fleco ApS i Danmark, til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer. Det omhandlede materiale viser, at parterne på et møde i Köln den 20. juli 2010 aftalte, at Deutz AG skulle hindre parallelimporten fra forhandleren i Nederlandene Equipco B.V. til Fleco ApS i Danmark. Det fremgår endvidere af materialet, at parterne drøftede spørgsmålet om parallelimport fra Deutz AGs forhandlernetværk og fremgangsmåden til at få den standset.

- 52 Ifølge oplysninger fra Fleco ApS og Equipco B.V., var det Fleco ApS, som kontaktede Equipco B.V. 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 parallelimport og passivt salg, hvorfor Deutz AGs adfærd ikke kan ansues som en lovlig håndhævelse af en eksklusiv distributionsaftale.
- 53 Aftalen om, at Deutz AG skal hindre parallelimport fra Deutz AGs forhandlernetværk, herunder særligt fra Equipco B.V. i Nederlandene, til Fleco ApS i Danmark har til formål at begrænse konkurrencen. Aftalen opfylder endvidere betingelserne for mærkbarhed i konkurrencen, blandt andet fordi der er tale om en aftale, der har til formål at opdele markedet og styre prisdannelsen. Der er således tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, hvormed aftalen indebærer en overtrædelse af TEUFs artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, stk. 2, nr. 1.
- 54 Samlet set har Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S handlet i strid med TEUFs artikel 101 og konkurrencelovens § 6 ved at have indgået aftale om, at Deutz AG skal hindre parallelhandel af reservedele fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco B.V., til brug for reovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer.

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 renovering 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 renovering 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 renovering 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 renovering 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 renovering 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 underleverandør 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 reoveringen 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 reoveringsopgave 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 Deutz-motorer hos kunder i Danmark og i udlandet. Flecós 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.⁵ 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

- 71 Deutz er en tysk virksomhed med hovedsæde i Köln i Tyskland. Virksomheden er mere end 140 år gammel og var ved sin start i 1864 verdens første motorfabrik. Deutz producerer primært motorer med en effekt fra 15 til 560 kW⁶, der anvendes inden for en lang række industrier, herunder landbruget, det maritime erhverv, bilindustrien og togindustrien. Motorerne i DSBs IC3-tog er leveret af Deutz. I henhold til Deutz' årsrapport fra 2009 havde virksomheden i 2009 en omsætning på ca. 863 millioner EUR. Deutz har ca. 4000 ansatte og udøver sine aktiviteter i mere end 130 lande.

⁵ Bilag 1. Oversigt over Flecós samhandel og køb af Deutz reservedele fra 2003-2010.

⁶ Tallet nævnt i punkt 7 er fra Deutz' årsrapport fra 2009. På Deutz' hovedhjemmeside angives motorer i et spænd fra 4 til 4000 kW og på DMNs hjemmeside er spændet angivet til 4 til 4140 kW.

- 72 Deutz har et verdensomspændende forhandlernetværk med ca. 250 forhandlere og servicepartnere. Deutz' forhandlernetværk er bygget op om egne kontorer, datterselskaber og autoriserede forhandlere og servicepartnere.
- 73 Deutz varetager endvidere reparation og vedligehold af Deutz-motorer. Deutz har blandt andet en fabrik i Ulm samt et servicecenter i Übersee i Sydtykland, hvor de reparerer og vedligeholder motorer.
- 74 Behandlingen af den konkrete sag er foregået på dansk, selvom Deutz er en tysk virksomhed. Deutz har under hele forløbet været repræsenteret ved en dansk advokat, som indledningsvist kontaktede Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. Deutz' tyske repræsentant har dog også været involveret i sagen og møder med denne er afviklet på engelsk. Materialet til høringen over rådsnotatet er endvidere sendt i en version, hvoraf ændringer fra materiale, som tidligere er sendt til Deutz, fremgår, for at lette arbejdet ved en eventuel oversættelse af materialet.

Diesel Motor Nordic

- 75 DMN er Deutz' officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutz-motorer i Danmark og Sverige. DMN har kontorer i Aarhus i Danmark samt i Göteborg og Stockholm i Sverige. Ifølge styrelsens oplysninger har den svenske del af DMN, som er det i Sverige registrerede selskab DMN AB, imidlertid næsten fuldstændigt overtaget den danske del, som er det i Danmark registrerede selskab DMN A/S, og indgangen til Deutz fra Danmark er således via den svenske del af DMN (dvs. DMN AB).
- 76 DMN AB er ifølge officielle registre i Sverige søsterselskab til DMN A/S via et svensk holdingselskab, Vevaxeln Nordic AB, der er registreret som moderselskab for både DMN AB og DMN A/S.
- 77 DMN varetager såvel salg af nye Deutz-motorer som reservedele og servicearbejde.
- 78 DMN er en videreførelse af Deutz Danmark. Tidligere var Deutz repræsenteret i Danmark ved et datterselskab, Deutz Danmark. Ved et spin off blev selskabet selvstændigt og var således ejet af den tidligere ledelse i Deutz' nordiske datterselskab frem til september 2010. På dette tidspunkt blev virksomheden solgt til de nuværende uafhængige ejere af DMN.

Equipco

- 79 Equipco er Deutz' officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutz-motorer 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.

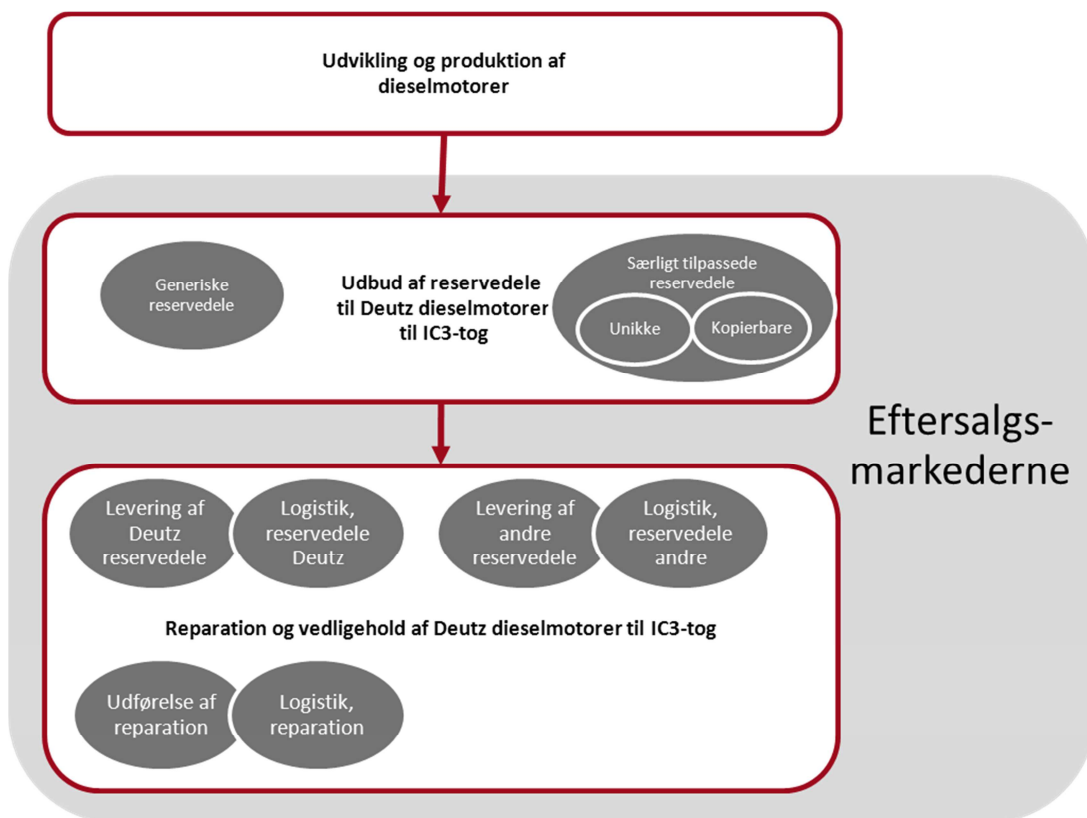
Øvrige deltagere i konsortiet

- 83 De øvrige virksomheder, der skulle levere reservedele til renoveringen 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 ydelser kan samlet betegnes som "efter markedet". Markederne kan følgelig 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 eftersalgsmarkederne, samt de delydelser, der knytter sig til servicering af TCD2015 motoren. Endelig beskrives i afsnit 3.3.3 de handelsmønstre, der gælder på markederne.

3.3.1 Udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug

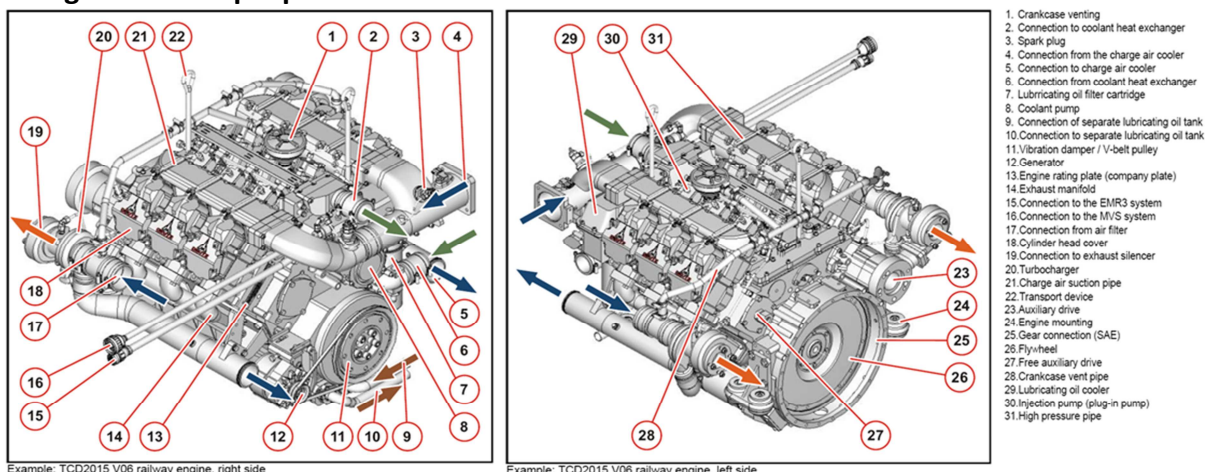
86 Markedet for udvikling og produktion af dieselmotorer til industrielt brug består af en række aktører, på verdensplan omkring 20, der alle udvikler og producerer dieselmotorer. Af store aktører kan – foruden tyske Deutz – ligeledes nævnes tyske MAN diesel og Mercedes-Benz, svenske Scania og Volvo-Penta, 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-motorenes 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, knastaksler 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 fabrikater, 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.⁷ DSB nævner blandt andet motorblokke, knastaksler, krumtappe og ventilløftere som eksempler på unikke reservedele, der skal være originale fra Deutz.⁸
- 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:

"[...] 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 [...]"⁹

⁷ Bilag 76, interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.

⁸ Bilag 4, referat af telefonsamtale med DSB den 19. april 2012.

⁹ Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

[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.¹⁰

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).¹¹

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-

¹⁰ Oversat af autoriseret translatør.

¹¹ Bilag 2, notat af 24. november 2010 fra Fleco til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, side 3.

og Forbrugerstyrelsens oplysninger¹² vil det dog – under visse omstændigheder – være 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

¹² Bilag 5, referat af telefonmøde 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.

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 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”¹³

- 109 Dette skyldes ifølge DMN primært tre forhold: (i) reservedelene er komplicerede produkter, (ii) der kræves en lang indkørringsperiode, før en

¹³ Bilag 7, DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

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.¹⁴

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."*¹⁵

- 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:

¹⁴ Bilag 6, referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

¹⁵ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012.

”Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen spørger alle forhandlere listet i excelarket med kontaktoplysninger om alle reservedele listet i excelarket med reservedele”¹⁶

- 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, inderholder 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 industri-motorer. FTZ har ikke kendskab til det marked. FTZ sælger kun en enkelt motor, som blandt andet anvendes i personbilerne af mærket Ford Focus ”¹⁷*
- 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 at 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.

¹⁶ Bilag 74, e-mail fra Deutz inklusive bilag af 13. november 2012.

¹⁷ Bilag 76, interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.

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.

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 motorerne.
- 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, metallegeringer, 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 exchange-motor 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. Logisticydelsen 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 logisticydelsen 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.¹⁸ 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

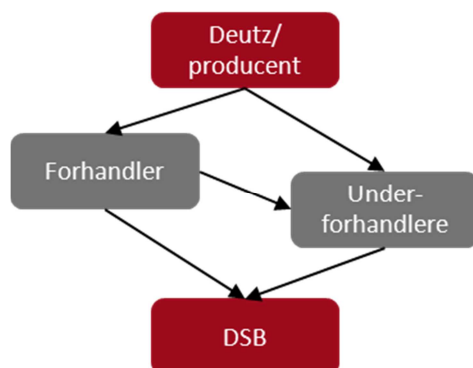
- 124 Aktørerne på eftersalgsmarkedet omfatter en række *produktionsvirksomheder*, herunder motorproducenter såsom Deutz, samt producenter af reservedele, såsom eksempelvis Bosch, Mahle, Kolben Smith og Federal Mogul. Aktørerne tæller endvidere en række *servicevirksomheder* herunder Deutz' forhandlernetværk, 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.

¹⁸ Bilag 3, referat fra møde med DSB den 11. november 2011, samt bilag 77, referat fra møde med DSB den 31. oktober 2012.

Figur 5: Handelsmønstre



- 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 Mongul, 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 detaillkendskab 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 forhandlere, 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

Deutz¹⁹, 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.

¹⁹ 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.

- 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 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.²⁰ 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]

²⁰ 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.

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

[Uddrag fra distributionsaftale]

- 151 [INFORMATION OM DISTRIBUTIONSAFТАLE].

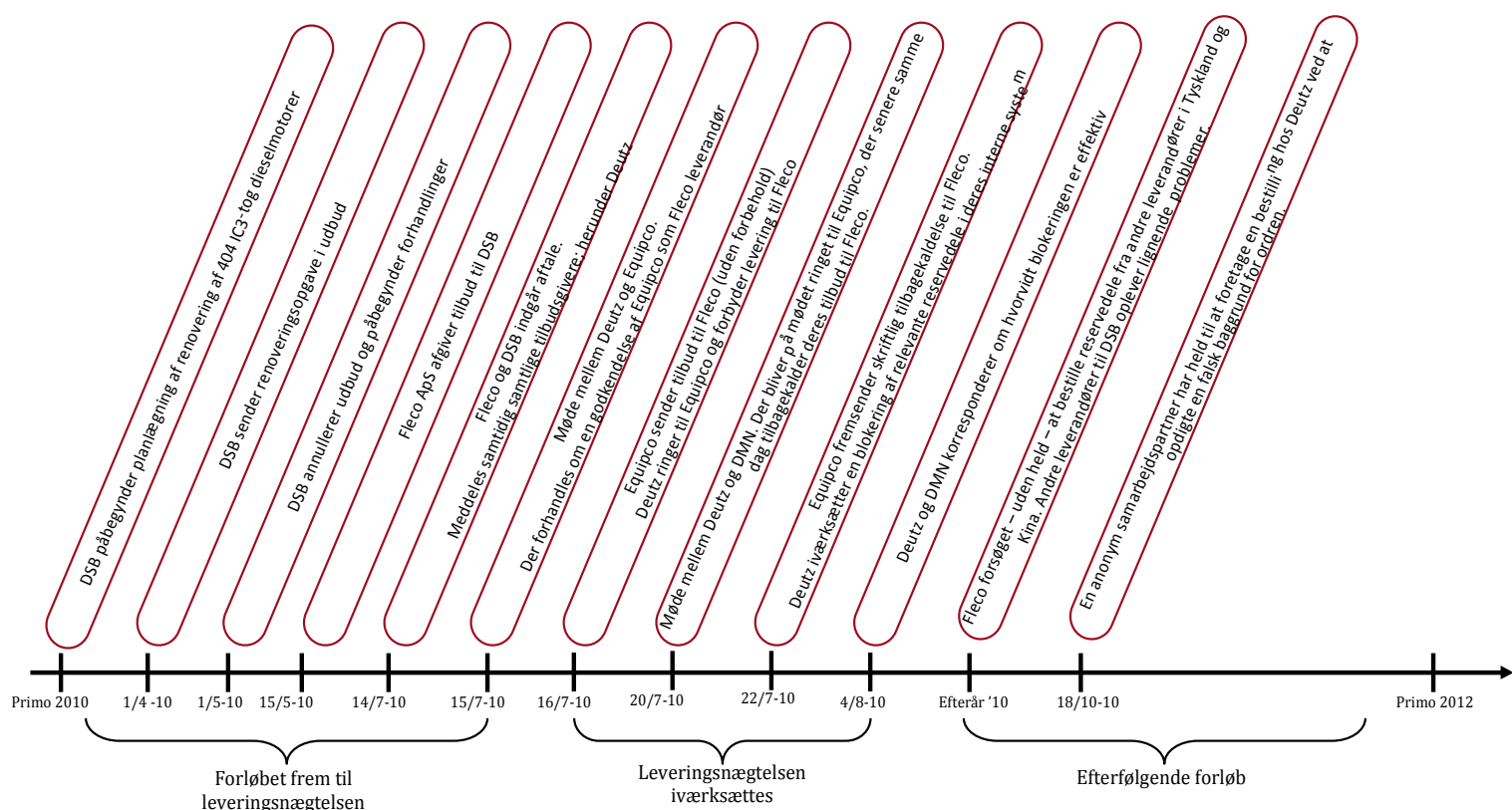
3.4.2 Distributionsaftale mellem Deutz og Equipco

- 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.
- 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 reovering af deres IC3-togs dieselmotorer.
- 157 DSB har over for styrelsen oplyst, at den normale proces, når DSB skal have reoveret 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 traktionsmodul²¹ i IC3-togene. Bombardier kunne eller ville

²¹ Et traktionsmodul er en motor og alle dertilhørende dele – kan bedst sammenlignes med "alt under motorhjelmene i en bil"

imidlertid ikke deltage i arbejdet med at fastslå hvilke komponenter, det ville være relevant at udskifte ved en reovering.

- 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 reoveres. TCD2015 motorerne skal gennemgå en reovering efter 1,2 mio. km for ikke at risikere sammenbrud. Deutz oplyser, at en TCD2015 motor kan gennemgå 3 hovedreoveringer, før den er slidt op.²² Deutz oplyser, at en TCD2015 motor kan reoveres op til 5 gange.²³
- 161 Reoveringsopgaven 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 reoveres. Motoren samles og testes, inden den monteres på IC3-togene på ny. Reoveringen sker på DSBs værksteder af DSBs mekanikere, der er ansat til reoveringsopgaven. 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 reovering. Hvis en motor serviceres og vedligeholdes jævnligt, 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.²⁴
- 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 reovering. 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

²² Bilag 12, Deutz' bemærkninger til udkast til sagsfremstilling af 13. juni 2012.

²³ Bilag 75, referat fra møde med Deutz den 23. oktober 2012.

²⁴ Bilag 4, referat af telefonsamtale med DSB den 19. april 2012.

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.²⁵
- 165 DSBs valgte derfor ikke at følge Deutz' anbefalinger ved udarbejdelsen af listen over de komponenter, der skulle bruges til reoveringen. DSB udarbejdede i stedet deres egen liste med udgangspunkt i anbefalingerne fra Deutz.
- 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 [FORRETNINGSCHEMMEDELIGHED UDELAGT].
- 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".²⁶
- 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 udførelse 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

²⁵ Bilag 3, referat fra møde med DSB den 11. november 2011.

²⁶ Ibidem.

administrere, at komponenterne bliver leveret i den rækkefølge, der er optimal i forhold til renoveringsopgaven.²⁷

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 2010.²⁸ I udbudsperioden sendte Deutz en skrivelse ud til sine handelspartere, 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.²⁹ 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.

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]³⁰

²⁷ Ibidem.

²⁸ Bilag 13, DSBs notat om udbudsprocessen af 4. november 2010, inkl. bilag.

²⁹ 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.

³⁰ Bilag 14, Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DSB-tender af 27. april 2010.

[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 naturligtvis 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]]³¹

- 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.³² 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].³³

³¹ Oversat af autoriseret translatør.

³² 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.

³³ Bilag 22, e-mail internt i Equipco af 28. april 2010.

- 173 Deutz bekræfter, at virksomheden forhandlede med DSB. I løbet af udbudsprocessen fremsendte Deutz et tilbud til DSB på 404 exchange-motorer til en pris på [XX] millioner EUR, svarende til ca. [XX] DKR. Deutz oplyser endvidere, at virksomheden endte med *ikke* at fremsende buddeet 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' opfattelse ikke var i overensstemmelse med markedsvilkår. Dette gjaldt for såvel levering samt garanti.³⁴
- 174 Ifølge oplysninger modtaget fra DSB indkom der to tilbud på opgaven; et fra [VIRKSOMHED] på reovering inklusiv levering af reservedele og et fra DSBs eget komponentværksted på reovering eksklusiv levering af reservedele. Der kom ingen tilbud på levering af komponenter alene. DSBs komponentværksted kunne derfor ikke udføre reoveringsopgaven. 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.³⁵
- 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:

³⁴ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 21. september 2012.

³⁵ Bilag 72, DMN bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 7. september 2012.

- (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 kit-listen til Fleco. På 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 [...]"³⁶

- 182 Flecós 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 Flecós 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 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."³⁷ [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,

³⁶ Bilag 23, e-mails mellem Equipco og Fleco bl.a. af 12. juli 2010.

³⁷ Equipcos forklaring til NMa, bekræftet oversættelse fra Nederlandsk, s. 5 og 6.

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.”³⁸

- 183 Flecós 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) [...]”*³⁹

- 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 [...]”*⁴⁰

- 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: [...]”*⁴¹

- 186 Equipco har tidligere været Flecós faste leverandør af Deutz reservedele. Deres faste forbindelse stoppede dog ultimo 2008 efter en klage fra DMN til Deutz.⁴² 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:

³⁸ Ibidem, side 9.

³⁹ Bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

⁴⁰ Bilag 23, e-mail fra Equipco til Fleco af 12. juni 2010

⁴¹ Ibidem.

⁴² Bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

“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.”⁴³

187 Equipcos endelige tilbud til Fleco blev afgivet den 16. juli 2010 og var uden forbehold.⁴⁴

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”⁴⁵

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 DMN⁴⁶, 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

⁴³ Bilag 25, e-mail fra Equipco til Fleco af 13. juli 2010.

⁴⁴ Bilag 26, tilbud fra Equipco til Fleco inkl. e-mail streng.

⁴⁵ Bilag 27, e-mail af 16. juli 2010 fra Equipco til Fleco og ark over Deutz’ lagerbeholdning.

⁴⁶ Bilag 28, invitation til individuelt forhandlingsmøde.

	[...]
Visit conducted together with	[NAVN] <i>[Head of Service Sales and Key Accounts]</i>
Targets Deutz	[...] c) <i>pushing the Xchange idea by explaining advantages of Xchange engines</i>
Ziele / Fragen des Verhandlungspartners	[...] c) <i>risk transfer to DMN/DEUTZ (longer warranty, faster delivery times, etc.)</i> [...] ⁴⁷

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-løsningen i gennem. Dette ville indebære, at DSBs motorer ville blive repareret på Deutz' service center i Übersee i Sydtykland. Subsidiært pressede Deutz på for at få DMN til at lade så mange reservedele som muligt indgå i reparationsopgaven.⁴⁸

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 KFST [Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen] i torsdags aldrig afgivet til DSB, da DMN uden varsel ved brev af 27. april fra Deutz i

⁴⁷ Bilag 29, plan for møde med DSB den 25. maj 2010.

⁴⁸ Bilag 6, referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

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 modtaget⁴⁹

- 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 [...]"⁵⁰

- 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. [...]"⁵¹

- 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 reoveringen 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.⁵²
- 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 Flecøs kit-liste, hvorefter der kunne laves et tillæg til den oprindelige kontrakt. Flecøs ordre til DSB, som løb frem til medio 2012,

⁴⁹ Bilag 7, DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

⁵⁰ Bilag 30, e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.

⁵¹ Bilag 30, e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.

⁵² Bilag 31, powerpoint, DSB status 09.08.2010.

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.⁵³

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.⁵⁴

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.

⁵³ Bilag 32, e-mail fra Fleco af 1. juni 2012.

⁵⁴ Bilag 33, tidslinje og bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

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 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 conformation (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, 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% [...]*⁵⁵ (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 then out, try to push the Business to DMN.*⁵⁶ [Egen tilføjelse og fremhævelse]

[Et konsortium bestående af Bosch-forhandleren, Mahle-forhandlere, 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 push the Business to DMN [luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN]*⁵⁷

206 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

⁵⁵ Bilag 34, e-mail af 26. juli 2010 fra DMN til Deutz.

⁵⁶ Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

⁵⁷ Oversat af autoriseret translatør.

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 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?"⁵⁸

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

⁵⁸ Bilag 36, e-mail af 16. juli 2010, Deutz.

*Fleco to inform him that we redraw our quotations.*⁵⁹[Egen tilføjelse]

- 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 japadize⁶⁰ 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!! :-)"⁶¹ [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."*⁶²

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.⁶³ Planen kunne kun gennemføres, hvis andre mulige leverandører ikke kunne sælge de pågældende komponenter til DSB. Deutz udarbejdede derfor en liste over

⁵⁹ Bilag 37, e-mail af 20. juli 2010, Equipco.

⁶⁰ 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".

⁶¹ Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

⁶² Bilag 39, e-mail af 7. oktober 2010, Fleco til DMN.

⁶³ Bilag 33, tidslinje og bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

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 these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway. The purchsed 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 source the part else ware and then we should be there with a friendly face and pick up the business with reasonable margins."*⁶⁴

- 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.⁶⁵

- 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

⁶⁴ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

⁶⁵ Bilag 41, e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt, og bilag 42, e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt.

reservedele, herunder motorblokke (crankcase), knastaksler (camshaft) og krumtappe (crankshaft):

”[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE UDELADT]”⁶⁶

- 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 2011.⁶⁷
- 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.⁶⁸ Det fremgår 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.

⁶⁶ Bilag 43, e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.

⁶⁷ Bilag 71, Deutz’ bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012. Listen med monitorerede reservedele er vedlagt som bilag 1 til Deutz’ bemærkninger.

⁶⁸ Bilag 74, Market Test Data, fremsendt af Deutz den 13. november 2012.

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.[...] "*⁶⁹

[[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.]*⁷⁰

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 !!

⁶⁹ Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

⁷⁰ Oversat af autoriseret translatør.

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. :-)"⁷¹

[Hej [NAVN]

Alt går, som det skal... ingen oplysninger !! Ingen ikke-originaler !!

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. :-)"⁷²

- 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 ahuge problem now.. [...]

Lets keep the price.. and see how the situation develops..[...]"⁷³

- 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"⁷⁴

⁷¹ Bilag 45, e-mail af 4. august 2010, DMN til Deutz.

⁷² Oversat af autoriseret translatør.

⁷³ Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

⁷⁴ Bilag 47, e-mail af 4. august 2010, DMN internt.

- 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 reight 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*

[...]

- *Exchange center Übersee is informed and blocks requests"⁷⁵*

- 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' sevicecenter 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,

⁷⁵ Bilag 31, Powerpoint, DSB status 9. august 2010.

hvad baggrunden for bestillingen er.⁷⁶ [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)."*⁷⁷

- 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 costumer-care and is a action that charaterize 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. [...]"*⁷⁸

⁷⁶ 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.

⁷⁷ Bilag 50, e-mail af 15. oktober 2010, Equipco.

⁷⁸ Bilag 51, e-mail af 5. januar 2010, DSB.

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.”⁷⁹*

- 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.⁸⁰ [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.[...]”⁸¹*

⁷⁹ Bilag 52, e-mail af 25. august 2010, Fleco.

⁸⁰ Bilag 53, e-mail af 6. september 2010, Fleco.

⁸¹ Bilag 54, e-mail af 20. september 2010, Fleco.

[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]⁸²

- 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],

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?"⁸³

[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?"⁸⁴

- 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?"

⁸² Oversat af autoriseret translatør.

⁸³ Bilag 55, e-mail af 14. januar 2011, Deutz.

⁸⁴ Oversat af autoriseret translatør.

[Kære [NAVN]]

Da [NAVN] i øjeblikket ikke er i huset, kan De da hjælpe os videre og give en frigivelse for ordre nr. [...]?⁸⁵

237 Det fremgår heraf, at bestillingsafdelingen forsøger at få frigivet blokerede reservedele til brug for ordre.⁸⁶

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 [...]."*⁸⁷

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.:

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

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

*Pls. confirm[...]"*⁸⁸

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:

⁸⁵ Oversat af autoriseret translatør.

⁸⁶ Bilag 56, e-mail af 7. februar 2011, Deutz.

⁸⁷ Bilag 58, e-mail af 22. oktober 2010, Fleco.

⁸⁸ 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.

"[...] Yes, I have confirmed with [NAVN]. And he has contacted with the Deutz. Now the Deutz donnot want to sell because they are afraid we will sell them to other countries. [...]"⁸⁹

- 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.⁹⁰ DMN har oplyst og dokumenteret, at DMN tilbød Fleco at levere denne ordre med en leveringstid på 3 måneder.⁹¹ 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 får 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

⁸⁹ Bilag 60, e-mail af 10. december 2010, Fleco.

⁹⁰ 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.

⁹¹ Bilag 72, hørings svar fra DMN.

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).⁹²

- 245 Det fremgår heraf, at håndteringen af Flecós 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.⁹³
- 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.⁹⁴

⁹² Bilag 80, e-mail af 11. oktober 2010, DMN internt.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Bilag 63, e-mail af 13. december 2010, Fleco.

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

Vi kan desværre ikke hjælpe.]⁹⁵

- 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.
- 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. [...]"⁹⁶

- 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

⁹⁵ Oversat af autoriseret translatør.

⁹⁶ Bilag 64, e-mail af 15. oktober 2010, DSB.

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 et 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. [...]"⁹⁷

- 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 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.

⁹⁷ Ibidem.

*We need to do this to save our business with DSB.*⁹⁸ [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. [...]"*⁹⁹

- 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:¹⁰⁰

"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.*¹⁰¹

[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.

⁹⁸ Bilag 65, e-mail af 14. oktober 2010, DMN internt.

⁹⁹ Bilag 66, e-mail streng bl.a. af 10. november 2010.

¹⁰⁰ Bilag 67, e-mail af 20. oktober 2010, DMN til Deutz.

¹⁰¹ Ibidem.

Skriv bare venligt til dem endnu en gang, at de skal henvende sig til os. Tak.]¹⁰²

- 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. [...]"¹⁰³

- 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 2010.¹⁰⁴

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.

¹⁰² Oversat af autoriseret translatør.

¹⁰³ Bilag 64, e-mail af 15. oktober 2010, DSB.

¹⁰⁴ Bilag 72, høringsvar fra DMN.

juni 2011.¹⁰⁵ 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"*

Deutz' forklaring

264 Deutz' har anført, at virksomheden ikke har *nægtet* at levere reservedele, men at levering ikke var *mulig* for Deutz, idet reservedelsmarkedet på tidspunktet for den påståede leveringsnægtelse var kendetegnet ved, at efterspørgslen oversteg udbuddet. Denne situation på reservedelsmarkedet betød, at det ikke var muligt at levere de nødvendige reservedele til DSB indenfor den tidsramme, som DSB ønskede det.¹⁰⁶

265 Deutz anfører endvidere, at det, at virksomheden oprindeligt havde fremlagt et bud på 404 exchange-motorer, ikke er ensbetydende med, at virksomheden kunne levere de nødvendige reservedele til DSB eller konsortiet. Deutz anfører i den sammenhæng, at virksomheden ikke havde 404 motorer klar, men at virksomheden forventede at kunne levere 30 motorer pr. måned ved *"meticulous timing and careful handling of the purchasing and the lead times for the requisite spare parts from its suppliers."*¹⁰⁷

266 Deutz regnede således med, at virksomheden, ved at foretage en omhyggelig planlægning og håndtering af indkøb gennem deres leverandører, ville være i stand til at skaffe de reservedele, der var

¹⁰⁶ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012.

¹⁰⁷ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012.

nødvendige for at levere 404 exchange-motorer i løbet af godt 13 måneder.

- 267 DSB har i deres udbudsmateriale anført, at renoveringsarbejdet skulle finde sted i perioden mellem 1. august 2010 og 1. oktober 2012, altså en periode på 26 måneder.¹⁰⁸

DMNs forklaring

- 268 DMN har - i lighed med Deutz ovenfor – anført, at reservedelsmarkedet på tidspunktet for den påståede leveringsnægtelse var præget af massive og helt generelle problemer med levering af reservedele, jf. DMNs hørings svar til klagepunktsmeddelelsen¹⁰⁹ og hørings svar til udkast til afgørelse¹¹⁰, hvori DMN henviser til mødereferat fra møde mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og DMN den 24. maj 2012. Det fremgår af mødereferatet, at DMN på mødet anførte følgende:

”[NAVN], direktør i DMN] forklarede, at der i perioden, hvor den påståede leveringsnægtelse skulle have fundet sted, var store problemer med leverings af reservedele fra Deutz og Deutz producenter. [NAVN] 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.

Dertil kommer, at det er meget vanskeligt for en ny producent, at starte en produktion af reservedele op. Dels fordi mange af reservedele er komplicerede produkter, dels fordi der kræves en lang indkøringsperiode før en ny producent vil være i stand til at få testet og produceret produkterne og dels fordi der skal en meget stor mængde reservedele til for, at det kan betale sig for en ny underleverandør at starte en produktion op. Det var således vanskeligt for Deutz at finde nye egnede underleverandører, som kunne leve op til de kvalitetskrav

¹⁰⁸ Bilag 13, punkt II.1.5).

¹⁰⁹ Bilag 72, DMNs bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 7. september 2012.

¹¹⁰ Bilag 82, DMNs bemærkninger til udkast til afgørelsen af 24. januar 2013.

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. Det skyldes også en uventet stigning i efterspørgslen på reservedele.”¹¹¹

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, senest Deutz den 14. februar 2013.¹¹²
- 270 Forud herfor, den 6. juli 2012, modtog virksomhederne en klagepunktsmeddelelse i sagen. Virksomhederne har endvidere haft udkast til sagsfremstillingen i præhøring den 11. maj 2012. Virksomhederne har alle afgivet bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen og ved præhøringen af sagsfremstillingen, og der er afholdt flere møder med alle fire virksomheder. Bemærkninger herfra har givet anledning til en række ændringer, som virksomhederne også har haft lejlighed til at komme med bemærkninger til i forbindelse med høringen over udkast til Konkurrencerådets afgørelse.
- 271 Virksomhedernes bemærkninger til udkastet til afgørelse er som udgangspunkt indarbejdet i de relevante afsnit i det endelige udkast til Konkurrencerådets afgørelse.
- 272 I de følgende afsnit redegøres for Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens vurdering af virksomhedernes indsigelser og bemærkninger til afgørelsesudkastet, særligt hvor disse indsigelser og bemærkninger *ikke* har givet anledning til at foretage væsentlige ændringer i det endelige udkast til Konkurrencerådets afgørelse.
- 273 Høringssvarene vedrører en lang række forhold af både vurderingsmæssig og faktisk karakter og er ikke gengivet i deres helhed. Høringssvarene er vedlagt som bilag 81 og 82.

3.6.1 Høringssvar fra DSB

- 274 DSB har ved høringssvar af 22. januar 2013 oplyst, at DSB overordnet ikke har bemærkninger til afgørelsesudkastet.

¹¹¹Bilag 6, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens referat fra møde den 24. maj 2012.

¹¹² Bilag 81 og frem.

275 DSB har herudover fremført konkrete bemærkninger vedrørende kontraktsummen ved aftalerne angående renoveringen af IC3-togenes Deutz-motorer. Disse bemærkninger er indarbejdet i det endelige udkast til Konkurrencerådets afgørelse.

3.6.2 Høringssvar fra Fleco

276 Det fremgår af Flecós høringssvar af 25. januar 2013, at Fleco har fået bemærkninger og tilføjelser af faktisk karakter. Flecós bemærkninger er så vidt muligt indarbejdet i det endelige udkast til Konkurrencerådets afgørelse.

3.6.3 Høringssvar fra Deutz

277 Deutz har fremsendt høringssvar til udkast til afgørelse den 14. februar 2013. Det fremgår af høringssvaret, at Deutz fastholder, at virksomheden ikke har gennemført en ulovlig leveringsnægtelse, samt at virksomheden ikke har indgået en ulovlig aftale med DMN. Deutz anfører, at:

- 1) Deutz ikke er dominerende
- 2) Deutz ikke har forhindret Equipco i passivt salg
- 3) Deutz ikke har haft noget incitament til at forsøge at få DSB til at vælge exchange-løsningen og DSB ikke har lidt økonomisk tab som følge af leveringsnægtelsen
- 4) Deutz ikke kunne levere

278 Deutz har endelig en række bemærkninger til konkrete punkter i afgørelsesudkastet.

279 Deutz' bemærkninger vil blive gennemgået i det følgende. Vurderingen af bemærkningerne følger umiddelbart efter hver enkelt bemærkning.

3.6.3.1 Deutz er ikke dominerende

280 Deutz anfører, at Deutz ikke indtager en dominerende stilling på et for sagen relevant marked. Dette skyldes, at ingen af de reservedele, der skal bruges til den konkrete renoveringsopgave, er unikke, og at ingen af de reservedele, der skal bruges til den konkrete renoveringsopgave, udelukkende kan erhverves via Deutz.

281 Deutz anfører i den forbindelse, at markedsafgrænsningen er en udokumenteret teoretisk tautologi. Der kan ikke afgrænses et marked for

reservedele, som kun kan erhverves gennem Deutz, uden at det konkret udpeges hvilke reservedele, der er tale om.

282 Det anføres således i Deutz' høringsvar, at:

"None of the spare parts relevant to DSB's overhaul projekt regarding its TCD2015 engines are unique"

283 Deutz mener ikke, at det kan tillægges værdi, at DMN selv vurderer, at 30 pct. af delene er unikke. Dette skyldes, at vurderingen blot er *"one individual's opinion and has no evidential relevans"*.

284 Deutz anfører endvidere, at styrelsen tillægger Fleco og DSBs udsagn alt for stor vægt i forhold til at konkludere, at der findes unikke reservedele. Deutz opfordrer styrelsen til at konsultere en ekstern teknisk ekspert.

285 *Det bemærkes hertil*, at det afgørende, hvis der skal være tale om en ulovlig leveringsnægtelse i konkurrenceretslig forstand, er, at der kan afgrænses to separate, men beslægtede produktmarkeder: Et forudgående produktmarked, hvor en virksomhed indtager en dominerende stilling, samt et efterfølgende, hvor virksomheden udnytter denne dominerende stilling til at begrænse konkurrencen.

286 Udgangspunktet for den konkrete sag er, at DSB skal have repareret deres TCD2015 motorer. Man kan kun udføre denne reparation, hvis man har adgang til en række input, herunder blandt andet reservedele. Der er således afgrænset et forudgående marked for reservedele til TCD2015 motoren og et efterfølgende marked for reparation og vedligehold af denne motor.

287 Deutz er dominerende på det forudgående marked, *hvis* der findes reservedele, som udelukkende kan erhverves via Deutz. Det vil sige, at *hvis* visse af de reservedele, der skal bruges til reparationen, ikke kan substitueres med reservedele produceret af andre producenter, end dem Deutz kontrollerer, da vil Deutz være dominerende.

288 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.

289 Det bemærkes herefter, at vurderingen af, at der findes reservedele til TCD2015 motoren, der er unikke, ikke alene er baseret på udsagn fra DSB og Fleco, samt et enkelt udsagn fra DMN, som anført af Deutz.

290 Vurderingen er i første omgang baseret på udsagn fra Fleco og DSB. Hertil kommer, at der i det materiale, der er fundet på kontrolundersøgelserne hos blandt andre Deutz og DMN, er fundet en lang række eksempler på, at Deutz og DMN selv vurderer, at en stor del af reservedelene er unikke og ikke kan erhverves hos alternative forsyningskanaler. Der henvises til afsnit 4.1.2.3.1, hvoraf det sammenfattende fremgår, at:

- Deutz og DMN vurderer, at ca. 30 pct. af reservedelene er unikke, jf. også punkt 214
- Deutz selv har ledt efter alternative forsyningskanaler og ikke har fundet nogen, jf. punkt 223
- Deutz vurderer, at der ikke findes kopiproducenter, og Fleco kan ikke levere reservedele til istandsættelse uden adgang til nye reservedele, jf. også 223
- Deutz blokkerer en lang række reservedele, jf. punkt 216 og 217
- 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:
- DMN vurderer, at såfremt Deutz ikke leverer reservedelene til Equipco, vil DMN vinde ordren på de unikke reservedele, jf. punkt 214
- 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

291 På baggrund af parternes udsagn, samt materialet fra kontrolundersøgelserne, kan det konkluderes, at der findes en lang række reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz og derfor er unikke.

292 Deutz har imidlertid i deres høringsvar gjort gældende, at der efter Deutz' opfattelse ikke findes unikke reservedele til TCD2015 motoren. Deutz anførte således i deres høringsvar af 21. september 2012, at:

"...none of the spare parts investigated by the DCCA for the TCD2015 engine are unique; all are available from a number of alternative suppliers..."

293 Deutz anmodede i høringssvaret af 21. september 2012 om, at der gennemførtes en markedstest med henblik på at fastslå, om der findes alternative forsyningskanaler for de – for sagen – relevante reservedele. Der gennemførtes en sådan markedstest i november 2012. Der henvises til punkt 112-120. Det fremgår heraf, at en række aktører, der alle er aktive på eftersalgsmarkederne for dieselmotorer til industriel brug, sammenfattende vurderer, 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.

294 Det fastholdes, på baggrund af den gennemførte markedstest, at visse af de reservedele, der skal benyttes til DSBs reparationsopgave, ikke kan erhverves andre steder end gennem leveringskanaler, som Deutz har kontrol over. Dermed fastholdes det, at visse af de reservedele, der skal benyttes til DSBs reparationsopgave, er unikke reservedele.

295 Det kan herefter overvejes, om det er tilstrækkeligt at konstatere, at der er visse af de reservedele, der skal bruges til reparationen, der er unikke, eller om det er nødvendigt at udspecificere præcist hvilke reservedele, der er unikke, jf. Deutz' bemærkninger:

"The DCCA cannot reasonably, meaningfully, or legally place an obligation on Deutz AG to document it does not hold a dominans position by defining a general market for spare parts where Deutz AG is the only compagny that can supply and, at the same time, not identifying the specific products falling within the allerged infringement."

296 Det vurderes, at det ikke er nødvendigt nærmere at definere præcist hvilke reservedele, der er unikke og hvilke, der ikke er. Det skyldes, at materialet fundet på kontrolundersøgelserne viser, at der til den konkrete reparationsopgave findes unikke reservedele, samt at Deutz er klar over hvilke det er, jf. punkt 289 ovenfor. Det skyldes endvidere, at Deutz ikke har dokumenteret, at reservedelene kan købes andetsteds. Deutz har fremsendt en liste med reservedele, som de mener kan købes andetsteds, samt eksempel på alternative leverandører. Dette er imidlertid ikke et

bevis for, at Fleco ville være i stand til at købe reservedelene hos de alternative leverandører. Gennemgangen af materialet fra kontrolundersøgelsen viser, at Deutz kan kontrollere forsyningskanalerne.

- 297 Det skal endvidere bemærkes, at markedsafgrænsningen følger såvel Kommissionens meddelelse om afgrænsning af markeder samt relevant praksis om afgrænsning af produktmarkeder i sager om leveringsnægtelse, jf. 4.1.2.3.
- 298 Deutz anfører endvidere, at alene det, at Deutz selv køber [XX] pct. af de dele, de benytter i deres motorer hos andre producenter, beviser, at der findes alternative forsyningskanaler. Deutz mener ikke, at en virksomhed kan være dominerende på et marked, hvor virksomheden ikke selv producerer produktet.
- 299 Det bemærkes hertil, at det ikke er afgørende, om reservedelene produceres af Deutz selv eller på ordre fra Deutz. Det afgørende er, at Deutz er i stand til at kontrollere forsyningskanalerne. Kan Deutz det, er Fleco og konsortiet afhængige af, at Deutz godkender levering. Virkningen af leveringsnægtelse viser, at Deutz kan kontrollere forsyningskanalen for visse reservedele.
- 300 Deutz anfører endelig, at det ikke er ulovligt at kopiere reservedelene, samt at det vil være økonomisk rentabelt at iværksætte produktion, så længe mængden af reservedele er tilstrækkelig stor. Deutz anfører i den sammenhæng, at det vil være økonomisk rentabelt at iværksætte produktion af 400 reservedele.
- 301 Det bemærkes hertil, at den gennemførte markedstest viser, at visse reservedele – under alle omstændigheder – vil være umulige at kopiere. Det er dog formentligt korrekt, at det – i hvert fald for nogle reservedeles vedkommende – vil være økonomisk rentabelt at starte en produktion af 400 reservedele op. Det bemærkes hertil, at en reovering af 404 motor ikke betyder, at der skal bruges 404 af hver reservedel, jf. punkt 164.

3.6.3.2 Deutz har ikke forhindret Equipco i passivt salg

- 302 Deutz anfører, at Deutz ikke har forhindret Equipco i passivt salg, men at Deutz alene har forhindret Equipco i aktivt salg til Fleco, som er ulovligt efter Equipcos distributørkontrakt med Deutz. Det er efter Deutz' opfattelse ikke korrekt, når Equipco og Fleco anfører, at det var Fleco, som i første omgang henvendte sig til Equipco. I hvert fald bør Deutz efterlades en skønsmargin til afgørelse af, om der er tale om aktivt eller passivt salg, og tvivlen må komme Deutz til gode.

303 *Det bemærkes hertil*, at det i udkastet til rådets afgørelse er tilstrækkeligt oplyst og dokumenteret, at det var Fleco, som i første omgang rettede henvendelse til Equipco med henblik på at købe reservdele til DSB-ordren, og at Deutz efter aftale med DMN forhindrede Equipco i passivt salg til Fleco. Materiale fra kontrolundersøgelsen samt udsagn og dokumentation fra Fleco og Equipco er lagt til grund for vurderingen. Se punkt 180 og fremefter.

3.6.3.3 Manglende incitament til at presse DSB til exchange-løsning

304 Deutz anfører, at Deutz ikke har haft noget incitament til at få DSB til at vælge exchange-løsningen. I øvrigt mener Deutz ikke, at Deutz' tilbud på exchange-løsningen var dyrere, end det DSB endte med at betale. Deutz anfører, at det er spekulation, når det anføres, at Deutz prøvede at få DSB til at vælge exchange-løsningen, for at få en højere fortjeneste. [FORRETNINGSHEMMEIGHED UDELADT]. Deutz anfører endvidere, at exchange-løsningen i øvrigt var den bedste, men også billigste løsning for DSB. Deutz havde på tidspunktet for afgivelsen af disse bemærkninger ikke adgang til oplysninger om DSBs samlede kontraktsum for reoveringen af IC3-togene, Deutz motorer eller DSBs udgifter til egen udførsel.

305 Deutz medgiver, at det er muligt, at Deutz pressede på for et mere omfattende reoveringsarbejde på motoren, end DSB ville købe. Deutz anfører dog, at virksomheden gjorde dette, fordi DSB samtidig stillede urimelige krav til moterernes ydeevne efter en reovering.

306 Deutz anfører endelig, at det er fundamentalt forkert at antage, at DMN kunne vurdere hvilke dele, der skulle bruges til reoveringsopgaven, jf. punkt 11, samt at det er fundamentalt forkert at antage, at den lange reservedelsliste var for lang og udarbejdet for at udnytte DSB. Dette skyldes, at listen blev udarbejdet sammen med DSB.

307 *Det skal hertil bemærkes*, at der ikke er noget bevis for, hvorfor Deutz pressede på for exchange-løsningen, udover DSBs udsagn. Det er dog et faktum, at Deutz gjorde det. Det er endvidere et faktum, at Deutz ville tjene mere på exchange-løsningen end på de andre løsninger. Det bemærkes endvidere, at DMN over for styrelsen har oplyst, at DMN fik forbud fra Deutz mod at byde på andet end exchange-løsningen.

308 Det er derimod ikke korrekt, når Deutz anfører, at exchange-løsningen var den billigste løsning. DSB har dokumenteret, at konsortium-løsningen var ca. [XX] pct. lavere end prisen på den løsning, Deutz tilbød. Værdien af konsortium-løsningen er dog overstreget og slettet i den udgave af afgørelsesudkastet, Deutz har modtaget, som en fortrolig forretningsoplysning for DSB. Deutz har efterfølgende fået oplyst, at DSBs

samlede kontraktsum for renoveringen af IC3-togenes Deutz motorer, samt udgifter til DSBs egen udførsel, udgør et lavere beløb end Deutz' tilbud på en exchange-løsning.

- 309 Det bemærkes endvidere, at det er muligt, at DSB ikke ville købe det antal dele, som Deutz mente, der skulle til for at foretage den korrekte renovering. Det er endvidere muligt, at DSB forlangte leveringstider, der var kortere, end Deutz kunne garantere. Sagen drejer sig imidlertid ikke om, hvorvidt Deutz ville levere til DSB på de betingelser, som DSB forlangte. Sagen drejer sig om, hvorvidt Deutz har nægtet at levere til Fleco, der havde indgået aftale med DSB. Fleco ville gerne sælge til DSB, og det kunne de have gjort, hvis Deutz ikke havde forhindret Equipco i at leverede i henhold til den aftale, de havde indgået med Fleco.
- 310 Det er endvidere muligt, at den løsning, som Deutz tilbød DSB, var bedre end den løsning, som DSB valgte at gennemføre sammen med Fleco og konsortiet. Det giver imidlertid ikke Deutz ret til at nægte at levere til Fleco, at DSB valgte en løsning, der efter Deutz' opfattelse var ringere end den, de tilbød.
- 311 Det bemærkes endelig, at det ikke er relevant, om DMN er i stand til at vurdere, hvor mange, og hvilke reservedele der er nødvendige at udskifte for at foretage et overhaul, som Deutz mener, er det rigtige overhaul. Det afgørende er, at DMN var interesseret i at levere et mindre antal reservedele til DSB, men at de ikke fremsendte tilbud, fordi Deutz ikke tillod dem det, jf. punkt 191.

3.6.3.4 Deutz kunne ikke levere

- 312 Deutz anfører, at virksomheden, som følge af objektive omstændigheder, ikke var i en position, hvor Deutz kunne forpligte sig til at levere den efterspurgte mængde reservedele til Fleco, hverken selv eller gennem sine forhandlere. Det skyldes, ifølge Deutz, at virksomheden kun havde et lille antal af de pågældende reservedele på lager, samt afhængighed af eksterne leverandører.
- 313 Deutz anfører således, at Deutz havde væsentlige forsyningsproblemer og ikke selv modtog leveringer til rette tid. DSB-kontrakten var exceptionelt stor, og DSB havde opsat urimelige, ikke-markedsmæssige leveringsbetingelser. Deutz anfører, at der er en klar forskel mellem at tilbyde exchange-motorer, hvor Deutz ville være villig til at påtage sig en betydelig risiko for levering til rette tid og en situation, hvor en kunde på et senere tidspunkt efterspørger et samlet antal reservedele.

- 314 *Det skal hertil bemærkes*, at denne sag ikke handler om, at Deutz har nægtet at levere en reservedelsmængde omfattende samtlige reservedele til DSBs renoveringsopgave. Deutz har nægtet at levere generelt, også de reservedele, som virksomheden efter eget udsagn havde på lager.
- 315 Det er muligt, at markedet på daværende tidspunkt var præget af, at udbuddet ikke kunne følge med efterspørgslen. Det er muligt, at reservedelene ikke kunne leveres i det omfang og til den tid, som DSB ønskede. Det er muligt, at Fleco havde indgået en aftale med DSB, som Fleco ikke var i stand til at opfylde rettidigt. Det giver imidlertid ikke Deutz ret til at generelt at nægte at levere til Fleco, som beskrevet i sagen.
- 316 Sagens materiale viser ikke, at Deutz gerne ville, men ikke kunne levere. Materialet viser derimod, at Deutz har til hensigt at blokkere for levering til Fleco, så DSB ikke kunne få de nødvendige reservedele og derfor ville kontakte Deutz for at få levering af Deutz' løsning, exchange-løsningen. Se også afsnit 4.6.7.
- 317 For så vidt angår tidspunktet for anmodningen om levering fra Fleco, i forhold til Deutz' tilbud om levering af exchange-motorer, skal det bemærkes, at DSB startede planlægningen af renoveringen i begyndelsen af 2010. I den forbindelse var DSB bl.a. i kontakt med Deutz, som anbefalede en exchange-løsning leveret af Deutz. Herefter valgte DSB at gå en anden vej og holde et udbud angående levering af reservedele, som sluttede ved udgangen af april 2010. Her kom DMN med et tilbud på baggrund af DMNs aftale om levering fra Deutz. Efterfølgende indledte DSB en individuel forhandlingsproces, som sluttede med aftalen med Fleco og de øvrige konsortiedeltagere medio juli 2010. Materialet viser, at Deutz forhandlede om levering til DSB på egne vilkår - både selvstændigt og gennem DMN - i løbet af udbudsprocessen. Dette har Deutz også efterfølgende bekræftet. Disse omstændigheder tyder således ikke på, at der er forskel mellem det tidspunkt, hvor Deutz så sig i stand til at levere og det tidspunkt, hvor Fleco anmodede om levering, gennem Equipco.
- 318 Exchange-løsning er karakteriseret ved at bringe en motor i en "så god som ny" tilstand, jf. punkt 122. Deutz arbejdede på at få lov til at levere sådan en løsning til DSB i perioden. Det vurderes på den baggrund, at Deutz også kunne levere reservedele til en mindre omfattende renovering af de samme motorer.

3.6.3.5 Bemærkninger til konkrete punkter i afgørelsesudkastet

- 319 Deutz har anført en række bemærkninger til konkrete punkter i afgørelsesudkastet. Bemærkningerne vedrører flere forskellige forhold,

som hovedsagligt er inddraget konkret i afgørelsesudkastet. De væsentligste bemærkninger er beskrevet og vurderet i det følgende.

Motorerne kunne ikke repareres til en lavere pris

- 320 Deutz anfører, at når det fremgår af afgørelsen, at DSB havde en forventning om at kunne reparere deres motorer væsentligt billigere, end den pris Deutz havde tilbud for exchange-motorer, så er det en forventning baseret på misforståelser fra DSBs side.
- 321 *Det bemærkes hertil*, at Deutz sendte et tilbud til DSB på 404 exchange-motorer til en pris af [XX] millioner EUR, svarende til ca. [XX] DKR. DSBs forventninger til den samlede kontraktsum var på mellem [XX-XX]. kr., men DSB endte med en samlet udgift på [XX] mio. kr. – [XX] mio. kr. til konsortiet og [XX] mio. kr. til egen udførelse. DSB har oplyst, at leveringsproblemerne dog har fordyret opgaven.

Der kan ikke skiftes teori efter forgodtbefindende

- 322 Deutz anfører, at der er et klart modsætningsforhold mellem det faktum, at den nærværende sag drejer sig om, at Deutz og DMN som én "unit" overtræder reglerne om misbrug af dominerende stilling, og det faktum, at virksomhederne som to selvstændige enheder overtræder reglerne om konkurrencebegrænsende aftaler. Efter Deutz' opfattelse kan virksomhederne imidlertid ikke have overtrådt begge regelsæt.
- 323 *Hertil bemærkes*, at det afgørende er, om faktum meningsfuldt kan adskilles i forskellige henholdsvis aftalte og ensidige handlinger og forløb, hvilket er tilfældet i den foreliggende sag.

Samhandelspåvirkning er ikke påvist

- 324 Deutz anfører, at der ikke er påvist samhandelspåvirkning i sagen. Deutz gør i den forbindelse gældende, at handlen med Fleco har en moderat volumen, og at sagen kun vedrører en enkelt kunde.
- 325 *Hertil bemærkes*, at mærkbarhedskriteriet navnlig skal vurderes ud fra de relevante virksomheders position og størrelse på markedet for de berørte produkter. Jo stærkere de deltagende virksomheder står på markedet, desto mere sandsynligt er det, at en aftale eller en adfærd kan påvirke handlen mellem medlemsstater mærkbart. Der skal i særdeleshed tages

hensyn til omsætning og markedsandele indenfor de relevante produkter.¹¹³

- 326 Deutz' markedsandel er opgjort til 100 pct. i den konkrete sag, og DMN er Deutz' eksklusive forhandler i Skandinavien. Der er endvidere lagt særligt vægt på, at et ekskluderende misbrug i mere end en medlemsstat, samt aftaler som omhandler import og eksport, i sagens natur kan påvirke samhandlen mærkbart.¹¹⁴ Der henvises endvidere til afsnit 4.2.

Sagen er baseret på et forkert faktisk grundlag

- 327 Deutz anfører, at sagen er baseret på et forkert faktisk grundlag og opfordrer derfor til, at sagens faktuelle grundlag genovervejes. Deutz anfører, at Flecos og DSBs påstande er lagt ukritisk til grund.
- 328 *Det skal hertil bemærkes*, at sagen er baseret på et omfattende materiale, som både omfatter oplysninger fra DSB og Fleco, men også oplysninger fra kontrolundersøgelser bl.a. foretaget hos Deutz og DMN, samt høringsvar fra samtlige involverede virksomheder. Der henvises til punkt 66 og 269 samt afsnit 3.6.4.3 for en nærmere beskrivelse.

Regler og procedurer ved kontrolundersøgelser

- 329 Deutz anfører, at det i afgørelsesudkastet erkendes, at de regler og procedurer, som følger af den danske konkurrencelov, ikke blev fulgt i forbindelse med kontrolundersøgelserne og den efterfølgende sikring af data i Tyskland, Sverige og Nederlandene. Dette bør efter Deutz' opfattelse have konsekvenser efter dansk ret. Efter Deutz' opfattelse blev reglerne og procedurerne i tysk ret heller ikke fulgt, idet de tyske konkurrencemyndigheder ikke havde hjemmel til, at udenlandske embedsmænd (fra de danske konkurrencemyndigheder) kunne søge i fortroligt it-materiale fra kontrolundersøgelserne i Tyskland. Deutz anfører, at gennemgangen af materialet enten blev udført af de tyske konkurrencemyndigheder, i samarbejde med embedsmænd fra Danmark, uden hjemmel hertil eller også udførte de danske embedsmænd "eksterritoriale" handlinger uden hjemmel hertil hverken efter tysk eller dansk ret.

¹¹³ Samhandelsmeddelelsen, afsnit 2.4.

¹¹⁴ Samhandelsmeddelelsen, pkt. 61, 62, og 76.

330 *Hertil bemærkes, at kontrolundersøgelserne, den efterfølgende sikring af data og udlevering af materialet er sket i henhold til gældende ret. Se også punkt 67.*

331 De tyske konkurrencemyndigheder har oplyst følgende om de tyske regler:

”Officials from the Competition Authorities of other Member States (pursuing an Article 22 (1) of regulation 1/2003 request) have according to § 50 subsection 4 of the German Act against Restraints of Competition (ARC) the right to accompany the Officials of the Bundeskartellamt. This ”accompanying” is interpreted broadly by our [German] Courts (see the attached Court decision [...] from the Deutz case¹¹⁵ [...]). It encompasses active support and help with searching. According to German law the sifting of IT data is still part of the inspection/searching process and is therefore relevant for this provision, too. [...] Also, just to clarify, the IT sifting was done by the Bundeskartellamt obviously, thankfully supported by our Danish colleagues.”

332 Som det fremgår, blev reglerne og procedurerne i tysk ret – i modsætning til, hvad Deutz hævder – fulgt, da embedsmænd fra de danske konkurrencemyndigheder bistod de tyske konkurrencemyndigheder under søgningen af it-materialet fra kontrolundersøgelserne i Tyskland. Det fremgår, at der i tysk ret er hjemmel til, at udenlandske embedsmænd kan søge i it-materialet i samarbejde med de tyske konkurrencemyndigheder. Hertil kommer, at det efter Rådets forordning nr. 1/2003 er forudsat, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder samarbejder ved anvendelse af Fællesskabets konkurrenceregler.

3.6.4 Høringssvar fra Diesel Motor Nordic

333 DMNs høringssvar af 24. januar 2013 består af to høringssvar. Det skyldes, at DMN har skiftet ejer siden starten af forløbet, som ligger til grund for sagen. De forhenværende og nuværende ejere repræsenteres særskilt i

¹¹⁵ Jf. dom af 25. november 2011 fra Amtsgericht Bonn (AG Bonn), sag 50 GS 1759/11, og dom af 5. marts 2012 fra Landgericht Bonn (LG Bonn), sag 27 Qs 26/11, hvorved de tyske domstole i en sag, som Deutz’ advokater i Tyskland havde anlagt mod de tyske konkurrencemyndigheder (Bundeskartellamt) i anledning af konkurrencemyndighedernes bistand til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i den foreliggende sag, fastslog, at de tyske konkurrencemyndigheder i tysk ret har hjemmel til, at udenlandske embedsmænd (konkret fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen) kan søge i it-materialet fra kontrolundersøgelser i Tyskland.

denne sag, men høringssvarene ligger i forlængelse af hinanden og behandles derfor samlet nedenfor.

334 Det fremgår overordnet af DMNs høringsvar, at DMN fastholder, at der ikke er indgået en aftale mellem DMN og Deutz om hindring af parallelimport og passivt salg. DMN anfører:

- 1) at DMN ikke har indgået en konkurrencebegrænsende aftale med Deutz,
- 2) at bevisbyrden for eksistensen af en ulovlig aftale ikke er løftet,
- 3) at sagsfremstillingen er baseret på tvivlsom dokumentation, som ikke opfylder de forvaltningsretlige krav efter officialmaksimen,
- 4) at en eventuel ulovlig aftale er ophørt før datoen for Konkurrencerådets afgørelse,
- 5) at DMN ikke har nægtet at levere til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt],
- 6) at ingen af de i sagen omhandlede reservedele er unikke, og at markedet var præget af nogle helt generelle leveringsproblemer.

335 DMNs bemærkninger og indsigelser vil blive gennemgået i det følgende.

3.6.4.1 DMN har ikke indgået en konkurrencebegrænsende aftale med Deutz

336 DMN har sammenfattende anført, at der ikke er indgået en konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz på mødet den 20. juli 2010. Deutz havde allerede fire dage forinden iværksat en leveringsnægtelse over for Equipco, idet Deutz den 16. juli 2010 havde meddelt Equipco, at de ikke kunne levere reservedele til Equipco med henblik på videresalg til Fleco. Formålet med mødet den 20. juli 2010 var, at DMN ville håndhæve sine rettigheder som distributør for Deutz (forbud mod aktivt salg). DMN kunne således ikke forstå, hvorfor den nederlandske Deutz-forhandler Equipco kunne sælge til en virksomhed i Danmark (Fleco), da DMN som distributør for Deutz har Danmark som sit eksklusivområde. DMN protesterede på mødet over denne fremgangsmåde, som man fandt, var i strid med Deutz' distributøraftaler. Efter DMNs opfattelse har Equipco foretaget aktivt salg i DMNs område.

337 DMN finder det ikke godtgjort, at Equipco har foretaget passivt salg. DMN bemærker i den forbindelse, at der er uoverensstemmelse mellem tidspunktet for den påståede kontakt fra Fleco til Equipco, hvor Fleco

senest i e-mail af 12. november 2012 til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har oplyst, at selskabet kontaktede Equipco den 5. juli 2010, mens Equipco anfører, at dette skete den 6. juli 2010. Hertil kommer, at det af sagens akt 281 (referat af styrelsens møde med Fleco den 6. december 2012) fremgår:

”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 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 dagen efter (den 6. juli 2010) [...]”

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 her på (blå)”.

- 338 Efter DMNs opfattelse skulle Fleco dermed – mere end 7 dage før den påståede første kontakt med Equipco fandt sted – kunne afgive bindende tilbud til DSB med specifikation og priser på de komponenter, som Equipco tilsyneladende først efterfølgende har afgivet tilbud på. Det kan der ifølge DMN være to forklaringer på: (i) der har været kontakt mellem parterne inden det tidspunkt, som de hævder, eller (ii) Fleco har afgivet et tilbud til DSB, uden forinden at have sikret sig leverancer. I forhold til (i) om første kontakt bemærker DMN, at det er vanskeligt at se, hvordan Fleco skulle kunne afgive et sådant tilbud uden at have været i kontakt med Equipco. I betragtning af, at Equipco allerede i april 2010 har været involveret i tilbudsafgivelse over for DSB og dermed må have været DSB bekendt, forekommer det ligeså sandsynligt, at kontakten mellem parterne kan have været formidlet af Equipco. Hertil kommer, at sagen faktisk adskiller sig fra den klassiske situation med passivt/aktivt salg, da ydelserne er for komplekse og kræver forudgående kontakt, før end et tilbud kan afgives, hvorfor en eventuel telefonisk kontakt fra Fleco ikke kan være afgørende for, om salget kvalificeres som passivt salg. Det er ligeledes ud fra et rent forretningsmæssigt perspektiv usandsynligt, at Fleco kommercielt har turdet afgive et tilbud til DSB på de vilkår, som er sket, uden forinden at have sikret sig adgang til leverancer gennem udenlandske leverandører. Efter DMNs opfattelse er der således samlet set ikke grundlag for mod DMNs forklaringer at lægge til grund for afgørelsen, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz den 20. juli 2010.

339 *Det bemærkes hertil, at Deutz og DMN godt kan have indgået en konkurrencebegrænsende aftale på mødet den 20. juli 2010, selvom Deutz har iværksat en leveringsnægtelse fire dage forinden (den 16. juli 2010). Afgørende for, at der (tillige) foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, er, at der kan påvises en "samstemmende vilje" mellem Deutz og DMN om, at Deutz skulle hindre parallelhandel fra sit forhandlernetværk til Fleco, og at DMN efter aftaleindgåelsen ændrer adfærd som følge heraf, se herom nedenfor under afsnit 3.6.4.2 om bevis for "samstemmende vilje".*

340 Der er i punkt 180 og fremefter udførligt redegjort for Flecós første kontakt til Equipco den 5. juli 2010 med henblik på levering af reservedele. Det fastholdes på denne baggrund, at der er tale om passivt salg. Det er ikke konkurrenceretligt relevant, at Fleco har indgået kontrakt med DSB, uden forinden at have sikret sig adgang til leverancer gennem udenlandske leverandører.

3.6.4.2 Bevisbyrden for eksistensen af en ulovlig aftale er ikke løftet

341 DMN har sammenfattende anført, at bevisbyrden for, at der foreligger en "sammenstemmende vilje" mellem Deutz og DMN om indholdet af en påstået konkurrencebegrænsende aftale, ikke er løftet i sagen.

342 DMN anfører i den forbindelse:

"Det ses ikke, at "Deutz og DMN har drøftet, hvordan de kunne få standset forsyningerne". Det kan ikke læses ud af den interne mail fra DMN A/S af 29. juli 2010, at der skulle være nogen aftale. I mailen spekulerer DMN A/S meget logisk over, at man muligvis ville kunne få ordren til DSB, hvis Fleco ikke kan levere. Ordlyden af mailen taler om muligheden for at få ordren "if" Fleco ikke kan levere. Det fremgår således, at der fra DMN A/S er usikkerhed herom, hvilket ikke ville være tilfældet, hvis der havde foreligget en aftale med Deutz [...]"

343 Det anføres endvidere, at DMNs interne e-mail af 21. juli 2010 ikke kan tillægges den bevisværdi, den bliver i udkast til afgørelse, og at bevisbyrden for, at der på mødet den 20. juli 2010 er indgået en aftale, i strid med konkurrencereglerne, ikke er løftet.

344 Endelig anfører DMN, at det ikke har støtte i praksis, når det i udkastet til afgørelse anføres:

"Hvis en foranstaltning er i begge parter interesse, taler meget for, at der foreligger en aftale, forudsat at begge parter har kendskab til den".¹¹⁶

DMN anfører, at den juridiske litteratur, som bemærkningen støttes på, henviser til den såkaldte AEG-sag.¹¹⁷ DMN anfører, at ovenstående udlægning er en forkert udlægning af afgørelsen i AEG-sagen, idet sagen ikke vedrørte en situation, hvor en forhandler gør sine kontraktmæssige rettigheder gældende, og i sagens natur har en interesse, som kan være sammenfaldende med leverandørens. DMN anfører, at denne (forkerte) udlægning reelt fører til, at en eksklusiv distributør ikke kan håndhæve sine rettigheder i en distributionsaftale, uden virksomheden pådrager sig en risiko for at deltage i en ulovlig aftale, hvis håndhævelsen medfører en fordel for distributøren.

345 Det bemærkes hertil, at der i praksis ikke stilles store krav til bevisets kvantitative omfang. Ét dokument kan være tilstrækkeligt, hvis det i sig selv med sikkerhed beviser, at der foreligger en overtrædelse, og hvis beviset har tilstrækkelig bevisværdi. Bevis for aftaler kan bl.a. foreligge i form af e-mailkorrespondance.

346 [NAVN] var på det relevante tidspunkt salgschef i DMN og ansvarlig for handlen med DSB. Hans opfattelse af mødet den 20. juli 2010, hvis indhold han fik genfortalt, fremgår af e-mailen af 21. juli 2010, som også er citeret i sagen.¹¹⁸

"Yesterday late we re-decided to japadize the Fleco business together with [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Account]. He will assure that Fleco does not get all the parts and then the deal will be broken from these local competition companies."

347 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.¹¹⁹

348 På mødet d. 20. juli 2010 deltog efter det oplyste [NAVN] og [NAVN] fra DMN og Deutz' repræsentanter var [NAVN], [NAVN], [NAVN] og [NAVN].

¹¹⁶ Se punkt 794.

¹¹⁷ Domstolens dom af 25. oktober 1983 i C-107/82, *AEG mod Kommissionen*.

¹¹⁸ Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010 fra [NAVN], DMN, til [NAVN], DMN.

¹¹⁹ Jf. punkt 211 med note 60 om ordet "japadize".

Efter mødet ringede [NAVN] og/eller [NAVN] efter det oplyste hjem til [NAVN], DMN, og orienterede ham om mødets indhold og udfald.¹²⁰

- 349 Der er *ikke* fundet materiale i sagen, som modsiger [NAVN]s opfattelse af, at det på mødet mellem Deutz og DMN den 20. juli 2013 blev "*re-decided to 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. Efter styrelsens opfattelse havde det været naturligt, at [NAVN], som af [NAVN] og/eller [NAVN] var orienteret om mødets indhold og udfald, havde modsagt [NAVN], hvis han, jf. e-mailen af 21. juli 2010, havde forstået mødets indhold og udfald forkert.
- 350 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. Resultatet af mødet er således, at Equipco nægtes at sælge til Fleco.
- 351 DMN er vidende om udfaldet af mødet, jf. ordlyden af den interne e-mail af 21. juli 2010 fra DMN. Der er ikke fundet materiale, som modsiger [NAVN]s opfattelse af, at der på mødet blev indgået en aftale om at "*japadize the Fleco business*" ved konkret at hindre Equipco i at sælge reservedele til Fleco, jf. herved punkt 349. Tværtimod blev foranstaltningen efter mødet den 20. juli 2010 fulgt op på og overvåget af DMN, fx i form af den interne e-mail af 29. juli 2010, hvoraf det fremgår, at DMN ville få ordren hos DSB, hvis Equipco ikke fik de omhandlede reservedele fra Deutz med henblik på videresalg til Fleco. At DMN anvender ordet "*if*" i e-mailen, vurderes ikke at være udtryk for, at der ikke er indgået en aftale mellem Deutz og DMN, men blot, at det alene er Deutz, som kan effektuere aftalen ved at nægte levering. I tillæg hertil kan endvidere henvises til DMNs interne e-mail af 11. oktober 2010, angående Flecøs bestilling af motorblokke hos DMN, hvoraf følgende fremgår:

*"Mitt förslag är att får tyskarna att lägga dessa på ett LLI (long lead item = preliminär uppbokning för projekt) vilket betyder att alla är uddbokade. [...] 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."*¹²¹

¹²⁰ DMNs høringsvar af 7. september 2012 til styrelsens klagepunktsmeddelelse af 6. juli 2012.

¹²¹ Bilag 80, e-mail af 11. oktober 2010, internt DMN.

- 352 DMN har således efter mødet med Deutz den 20. juli 2010 handlet som om, at der var en aftale mellem DMN og Deutz om, at Deutz skulle hindre Equipco i at sælge reservedele til Fleco.
- 353 Det fastholdes på denne baggrund, at der foreligger bevis for, at der foreligger "samstemmende vilje" mellem Deutz og DMN om, at Deutz skulle hindre parallelhandel fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, og at aftalen blev indgået mundtligt på mødet den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN, jf. afsnit 4.8.2.3.
- 354 For så vidt angår DMNs bemærkninger om fortolkningen af AEG-sagen skal det anføres, at det centrale i AEG-sagen var spørgsmålet om AEG's og AEG-forhandlernes "samstemmende vilje" om misbrug af et selektivt distributionssystem. Systemet var godkendt af Kommissionen, mens spørgsmålet om ulovlig hindring af parallelimport alene spillede en sekundær rolle. I sagen havde såvel AEG som forhandlerne imidlertid en interesse i, at blandt andet parallelimport blev begrænset mest muligt, således at priserne kunne holdes oppe.¹²²
- 355 Det fastholdes på den baggrund, at det er en korrekt udlægning af AEG-afgørelsen, når det i punkt 794 anføres, at meget taler for, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, hvis en foranstaltning er i begge parter interesse, forudsat at begge parter har kendskab til den. Det kan ikke stå alene i vurderingen af, om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, men det er der i hvert fald en overvældende formodning for. Sagens øvrige omstændigheder skal således også tale for, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale.
- 356 Resultatet heraf vurderes ikke – som DMN anfører i sit høringsvar – at være, at en eksklusiv forhandler ikke kan håndhæve sine rettigheder efter distributionskontrakten (herunder et forbud mod aktivt salg), uden at dette indebærer, at forhandleren pådrager sig risiko for at blive anset som deltager i en ulovlig aftale, hvis håndhævelsen af rettigheden medfører en fordel for distributøren. I den konkrete sag pådrager DMN sig ansvar for at deltage i en ulovlig aftale, fordi de *efterfølgende omstændigheder* (efter aftaleindgåelsen på mødet den 20. juli 2010) også viser, at DMN har en interesse i og følger op på, at Deutz hindrer passivt salg og parallelhandel fra ikke blot Equipco, men hele sit forhandlernetværk. Dette stemmer

¹²² Jf. Richard Whish og David Bailey (2012), side 106, hvoraf fremgår: "The AEG case suggested that it may be relatively easy to infer an agreement and/or concerted practice between the participants in a selective distribution system who have a strong mutual interest in excluding firms willing to undercut the prevailing retail price".

således ikke overens med, at DMN angiveligt alene havde til hensigt at håndhæve sine rettigheder efter distributørkontrakten, dvs. hindre Equipco i aktivt at sælge til Fleco.

3.6.4.3 Sagsfremstillingen er baseret på tvivlsom dokumentation, som ikke opfylder de forvaltningsretlige krav efter officialmaksimen

357 DMN anfører i den forbindelse overordnet følgende:

”Det er DMN A/S’ klare opfattelse, at der ikke i sagen er tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at DMN A/S skulle være deltager i nogen ulovlig konkurrencebegrænsende aftale med Deutz.”

358 DMN anfører, at sagen bygger på tvivlsom dokumentation fra Equipco, Fleco og DSB, der har en interesse i at udtale sig, som de gør, samt at dokumentationen overfortolkes.

359 DMN anfører fx,

- at Equipco har en åbenbar interesse i at udlægge forløbet, så deres handling i forhold til Fleco fremstår som passivt salg og ikke aktivt salg,
- at oplysninger fra Fleco om, at aftalen skulle være kommet i stand ved Flecøs kontakt til Equipco, ikke er korrekt, og
- at forløbet omkring DSBs udbudsrunde ikke er angivet korrekt af DSB.

360 DMN anfører på den baggrund, at sagsbehandlingen er kritisabel og i uoverensstemmelse med de forvaltningsretlige krav til en sagsfremstilling, som skal danne grundlag for en afgørelse med DMN som adressat.

361 *Det skal hertil bemærkes, at det forvaltningsretlige undersøgelsesprincip (officialmaksimen) indebærer, at en forvaltningsmyndighed har ansvaret for, at de nødvendige oplysninger foreligger, og at de nødvendige undersøgelser foretages. Forvaltningsmyndigheden må således ikke uprøvet lægge oplysninger til grund og må i nødvendigt omfang kontrollere dem og sikre, at sagen bygger på det materielle rigtige grundlag, så der kan træffes en rigtig afgørelse.*

362 Den foreliggende sag bygger på oplysninger, som indledningsvist er modtaget fra klager, Fleco, og oplysninger indhentet fra DSB. Hertil bygger sagen på materiale, indhentet på kontrolundersøgelser hos flere

virksomheder i flere lande, blandt andet hos Deutz, hos Equipco og hos DMN. Det materiale, der er indhentet på kontrolundersøgelserne, bekræfter de oplysninger, som lægges til grund i sagen. For eksempel stemmer de oplysninger, der er indhentet på kontrolundersøgelsen hos Equipco, overens med Equipcos forklaring til de nederlandske konkurrencemyndigheder. Deutz og DMN har endvidere modtaget sagens materiale i overensstemmelse med de forvaltningsretlige regler om aktindsigt, ligesom sagsfremstillingen og vurderingen i sagen har været i høring hos parterne med henblik på, at de kunne kommentere på sagens oplysninger. Endelig har styrelsen iværksat en markedsundersøgelse. Herved vurderes det samlet set at være sikret, at sagen bygger på et materielt rigtigt grundlag, så der kan træffes en rigtig afgørelse.

3.6.4.4 En eventuel ulovlig aftale er ophørt før datoen for Konkurrencerådets afgørelse

- 363 DMN anfører, at det ikke er dokumenteret, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz. Såfremt det fastholdes, at der er indgået en aftale, anfører DMN, at denne er ophørt i oktober 2010, senest den 10. marts 2011, hvor kontrolundersøgelsen i sagen fandt sted, og i hvert fald før datoen for afgørelse af nærværende sag. DMN anfører således, at der ikke er dokumentation for, at aftalen mellem DMN og Deutz har været længere end til dagen for kontrolundersøgelsen. De forhold, der er angivet i sagsfremstillingen, der handler om tiden efter kontrolundersøgelsen, vedrører alene Deutz.
- 364 DMN angiver på den baggrund, at påbuddet til DMN om, at DMN skal bringe overtrædelsen til ophør, er for vidtrækkende.
- 365 Det skal hertil bemærkes, at i tilfælde af en skriftlig konkurrencebegrænsende aftale, er en formel opsigelse af aftalen en nødvendighed, men ikke en tilstrækkelig betingelse for, at aftalen i relation til forbuddet i § 6, stk. 1, kan anses for ophørt, hvis aftaleparterne rent faktisk fortsat efterlever aftalen.¹²³
- 366 I den foreliggende sag er der ikke tale om en skriftlig aftale, idet aftalen er indgået mundtligt, men aftalen eksisterer, så længe Deutz og DMN rent faktisk fortsat efterlever aftalen. Det er kun Deutz, som kan efterleve og håndhæve aftalen, som går ud på, at Deutz skal hindre parallelhandel af reservedele fra sit forhandlernetværk til Fleco i Danmark, men selvom

¹²³ Præmis 30 i EMI Records, præjudiciel afgørelse, sag 51/75, og præmis 139 i BASF Coatings, sag T-175/95.

DMN ikke selv kan håndhæve aftalen, kan DMN godt på anden måde vise sin hensigt med, at aftalen fortsat skal efterleves og håndhæves af Deutz. DMN havde i hvert fald i oktober 2010 til hensigt, at aftalen skulle håndhæves af Deutz, jf. intern e-mail af 11. oktober 2010 i DMN med emneoverskriften "Motorblock DSB", hvoraf følgende fremgår:

"Mitt förslag är att få tyskarna att lägga dessa på ett LLI (long lead item = preliminär uppbokning för projekt) vilket betyder att alla är uddbokade. 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."¹²⁴

- 367 E-mailen illustrerer, at DMN af strategiske årsager forlænger leveringstiderne på levering af reservedele til Fleco. Hensigten hermed er, at DSB skal miste tålmodigheden med Fleco.
- 368 Der foreligger endvidere dokumentation for, at Deutz efterlever og håndhæver aftalen til datoen for kontrolundersøgelsen i sagen (den 10. marts 2011). At én af parterne (DMN) evt. allerede (på daværende tidspunkt) har standset sin deltagelse i aftalen, ændrer ikke ved, at der er grundlag for at udstede påbud.¹²⁵ Styrelsen har derfor ikke fundet grundlag for at ændre afgørelsen på dette punkt.

3.6.4.5 DMN har ikke nægtet at levere til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt]

- 369 DMN anfører, at omtalen af de to forespørgsler fra henholdsvis Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt] til DMN, beskrevet i punkt 243 og punkt 31 (kun boksen) og i punkterne 251-259, er irrelevante, idet udkastet til afgørelse omhandler en ulovlig aftale om hindring af parallelimport og passivt salg fra Deutz' udenlandske forhandlernetværk til Fleco og konsortiet i øvrigt.

¹²⁴ Bilag 80, e-mail af 11. oktober 2010, internt DMN.

¹²⁵ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 25. august 1999, Vejledende priser for frø af grøntsager og blomster – havefrø, og Konkurrenceankenævnets afgørelse af 26. november 2009, ITD mod Konkurrencerådet, hvoraf det fremgår, at rådet meddelte påbud om ophævelse af en aftale, uanset at parterne havde meddelt, at aftalen var ophørt.

- 370 DMN anfører endvidere, at de to forespørgsler er forkert angivet i sagsfremstillingen. DMN anfører i den forbindelse, at DMN aldrig har næget at levere til Fleco, [navn på konsortiedeltager udeladt] eller andre i konsortiet. DMN anfører således, at DMN rent faktisk leverede på trods af, at der var en "kort overvejelse om det modsatte". DMN har sendt en beskrivelse af DMNs tilbud om leverancer til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt], som efter deres opfattelse dokumenterer, at DMN har leveret til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt].
- 371 På denne baggrund anfører DMN, at disse punkter bør udelades eller korrigeres i overensstemmelse med DMNs dokumentation.
- 372 *Det skal hertil bemærkes, at sagen mod DMN vedrører en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, ved i forlængelse af sin distributionskontrakt med Deutz at have indgået aftale med Deutz om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk, herunder nederlandske Equipco, til Fleco i Danmark. Det er således alene Deutz, som kan håndhæve aftalen – og ikke DMN. Det forhold, at DMN, som Deutz-forhandler, leverer eller ikke leverer til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt], er således ikke relevant i forhold til DMNs overtrædelse af konkurrencereglerne.*
- 373 Sagens beskrivelse af DMNs leverancer til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt] er med for at give et billede af Fleco og de øvrige konsortiedeltageres vanskeligheder med at opnå leverancer fra DMN til brug for reoveringen af dieselmotorerne i DSBs IC3-tog.
- 374 De omhandlede punkter i sagsfremstillingen om DMNs leverancer til Fleco og [navn på konsortiedeltager udeladt] er revideret på baggrund af DMNs høringsvar, i det omfang det er fundet nødvendigt.

3.6.4.6 Ingen af de i sagen omhandlede reservedele er unikke, og markedet var præget af nogle helt generelle som specifikke leveringsproblemer

- 375 DMN anfører, at virksomheden er enig med Deutz i, at ingen af de i sagen omhandlede reservedele er unikke. DMN anfører endvidere, at markedsforholdene i den relevante periode var (i) helt generelle problemer med levering af reservedele fra Deutz af Deutz' producenter og (ii) specifikke problemer med at få leveret de reservedele, som Fleco efterspurgte. Videre anfører DMN, at Fleco var klar over disse markedsforhold, hvorfor det var "kommercielt selvmord" at indgå den aftale, som Fleco indgik med DSB. Markedsforholdene medførte, at Fleco ikke kunne have en berettiget forventning om levering. Endelig anfører

DMN, at det er faktisk forkert, når det i udkastet til rådsafgørelse er anført (i) at der i midten af juli 2010 lå en stor del af de efterspurgte reservedele på lager hos Deutz, og (ii) at Equipcos endelige tilbud til DSB var uden forbehold.

376 *Det skal hertil bemærkes, at spørgsmålet om eksistensen af unikke reservedele er behandlet i den foreliggende afgørelse. Der er på baggrund af høringssvar til klagepunktsmeddelelsen gennemført en markedsundersøgelse blandt aktører i eftersalgsmarkedet. Markedsundersøgelsen bekræfter, at der findes reservedele, der er unikke. Der henvises i øvrigt til punkt 285-301.*

De – efter DMNs opfattelse – særlige markedsforhold i den for sagen relevante periode og en eventuel knaphed på reservedele berettiger ikke til en fuldstændig leveringsnægtelse.

377 Det bemærkes endvidere, at sagens materiale viser, at DMN, af hvad der kan betegnes som strategiske årsager, forlænger leveringstiderne på levering af reservedele til Fleco. Hensigten hermed er, at DSB skal miste tålmodigheden med Fleco. Se punkt 244.

378 De særlige markedsforhold i den for sagen relevante periode er på baggrund af DMNs høringssvar beskrevet under punkt 268.

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.¹²⁶
- 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.
- 384 Dernæst sammenholdes markedsafgrænsningen med blandt andet virksomhedernes markedsandele og andre relevante indikatorer for

¹²⁶ For så vidt angår TEUF artikel 102 skal misbruget endvidere kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, hvilket er behandlet nedenfor i afsnit 4.2.

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 relevant 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.¹²⁷

394 Det følger af konkurrencelovens § 5 a og af Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked,¹²⁸ 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.

¹²⁷ Jf. Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02), pkt. 2.

¹²⁸ Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02).

- 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

- 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 tjenesteydelsernes egenskaber, pris eller anvendelsesformål.¹²⁹

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.”¹³⁰

407 Det følger i den forbindelse af praksis¹³¹, Kommissionens vejledning om afgrænsning af det relevante marked¹³² og litteraturen¹³³, at det relevante

¹²⁹ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked 9. december 1997, pkt. 7.

¹³⁰ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked 9. december 1997, pkt. 13.

¹³¹ 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-

marked skal afgrænses i henhold til netop den (eventuelle) konkurrencebegrænsning, som sagen angår.¹³⁴ 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.¹³⁵

- 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

ydelse, selvom det var muligt at skelne mellem forskellige typer af ydelser, fordi det ikke gjorde en forskel i forhold til vurderingen af den konkrete sag.

¹³² Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked (97/372/02), pkt. 12 og pkt. 56.

¹³³ Konkurrenceloven 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.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Se forarbejderne til konkurrencelovens § 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."

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 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 eftersalgsmarkederne 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 eftersalgsmarkederne 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 eftersalgsmarkederne.¹³⁶
- 415 Ifølge Domstolen vil eftersalgsmarkederne 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

¹³⁶ 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.

har fremstillet, og for det andet tilfælde, hvor forbrugeren kan skifte til et andet primært produkt for at undgå en prisstigning på reservedelsmarkedet.”¹³⁷

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 eftersalgsmarkedet 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.”¹³⁸

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’ forhandlernetværk, 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

¹³⁷ Se sag T-427/08 CEHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010 pkt. 79, 80 og 84ff.

¹³⁸ Se sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service pkt. 23 med henvisning til sag T-427/08 CEHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010 pkt 79,80 og 84ff.

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 eftersalgssydler. 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 fabrikker, heriblandt intervenienterne, der fremstiller bolte til anvendelse i boltepistoler. Visse af fabrikkerne 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.”¹³⁹

- 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.

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 afgrænses hvilke mulige øvrige produkter, der er substituerbare hermed.

¹³⁹ Se sag T-30/89 Hilti mod Kommissionen, pkt. 67.

- 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:



Eller:



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 formentligt 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 reoveres.
- 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 [...].¹⁴⁰

¹⁴⁰ Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

[Hvor sandsynlig er en istandsættelse af de gamle dele? Uden anvendelse af nye dele umuligt, ville jeg sige.]¹⁴¹

- 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-sagen¹⁴², 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 fabrikker, der har fremstillet bolte til anvendelse i boltepistoler. Visse af fabrikkerne har specialiseret sig og fremstiller kun bolte, enkelte af dem endog bolte, der særlig 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 fabrikker, som fremstiller bolte og patronmagasiner, men som ikke fremstiller boltepistoler, viser, at der består forskellige udbudsbetingelser for disse artikler. Desuden er visse fabrikker af boltepistoler henvist til uafhængige producenter af bolte og patronmagasiner, i det mindste for så vidt angår en del af deres forbrugsgods. Visse uafhængige

¹⁴¹ Oversat af autoriseret translatør.

¹⁴² Jf. Rettens dom i sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen.

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.”¹⁴³

- 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.

¹⁴³ 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.”¹⁴⁴

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

¹⁴⁴ Jf. Kommissionens retningslinjer for afgrænsning af det relevante marked pkt. 56

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 reoveringsopgave, 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 [...].”¹⁴⁵

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.[...]”¹⁴⁶

-

[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

¹⁴⁵ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt

¹⁴⁶ Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

*almindelig istandsættelse. Det kan vi udelukke p.t.]*¹⁴⁷

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

*"[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE UDELADT]"*¹⁴⁸

- 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..[...]"*¹⁴⁹

- 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:

*"If Deutz will not supply Equipco will these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway"*¹⁵⁰

- 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."*¹⁵¹

- 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

¹⁴⁷ Oversat af autoriseret translatør.

¹⁴⁸ Bilag 43, e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.

¹⁴⁹ Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

¹⁵⁰ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt

¹⁵¹ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt

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*.¹⁵² 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..."*¹⁵³

- 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 produksiden 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*.

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

¹⁵² Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, punkt 20-23.

¹⁵³ 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"*

af produktmarkedet i sager om levering af eftersalgssydeler til et primært produkt af et specifikt mærke, jf. nedenfor.

458 Hugin-sagen¹⁵⁴ 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.”¹⁵⁵ [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

¹⁵⁴ Sag 22/78, Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mod Kommissionen.

¹⁵⁵ Ibidem, præmis 7 og 8.

varmefordelingsmålere,¹⁵⁶ som senere blev stadfæstet af Konkurrenceankenævnet¹⁵⁷.

- 462 Viterra-sagen handler om, at en producent af varmefordelingsmålere ikke ville sælge deres varmefordelingsmålere til en andelsforening, medmindre andelsforeningen samtidig lod producenten udarbejde foreningens varmeregnskab.
- 463 Den gældende lovgivning indeholdt et krav om, at der ved udskiftning af varmefordelingsmålere skulle anvendes målere af samme fabrikat som de allerede installerede. Lovgivningen havde den konsekvens, at aktører på eftersalgsmarkedet – der blandt andet inkluderede ydelser som udarbejdelse af varmeregnskab, aflæsning og vedligehold af målere – var afhængige af at have adgang til varmefordelingsmålere af et specifikt mærke for at kunne udøve deres aktiviteter på eftermarkedet.
- 464 I ovennævnte sag blev det fastslået, at markedet for varmefordelingsmålere kunne afgrænses snævert til varmefordelingsmålere af et specifikt mærke og ikke blot til varmefordelingsmålere. 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 varmefordelingsmålere af mærket ”Doprino” til udskiftning af allerede installerede elektroniske varmefordelingsmålere.”¹⁵⁸

- 465 Samme afgrænsning ses endelig at være anvendt i nyere praksis, jf. IBM-sagen¹⁵⁹ samt Ceahr-sagen¹⁶⁰, 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

¹⁵⁶ Sag 2:801-434/cga/industri Viterra Energy Service’ vilkår for salg af varmefordelingsmålere, Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2000.

¹⁵⁷ Sag 00-122.075 Viterra Energy Service A/S mod Konkurrencerådet. Konkurrenceankenævnets kendelse af 27. februar 2001.

¹⁵⁸ Sag 2:801-434/cga/industri Viterra Energy Service’ vilkår for salg af varmefordelingsmålere, Konkurrencerådets afgørelse af 31. maj 2000 pkt. 50-51.

¹⁵⁹ Sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service.

¹⁶⁰ Sag T-427/08 CEHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010.

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 aftermarkets 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.”¹⁶¹[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"¹⁶² 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 provide maintenance services to IBM mainframes which cannot be sources outside IBM and for hardware and operating system software maintenance services for IBM mainframes.”¹⁶³[Egen understregning]

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

469 Kommissionen begrundede bl.a. sit afslag i, at de to eftersalgsmarkeder, henholdsvis reservedelsmarkedet og markedet for service og vedligeholdelse af

¹⁶¹ Sag COMP/C-3/39692 IBM Maintenance Service, pkt. 20.

¹⁶² "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.

¹⁶³ Ibidem Para. 23.

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 reovering af DSBs IC3-tog motorer, kan erhverves via flere forsyningskanaler og derfor ikke er et nødvendigt input.¹⁶⁴

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 nogensinde havde solgt Hugin reservedele, samt at reservedelene i Hugin-sagen var beskyttet af copyright. Dette gør sig ikke

¹⁶⁴ Bilag 71. Deutz bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen fra 21. september 2012.

gældende i nærværende sag, hvorfor Hugin-sagen ikke er relevant at inddrage.

- *Sag 2:801-434/cga/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 CEHR mod Kommissionen, dom af 15. december 2010*: At det i CEHR-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 CEHR-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 CEHR-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 yderligere 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 eller 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 renoveringsopgave, 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 [...]."¹⁶⁵

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 [...]"¹⁶⁶

[[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!

¹⁶⁵ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

¹⁶⁶ Bilag 44, e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.

*Delene er ikke efterspurgt, og der findes ingen kopiproducent.*¹⁶⁷

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 efterspørgselssubstitution 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 reservedele 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.

¹⁶⁷ Oversat af autoriseret translatør.

- 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.¹⁶⁸

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 reovere 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 således, at Deutz mener, at delydelsen reparation skal segmenteres i fire produktmarkeder: (i) Generel vedligeholdelse eller service, (ii) løbende vedligeholdelse, (iii) reovering og (iv) revision.¹⁶⁹ 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 delyderser. 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.

¹⁶⁸ Kommissionens meddelelse om afgræsning af det relevante marked af 9. december 1997, punkt 20-23.

¹⁶⁹ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012

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 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.¹⁷⁰
- 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.¹⁷¹
- 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.

¹⁷⁰ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, pkt. 46.

¹⁷¹ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked af 9. december 1997, pkt. 29.

- 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 udbudssubstitutionsbetragtninger.

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.
- 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 der 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 erhvervs 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 – kan afgrænses 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 2002¹⁷² 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.¹⁷³ Undersøgelsen skal ske i overensstemmelse med Kommissionens retningslinjer vedrørende påvirkning af samhandelen. Disse retningslinjer omtales i det følgende som samhandelsmeddelelsen.¹⁷⁴
- 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.¹⁷⁵ 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 samhandelen mærkbart.¹⁷⁶

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

¹⁷² 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.

¹⁷³ 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).

¹⁷⁴ 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".

¹⁷⁵ Jf. punkt 34 i samhandelsmeddelelsen.

¹⁷⁶ Jf. punkt 2.4 i samhandelsmeddelelsen.

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.¹⁷⁷

- 534 Selve eksistensen af en dominerende stilling i flere medlemsstater indebærer, at konkurrencen allerede er afsvækket på en væsentlig del af fællesmarkedet. Hvis 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.¹⁷⁸
- 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 Flecós 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

¹⁷⁷ Samhandelsmeddelelsen punkt 76.

¹⁷⁸ Ibidem.

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 videresalg 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.¹⁷⁹

- 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.¹⁸⁰
- 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.¹⁸¹
- 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 samhandelen 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

¹⁷⁹ Jf. punkt 61-63 i samhandelsmeddelelsen.

¹⁸⁰ Jf. Domstolen dom af 17. januar 1982 i de forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB og punkt 70 i samhandelsmeddelelsen.

¹⁸¹ Jf. punkt 86.

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.¹⁸² 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 konkurrencelovens § 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 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 udførelse af arbejdsopgaven. Dette ses først ved DSBs klarlæggelse 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

¹⁸² Jf. den såkaldte NAAT-regel i samhandelsmeddelelsen, særligt punkt 53.

identificeret problemer med, i samtlige motorer, selvom komponenterne ikke var defekte i alle motorer.¹⁸³

- 548 I forbindelse med selve udbudsfasen sendte Deutz en skrivelse ud til sine handelspartere, 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.¹⁸⁴
- 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.¹⁸⁵
- 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.

¹⁸³ Bilag 3, Referat fra møde med DSB den 11. november 2011.

¹⁸⁴ Bilag 14, Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DSB-tender af 27. april 2010.

¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶

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.¹⁸⁷

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.

¹⁸⁶ For så vidt angår Traktatens artikel 102 skal misbruget endvidere kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater mærkbart, hvilket er behandlet i afsnit 4.2.

¹⁸⁷ 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.

559 En markedsandel på 50 pct. eller derover kan i sig selv udgøre beviset for, at der foreligger dominerende stilling.¹⁸⁸

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 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 reovering 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 reovere sine Deutz-motorer.

¹⁸⁸ Jf. Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 i sag COMP/38.233, Wannadoo Interactive, pkt. 212 med henvisninger.

- 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 UDELADET], 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).¹⁸⁹ 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 forhandlernetværket 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 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

¹⁸⁹ 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).

hindring af parallelhandel har været den egentlige årsag til at fastslå et misbrug.¹⁹⁰

- 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.¹⁹¹ 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 udviklingen af varebevægelserne og stimulerer konkurrencen [...]."*¹⁹² [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

¹⁹⁰ Charlotte Friis Bach Ryhl, Konkurrenceretten i EU, 3. udgave 2009, s. 542-543.

¹⁹¹ Se bl.a. Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai (Lélós) 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.

¹⁹² Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai (Lélós), præmis 37.

overtrædelse af artikel 82.” [TEUFs artikel 102].¹⁹³ [Egen tilføjelse og fremhævelse]

- 580 Af retspraksis er sagen om United Brands relevant. I sagen pålagde United Brands sine forhandlere af Chiquita-banener indenfor EU-fællesskabet et forbud mod at videresælge selskabets bananer i grøn tilstand, og derudover leverede United 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].”¹⁹⁴ [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 *Lélos-sager* særligt relevant.¹⁹⁵ 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

¹⁹³ Kommissionens artikel 102-meddelelse, punkt 7.

¹⁹⁴ Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 159 og 161

¹⁹⁵ Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélos kai Sai (Lélos).

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].”¹⁹⁶ [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.¹⁹⁷ Disse 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 tilstås 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

¹⁹⁶ Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai, præmis 66.

¹⁹⁷ Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai, præmis 69 og Whish og Bailey i Competition Law, 7. udgave, 2012, s. 711-712.

*misbruge denne dominerende stilling.*¹⁹⁸

585 I sagerne om Lélós 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 paralleleksporten 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”*¹⁹⁹ [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.

¹⁹⁸ Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, præmis 189.

¹⁹⁹ Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai, præmis 70.

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 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 renovering 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 2010.²⁰⁰ 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 [...]"²⁰¹

- 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: [...]"²⁰²

²⁰⁰ Se punkt 180 og fremefter.

²⁰¹ Bilag 23, e-mail fra Equipco til Fleco af 12. juli 2010.

²⁰² Ibidem.

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."*²⁰³

594 Equipcos endelige tilbud til Fleco blev afgivet den 16. juli 2010.²⁰⁴ 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"*²⁰⁵

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

²⁰³ Bilag 25, e-mail fra Equipco til Fleco af 13. juli 2010.

²⁰⁴ Bilag 27, e-mail af 16. juli 2010 fra Equipco til Fleco og ark over Deutz' lagerbeholdning.

²⁰⁵ Ibidem.

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. [...] "*²⁰⁶ [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 confirmation (which was the final step). [...]" [Egen tilføjelse]

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:

²⁰⁶ Bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

*"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."*²⁰⁷

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.²⁰⁸

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 Flecøs 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.

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

²⁰⁷ Bilag 69, e-mail af 22. juli 2010, Equipco.

²⁰⁸ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktmeddelelsen af 21. september 2012, s. 12.

sendt fra DSB til DMN²⁰⁹, 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.)

[...]”²¹⁰

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 Sydtyskland.

²⁰⁹ Bilag 28, Invitation til individuelt forhandlingsmøde.

²¹⁰ Bilag 29, Plan for møde med DSB den 25. maj 2010.

Subsidiært pressede Deutz på for at få DMN til at lade så mange reservedele som muligt indgå i reparationsopgaven.²¹¹

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 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 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"²¹²

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 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. 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 [...]"²¹³

²¹¹ Bilag 6, Referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

²¹² Bilag 7, DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.

²¹³ Bilag 24, Redegørelse fra Equipco til Deutz.

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. [...]"²¹⁴

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 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). [...]"²¹⁵

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.²¹⁶ 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

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Bilag 33, tidslinje og bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

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”²¹⁷

[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]]²¹⁸

- 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 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

²¹⁷ Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

²¹⁸ Oversat af autoriseret translatør.

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.”²¹⁹

- 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

²¹⁹ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelse af 21. september 2012, s. 18.

622 Deutz har angivet, at den retspraksis, der henvises til i afsnittet om misbrug af dominerende stilling ved hindring af parallelhandel, omhandler situationer, hvor adfærden medfører en opdeling af medlemsstater, som leder til signifikante prisforskelle, hvilket Deutz angiver, ikke gør sig gældende i den konkrete sag. Deutz anfører således:

“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.”²²⁰

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 bremset, idet den vil udligne et eventuelt mere favorabelt prisleje i andre salgsmråder 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 [...]”²²¹ [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 ordrene 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

²²⁰ Ibidem, s. 20.

²²¹ Domstolens dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06-478/06, sot. Lélós kai Sai (Lélós), præmis 37.

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.²²² 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 dominerende virksomhed – uden at det er objektivt nødvendigt – begrænser konkurrencen ved at nægte levering af produkter.²²³
- 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.²²⁴

²²² 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.

²²³ Jf. Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, Telemarketing, præmis 27.

²²⁴ 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.

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.²²⁵ Det følger af Rettens dom – med henvisning til bl.a. Domstolens dom i Bronner-sagen²²⁶ – 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,²²⁷ samt at
- 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

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, Falkon 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.

²²⁵ Jf. Rettens dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, pkt. 319 og pkt. 332-336 med henvisninger.

²²⁶ Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. C-7/97, Oscar Bronner.

²²⁷ 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.

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.²²⁸

- 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.”²²⁹

- 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.²³⁰ 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

²²⁸Se 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.

²²⁹Domstolens dom af 26. november 1998 i sag nr. 7/97, Bronner, præmis 43 i forslag til afgørelse fra Generaladvokat Jacobs.

²³⁰Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen.

*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;*²³¹ [Egen tilføjelse og fremhævnings]

- 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 handelssædvanerne, når denne kundes ordrer på ingen måde er unormale;"*²³² [Egen fremhævnings]

- 637 Det fremgår heraf, at Domstolen ligeledes tillægger det eksisterende samhandelsforhold betydning.
- 638 Tilsvarende i Télémarketing-sagen, der omhandlede et TV-selskabs kontraktvilkår overfor en eksisterende udbyder af TV-markedsføring via en af TV-selskabets kanaler.²³³ 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.

²³¹ Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, præmis 24-25.

²³² Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag nr. 27/78, United Brands, præmis 182.

²³³ Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84

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."*²³⁴ [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 samhandelsforhold tidligere har anset det for effektivt at levere til tredjemand, hvilket indikerer, at leveringsnægtelsen netop er en del af en bevidst udelukkelsesstrategi.²³⁵
- 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

²³⁴ Jf. Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, Telemarketing, præmis 27.

²³⁵ Se Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, s. 818-821, samt Geradin i CML Review 2004, s. 1535-1536.

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.²³⁶

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.²³⁷

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.”²³⁸ [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 pågældende 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.”²³⁹ [Egen fremhævning]

²³⁶ 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).

²³⁷ Jf. punkt 20 i Kommissionens artikel 102-meddelelse.

²³⁸ Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 81.

²³⁹ Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 84 sammenholdt med pkt. 78.

- 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 tiltrækkelig 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 reoveringsydelser, 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 findes noget reelt eller potentielt alternativ [...] til den dominerende virksomheds vare eller tjenesteydelse.”²⁴⁰ [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.”²⁴¹

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.”²⁴²

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.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 83.

²⁴² Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 84 sammenholdt med pkt. 78.

- 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
- 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.²⁴³ Det fremgår endvidere af oplysninger fundet hos DMN, at Deutz har forsikret DMN om, at Fleco ikke vil få alle reservedelene.²⁴⁴ 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.²⁴⁵
- 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:

"Yesterday late we re-decided to jopardize 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. [...]"²⁴⁶ [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):

²⁴³ Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

²⁴⁴ Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

²⁴⁵ Bilag 37, e-mail af 20. juli 2010, Equipco.

²⁴⁶ Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

„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.*²⁴⁷
[Egen tilføjelse og fremhævelse]

[Et konsortium bestående af Bosch-forhandleren, Mahle-forhandlere, 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]*²⁴⁸

- 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.²⁴⁹ 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!

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

²⁴⁷ Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

²⁴⁸ Oversat af autoriseret translatør.

²⁴⁹ Se bilag 44 og 45.

FAZIT: Fleco ist nicht in der Lage im großen Stil Teile für Grundüberholungen zu liefern. Das können wir im Moment ausschliessen.[...]”²⁵⁰

[[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.]²⁵¹

669 Det fremgår heraf, at Deutz har den opfattelse, at Fleco ikke har de nødvendige reservedele til at levere til en større reoveringsopgave. 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”²⁵²*

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

²⁵⁰ Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

²⁵¹ Oversat af autoriseret translatør.

²⁵² Bilag 31, powerpoint, DSB status 9. august 2010.

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, 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], after 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]".²⁵³ [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]"*²⁵⁴

- 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.²⁵⁵ 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.²⁵⁶

- 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 Flecós 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

²⁵³ Bilag 43, e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Bilag 70, Mødereferat, besøg hos DSB

²⁵⁶ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

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.”²⁵⁷*

- 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 at kunne komme med et endeligt svar snart.²⁵⁸ [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.[...]”²⁵⁹

[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]²⁶⁰

- 679 Som et andet eksempel på Flecøs 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

²⁵⁷ Bilag 52, e-mail af 25. august 2010, Fleco.

²⁵⁸ Bilag 53, e-mail af 6. september 2010, Fleco.

²⁵⁹ Bilag 54, e-mail af 20. september 2010, Fleco.

²⁶⁰ Oversat af autoriseret translatør.

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 Flecøs 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 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 havarerede 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.²⁶¹
- 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-motorernes 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.
- 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

²⁶¹ 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.

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.²⁶²

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.”*²⁶³[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.

²⁶² Se eksempelvis dom af 17. september 2007 i sagen T-201/04, Microsoft mod Kommission, pkt. 326 og 332.

²⁶³ Rettens dom af 9. september 2009 i sagen T-301/04 om Clearstream Banking AG, pkt. 148.

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"*.²⁶⁴

700 I tråd hermed fremgår det af sagen om Télémarketing, 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."*²⁶⁵

701 I overensstemmelse med praksis skal der derfor anlægges en lempeligere 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.²⁶⁶

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.

²⁶⁴ Domstolens dom af 6. marts 1974 i de forenede sager 6 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, præmis 25.

²⁶⁵ Jf. Domstolens dom af 3. oktober 1985 i sag nr. 311/84, Telemarketing, præmis 27.

²⁶⁶ Se gennemgangen af praksis og Kommissionens 102-meddelelse ovenfor i afsnittene 4.6.1 og 4.6.2.

4.6.5.1 Kan konsortiet konkurrere effektivt med Deutz?

- 704 Ved DSBs udbud af service- og vedligeholdelsesopgaver i forbindelse med selskabets reovering af IC3-togenes dieselmotorer afholdtes der indledningsvist et EU udbud, hvor 7 virksomheder registrerede sig i prækvalifikationsfasen som mulige bydere.²⁶⁷ 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.²⁶⁸
- 705 DSB gik herefter i individuelle forhandlinger om tre mulige løsningsmodeller:
- 1) Komponenter leveret af DMN (den skandinaviske Deutz-forhandler) 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.
- 707 Det fremgår af sagsfremstillingen, at DSB indgik i individuelle forhandlinger om levering til deres reoveringsopgave, 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 reoveringen 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.

²⁶⁷ Bilag 13, DSBs notat om udbudsprocessen af 4. november 2010, inkl. bilag.

²⁶⁸ Bilag 72, høringsvar af 7. september 2012 fra DMN.

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 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.
- 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 reovering af de gamle motor/bytning med reoverede brugte motorer) og involvering af Deutz' service center i Übersee, hvor Deutz' mekanikere skulle være tage en del af reoveringen.²⁶⁹
- 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 reoveringen 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 Flecøs kit-liste. Flecøs 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.
- 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

²⁶⁹ Bilag 30, e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.

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.²⁷⁰
- 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 reovering 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.²⁷¹ 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 reovere motorerne i DSBs IC3-tog var i EU-udbud, hvilket som udgangspunkt må forventes at eksponere en opgave bredt, var der

²⁷⁰Kommissionens 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.

²⁷¹Bilag 72, høringsvar af 7. september 2012 fra DMN.

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 Flecós forsøg på at få leveret reservedele fra alternative kanaler viser desuden, 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 Flecós 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 herigennem. 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 markeder²⁷²: 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 udgøre et misbrug af dominerende stilling, har konstateret, at der findes et (forudliggende) marked for sådanne varer eller tjenesteydelser og et afledt (efterfølgende) marked."*²⁷³

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 forhandlernetværket var begrundet i objektive omstændigheder, jf. nedenfor. Hvis det er tilfældet, vil Deutz' adfærd ikke udgøre et misbrug af dominerende stilling.

²⁷² 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.

²⁷³ 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.

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.²⁷⁴
- 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 Flecoss 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 parallelhandel, 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

²⁷⁴ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012, s. 12.

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 adfærden kan udgøre et misbrug.²⁷⁵
- 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

²⁷⁵ Bilag 71, Deutz' bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen af 21. september 2012, s. 20 og bilag 81, Deutz' bemærkninger af 14. februar 2013 til udkast til afgørelse.

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.²⁷⁶
- 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 lovlige 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 reoveringsopgave, 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.²⁷⁷ DMN har oplyst og dokumenteret, at DMN tilbød Fleco at levere denne ordre med en leveringstid på

²⁷⁶ Ibidem, s. 21.

²⁷⁷ 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.

3 måneder.²⁷⁸ Sagens materiale viser, at DMNs intention omkring håndteringen af Flecós 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 Flecós bestilling:

”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).”²⁷⁹

- 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

²⁷⁸ Bilag 72, Høringssvar fra DMN.

²⁷⁹ Bilag 80, e-mail af 11. oktober 2010, DMN internt.

*own but only to cannibalise on the investments of other companies, namely Deutz AG and its distributions network [...]*²⁸⁰

- 749 For så vidt angår kravet om at tilføje 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.”*²⁸¹

- 750 Deutz henviser endvidere til Kommissionen i OECDs policy roundtables om “The Essential Facility Concept” fra 1996²⁸², samt litteraturen, herunder John Temple Lang i *The Principles of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since Bronner*:

*“[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 [...]*²⁸³

- 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*

²⁸⁰ Ibidem s. 22.

²⁸¹ Ibidem s. 22.

²⁸² OECDs policy roundtables, *The Essential Facility Concept*, 1996, s. 98.

²⁸³ 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.

*dette marked, eller hvor leveringsnægtelsen medfører, at parallelimporten bliver bremset [...]*²⁸⁴

- 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.²⁸⁵ 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.²⁸⁶ 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 tilføje 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, 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 Bronner-sagen. 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

²⁸⁴ Kirsten Levinsen i *Konkurrenceloven med kommentarer*, s. 825-826.

²⁸⁵ Se blandt andet punkterne 123, 480, 505505 og afsnit 4.6.6.

²⁸⁶ Se sagsfremstillingen, punkt 123.

anvendes i denne sag.²⁸⁷ 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 er 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 klagepunktsmeddelelsen. 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.²⁸⁸

4.7 VIRKNINGER VED LEVERINGSNÆGTELSEN

758 I det følgende afsnit foretages en yderligere vurdering af Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket udover betingelserne opstillet i

²⁸⁷ 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.

²⁸⁸ 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.

praksis. Den yderligere vurdering vedrører *virkningerne* 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 af en kontrakt, som virksomheden, i et konsortium med tre andre virksomheder, har indgået med DSB om at renovere 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 objektive 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.”²⁸⁹

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.”²⁹⁰

763 Det fremgår endvidere af Kommissionens vejledning om ekskluderende misbrugsadfærd, at Kommissionen særligt ved sager om leveringsnægtelse vil

²⁸⁹ Jf. EF-Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, pkt. 91.

²⁹⁰ Jf. Rettens dom af 23. oktober 2003 i sag nr. T-65/98, Van den Bergh Foods, pkt. 157.

prioritere håndhævelse af konkurrencereglerne, hvis en række betingelser er opfyldt. En af disse betingelser er, at nægtelsen vil kunne skade forbrugerne.²⁹¹

764 Det fremgår endelig af Kommissionen 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."*²⁹²

765 Det skal derfor vurderes, om Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket overfor Fleco er egnet til at skade forbrugerne. Efter Kommissionens definition på forbrugere²⁹³ omfatter dette begreb såvel direkte som indirekte brugere. I forhold til nærværende sag vil forbrugere umiddelbart omfatte:

- (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

²⁹¹ Kommissionens 102-meddelelse, pkt. 81.

²⁹² Jf. Kommissionens 102-meddelelse, retningslinjer for artikel 82 pkt. 19.

²⁹³ 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..."

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!! :-)"²⁹⁴. [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.. [...]"²⁹⁵.

- 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.

- 770 På baggrund af dette vurderes det, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket 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.

²⁹⁴ Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

²⁹⁵ Bilag 46, e-mail af 4. august, DMN internt.

- 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 forhandlernetværket overfor Fleco og de øvrige deltagere i konsortiet har haft flere konsekvenser for DSB. *For det første* er den samlede renoveringsopgave blevet forsinket, fordi reservedelene ikke blev leveret til tiden. *For det andet* er renoveringen 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 renoveringsperioden havde en del motorer, der havarede som følge af, at de ikke blev repareret til tiden.²⁹⁶
- 773 Deutz oplyser, at det er faktisk forkert, at det er Deutz' adfærd, der har medført, at den samlede renoveringsopgave blev forsinket, samt at flere af DSBs tog havarede. Deutz oplyser, at DSB igangsatte renoveringsopgaven for sent i forhold til at få gennemført den samlede renoveringsopgave i tilstrækkelig tid til, at togene kunne undgå haverier.
- 774 Hertil bemærkes, at uagtet at DSB – efter Deutz' opfattelse – iværksatte renoveringsarbejdet for sent i forhold til IC3-togenes konditioner, så er det et faktum, at renoveringsopgaven blev forsinket i forhold til den plan, DSB havde for renoveringsarbejdet. 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 renovere 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.

²⁹⁶ Bilag 70, Mødereferat, besøg hos DSB.

4.7.2 Delkonklusion – virkninger af leveringsnægtelsen

776 Sammenfattende vurderes det, at Deutz' leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket 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 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.²⁹⁷

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 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

²⁹⁷ 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.

denne forbindelse ikke at foreligge sammenfaldende interesser²⁹⁸, 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.^{299 300}
- 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 foreligger en overtrædelse, og såfremt beviset har tilstrækkelig bevisværdi³⁰¹. Bevis for aftaler kan foreligge i form af en konkret aftale, mødereferater, mailkorrespondance, interne skrivelser, noter mv.³⁰²

²⁹⁸ 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.

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ Jf. Volkswagen II, Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 17. november 2005 i sag C-74/04 P, punkt 47 og 55.

³⁰¹ T-25/95, Cementeries CBR SA mod Kommissionen, præmis 1838.

³⁰² Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 212.

- 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.³⁰³
- 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.³⁰⁴
- 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

³⁰³ Jf. Rettens dom i T-41/96, Bayer AG mod Kommissionen (2000), præmisserne 121-123.

³⁰⁴ Jf. artiklen "Udviklingen i det konkurrenceretlige aftalebegreb i EF-traktatens artikel 81(1)" v/ Benedikte Havskov Hansen og Christopher Kjølby 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 producenteres mulighed for at hindre parallelimport inden for Fællesskabet" v/ P.S. Jakobsen og M. Broberg i EU-ret & Menneskeret, nr. 4, 2001, side 157.

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 materiale, 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 reovering 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 reovering af motorerne i DSBs IC3-tog, jf. punkt 196. Flecós 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 Flecós foranledning og initiativ ved en uopfordret telefonisk henvendelse den 5. juli 2010 fra Fleco til Equipco. Som det fremgår af punkt 182 og fremefter, 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 UDELADT].
- 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 reoveringen af dieselmotorerne i DSBs IC3-tog til DMN, i stedet for til Fleco.³⁰⁵ Af e-mail af 16. juli 2010 fremgår eksempelvis følgende:
- ”[NAVN] [Senior Vice President hos Deutz] *hat entscheiden:*
- Close the door, dry then out, try to pusck the Business to DMN.*”³⁰⁶[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 Deutz-reservedele, som DSB havde bestilt hos Fleco, jf. punkt 213.³⁰⁷
- 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

³⁰⁵ Se afsnit 3.5.2.

³⁰⁶ Bilag 35, e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.

³⁰⁷ Bilag 33, Tidslinje og bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

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.^{308 309}

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,³¹⁰ 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:

"Yesterday late we re-decided to japadize³¹¹ 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!! 😊".³¹²
[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."³¹³

³⁰⁸ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

³⁰⁹ Bilag 35 og 36, e-mail af 16. juli 2010, Deutz.

³¹⁰ Bilag 33, Tidslinje og Bilag 24 Redegørelse fra Equipco til Deutz.

³¹¹ Jf. punkt 211 med note 60 om ordet "japadize".

³¹² Bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

³¹³ Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

- 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."*³¹⁴

*[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.]*³¹⁵

- 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"*³¹⁶

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 aftale, hvis en foranstaltning er i begge parters interesse.³¹⁷

³¹⁴ Bilag 46, e-mail af 4. august 2010, DMN internt.

³¹⁵ Oversat af autoriseret translatør.

³¹⁶ Bilag 47, e-mail af 4. august 2010, DMN internt

³¹⁷ Jf. artiklen "Udviklingen i det konkurrenceretlige aftalebegreb i EF-traktatens artikel 81(1)" v/ Benedikte Havskov Hansen og Christopher Kjølby 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 producenteres mulighed for at hindre parallelimport inden for Fællesskabet" v/ P.S. Jakobsen og M. Broberg i EU-ret & Menneskeret, nr. 4, 2001, side 157.

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 mundligt 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 markeder³¹⁸. 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.³¹⁹

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 konkurrencegrænsende, 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.

³¹⁸ Simon Evers Karlsmose-Hjelmborg i Konkurrenceretten i EU, 3. udgave, side 252.

³¹⁹ 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.

- 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 gruppefritagelsesforordninger, retningslinjer og meddelelser. Konkurrencebegrænsninger, som er sortlistet i gruppefritagelsesforordninger, eller som betegnes som alvorlige eller hardcore konkurrencebegrænsninger i 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 videresalgpriser samt absolut områdebeskyttelse, herunder begrænsninger i adgangen til passivt salg."³²⁰ [Egen understregning]

- 825 Efter gruppefritagelsens artikel 4, stk. 1, litra b), udgør opdeling af markeder alvorlige begrænsninger, som ikke omfattes af gruppefritagelsen.³²¹ 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.³²²
- 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.³²³
- 827 I Miller³²⁴ 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:

³²⁰Jf. EU-Tidende nr. C 101 af 27/04/2004, side 97-118 (fodnoter i original udeladt).

³²¹Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af EF-traktatens 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.

³²²Kommissionens 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.

³²³Dom 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.

"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 tilfredsstillende kundekredsen og bidrager til en mere eller mindre effektiv opdeling af markederne;"*³²⁵

- 828 I sagen om Herlitz³²⁶ 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 udtalte³²⁷:

"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 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.³²⁸

- 830 Det fremgår således af forarbejderne³²⁹ 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

³²⁴ Dom af 1. juli 1978 i sag 19/77, Miller International Schallplatten GmbH mod Kommissionen.

³²⁵ Jf. præmis 7.

³²⁶ Dom af 1. juli 1994 i sag T-66/92, Herlitz AG mod Kommissionen.

³²⁷ Jf. præmis 29.

³²⁸ Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 330.

³²⁹ Forarbejderne til konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, jf. lov nr. 384 af 10. juni 1997.

distributører, om f.eks. geografisk afgrænsede salgsområder, opdeling af kundekredse mv., forbudt. [Egen understregning]

831 Endelig er det også i dansk praksis fastslået³³⁰, 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 Deutz-reservedele 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.

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

³³⁰ 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.

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 vidende om udfaldet af mødet, jf. ordlyden af den interne e-mail 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.³³¹ 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 mundtligt på mødet den 20. juli 2010 mellem Deutz og DMN i Köln.
- 845 Det forhold, at [NAVN], som på daværende tidspunkt var salgschef 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.

³³¹ Jf. Bilag 40, e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.

- 846 DMN har endvidere støttet af Deutz anført, at selv hvis der imidlertid måtte være tilstrækkelig 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.
- 848 Deutz anfører, at det ikke er godtgjort, at der er indgået en konkurrencebegrænsende aftale mellem Deutz og DMN om hindring af passivt salg. Deutz henviser til sit lovlige distributionssystem med Deutz-forhandlere, 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 forpligtelser i henhold til distributionsaftalen og Deutz er forpligtet til at reagere for at opretholde sit eksklusive distributionssystem. Deutz henviser til en række omstændigheder, der efter Deutz' opfattelse støtter, at det var Equipco, der aktivt henvendte sig til Fleco med henblik på aktivt salg, herunder at Equipco ikke skulle have 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 andet 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 uopfordret rettede henvendelse til hvem om levering af Deutz-reservedele. 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. Følgende af sagens faktiske omstændigheder taler for, at Flecos udsagn er korrekt:

- Equipco har til underskrevet afhøringsrapport oplyst, at det var Fleco, som i første omgang rettede henvendelse til Equipco om salg af Deutz-reservedele.³³²
- Equipcos egen redegørelse til Deutz, hvoraf det fremgår, at "*Fleco contacted Equipco*" mv.³³³
- 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 Deutz-reservedele, som indgår i DSB's overhaul reoveringsplaner over en periode på 2 år. Denne opfølgende e-mail tyder ikke på, at Equipco var bekendt med DSBs overhaul reoveringsplaner og de reservedele, som indgår heri, før Fleco rettede henvendelse til Equipco herom.³³⁴

851 Intet i sagen tyder i øvrigt på, at DSB har været i dialog med Equipco om entreprenen/opdelingen af IC3-reoveringsopgaven ved konsortiet, således at Equipco derved var blevet bekendt med, at Fleco var et af medlemmerne af konsortiet. Dette er bekræftet af DSBs daværende strategiske indkøber [NAVN], der håndterede IC3-reoveringsopgaven for DSB. [NAVN] har oplyst, at han ikke har kendskab til eller hørt om leverandøren Equipco.

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.

³³² Equipcos forklaring til NMa, bekræftet oversættelse fra nederlandsk, bl.a. se 5 og 6.

³³³ Jf. bilag 24, redegørelse fra Equipco til Deutz.

³³⁴ Bilag 23, e-mails mellem Equipco og Fleco bl.a. af 12. juli 2010.

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 bagatelmeddelelse³³⁵ 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.³³⁶
- 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.

³³⁵ 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).

³³⁶ 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.

- 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.³³⁷
- 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.³³⁸
- 863 Hertil kommer, at DSBs reovering 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 reovering 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.

³³⁷ Jf. punkt 11 i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i EF-Traktaten, EF-Tidende nr. C 368 af 22. december 2001, side 13-15.

³³⁸ 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.

4.8.6 Bagatelgrænsen i Kommissionens bagatelmeddelelse 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 bagatelmeddelelse er vejledende, og/eller konkurrencelovens § 7.³³⁹

4.8.6.1 Kommissionens bagatelmeddelelse

867 Kommissionens bagatelmeddelelse undtager i punkt 7, litra b, visse konkurrencebegrænsende (vertikale) aftaler, når disse er indgået mellem virksomheder, 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

³³⁹ 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).

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 211.³⁴⁰
- 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

³⁴⁰ Også bilag 38, e-mail af 21. juli 2010, DMN.

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.³⁴¹ 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.³⁴² Endvidere opfylder alvorlige overtrædelser normalt heller ikke nødvendighedskriteriet.³⁴³

³⁴¹ Sml. Rettens dom af 27. september 2006 i sag T-168/01, GlaxoSmithKline, præmis 233.

³⁴² Jf. Konkurrencerådets afgørelse af 24. november 2010 i sagen om Witt Hvidevarer A/S, punkt 391.

³⁴³ Sml. punkt 46 i Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger, EF-Tidende nr. C 291 af 13/10/2000 side 1-44 og punkt 47 i Kommissionens nye retningslinjer SEC(2010)411, samt

- 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. 3.³⁴⁴ 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.³⁴⁵
- 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.

punkt 20 og 46 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, EU-Tidende nr. C 101 af 27/04/2004, side 97-118.

³⁴⁴ FT 1996/1997, tillæg A 3662, h.sp.

³⁴⁵ 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.

- 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

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 Köln den 20. juli 2010. Her aftaltes det at standse parallelimporten fra forhandleren i Nederlandene til Fleco ApS i Danmark.

6 AFGØRELSE

895 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.

896 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 895, til ophør og som led heri,

at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende virkning som beskrevet under punkt 895.

897 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.
- 898 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.
- 899 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 898, 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 898.
- 900 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.
- 901 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 900, 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 900.
- 902 Fristen for opfyldelse af disse påbud fastsættes til den 11. juli 2013.

BILAG

Bilag nr.	Titel	Side
1	Oversigt over Flecos samhandel og køb af Deutz reservedele fra 2003-2010.	1
2	Notat af 24. november 2010 fra Fleco til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.	2
3	Referat fra møde med DSB den 11. november 2011.	8
4	Referat fra telefonsamtale med DSB den 19. april 2012.	11
5	Referat af telefonmøde med [navn på konsortiedeltager udeladt] den 17. april 2012.	13
6	Referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.	15
7	DMNs bemærkninger til referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens møde med DMN den 24. maj 2012.	19
8	Distributionsaftale mellem DMN A/S og Deutz AG.	22
9	Ændring af distributionsaftale mellem DMN og Deutz af 11. februar 2008.	53
10	Ændring af distributionsaftale mellem DMN og Deutz af 16. marts 2010.	55
11	Ændring af distributionsaftale mellem DMN AS og Deutz AG af 14. september 2010.	56
12	Deutz' bemærkninger til udkast til sagsfremstilling af 13. juni 2012.	59
13	DSBs notat om udbudsprocessen af 4. november 2010, inkl. bilag.	84
14	Deutz' påmindelse om opfordring til ikke at byde på DSB-tender af 27. april 2010.	100
15	Forbud mod at betjene DSB udbud af 14. april 2010.	101
16	e-mail korrespondance og flere kontraktudkast mellem DMN og Deutz, 27. april 2010.	103
17	Deutz' støtte til DMNs bud, af 30. april 2010.	115
18	DMNs tilbud til DSB, 30. april 2010.	116
19	e-mail af 11. juni 2010 ang. støtte til betingelser til DSB.	123
20	Udkast til tilbud på DSB udbuddet, 29. april 2010.	125
21	Tilbud til DSB af 3. maj 2010.	136
22	e-mail internt i Equipco af 28. april 2010.	139
23	e-mails mellem Equipco og Fleco bl.a. af 12. juli 2010.	156
24	Redegørelse fra Equipco til Deutz.	167
25	e-mail fra Equipco til Fleco af 13. juli 2010.	172
26	Tilbud fra Equipco til Fleco ink. e-mail streng.	173

27	e-mail af 16. juli 2010 fra Equipco til Fleco og ark over Deutz' lagerbeholdning.	188
28	Invitation til individuelt forhandlingsmøde.	191
29	Plan for møde med DSB den 25. maj 2010.	194
30	e-mail korrespondance mellem Deutz og DMN, bl.a. den 15. juni 2010.	195
31	Powerpoint, DSB status 09.08.2010.	199
32	e-mail fra Fleco af 1. juni 2012.	207
33	Tidslinje.	209
34	e-mail af 26. juli 2010 fra DMN til Deutz.	211
35	e-mail af 16. juli 2010, internt Deutz.	212
36	e-mail af 16. juli 2010, Deutz.	216
37	e-mail af 20. juli 2010, Equipco	217
38	e-mail af 21. juli 2010, DMN.	218
39	e-mail af 7. oktober 2010, Fleco til DMN.	220
40	e-mail af 29. juli 2010, DMN internt.	221
41	e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt.	223
42	e-mail af 16. juli 2010, Deutz internt.	224
43	e-mail af 22. juli 2010, DMN, blocked parts.	225
44	e-mail af 4. august 2010, Deutz til DMN.	226
45	e-mail af 4. august 2010, DMN til Deutz.	230
46	e-mail af 4. august, DMN internt.	233
47	e-mail af 4. august 2010, DMN internt.	236
48	e-mail af 23. august 2010, Deutz til DMN.	241
49	e-mail af 21. januar 2011, Deutz, frigivelse af spærrede dele.	246
50	e-mail af 15. oktober 2010, Equipco.	249
51	e-mail af 5. januar 2010, DSB.	259
52	e-mail af 25. august 2010, Fleco.	261
53	e-mail af 6. september 2010, Fleco.	263
54	e-mail af 20. september 2010, Fleco.	264
55	e-mail af 14. januar 2011, Deutz.	264
56	e-mail af 7. februar 2011, Deutz.	266
57	e-mail af 18. oktober 2010, Fleco.	268
58	e-mail af 22. oktober 2010, Fleco.	269
59	e-mail af 27. oktober 2010, Fleco.	270
60	e-mail af 10. december 2010, Fleco.	271
61	e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco.	272
62	e-mail af 13. oktober 2010, DMN til Fleco.	274
63	e-mail af 13. december 2010, Fleco.	276
64	e-mail af 15. oktober 2010, DSB.	277
65	e-mail af 14. oktober 2010, DMN internt.	278

66	e-mail streng bl.a. af 10. november 2010.	281
67	e-mail af 20. oktober 2010, DMN til Deutz.	285
68	e-mail af 21. juni 2011, Fleco.	292
69	e-mail af 22. juli 2010, Equipco.	293
70	Mødereferat besøg hos DSB	294
71	Høringssvar af 21. september 2012 fra Deutz.	296
72	Høringssvar af 7. september 2012 fra DMN.	335
73	Oversættelse af forklaring fra Equipco til NMa	377
74	e-mail af 13. november 2012, Deutz ang. markedstest.	390
75	Referat fra møde med Deutz den 23. oktober 2012.	461
76	Interviewrapporter fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest.	466
77	Referat fra møde med DSB den 31. okt. 2012	486
78	Svar fra DSB på spørgsmål fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, november 2012.	488
79	Distributionsaftale mellem Deutz og Equipco.	506
80	e-mail af 11. oktober 2010, DMN internt.	547
81	Høringssvar af 14. februar 2013 fra Deutz.	550
82	Høringssvar af 24. januar 2013 fra DMN.	578