



ØSTRE LANDSRET
DOM
afsagt den 27. februar 2023

Sag BS-5308/2021-OLR
(10. afdeling)

Deutz AG
(advokat Erik Kjær-Hansen)

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

og

Sag BS-13531/2021-OLR
(10. afdeling)

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

mod

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

Sø- og Handelsretten har den 11. januar 2021 afsagt dom i 1. instans (sag BS-73/2014-SHR og sag BS-72/2014-SHR).

Landsdommerne Katja Høegh, Malou Kragh Halling og Susanne Lehrer har deltaget i ankesagens afgørelse.

Påstande

I sag BS-5308/2021-OLR har appellanten, Deutz AG, ("Deutz") nedlagt følgende påstande:

1. Punkt 55, 56, 57, 58, 59 og 62 samt punkt 895, 896, 897, 898, 899 og 902 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-6-2013, ophæves, subsidiært hjemvises punkt 55, 56, 57, 58, 59 og 62 samt punkt 895, 896, 897, 898, 899 og 902 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-6-2013, til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.
2. Konkurrencerådet tilpligtes at tilbagebetale 500.000 kr. til Deutz med tillæg af rente fra indleveringen af ankestævning den 8. februar 2021.

Deutz har anført, at der i den principale og subsidiære påstand 1 er indeholdt sædvanlige subsidiære påstande, herunder om ophævelse og/eller hjemvisning af enkelte og/eller dele af punkterne.

I sag BS-13531/2021-OLR har appellanten, Diesel Motor Nordic A/S ("DMN"), nedlagt følgende påstande:

1. Punkt 60-62 og punkt 900-902 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-5-2013, ophæves, subsidiært ophæves og hjemvises punkt 60-62 og punkt 900-902 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sag KL-5-2013, til fornyet behandling ved Konkurrencerådet, og mere subsidiært tilpligtes Konkurrencerådet at anerkende, at Konkurrencerådet og Konkurrenceankenævnet ikke med den fornødne sikkerhed har påvist, at DMN overtrådte forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, som angivet i punkt 60 og punkt 900 i Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved kendelse af 9. december 2013 i sag KL-5-2013, efter 30. september 2010, subsidiært fra et af retten fastsat senere tidspunkt, som dog ligger før den 12. juni 2013.
2. Konkurrencerådet tilpligtes at betale 250.000 kr. til DMN med tillæg af procesrente fra den 2. februar 2021.

Indstævnte, Konkurrencerådet, har i begge sager over for Deutz og DMN's påstand 1 nedlagt påstand om stadfæstelse og har over for de to selskabers påstand 2 nedlagt påstand om frifindelse.

Sagen er hovedforhandlet den 5., 7. og 8. september 2022. I overensstemmelse med det aftalte på et forberedende møde den 8. juni 2022 har landsretten først optaget sagen til dom efter EU-Domstolens afsigelse af dom den 19. januar 2023 i sag C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations, og efter at parterne har haft mulighed for hver at afgive et processkrift om betydningen af EU-Domstolens dom for nærværende sager.

Supplerende sagsfremstilling

Deutz og DMN's adgang til bilagene til Konkurrencerådets afgørelse mv.

Deutz og DMN har ifølge Deutz' processkrift 1 til Sø- og Handelsretten den 19. marts 2020 fra SØIK fået udleveret den fortrolige udgave af Konkurrencerådets afgørelse ekskl. bilag og visse andre akter i forbindelse med den af SØIK i forlængelse af sagen ved konkurrencemyndighederne indledte straffesag. Deutz og DMN har endvidere først under sagens behandling ved Sø- og Handelsretten fået adgang til en række af bilagene til rådets afgørelse.

Uoriginale reservedele

Af DSBs indbydelse til prækvalifikation af 12. marts 2010 fremgår vedrørende brug af uoriginale reservedele:

“It is accepted that the applicant use third party spare parts, however the applicant is to document that functionality, quality and dimensions are minimum similar to the original spare part recommended by the producer of the engines. This documentation is to be accepted by DSB.”

Konsortiets oplysninger om reservedelsmarkedet

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kontaktede ifølge et telefonnotat af samme dato den 17. april 2012 telefonisk kontakten salgschef i Aktieselskabet Carl Christensen, [REDACTED], ”med henblik på at høre nærmere om markedet for servicering af dieselmotorer til industrielt brug”. Aktieselskabet Carl Christensen var en del af det konsortium, der sammen med Fleco ApS (”Fleco”) vandt DSBs udbud. Af styrelsens telefonnotat fremgår, at [REDACTED] indledningsvis gjorde opmærksom på, at han udtalte sig generelt om reservedelsmarkedet og herefter oplyste følgende om dette marked:

“... ”

- Når det gælder reservedele til dieselmotorer så er langt størstedelen tilgængelige på det frie marked. Der er ikke mange reservedele, der ikke kan skaffes via internettet.

- Dog er der nogle yderområder, hvor visse motorproducenter har mulighed for at kontrollerer deres produktionskanaler således, at de kan styre hvem der skal have adgang til at købe specifikke reservedele.
- Dette gælder særligt i de tilfælde, hvor producenten har et særligt tilhørsforhold til motorproducenten. Det kan eksempelvis være hvis producenten henter størstedelen af sin omsætning hos den konkrete motorproducent.
- Når en motorproducent skal have produceret en reservedel, foregår det typisk ved at få en uafhængig producent til at producere denne.
- Herefter for producenten en periode, hvor producenten har en eksklusiv ret til at producere den specifikke reservedel. Denne reservedel kan således ikke skaffes andetsteds.
- I nogle tilfælde betaler motorproducenten udviklingsomkostningerne. I disse tilfælde vil motorproducenten have rettighederne til reservedelen og kan dermed styre, hvem der må sælges til.
- Det vil dog altid være muligt, at skille en motor ad for derefter at få alternative producenter til at kopiere reservedelene.
- I praksis vil der imidlertid være reservedele, som det ikke lader sig gøre at kopierer, med mindre man har adgang til reservedelens korrekte specifikationer. Eksempelvis kan der være detaljer omkring metallegering, gummisammensætning eller komposit (materiel, der er sammensat af forskellige materialer for dermed at opnå bedre egenskaber) der ikke er mulige at kopierer.
- Der må som udgangspunktet godt benyttes kopier. Nogle virksomheder har dog en politik, der siger at visse dele skal være originale. Disse dele vil oftest være dele, der vurderes at være vitale for driften af motoren samt en vurdering af den sikkerhedsmæssige risiko forbundet ved at reservedelen skulle gå i stykker.
- Det er op til kunden selv at vurderer om en reservedel sikkerhedsmæssigt kan benyttes. Det er en individuel vurdering, men kunden skal stå til ansvar for havarikommissionen, hvis der sker fejl.
- Når man skal reovere en motor vil man lave en liste med reservedele, der skal skiftes. Herefter opdeler man listen i dele, der må skaffes fra alternative producenter samt dele der skal leveres via motorproducenten eller via officielle producenter."

DSBs oplysninger til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vedrørende reservedelsmarkedet og de faktiske leverancer

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kontaktede ifølge et telefonnotat af samme dato den 19. april 2012 den strategiske indkøber i DSB, [REDACTED], telefonisk" med henblik på få nærmere oplysninger om opgaven med et reovere IC3

motorer samt om markedet for servicering af dieselmotorer". Af telefonnotatet fremgår blandt andet:

"Ang. brug af kopier:

- ■ oplyste, at DSB som udgangspunktet accepterer, at der benyttes kopier.
- For visse dele forlanger DSB dog, at der benyttes originale. Disse dele er dele, der vurderes at være vitale for driften af motoren samt en vurdering af den sikkerhedsmæssige risiko forbundet ved at reservedelen skulle gå i stykker.
- Det er op til DSB selv at stå inde for sikkerhedsgodkendelsen. DSB har to organer, der tager sig af sikkerhedsgodkendelser; teknisk afdeling og jernbanesikkerhed.
- Hvis en leverandør kun kan levere uoriginale reservedele skal disse reservedele testes og sikkerhedsgodkendes først af teknisk afdeling og herefter af jernbanesikkerhed. Hvis reservedelen benyttes og det efterfølgende går galt skal DSB stå til ansvar overfor myndighederne (Trafikstyrelse og havarikommissionen)
- De tests og godkendelsesprocedurer, der er forbundet ved at godkende uoriginale reservedele gør det – for visse reservedeles vedkommende – til en urentabel forretning at benytte disse."

Af tre referater fra møder mellem Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og DSB i henholdsvis 2011 og 2012, herunder et besøg på DSBs værksted, hvilke referater var blandt de bilag til rådets afgørelse, som Deutz og DMN ikke fik adgang til før under sagens behandling ved Sø- og Handelsretten, fremgår blandt andet:

Mødereferat af 11. november 2011:

"2) Hvilke komponenter består en motor af og hvor mange er henholdsvis unikke og generiske?"

Motoren i DSBs IC3-tog er en såkaldt DEUTZ diesel 2015 motor. Motoren består af adskillige dele, men selve renoveringen omfattede ca. 120 komponenter.

Ca. 1/3 del af komponenterne er unikke og skal leveres af DEUTZ, mens 2/3 er generiske og kan leveres af uafhængige producenter. Visse af de unikke komponenter kan tilsyneladende kopieres. ■ udleverede en liste over (de) unikke reservedele. Det er uklart om dette er lovligt, men det bekymrer DSB sig ikke om. Det eneste, de er interesserede i, er om den kopierede komponent lever op til kravspecifikationerne.

■ bemærkede i den forbindelse, at renoveringsopgaven kører efter planen. Dette skulle efter sigende kunne lade sig gøre dels ved, at Fleco m.fl. forud for leveringsnægtelsen fandt sted havde indkøbt et lager af kompo-

ninger og dels ved at Fleco m.fl. får kopieret visse originale komponenter, jf. ovenfor.

DSB har dog visse problemer med at få leveret andre reservedele fra DEUTZ (■■■■■■■■■■ til IC3-togene). Disse leverancer vedrører dog ikke renoveringsopgaven, som Fleco m.fl. er en del af.

3) Hvordan ser markedet ud?

Markedet er en kompleks sammenblanding af producenter, leverandører, agenter og mellemhandlere. ■■■ fortalte, at han ikke har viden om, hvor de forskellige komponenter bliver produceret og gennem hvilke kanaler de leveres. ■■■ henviste i stedet til Fleco m.fl.

■■■ kunne dog fortælle, at DEUTZ har en begrænset egenproduktion. Langt de fleste dele, som DEUTZ sælger, produceres af andre. Delene bliver herefter enten leveret direkte fra producent til kunde eller også samler DEUTZ dele fra flere producenter, før det sendes videre. ■■■ kunne endvidere fortælle, at DEUTZ har et forhandlernetværk bestående af mindst 30 virksomheder.”

Mødereferat af 26. maj 2012 (besøg på DSB's værksted):

”...

- Der er flere reservedele, hvor det kun er muligt at benytte originale Deutz reservedele. ■■■■■■■■■■ blev nævnt som eksempler på dele, som skal være originale fra Deutz.
- I nogle kontrakter er der blandt andet indskrevet passuser hvoraf det fremgår at systemgaranti bortfalder, hvis der benyttes uoriginale reservedele.
- Visse dele kan benyttes uoriginalt, men det kræver en vurdering af sikkerhedsmæssige forhold.. Denne sikkerhedsproces kan være en meget langsommelig og ressourcekrævende proces. Det betyder, i nogle tilfælde, at det dels ikke økonomisk kan svare sig at benytte uoriginale samt at det dels ikke kan lade sig gøre rent praktisk, idet sikkerhedsgodkendelsen vil fordyre og forsinke, renoveringen.
- Ved en renovering skiftes alle dele, der er slidte. Visse dele kan imidlertid renoveres et antal gange, før de skal udskiftes. Eksempelvis kan en ■■■■■■■■■■ før den skal skiftes. Der vil dog altid være behov for nye reservedele.
- Konsekvenserne af leveringsnægtelsen har været, at DSB har haft en del motorer, der ikke er blevet vedligeholdt på det tidspunkt, hvor de burde. Det har betydet en del flere havarerede motorer. Ydermere er renoveringen blevet dyrere bla. pga. spildtid ifm. manglende leverance af reservedele. Dels fordi DSB har måttet vælge andre leverandører til visse reservedele og dels fordi DSB i nogle tilfælde har måtte bestille dyrere reservedele og selv tilpasse dem TCD2015 motoren. Et eksempel herpå er, at DSB købte nogle ■■■■■■■■■■ fra en umodificeret motor (en standard motor, der ikke passer til IC3). Dette har medført dette har medført en ikke uvæsentlig merudgift, og overflødige reservedele.

- Der var leveringsproblemer indtil udgangen af 2011. Der var udelukkende leveringsproblemer med Deutz-dele.
- I 2012 har produktionen — dvs. renoveringen kørt som den skulle og Fleco leverer i dag de nødvendige reservedele.
- På et tidspunkt i 2011 fotograferede et par "spioner" fra DMN på værkstedet. "Spionerne" var særligt optaget af nogle TCD [REDACTED]. Disse [REDACTED] var blevet leveret af Fleco. Disse motorer har efterfølgende ikke fungeret anderledes end [REDACTED]."

Mødereferat af 31. oktober 2012:

" [REDACTED] fortalte omkring reservedele, at der efter DSBs opfattelse eksisterer en lang række unikke komponenter i en motor. Der er mange forhold, der bevirker, at det ikke lader sig gøre at kopiere visse reservedele: Dette skyldes dels økonomi (det er meget ressourcekrævende) og dels tid (man har brug for reservedelen nu og her og har ikke tid til at vente på udvikling og produktion). Det er meget tidskrævende at få kopieret de ofte meget komplekse reservedele. Herudover er skal kopireservedele sikkerhedsgodkendes, før de kan benyttes. Det bevirker, at det ikke er muligt at skifte leverandør.

DSB værksted i Aarhus gennemfører fuld overhaul af motorerne.

[REDACTED] oplyste, at DSB har mange slags tog motorer, som alle består af mange komponenter DSB har ikke et tilstrækkeligt kendskab til reservedelsmarkedet og kan dermed ikke selv source samtlige reservedele i markedet. Derfor er det nødvendigt for DSB at få leveret fra underleverandører som har det kendskab til markedet. Fleco er en sådan underleverandør og har en stor værdi for DSB. Det er underleverandørernes eksistensberettigelse, at de ved hvem der producerer hvad og hvor.

DSB kalkulerede ved valget af løsning med at de kunne spare 47 mio ved at vælge løsningen med konsortiet."

Ved mail af 30. november 2012 har administrationschef i DSB, [REDACTED], endvidere besvaret spørgsmål fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen af 5. november 2012, blandt andet som følger:

"Spm 2) Da der var tale om et EU-udbud kunne principielt alle virksomheder byde ind, også uden for EU. Som det fremgår af mail fra [REDACTED] af 27.11.2012 er næsten alle dele dog unikke. ("Så hvis unikke dele defineres som dele, der ikke er specificerede i en grad, så de umiddelbart kan bestilles andre steder, er næsten alle dele unikke"). Det ville derfor være forbundet med meget store omkostninger, hvis overhovedet muligt, at source delene fra andre leverandører. Der ville være et mindre antal dele (standardkomponenter), som muligvis kunne sources hos underleverandører." (svar på styrelsens spørgsmål 2, som lød: "Kunne værkstedet source reservedele globalt?")."

Markedstest

Som det fremgår af afsnit 3.3.1.3 i Konkurrencerådets afgørelse, foreslog Deutz i forbindelse med partshøringen af selskabet Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen at fortage en markedstest af, hvorvidt de for sagen relevante reservedele kunne erhverves andre steder end via Deutz og Deutz' forhandlernetværk, på grundlag af nogle lister med ifølge Deutz alternative forhandlere "parret" med de pågældende reservedele. Som det ligeledes fremgår af det nævnte afsnit fulgte styrelsen ikke Deutz' forslag til markedstest, men foretog i stedet en markedstest, der bestod i, at styrelsen i november 2012 henvendte sig til syv af de på Deutz' liste over forhandlere anførte virksomheder og bad den i virksomheden kontaktede person om at svare på en række spørgsmål om reservedele til dieselmotorer til industrielt brug og om handelen hermed. Af styrelsens interviewrapporter af 20.-23. november 2012 med spørgsmål og svar fremgår blandt andet, at styrelsen indledte interviewene med at oplyse følgende om baggrunden for henvendelsen:

"Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (KFST) behandler i øjeblikket en sag omhandlende markedet for dieselmotorer til industrielt brug samt service- ring heraf.

I den forbindelse ønsker KFST oplysninger om reservedele til dieselmotorer til industrielt brug samt oplysninger om, hvordan reservedele kan til- vejebringes."

Af de enkelte interviewrapporter fremgår nærmere:

Interview den 23. november 2012 med Berg & Larsen (BL)

"...

Om virksomheden

BL er en dansk virksomhed, der blandt andet sælger (marine) reservedele og komponenter til store skibsredere over hele verden, herunder visse reservedele, som kan bruges til dieselmotorer til industrielt brug.

...

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at BL sælger visse reservedele til dieselmotorer til industrielt brug. KFST er i den forbindelse blevet oplyst, at BL blandt andet sælger [REDACTED] fra producenten Federal Mogul og [REDACTED] fra European Springs & Pressings Ltd. Kan BL bekræfte dette?

Svar:

Ja. BL sælger [REDACTED] og [REDACTED], og BL kan fremskaffe delene fra henholdsvis Federal Mogul og Spring & Pressings Ltd. eller fra andre forhandlere.

Spørgsmål:

Kan disse reservedele altid skaffes?

Svar:

Ja, de kan typisk altid fremskaffes, medmindre der f.eks. er tale om reservedele til et gammelt skib.

Spørgsmål:

Hvis der ikke umiddelbart findes producenter, der har reservedelen på lager, vil det da være muligt at få en alternativ producent til at kopiere reservedelen? Vil dette i givet fald være lovligt, teknisk muligt og økonomisk rentabelt?

Svar:

Der findes en lang række producenter af de omhandlede reservedele, som BL køber reservedelene hos. Reservedelene kan typisk kopieres, hvis en producenten ikke har reservedelen på lager, da de typisk ikke er behæftet med patenter. Der skal dog typisk en vis mængde til, før det er økonomisk rentabelt. I visse tilfælde vil en kopiering være økonomisk rentabel, hvis reservedelen kopieres til et lager med reservedele til f.eks. 20 år og afskrives over nogle år.

Men 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 f.eks. tog-motorer.

Spørgsmål:

Hvordan er virksomhedens opfattelse af muligheden for at anskaffe reservedele til dieselmotorer til industrielt brug generelt?

Svar:

Det overordnede billede er, at det findes mange udbydere på markedet. Det betyder, at det vil være muligt at fremskaffe langt størstedelen af de efterspurgte reservedele. Er der undtagelsesvist ikke behov for at anvende

originale reservedele, er det ikke nødvendigt at gå til motorproducenten, men typisk vil der være behov for at anvende originale reservedele.

I det omfang der er behov for originale reservedele, skal man have fat i motorproducenten, dennes forhandlere eller den producent, der producerer for motorproducenten.

Enkelte dele vil ikke være tilgængelige andre steder end hos motorproducenten. Dette kan være tilfældet, når det ikke er økonomisk rentabelt at få en alternativ producent til at producere, jf. ovenfor.

I udgangspunktet vil BL gå til motorproducenten eller den producent, der har produceret reservedelen, når BL skal bruge en reservedel.

Der er i øvrigt en tendens til, at forhandlere i forskellige lande af motorer og reservedele, som er produceret af større (dominerende) motorproducenter, har en mundtlig aftale om ikke at sælge varer til kunder i hinandens områder, selv om kunden selv henvender sig til en forhandler i et andet område, end der hvor kunden bor og hvor der er en forhandler.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedelene til en dieselmotor til industrielt brug kan opdeles i generiske og unikke reservedele. Deler virksomheden den opfattelse?

Svar:

Ja, i en standard motor vil det dog være meget få dele, der kan betegnes som unikke. Hvis motoren er tilpasset, kan det ikke afvises, at der kan være flere unikke reservedele.

Spørgsmål:

Kan det lade sig gøre at kopiere selv særligt tilpassede reservedele?

Svar:

Ja, i mange tilfælde, men i visse tilfælde kræves dog helt konkret viden om reservedelen, herunder tekniske tegninger og specifikationer, førend den kan kopieres.

Som udgangspunkt kan det lade sig gøre at kopiere en sådan reservedel, hvis producenten kender reservedelen i forvejen, hvis producenten får et eksempel af reservedelen med henblik på kopiering, eller hvis producenten får kendskab til tekniske tegninger og specifikationer.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedele som [redacted] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegeringer, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?

Svar:

[redacted] er generiske og vil typisk kunne fremskaffes. For de øvrige nævnte reservedele er det svært at sige generelt, om de er unikke — det afhænger af de konkrete omstændigheder. For eksempel vedrørende [redacted] — hvis der eksempelvis er tale om en lille revne i [redacted], kan [redacted] typisk kopieres, mens det ikke (altid) vil være tilfældet, hvis [redacted] er totalskadet, hvor der typisk vil være behov for præcise tekniske tegninger og specifikationer. Samtidig skal der typisk produceres en vis mængde, før det er økonomisk rentabelt at kopiere reservedelen.”

Interview den 23. november 2012 med A/S BG Service Center (BSC)

”...

Om virksomheden

BSC er en dansk virksomhed, der blev etableret i 1959 som et autoelektrisk specialværksted. I 1965 blev virksomheden en del af Bosch-organisationen i Danmark, hvor der blev udvidet med Bosch dieselservice og elektroværksted. I dag er virksomheden det førende Bosch salgs- og servicecenter i Skandinavien med en lang række tilføjede produkt-agenturer. BSC sælger blandt andet visse reservedele til dieselmotorer til industrielt brug, fx møtrik.

...

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at BSC sælger visse reservedele til dieselmotorer til industrielt brug. KFST er i den forbindelse blevet oplyst, at BSC blandt andet sælger [redacted] fra producenten Federal Mogut. Kan BSC bekræfte dette?

Svar:

Nej. BSC sælger ikke [redacted].

...

Spørgsmål:

Hvordan er virksomhedens opfattelse af muligheden for at anskaffe reservedele til dieselmotorer til industrielt brug generelt?

Svar:

Det overordnede billede er, at det findes mange udbydere på markedet. Det betyder, at det vil være muligt at skaffe langt størstedelen af de efterspurgte reservedele. Er der ikke behov for at anvende originale reservedele, er det ikke nødvendigt at gå til motorproducenten.

I det omfang der er behov for originale reservedele, skal man have fat i motorproducenten, dennes forhandlere eller den producent, der producerer for motorproducenten.

Enkelte dele vil ikke være tilgængelige andre steder end hos motorproducenten. Dette kan være, når det ikke er økonomisk rentabelt at få en alternativ producent til at producere.

I udgangspunktet vil BGS gå til motorproducenten efter den producent, der har produceret reservedelen, når BGS skal bruge en reservedel.

Spørgsmål;

KFST har fået oplyst, at reservedelene til en dieselmotor til industrielt brug kan opdeles i generiske og unikke reservedele. Deler virksomheden den opfattelse?

Svar:

Ja. I en standard motor vil det dog være meget få dele, der kan betegnes som unikke. Hvis motoren er tilpasset, kan det ikke afvises, at der kan være flere unikke reservedele.

Spørgsmål:

Kan det lade sig gøre at kopiere selv særligt tilpassede reservedele?

Svar:

Ja, i visse tilfælde. Det kræver dog helt konkret viden om reservedelene herunder tekniske tegninger og specifikationer.

Som udgangspunkt kan det kun lade sig gøre at kopiere en sådan reservedel, hvis producenten kender reservedelen i forvejen.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedele som [REDACTED] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegeringer, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?

Svar:

Ved ikke. AN kender ikke de omhandlede reservedele.”

Interview den 20. november 2012 med Petersen og Sørensen A/S (PS)

”...

Om virksomheden

Petersen og Sørensen A/S består af tre firmaer, med den maritime branche i centrum. Moderfirmaet Petersen & Sørensen Motorværksted A/S, er grundlagt i Svendborg. Med datterselskabet Marstal Værft A/S og søsterselskabet Thurøbund Yachtværft A/S udgør de P&S Koncernen.

Motorværkstedet er grundlagt i 1942 og her udføres reparationer, installationer og ombygninger indenfor marine- og industribranchen. Endvidere sælger virksomheden både nye og brugte reservedele til industrimotorer.

Petersen og Søren er professionelt Volvo-Penta Center, men forhandler endvidere en lang række andre mærker, herunder også Deutz.

...

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at PS sælger reservedele til dieselmotorer til industrielt brug. KFST er i den forbindelse blevet oplyst, at PS blandt andet sælger [REDACTED] fra producenten Federal Mogul. Kan PS bekræfte dette?

Svar:

Ja

Spørgsmål:

Kan reservedelen altid skaffes?

Svar:

Det kommer an på, om leverandøren kan levere.

Vi kontakter altid motorproducenten, når vi skal bruge reservedele. Skal vi eksempelvis bruge en [REDACTED] til en Volvo-Penta motor, kontakter vi Volvo-Penta. Hvis de ikke kan levere, kan vi ikke skaffe reservedelen.

Vi køber ikke 2nd hand.

Spørgsmål:

Hvad skyldes det?

Svar:

Vi er bundet op af leverandør kontrakter. Dem holder vi os til.

Der er i øvrigt ikke behov for at købe uoriginale, for motorproducenten eller den bagvedliggende producent kan som regel skaffe reservedelene.

Spørgsmål:

Hvis man ser bort fra jeres leverandørkontrakter, ville det da være muligt, at skaffe reservedelen et andet sted? Vil det være muligt at få en alternativ producent til at kopiere reservedelen? Vil dette i givet fald være, lovligt, teknisk muligt og økonomisk rentabelt?

Svar:

Det er muligt, at man kan få nogen til at lave en kopi, men det er ikke noget vi vil benytte os af.

Der er flere grunde hertil: For det første er det ikke noget man bare lige gør. Det kræver en utrolig stor viden om den specifikke reservedele før man kan producere en man med sikkerhed kan sige har de samme egenskaber, som den originale. Hertil kommer, at der skal produceres store mængder, før det overhoved kan betale sig.

Det største problem er dog, at man aldrig er helt sikker, når man bruger uoriginale reservedele. En dieselmotor til industrielt brug er meget kompliceret. Man får optimal ydelse og størst driftssikkerhed, når man bruger originale reservedele. Brug af uoriginale kan resultere i dyre reparationer.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedelene til en dieselmotor til industrielt brug kan opdeles i generiske og unikke reservedele. Deler virksomheden den opfattelse?

Svar:

Ja, det er korrekt. Der findes nogle dele, der er generiske og som kan skaffes mange steder. Men der findes også en række unikke, som man skal have fat i motorproducenten eller den bagvedliggende producent for at skaffe.

Spørgsmål:

Kan det lade sig gøre at kopiere selv særligt tilpassede reservedele?

Svar:

I visse tilfælde kan det godt. Det vil dog kræve at man har adgang til de præcise specifikationer om reservedelen. Du have adgang til tegninger og oplysninger om materiale, tolerance osv.

Det er ikke det samme at bruge originale som uoriginale. Du kan derfor kun gøre det hvis kunde accepterer en dårligere løsning.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedele som [REDACTED] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegeringer, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?

Svar:

Ja, det lyder rigtigt. Disse dele kan ikke kopieres undtagen man ved præcist hvordan den originale er fremstillet. Det kræves meget store ressourcer at udvikle og opstarte produktion af kopier. Det betyder også, at der skal bruges store mængder før man kan få nogen til at sætte én produktion i gang."

Interview den 20. november 2012 med PJ Diesel Engineering A/S (PJDE)

"...

Om virksomheden

PJ Diesel Engineering A/S, er en dansk Ingeniørvirksomhed, der blev etableret i 1978. Virksomheden er aktiv på markedet for reovering og restaurering af diesel- og gasmotorer til skibe, kraftværker og boreplatforme. Endvidere er virksomheden leverandør af reservedele til diesel- og gasmotorer.

...

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at PJDE sælger reservedele til dieselmotorer til industrielt brug. KFST er i den forbindelse blevet oplyst, at PJDE blandt andet sælger [REDACTED] fra producenten Federal Mogul. Kan PJDE bekræfte dette?

Svar:

Ja

Spørgsmål:

Kan reservedelen altid skaffes?

Svar:

Ja, det vil jeg tro. Vi er ikke lagerførende men der findes mange forskellige udbydere af den specifikke reservedel. Vores normale udbyder ligger i Tyskland, men skulle de ikke kunne levere, kan vi gå til alternative udbydere eksempelvis i Korea.

Spørgsmål:

Hvis ikke der umiddelbart findes producenter, der har reservedelen på lager, vil det da være muligt at få en alternativ producent til at kopiere reservedelen? Vil dette i givet fald være, lovligt, teknisk muligt og økonomisk rentabelt?

Svar:

Ja, for en [REDACTED] vil det være muligt. Både lovligt og teknisk. Der skal en vis mængde til før det er økonomisk rentabelt, men ned til omkring 100 stk. vil det nok være muligt.

Spørgsmål:

Hvordan er virksomhedens opfattelse af muligheden for at anskaffe reservedele til dieselmotorer til industrielt brug generelt?

Svar:

Det overordnede billede er, at det findes mange udbydere på markedet. Det betyder, at det vil være muligt at skaffe langt størstedelen af den reservedele, der er behov for. Har man ikke behov for at anvende originale reservedele, er det ikke nødvendigt, at gå til motorproducenten.

I det omfang man har behov for originale reservedele skal man have fat i motorproducenten, dennes forhandler eller den producent, der producerer for motorproducenten.

Enkelte dele vil ikke være tilgængelige andet sted end hos motorproducenten. Dette kan være, når der ikke er økonomi i at få en alternativ producent til at producere.

I udgangspunktet vil vi altid gå til motorproducenten eller den producent, der har produceret reservedelen, når vi skal bruge en reservedel.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedelene til en dieselmotor til industrielt brug kan opdeles i generiske og unikke reservedele. Deler virksomheden den opfattelse?

Svar:

Ja, det er korrekt. I en standart motor vil det dog være meget få dele der kan betegnes som unikke. Hvis motoren er tilpasset kan det ikke afvises, at der kan være flere.

Spørgsmål:

Kan det lade sig gøre at kopiere selv særligt tilpassede reservedele?

Svar:

I visse tilfælde kan det godt. Det kræver dog helt konkret viden om reservedelen, herunder tegninger og specifikationer.

Som udgangspunkt kan det kun lade sig gøre at få kopieret reservedele, hvis producenten kender reservedelen i forvejen.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedele som [REDACTED] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegeringer, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?

Svar:

Det er svært at sige generelt. Men for eksempelvis [REDACTED] er det nok rigtigt. Det kan ikke lade sig gøre med mindre man har de oplysninger om de præcise specifikationer. Samtidig skal der produceres en vis mængde før det er økonomisk rentabelt.”

Interview den 20. november 2012 med Scan Parts ApS (SP)

"...

Om virksomheden

Scan Parts ApS blev etableret i 2002 og beskæftiger sig med salg af reservedele til skibe og renoverings af reservedele til lastbiler, busser og varevogne.

...

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at SP sælger reservedele til dieselmotorer til industrielt brug. KFST er i den forbindelse blevet oplyst, at SP blandt andet sælger [REDACTED] fra producenten Federal Mogul. Kan SP bekræfte dette?

Svar:

Ja

Spørgsmål:

Kan reservedelen altid skaffes?

Svar:

Ja, der findes mange forskellige producenter, så det vil nok altid være muligt.

Spørgsmål:

Hvordan er virksomhedens opfattelse af muligheden for at anskaffe reservedele til dieselmotorer til industrielt brug generelt?

Svar:

De fleste reservedele kan skaffes via mange forskellige producenter. Samtidig findes der for de fleste reservedele alternative reservedel, der kan benyttes.

Der kan dog findes enkelte, der skal erhverves hos motorproducenten. Skal man eksempelvis bruge en turbolader fra Scania skal man købe den hos Scania.

Hvis motoren er en standardmotor vil der for de fleste dele være alternative producenter. de tilfælde vil der være økonomi i at producere kopier eller alternative reservedele.

Hvis motoren er specialfremstillet eller modificeret, kan der godt være dele som det ikke vil være muligt at fremskaffe udenom motorproducenten. De dele, der er specialudviklet eller tilpasset vil ikke være tilgængelige på det frie marked.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedelene til en dieselmotor til industrielt brug kan opdeles i generiske og unikke reservedele. Deler virksomheden den opfattelse?

Svar:

Ja, sådan kan man godt dele det op.

Spørgsmål:

Kan det lade sig gøre at kopiere selv særligt tilpassede reservedele?

Svar:

De dele, der er tilpassede, kan i princippet godt kopieres. Det kræver dog kendskab til de præcise specifikationer. Samtidig skal der være økonomi i det før der er nogen der gider starte en produktion op. Endelig vil reservedelen skulle gennemgå nogle kvalitetstest, før den kan benyttes.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedele som [redacted] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegninger, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?

Svar:

Det kan godt være korrekt, men det er svært at sige noget om generelt."

Interview den 20. november 2012 med Wärtsilä Denmark A/S (WD)

"...

Om virksomheden

Wärtsilä Denmark A/S er en del af Wärtsilä Corporation en verdensomspændende virksomhed, der leverer motorer og maskinløsninger til marine

og energiindustrien. Wärtsilä Denmark leverer serviceydelser og reservedele på markedet for dieselmotorer til marineindustrien.

Wärtsilä Denmark A/S blev oprindeligt grundlagt i 1926 som Havnens Maskinværksted, hvis formål var at reparerer fiske- og fragtbåde. I 1988 blev virksomheden købt af Wärtsilä Sweden. I 2005 købte Wärtsilä Deutz Marine Service.

...

██████████ oplyste indledningsvis at han var bekendt med DSBs renoveringsopgave. ██████████ oplyste endvidere, at WD havde været meget interesseret i at levere reservedele til opgaven, men at de ikke havde været i stand til det indenfor den tidsramme, som DSB havde efterspurgt.

Spørgsmål:

Det vil sige, at WD kunne have leveret de reservedele, der skulle bruges til DSBs renoveringsopgave.

Svar:

Ja, mange af dem i hvert fald. Vi kunne dog ikke levere så hurtigt som det blev ønsket, sådan som jeg husker det.

Der var en virksomhed – Jeg husker ikke navnet – der forsøgte at købe nogle ██████████ gennem os. Vi kunne ikke levere til den ønskede tid.

Spørgsmål:

Hvor ville WD have fået reservedelene fra?

Svar:

Dem skulle vi have haft hos Deutz eller hos de bagvedliggende producenter som Deutz benytter. Da disse ikke kunne levere, måtte vi opgive at sælge reservedelene.

Spørgsmål:

Hvordan er virksomhedens opfattelse af muligheden for at anskaffe reservedele til dieselmotorer til industrielt brug generelt?

[Svar]:

Reservedele handles gennem motorproducenten eller den bagvedliggende producent.

Spørgsmål.

Kan det lade sig gøre, at gå udenom motorproducenten eller den bagvedliggende producent?

Svar:

Ja, men kun hvis man accepterer uoriginale reservedele. Der findes mange kanaler at skaffe reservedele i gennem, men de originale kan kun skaffes via motorproducenten.

Spørgsmål:

Er der noget i vejen for at anvende uoriginale reservedele?

Svar:

Stort set alle vore kunder anvender kun originale reservedele med vi ser dog en begrænset anvendelse af uoriginale reservedele. Dette medfører en række ulemper, ang manglende forsikring og garanti. Bruges uoriginale reservedele er man ikke garanteret mod havari og forsikringen gælder heller ikke.

Det er ikke ulovligt, at anvende uoriginale reservedele, men al sund fornuft siger, at det skal man holde sig fra. Man løber en kæmpe risiko, hvis man bruger kopier.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedelene til en dieselmotor til industrielt brug kan opdeles i generiske og unikke reservedele. Deler virksomheden den opfattelse?

Svar:

Ja, der er rigtigt. Der er selvfølgelig nogle dele, der er generiske, som kan erhverves flere steder, men en stor del er særlige og kan derfor kun skaffes via motorproducenten eller den bagvedliggende producent.

Spørgsmål:

Kan det lade sig gøre at kopiere selv særligt tilpassede reservedele — selvom det måtte stride mod sund fornuft at benytte dem?

Svar:

For nogen vil det måske være muligt, for andre vil det ikke. Det kræver at man præcise oplysninger om reservedelen, herunder specifikationer og tegninger.

Men selv hvis man har det løber man en stor risiko ved at anvende kopier. Det vil kræve store ressourcer til udvikling og test for at være sikre på, at kopien opfylder sammen krav som den originale del. Samtidig skal der produceres store mængder, før det er rentabelt.

Spørgsmål:

KFST har fået oplyst, at reservedele som [REDACTED] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegeringer, gummisammensætninger eller komposit. Er dette korrekt?

Svar:

Ja, det er rigtigt. Jeg vil mene, at det er helt utænkeligt, at source eksempelvis en [REDACTED] et andet sted end hos motorproducenten. Det er muligt, at man kan få nogen til at producere en kopi, men man ville løbe en stor risiko ved at benytte den. Det er ikke noget det finder sted i den civiliserende verden."

Interview den 23. november 2012 med FTZ Autodele og værktøj A/S (FTZ)

"...

Om virksomheden

FTZ er en autogrosist, som leverer autoreservedele, primært til de uafhængige autoværksteder.

...

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at FIZ sælger visse reservedele til dieselmotorer til industrielt brug.

Svar:

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.

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at FTZ sælger en række specifikke reservedele, blandt andet [REDACTED] fra producenten Federal Mogul. Kan FTZ bekræfte det?

Svar:

Nej. FTZ forhandler slet ikke det mærke og har ikke forhandlet det i 2-3 år.

Øvrige spørgsmål til produktet var ikke relevante, da FTZ ikke har kendskab til produktet.

Spørgsmål:

KFST er blevet oplyst, at FTZ sælger en [REDACTED] med varenummer [REDACTED] fra producenten Bosch. Kan FTZ bekræfte det?

Svar:

Nej. FTZ forhandler reservedele fra Bosch, men den pågældende reservedel fremgår ikke af de brochurer og elektroniske søgesystemer FTZ har over reservedele fra Bosch. Det betyder formentlig at reservedelen ikke er tilgængelig på det frie eftersalgsmarked, men FTZ kan ikke vide med sikkerhed om reservedelen ikke er tilgængelig i FTZ' systemer, fordi FTZ ikke forhandler den type produkter (reservedele til industrimotorer).

Spørgsmål:

Hvordan er virksomhedens opfattelse af muligheden for at anskaffe reservedele til dieselmotorer til industrielt brug generelt?

Svar:

Ved ikke. FTZ er ikke aktive på markedet for motorer til industrielt brug og har derfor ikke det nødvendige kendskab til markedet.

Øvrige spørgsmål fandtes ikke relevant grundet FTZ' manglende kendskab til markedet."

Andre oplysninger

Ved de nederlandske konkurrencemyndigheders (NMa) kontrolundersøgelse hos Equipco B.V. ("Equipco") i marts 2011 afgav administrerende direktør, [REDACTED], og medejer og sales manager, [REDACTED], forklaring. Af en bekræftet oversættelse af rapport af 10. marts 2011 fremgår blandt andet, at de nævnte personer på spørgsmål om, "[i] hvilket omfang er Equipco og Deres kunder afhængige afleveringen af DEUTZ-produkter?", har svaret:

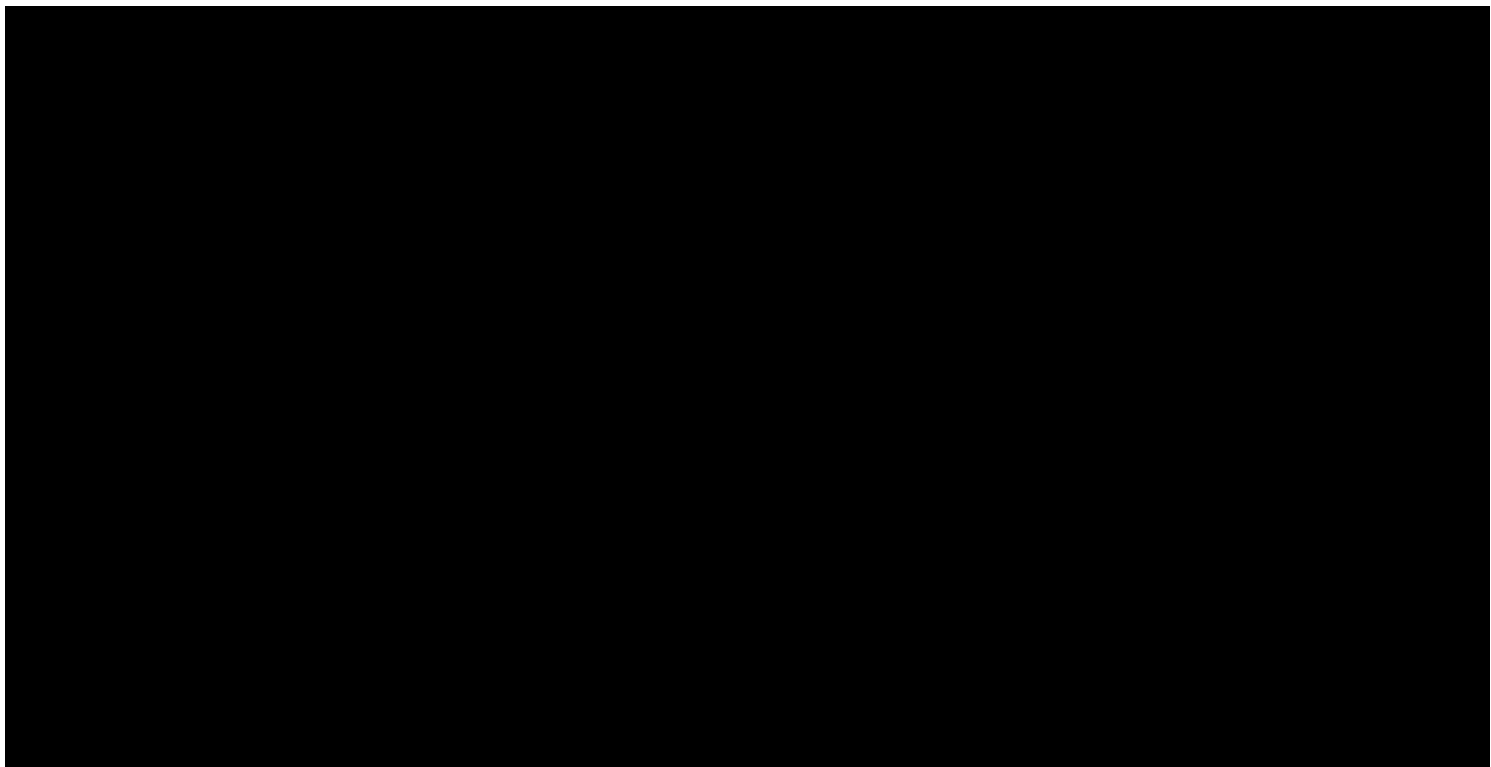
"Der er faktisk tale om en betydelig grad af gråzoner. DEUTZ har også egne leverandører, og disse leverandører kan også levere direkte til kunderne. Disse produkter har så ikke et originalt DEUTZ-stempel, men er reelt de samme. Disse leverandører kan faktisk levere billigere

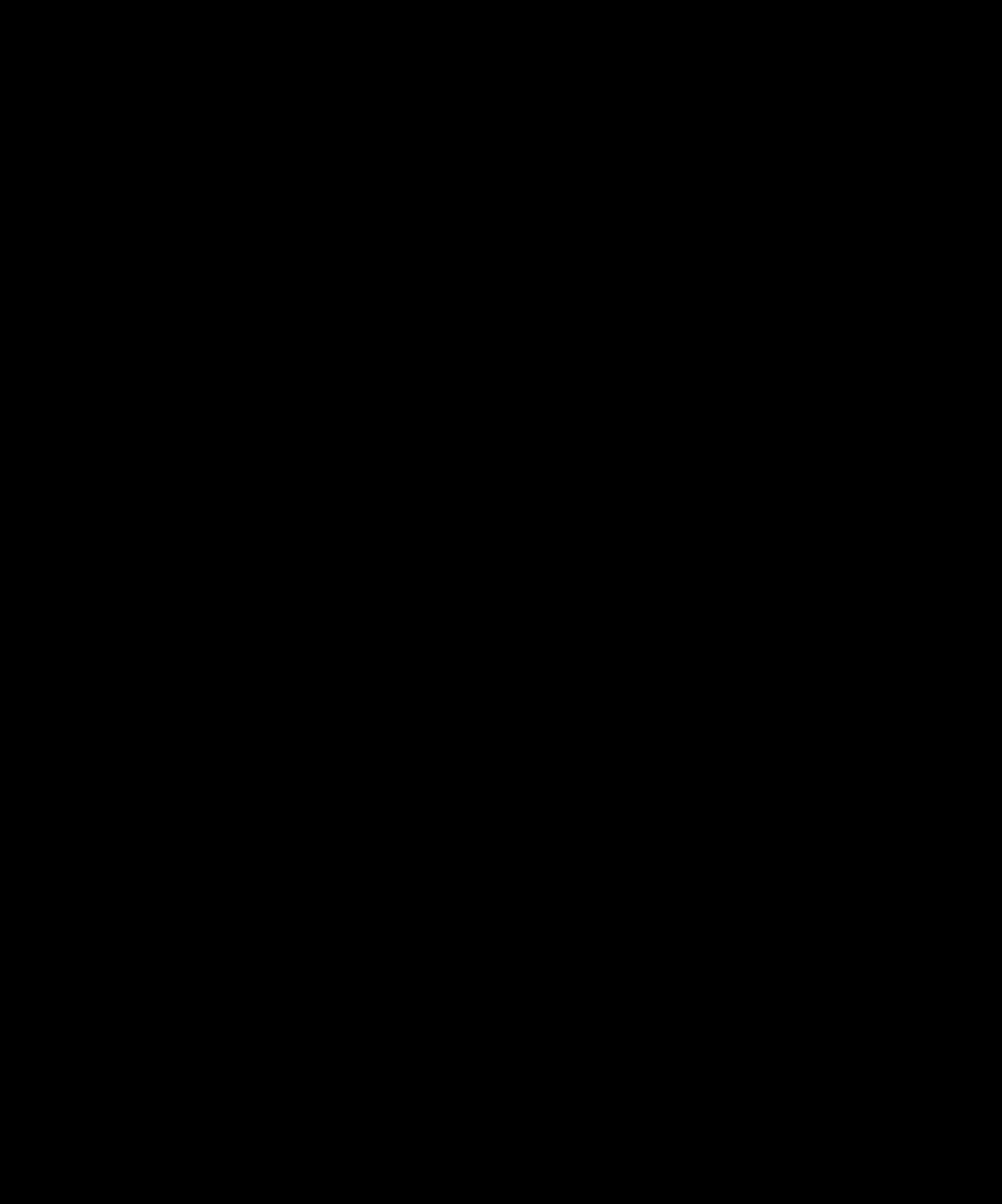
end DEUTZ. Muligheden for at bestille direkte via DEUTZ' leverandører er almen kendt. Det går så ud over DEUTZ' forretning.

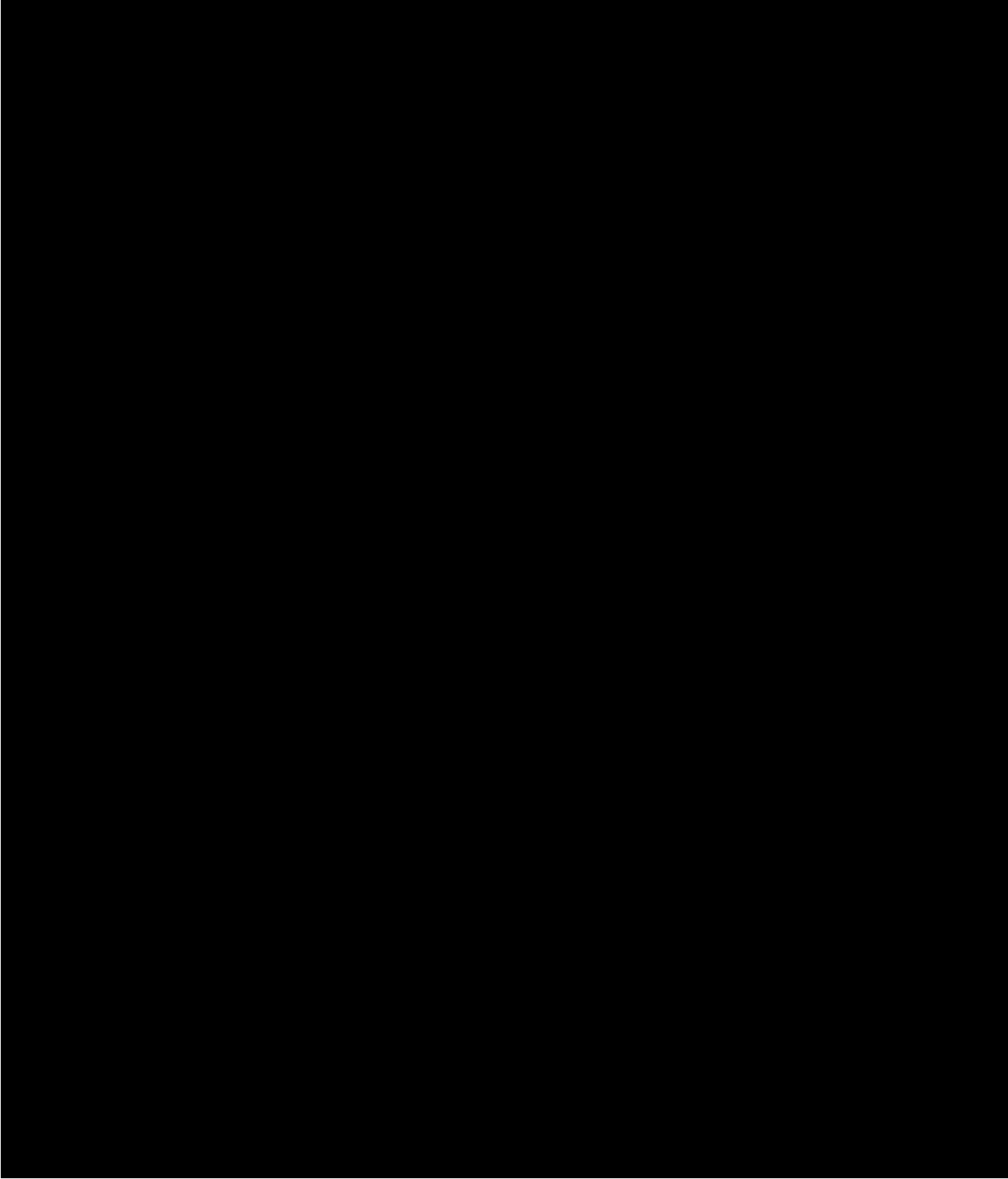
Equipco har også mulighed for at bestille produkterne hos DEUTZ' leverandører (for eksempel Bosch). Det er ikke noget, de gør tit, standarden er at levere ægte, originale DEUTZ-dele. I 1 procent af tilfældene lykkes det dog ikke, men faktisk næsten altid."

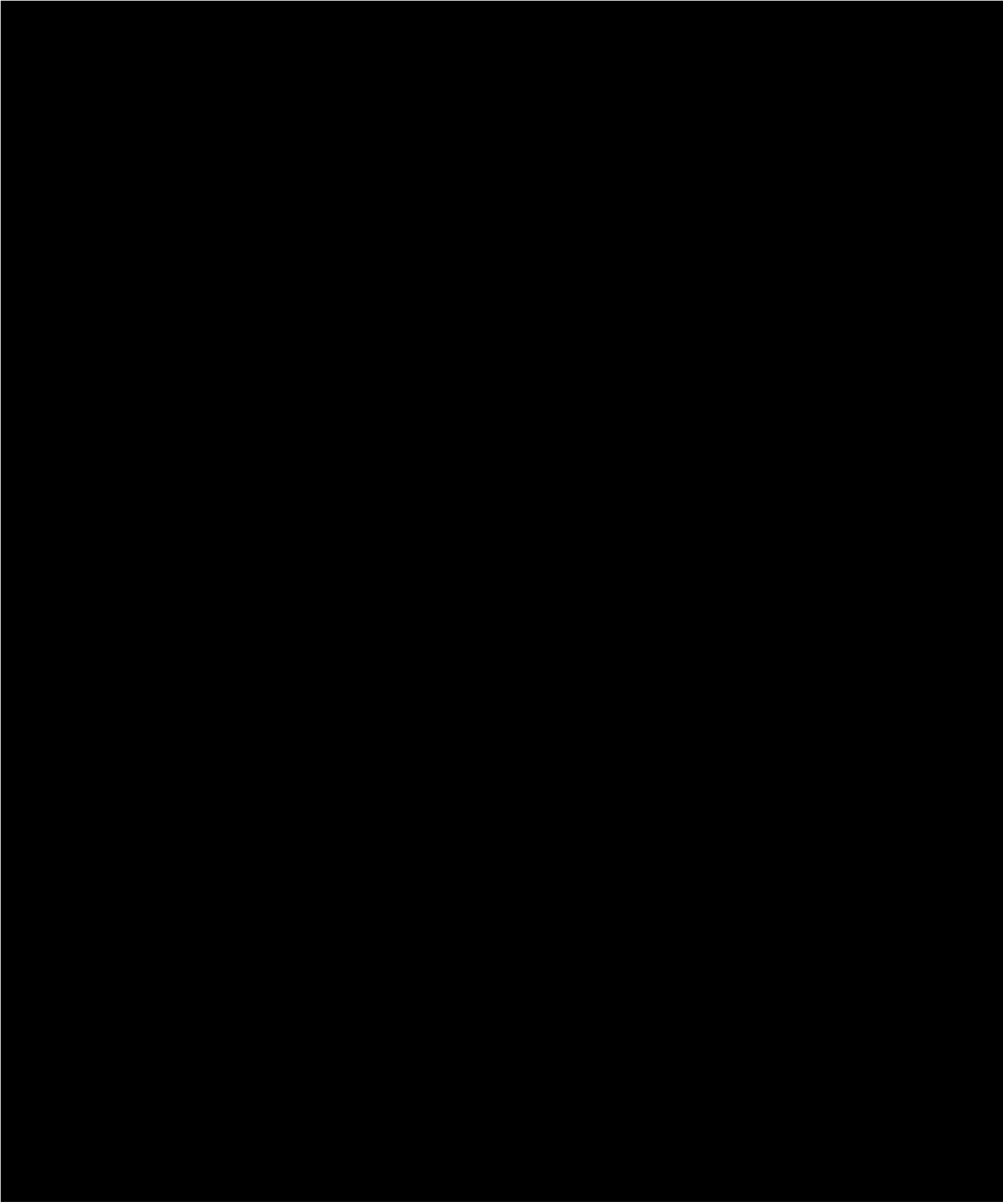
Den 14. december 2011 sendte en fuldmægtig i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen en mail til Flecos advokat indeholdende et "konklusionsreferat" fra et møde, der ifølge mailen tidligere var afholdt mellem Fleco, Flecos advokat og styrelsen, og en opsummering af de oplysninger, som det var aftalt på mødet, at Fleco skulle levere til styrelsen. Det fremgår af referatet, at Fleco havde oplyst, at det var lykkedes Fleco at levere i starten af renoveringsopgaven ved at skaffe komponenter fra producenter, som Deutz endnu ikke var blevet opmærksom på, og ved at trække store vekslere på Flecos netværk, men at dette ikke længere var muligt, da producenterne var blevet opmærksomme på, at Deutz ikke ville have, at de leverede til Fleco.

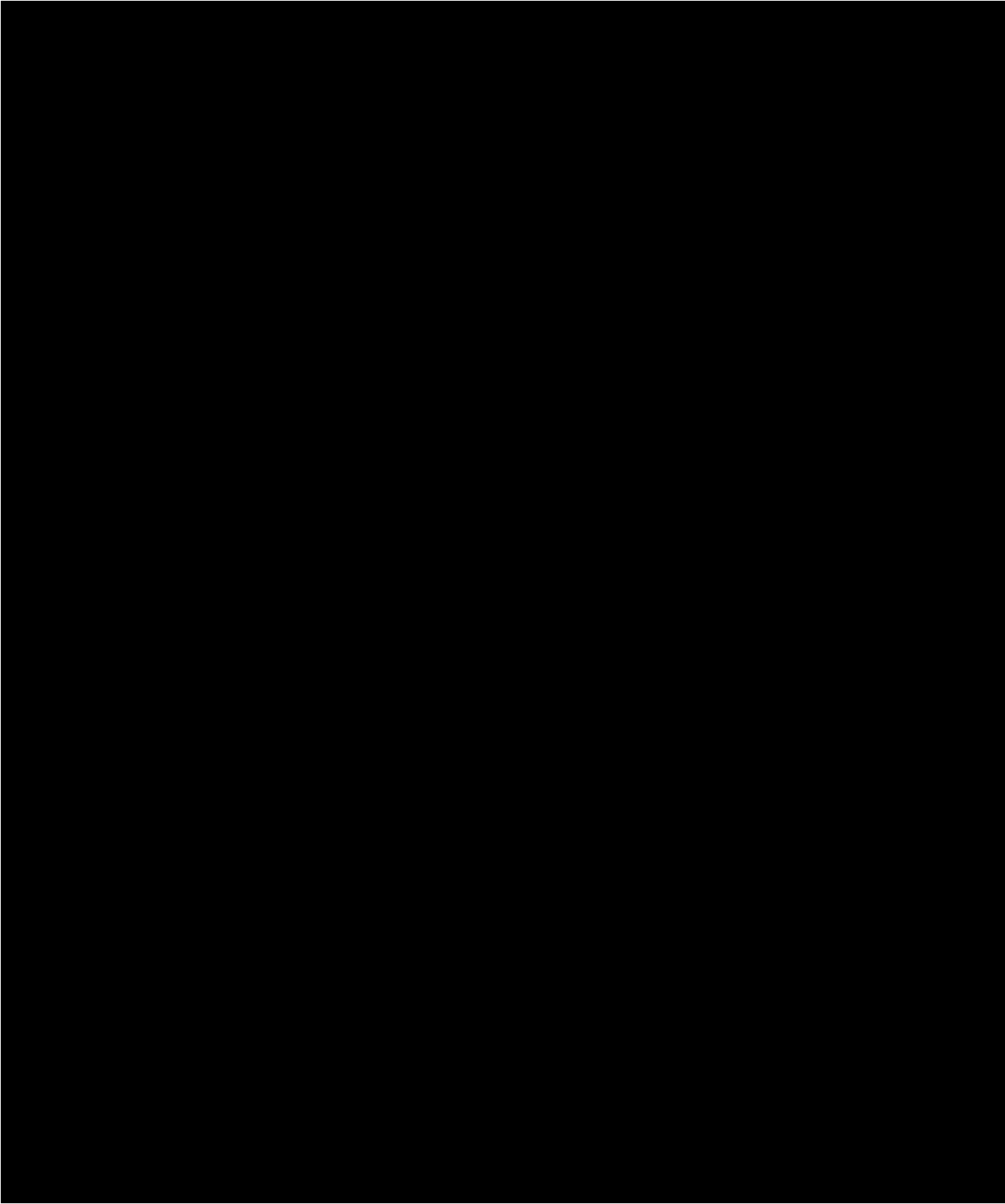
Deutz har henvist til følgende støttebilag og de heri nævnte underliggende bilag (lister) med hensyn til eksistensen af alternative leverandører – ifølge Deutz – af de unikke reservedele, som ifølge Konkurrencerådets markedsafgrænsning udgør et særskilt produktmarked, hvorpå Deutz er dominerende:

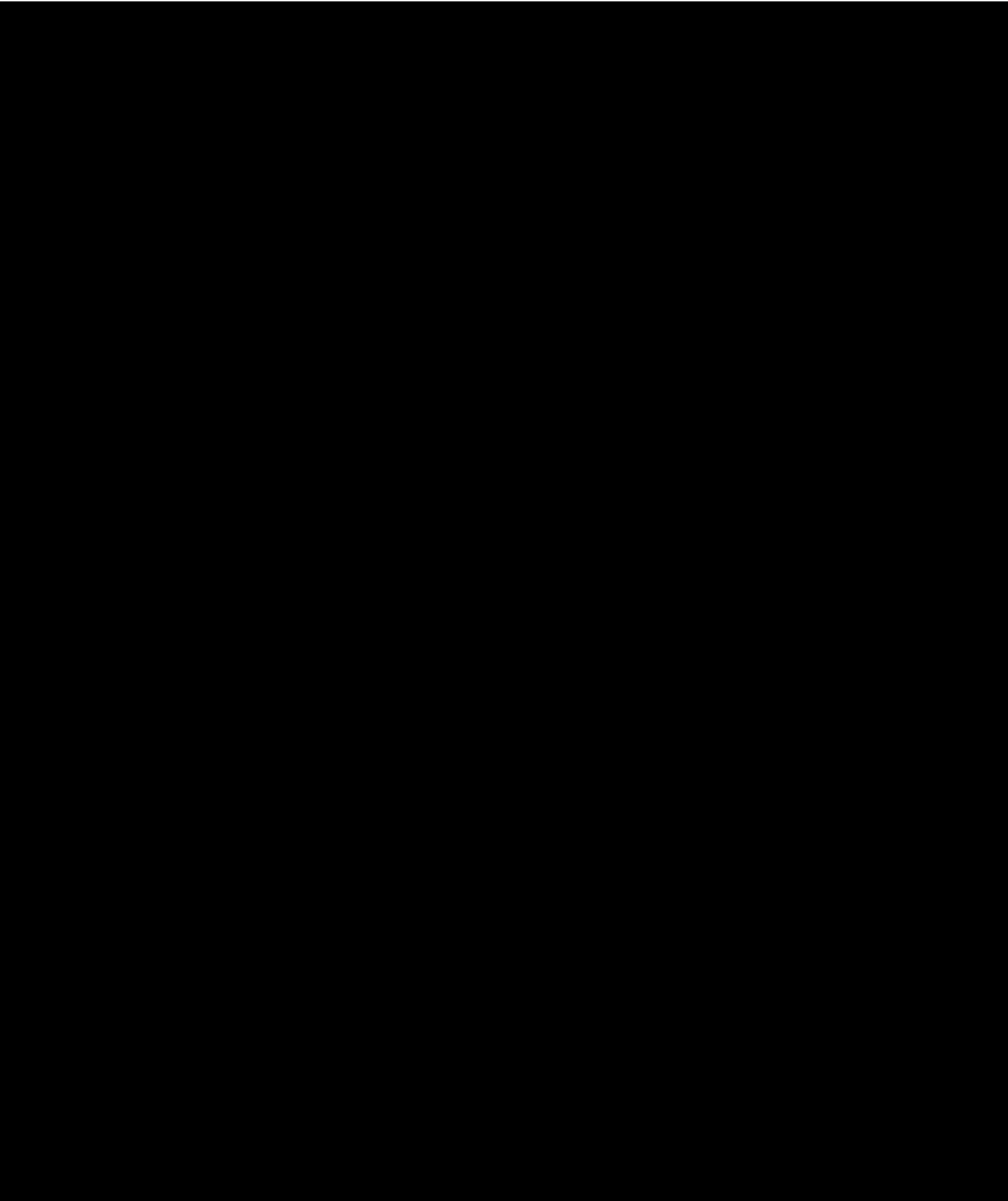


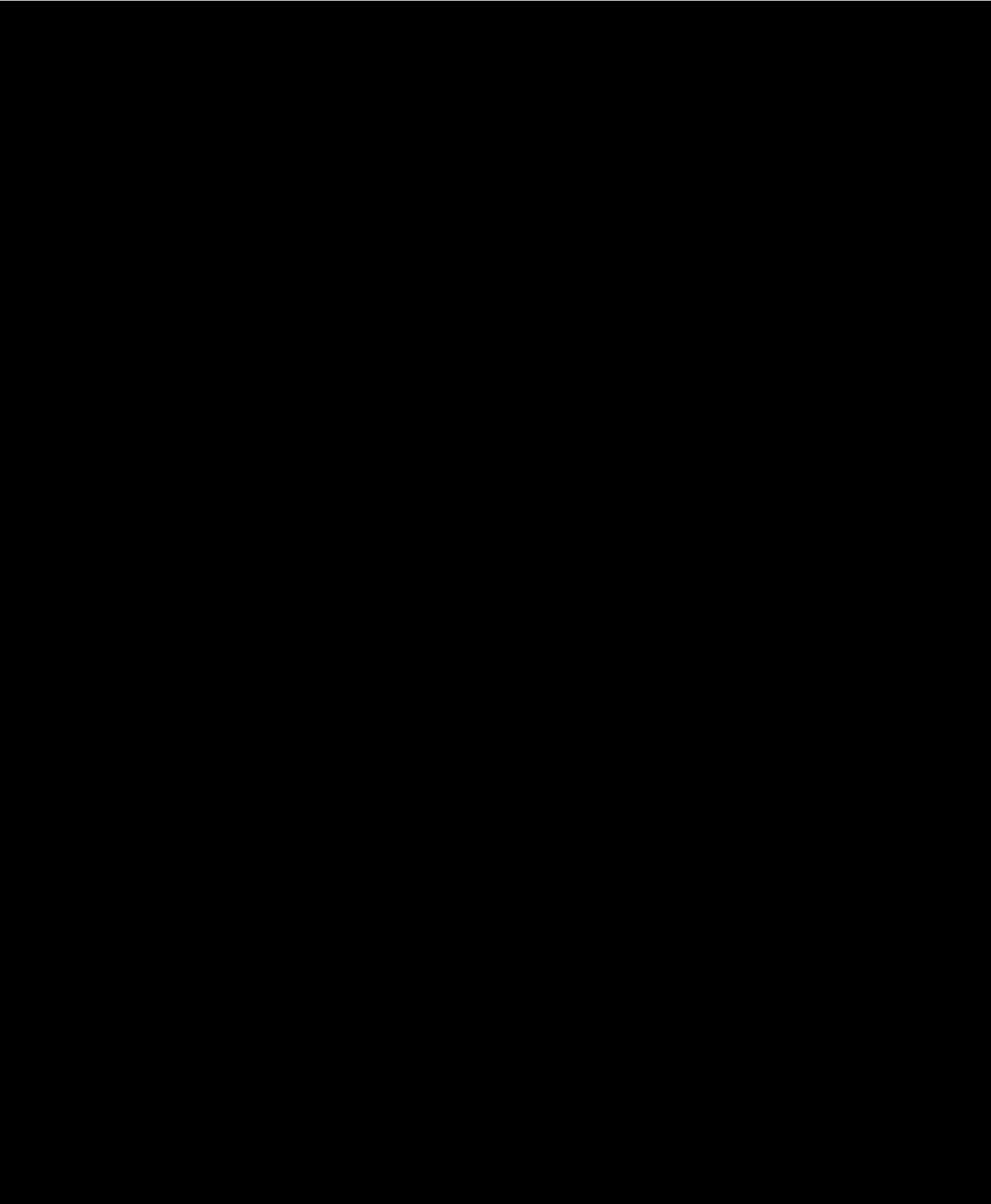


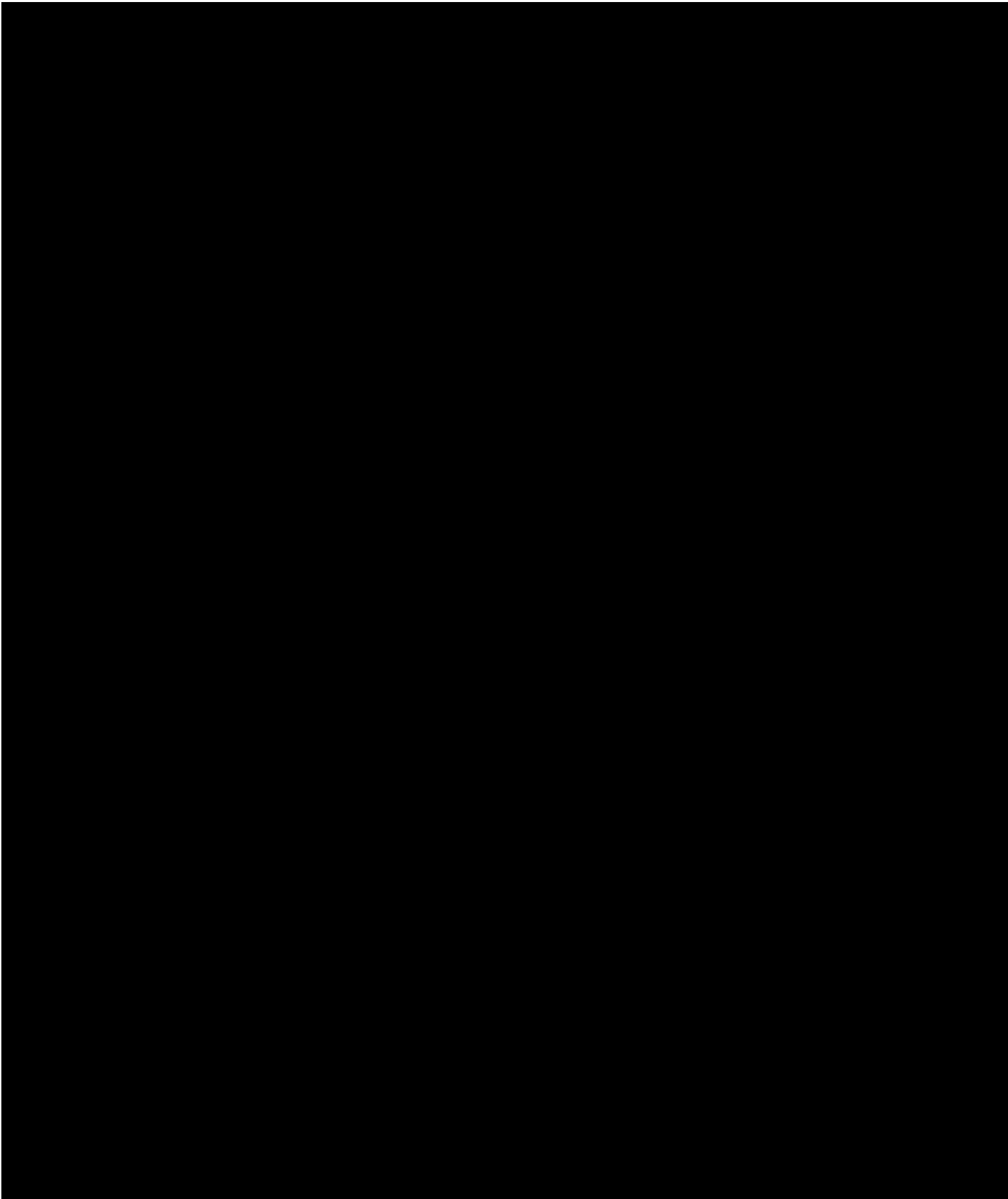


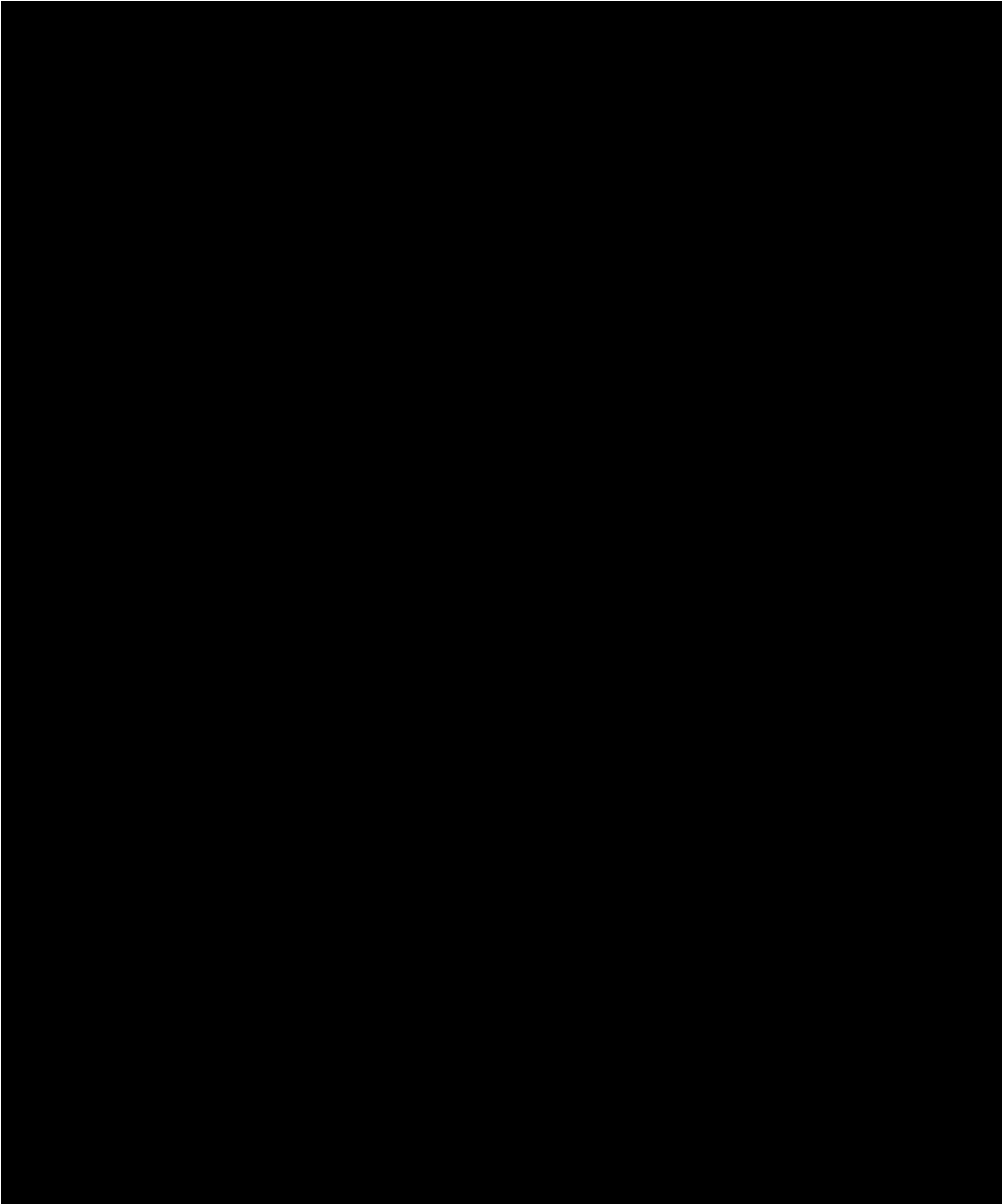


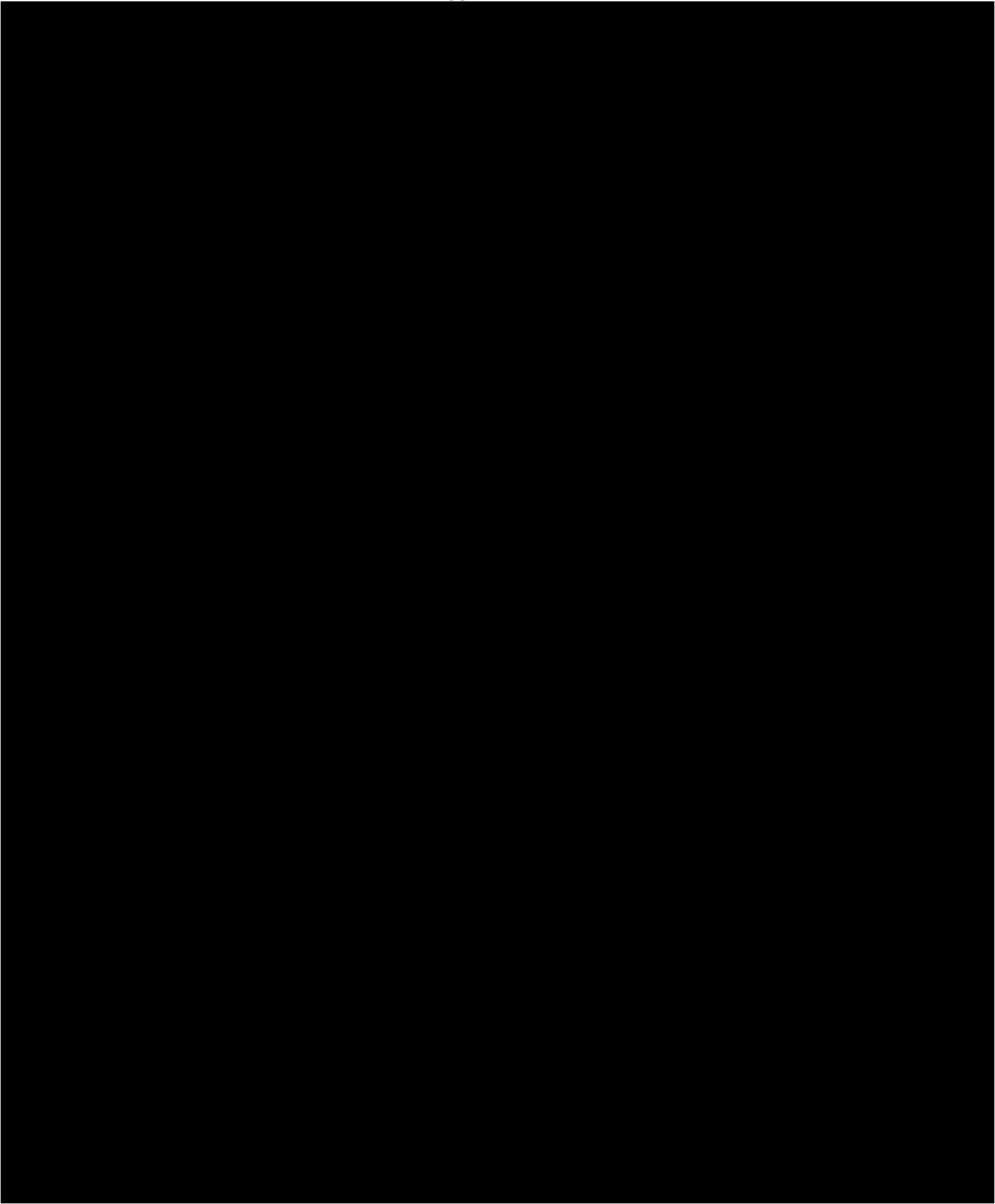


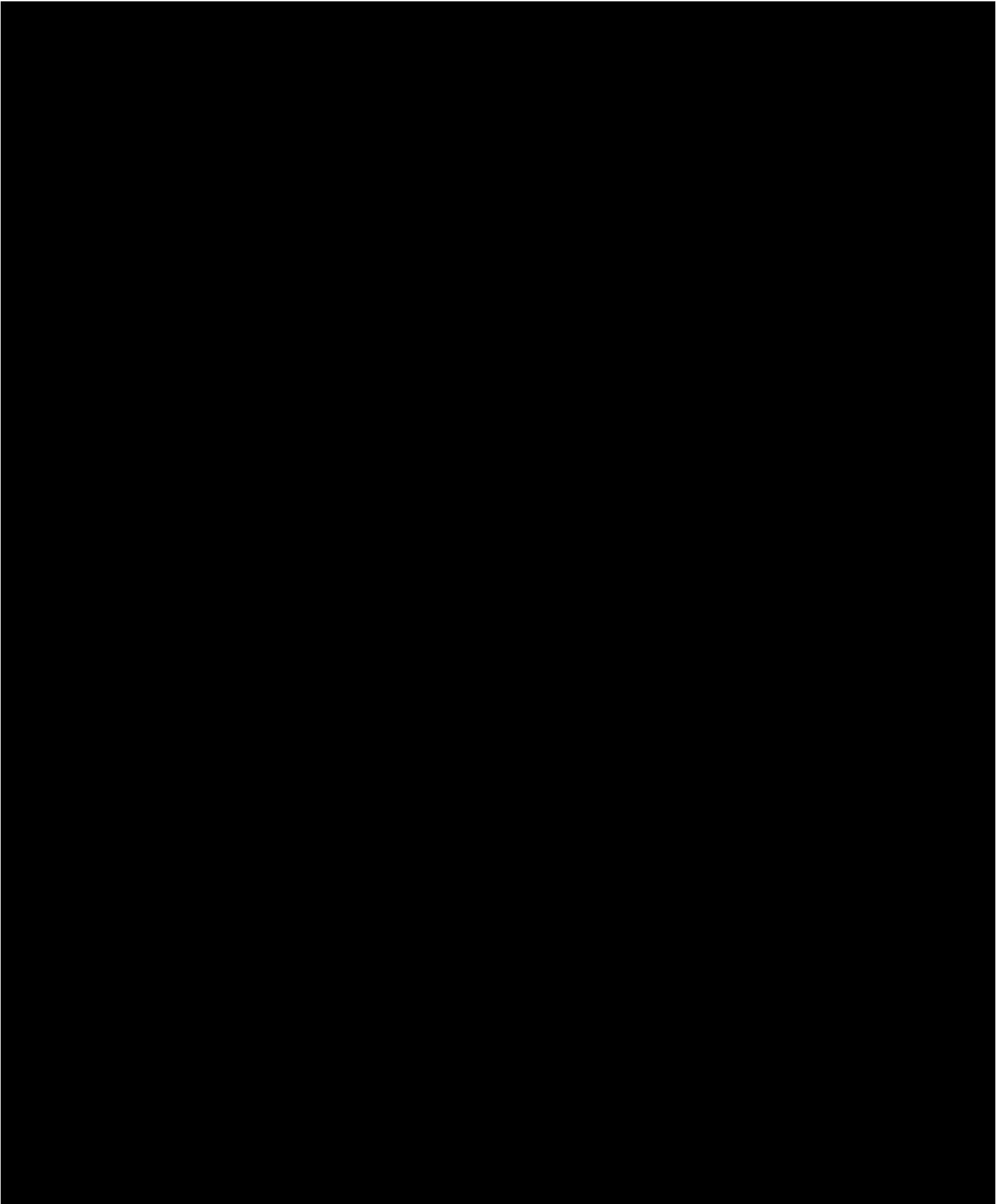


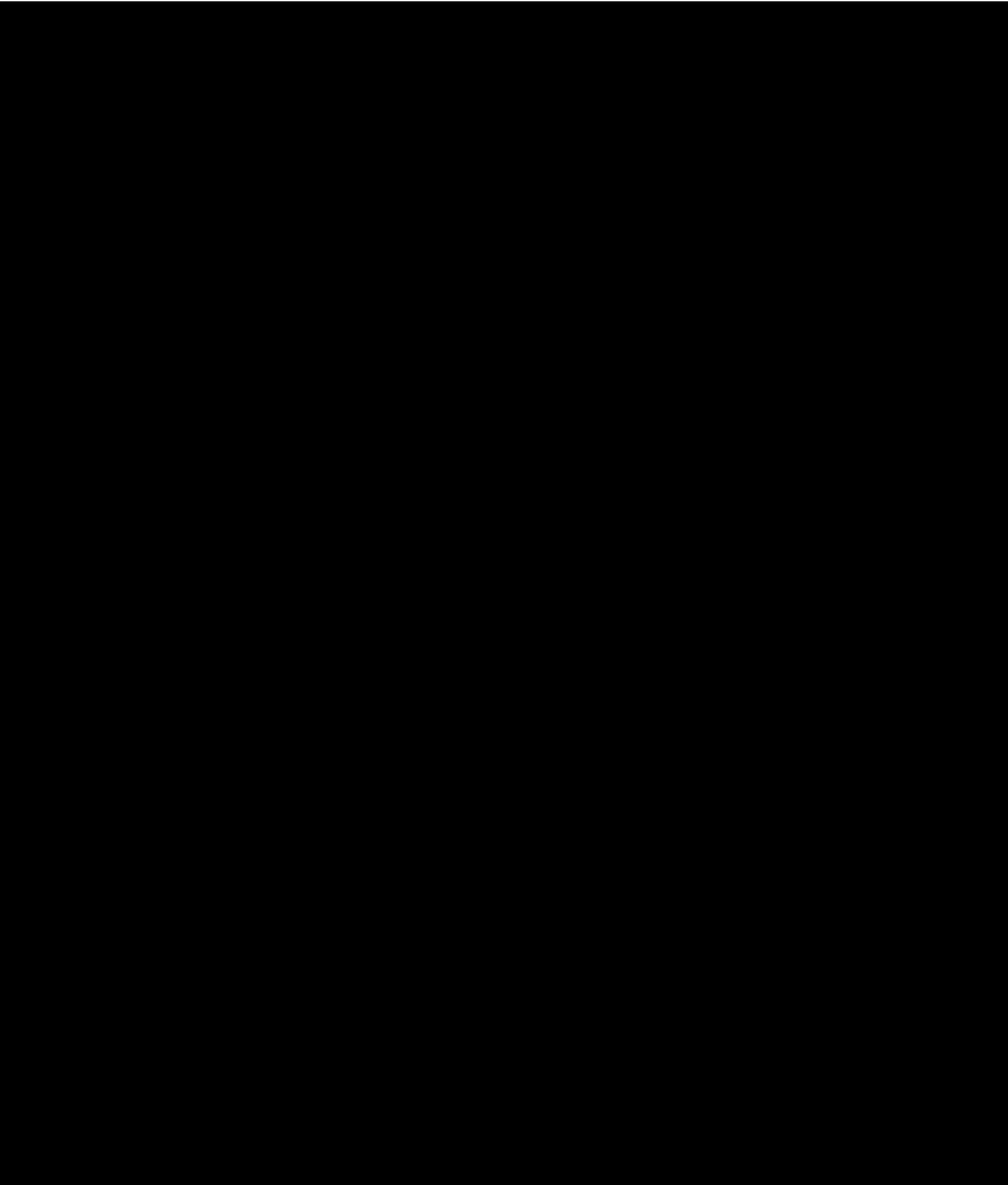


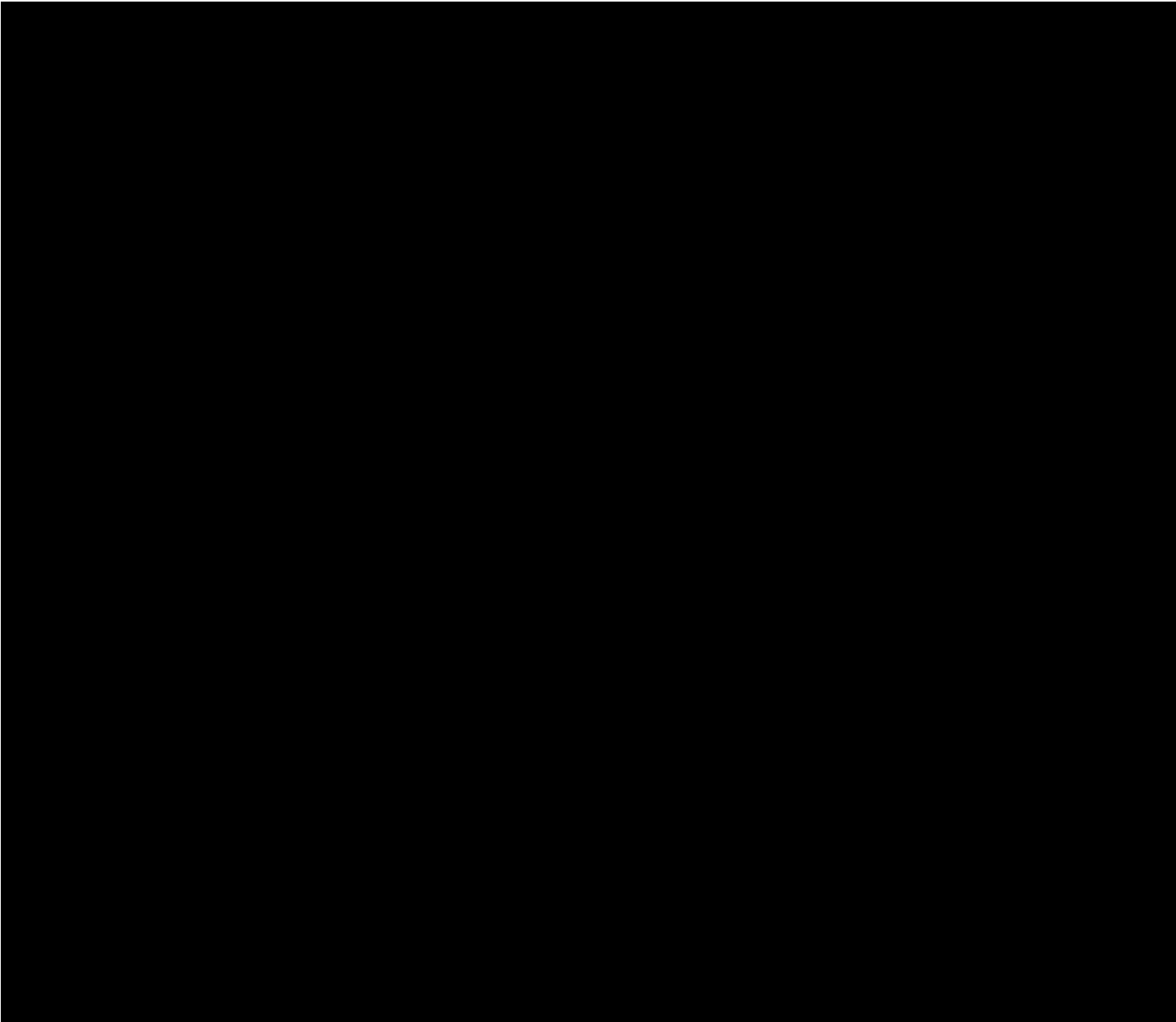












Anbringender

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for Sø- og Handelsretten.

Deutz har yderligere anført følgende anbringender, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 29. august 2022 (afsnitsnummerering og fodnoter samt henvisninger til ekstrakt, bilag og materialesamling udeladt):

”Sø- og Handelsretten har tiltrådt Konkurrencerådets markedsafgrænsning og bl.a. anført, at markedsafgrænsningen var tilstrækkelig specifik ”under de foreliggende omstændigheder”. Sø- og Handelsrettens begrundelse synes primært at være baseret på internt materiale hos Deutz og DMN samt visse oplysninger fra Fleco og DSB.

Sø- og Handelsretten fandt desuden, at markedsafgrænsningen var støttet af skønserklæringerne. Retten ses i den forbindelse ikke at have forholdt sig til, at den seneste skønserklæring dokumenterer, at en række reservedele, herunder eksempler på påståede unikke reservedele, kan skaffes fra alternative kilder.

Sø- og Handelsretten ses heller ikke at have forholdt sig til den af Deutz fremlagte dokumentation for, at der var alternative leverandører for en lang række reservedele, herunder samtlige af de reservedele, der i Rådets afgørelse er nævnt som eksempler på påståede unikke reservedele, og samtlige reservedele, som Deutz monitorerede.

Det ses heller ikke, at Sø- og Handelsretten har forholdt sig til oplysninger fra DSB om, at visse påståede unikke reservedele kunne kopieres.

...

Rådets vurdering af, at Deutz indtog en dominerende stilling, er desuden forkert, fordi Konkurrencerådet fejlagtigt – og i strid med gældende EU-praksis – i sin vurdering har undladt at inddrage det konkurrenceprægede upstream-marked, jf. afsnit 1.5 nedenfor. Dette ses Sø- og Handelsretten heller ikke at have forholdt sig til.

...

1.5 Deutz er ikke dominerende grundet det konkurrenceprægede upstream-marked, som Konkurrencerådet fejlagtigt ikke har taget højde for

...

Sø- og Handelsretten ses ikke at have taget stilling til ovenstående anbringender. Ligesom Konkurrencerådet ses Sø- og Handelsretten blot at have konkluderet, at Deutz var dominerende, udelukkende med henvisning til Deutz' monopol på det afgrænsede marked. Det er ikke tilstrækkeligt. Det er for nyligt bekræftet af en afgørelse af 1. juni 2021 fra det nederlandske Handels- og Industriankenævn. Afgørelsen (som er affattet på nederlandsk) er refereret i en artikel af 3. juni 2021 fra Global Competition Review (GCR). Heraf fremgår, at ankenævnet afviste de nederlandske konkurrencemyndigheders afgørelse om misbrug af dominans, fordi konkurrencemyndighederne havde forsømt at bevise, at den virksomhed, som ifølge konkurrencemyndighederne havde misbrugt en dominerende stilling, rent faktisk indtog en dominerende stilling. De nederlandske konkurrencemyndigheders vurdering af dominans beroede på, at virksomheden NS havde en markedsandel på 100 pct. og dermed monopol. Det var imidlertid ikke ensbetydende med, at virksomheden indtog en dominerende stilling på det relevante marked.

...

2 Deutz har ikke misbrugt en dominerende stilling

...

2.1 Ingen dokumentation for misbrug af dominerende stilling i forhold til specifikke reservedele i DSB-udbuddet.

...

Konkurrencerådet har i ankesvarskriftet gjort gældende, at det er tilstrækkeligt, at der blot findes én reservedel, som kun kunne erhverves via Deutz, og som Deutz havde nægtet at levere, for at der forelå en overtrædelse af konkurrencereglerne.

Hertil bemærkes *for det første*, at det end ikke er bevist, at der findes bare én reservedel, som kun kunne erhverves via Deutz, og som Deutz nægtede at levere (eller begrænsede passivt salg af). Deutz har i ankereplikken opfordret (1) Rådet til at oplyse, hvilken reservedel der er tale om, hvis Rådet mener, at det er tilfældet. Denne opfordring er ikke imødekommet.

For det andet er det ikke korrekt, at det ville være tilstrækkeligt, hvis Rådet havde ført bevis for, at der findes bare én reservedel, som kun kunne erhverves via Deutz, og som Deutz nægtede at levere. Konkurrenceretlig praksis har fastsat klare krav til konkurrencemyndighedernes bevis for opfyldelse af en række betingelser, for at der kan foreligge leveringsnægtelse i strid med forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Det er heller ikke bevist, at disse betingelser er opfyldt, jf. afsnit 2.3 nedenfor. Det gælder så meget desto mere, hvis der blot er tale om én reservedel.

Sø- og Handelsretten ses ikke at have forholdt sig til dette centrale problem ved Konkurrencerådets afgørelse, som i sig selv burde have ført til, at Deutz fik medhold.

2.2 Ikke misbrug af dominerende stilling i form af hindring af parallelhandel

...

Sø- og Handelsretten fandt det godtgjort, at Deutz har hindret parallelhandel. Rettens konklusion synes at være baseret på interne e-mails hos Deutz og DMN. Retten ses ikke at have forholdt sig til Deutz' anbringender og beviser om bl.a. leveringsvanskeligheder i perioden.

2.3 Ikke misbrug af dominerende stilling i form af at nægte at levere reservedele

...

Sø- og Handelsretten fandt det godtgjort, at Deutz havde iværksat leveringsnægtelse. Retten ses ikke at have foretaget en analyse af, om alle de strenge betingelser for misbrug af dominans ved leveringsnægtelse er op-

fyldt. Retten ses f.eks. ikke at have forholdt sig til en række af Deutz' anbringender om og beviser for at der ikke var tale om reservedele nødvendige for at udøve en aktivitet på et beslægtet marked eller udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet, og at der forelå en objektiv begrundelse for den påståede leveringsnægtelse i form af leveringsvanskeligheder.

3 Deutz har ikke indgået en ulovlig aftale med DMN om at begrænse parallelhandel og forhandleres passive salg

...

3.1 Det er ikke godtgjort, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN

...

Sø- og Handelsretten ses ikke at have forholdt sig til Deutz' anbringender om, at sagens akter understøtter, at en eventuel ensidig beslutning om at monitorere en række udvalgte reservedele var truffet af Deutz forud for mødet med DMN den 20. juli 2010, hvor den påståede konkurrencebegrænsende aftale mellem Deutz og DMN skulle være indgået, og at ensidig adfærd ikke kan bedømmes under konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF, men alene efter konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF, forudsat at betingelserne herfor er opfyldt.

...

3.2.2 Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN, der har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen

...

Sø- og Handelsretten ses ikke udtrykkeligt at have forholdt sig til Deutz og DMN's anbringender om, at konkurrencemyndighederne havde anvendt en forkerte juridisk test for, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN havde til formål at begrænse konkurrencen. Retten har blot udtalt, at den "*anførte aftale vedrørende sikring af absolut områdebeskyttelse findes efter sit formål og den retlige og økonomiske sammenhæng at rumme et sådant potentielt af konkurrenceskadelige virkninger, at retten tiltræder, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, hvilket i øvrigt også findes at have været hensigten med aftalen.*"

Det forhold, at Sø- og Handelsretten fandt det nødvendigt at sætte sin egen begrundelse vedrørende til formål-vurderingen i stedet for konkurrencemyndighedernes, viser, at Sø- og Handelsretten anså konkurrencemyndighedernes vurdering og begrundelse for at være mangelfuld.

Domstolskontrol med administrative afgørelser går ud på at føre kontrol med forvaltningens efterlevelse af gældende ret. Sø- og Handelsretten burde ikke have sat sin egen vurdering og begrundelse i stedet, men be-

grænset sig til at prøve konkurrencemyndighedernes vurdering og begrundelse og ophævet afgørelsen eller hjemvist sagen til Konkurrencerådet, fordi konkurrencemyndighedernes vurdering og begrundelse var forkert, jf. bl.a. Vestre Landsrets dom af 24. maj 2018 i sag V.L.B-1828-16, Ørsted A/S mod Konkurrencerådet (Elsam-sagen), hvor landsretten ophævede Konkurrencerådets afgørelse, da landsretten fandt, at myndighederne ikke med den fornødne sikkerhed havde påvist, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling. Landsretten fandt, at det var konkurrencemyndighedernes vurdering, der var til prøvelse (i modsætning til vurderingen i Sø- og Handelsrettens dom, hvori Sø- og Handelsretten havde erstattet konkurrencemyndighedernes mangelfulde misbrugsvurdering med sin egen anderledes vurdering).

Sø- og Handelsretten var ikke i stand til udtømmende at bedømme, om der forelå en aftale, der havde til formål at begrænse konkurrencen, hvilket i øvrigt er en vurdering, som Konkurrencerådet sædvanligvis påberåber sig, at domstolene skal være tilbageholdende med at efterprøve.

Konkurrencerådet har ikke i afgørelsen foretaget en analyse af både indholdet af aftalebestemmelserne, de formål, aftalen tilsigter at opfylde, samt den retlige og økonomiske sammenhæng, hvori aftalen indgår, herunder arten af de produkter eller tjenesteydelser, der er tale om, samt hvorledes de pågældende markeder er opbygget og reelt fungerer, forinden det er konkluderet, at den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen. En sådan analyse er heller ikke tilvejebragt efterfølgende.

Sø- og Handelsretten burde således ikke have sat sin egen vurdering og begrundelse i stedet, men begrænset sig til at prøve konkurrencemyndighedernes vurdering og begrundelse og ophævet afgørelsen eller hjemvist sagen til Konkurrencerådet, fordi konkurrencemyndighedernes vurdering og begrundelse var forkert.

På side 14 i ankesvarskriftet har Konkurrencerådet gjort gældende, at *"[...] de pågældende bemærkninger under alle omstændigheder kun angår et element i begrundelsen for konklusionen om, at der foreligger en aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen [...]"*. Det er ikke korrekt. Sø- og Handelsretten rettede netop hele begrundelsen for, at den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen og således var i strid med konkurrence-lovens § 6 og artikel 101 TEUF. Det er udtryk for, at retten fandt, at konkurrencemyndighedernes vurderinger og begrundelser var forkerte.

Konkurrencerådet har på samme side i ankesvarskriftet gjort gældende, at situationen Elsam-sagen ikke er sammenlignelig med situationen i nærværende sag, idet Sø- og Handelsretten i Elsam-sagen tilsidesatte Rådets misbrugstests og derefter gennemførte sin egen selvstændige misbrugsvurdering, hvorimod Sø- og Handelsretten i nærværende sag tiltrådte Konkurrencerådets og Konkurrenceankenævnets vurdering af, at parterne har indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Det bestrides, at der ikke er tale om sammenlignelige situationer. I begge sager frifandt Sø- og Handelsretten Konkurrencerådet på grundlag af en anden vurdering af og begrundelse for de påståede konkurrencelovsovertrædelser.

...

3.2.4 Det er ikke godtgjort, at den vertikale gruppefritagelsesforordning ikke finder anvendelse

...

Sø- og Handelsretten ses ikke at have forholdt sig til disse anbringender.

...

4 Det er en fejl, at Konkurrencerådet reelt har anset Deutz og Deutz' forhandlere for én økonomisk enhed i relation til spørgsmålet om misbrug af dominerende stilling, men som forskellige økonomiske enheder i relation til spørgsmålet om konkurrencebegrænsende aftaler

Konkurrencelovens § 6 om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og § 11 om forbud mod misbrug af dominerende stilling gælder for "virksomheder m.v.". Begrebet "virksomheder m.v." er nærmere uddybet i lovens § 2, stk. 1, om begrebet "erhvervsvirksomhed", som fastslår, at loven gælder for al erhvervsvirksomhed, det vil sige enhver økonomisk aktivitet, der foregår i et marked for varer og tjenester.

Konkurrencelovens § 6 skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 101 TEUF, mens konkurrencelovens § 11 skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 102 TEUF.

Konkurrencelovens § 5, stk. 1, fastslår, at bestemmelserne i lovens kapitel 2 om forbud mod visse konkurrencebegrænsende aftaler (herunder konkurrencelovens § 6) ikke finder anvendelse på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern. Aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern kan således *ikke* være i strid med konkurrencelovens § 6. I medfør af konkurrencelovens § 5, stk. 2, er der i bekendtgørelse nr. 1029 af 17. december 1997 fastsat bestemmelser om fortolkningen af "aftaler, vedtagelser og samordnet praksis inden for samme virksomhed eller koncern" i form af vertikale koncernaftaler, horisontale koncernaftaler og interne aftaler i andelsvirksomheder. Af forarbejderne til konkurrencelovens § 5 fremgår, at bestemmelsen forudsættes administreret i overensstemmelse med EU-konkurrenceretten for så vidt angår koncernforhold. Bestemmelsen skal således fortolkes i overensstemmelse med EU-praksis om aftaler inden for samme økonomiske enhed.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 101 TEUF gælder alene for aftaler og samordnet praksis mellem virksomheder og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, jf. ordlyden af artikel 101, stk. 1, TEUF. På samme vis gælder forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i artikel 102 TEUF alene for virksomheders misbrug af dominerende stilling, jf. ordlyden af artikel 102 TEUF. Begrebet "virksomhed" er ikke defineret i EU-lovgivning, men fortolket gennem EU-praksis.

Det følger af fast retspraksis fra EU-Domstolen, at begrebet "virksomhed" i artikel 101 og 102 TEUF er et selvstændigt EU-retligt begreb, der omfatter enhver enhed, som udgøres af menneskelige, materielle og immaterielle værdier, og som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, jf. Domstolens dom i sag C-152/19 P, *Deutsche Telekom*, præmis 72, og i samme retning Domstolens dom i sag C-724/17, *Skanska Industrial Solutions m.fl.*, præmis 29, 36 og 47.

Det følger også af fast praksis fra EU-Domstolen, at begrebet "virksomhed" som omhandlet i artikel 101 og 102 TEUF skal forstås som en økonomisk enhed i relation til genstanden for den omhandlede konkurrencebegrænsende praksis, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer, jf. Domstolens dom i sag C-152/19 P, *Deutsche Telekom*, præmis, og i samme retning dommene i sagerne 170/83, *Hydrotherm Gerätebau*, præmis 11, og C-521/09 P, *Elf Aquitaine mod Kommissionen*, præmis 53, og den deri nævnte retspraksis.

Heraf følger dels, at når en sådan økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen, dels, at en juridisk person på visse betingelser kan holdes individuelt ansvarlig og solidarisk ansvarlig med en anden juridisk person, der hører til samme økonomiske enhed, jf. EU-Domstolens dom i sag C-152/19 P, *Deutsche Telekom*, præmis 73, med yderligere praksishenvisninger.

En juridisk enhed kan således i visse tilfælde holdes ansvarlig for konkurrencebegrænsende aftaler m.v. eller misbrugsadfærd begået af en anden juridisk enhed inden for samme økonomiske enhed. Der er en del EU-retspraksis om begrebet "økonomisk enhed" i forhold til moder- og datterselskaber, herunder om hvornår ansvaret for et datterselskabs ulovlige adfærd kan tilregnes moderselskabet.

Det følger også af fast EU-praksis, at forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 101, stk. 1, TEUF, *ikke* omfatter en aftale eller samordnet praksis inden for samme økonomiske enhed, selvom deltagerne er selvstændige juridiske personer, og selvom aftalen m.v. er konkurrencebegrænsende. Sådanne aftaler m.v. betragtes i stedet som en intern fordeling af opgaver og funktioner inden for samme økonomiske enhed, jf. eksempelvis EU-Domstolens dom i sag C-73/95 P, *Vihø*, præmis 16-18, hvor Domstolen opretholdt Rettens dom i sagen. Denne EUpraksis gav anledning til bestemmelsen i den danske konkurrencelov, § 5.

I nærværende sag har Konkurrencerådet behandlet samme adfærd under konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF om forbud mod misbrug af dominerende stilling og fundet, at Deutz har overtrådt begge forbud.

Ved vurderingen af spørgsmålet om konkurrencebegrænsende aftaler har Konkurrencerådet anset Deutz og forhandlerne for forskellige virksomheder, der er i stand til at indgå konkurrencebegrænsende aftaler med hinanden. Ved vurderingen af spørgsmålet om misbrug af dominerende stilling har Konkurrencerådet derimod tilsyneladende anset Deutz og selska-

bets forhandlere for én økonomisk enhed, således at forhandlernes adfærd kan tilregnes Deutz:

- Rådet fandt i afgørelsen, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling i form af ulovlig leveringsnægtelse, til trods for at Deutz ikke har nægtet at levere til Fleco, som aldrig har anmodet Deutz om levering. Leveringsnægtelsen er ifølge Rådet sket indirekte via Deutz' forhandlere, som Deutz ifølge Rådet kontrollerede, jf. afgørelsens pkt. 742, fordi Fleco ifølge Rådet er blevet nægtet levering via forhandleren Equipco B.V. Rådet har således for at statuere misbrug af dominerende stilling gennem leveringsnægtelse fra Deutz' forhandlere lagt vægt på, at Deutz angiveligt kontrollerede forhandlerne.
- Ifølge Rådets afgørelse gjaldt der lempeligere betingelser for statuering af misbrug af dominerende stilling i form af ulovlig leveringsnægtelse, fordi der var et eksisterende samhandelsforhold mellem Deutz' selvstændige forhandlere og Fleco, jf. eksempelvis afgørelsens pkt. 570-573. Fleco har ubestridt aldrig været kunde hos Deutz, som kun rent undtagelsesvis sælger direkte til slutkunder. Deutz sælger helt overvejende til forhandlere, som derefter videresælger til andre. Der har således ikke været et eksisterende samhandelsforhold mellem Deutz og Fleco. Her har Rådet således også identificeret Deutz med de selvstændige forhandlere for at kunne konkludere, at der gjaldt lempeligere betingelser for at statuere misbrug af Deutz' dominerende stilling.
- Det fremgår af det uddrag af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens klagepunktsmeddelelse i sagen, som af DMN er fremlagt som bilag 9, at styrelsen i pkt. 391 fandt:

"I praksis er der således et fuldmagtslignende forhold mellem Deutz og deres forhandlere, som er lig det, man finder mellem et moderselskab og datterselskaber."

- Punktet er slettet i den endelige version af afgørelsen. Hvis punktet ikke var slettet, ville Konkurrencerådet ikke kunne finde, at Deutz og DMN havde indgået en aftale i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF.
- Hvis det ikke er i relation til begreberne "virksomhed" og herunder "økonomisk enhed", at Konkurrencerådet har lagt vægt på Deutz' påståede kontrol med forhandlerne – således at forhandleres påståede leveringsnægtelse til Fleco og eksisterende samhandelsforhold med Fleco kan henføres til Deutz – kan Deutz ikke se, hvordan de nævnte forhold er relevante i forbindelse med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF. Læser man disse to bestemmelser, kan de nævnte forhold alene være relevante at inddrage i relation til kriteriet "virksomhed" og derunder "økonomisk enhed".

Rådets tilgang har ingen støtte i konkurrenceretlig praksis, hvorefter begreberne "virksomhed"/"virksomheder" og "økonomisk enhed" i relation til konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF og konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF fortolkes ens.

Det er således en retlig fejl, at Konkurrencerådet har behandlet Deutz og Deutz' forhandlere som én økonomisk enhed ved vurderingen af spørgsmålet om misbrug af dominerende stilling, men som forskellige økonomiske enheder ved vurderingen af spørgsmålet om konkurrencebegrænsende aftaler. Denne retlige fejl bør medføre, at Rådets afgørelse ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

På side 3 i ankesvarskriftet har Konkurrencerådet gjort gældende, at Rådet ikke har lagt til grund, at Deutz og forhandlerne udgør én økonomisk enhed i relation til forbuddet mod misbrug af dominerende stilling. Konkurrencerådet anfører, at Rådet i afgørelsen har lagt vægt på, at de unikke reservedele ikke kunne skaffes uden om Deutz' forhandlernetværk, "*hvor Deutz kunne kontrollere leverancerne*", og at denne konstatering ikke er i modstrid med, at Deutz og de pågældende forhandlere udgør forskellige økonomiske enheder, som kan indgå konkurrencebegrænsende aftaler.

Det er vanskeligt at forene med ovenstående. Det stemmer desuden ikke overens med ordlyden af Rådets afgørelse, som gentagne gange angiver, at Deutz kontrollerer forsyningskanalerne, som er defineret som Deutz selv, Deutz' forhandlere og Deutz' producenter, jf. bl.a. fodnote 4 og fodnote 19. Det er svært at se, hvordan den påståede kontrol med disse forsyningskanaler adskiller sig fra en kontrol med eksempelvis forhandlerne. Af pkt. 742 i Rådets afgørelse fremgår det desuden direkte, at Deutz ifølge Konkurrencerådet kontrollerer virksomhederne i forhandlernetværket:

"[...] Sagen drejer sig altså om leveringsnægtelse, som sker via forhandlernetværket, en indirekte leveringsnægtelse. Sagens oplysninger viser, at Deutz har kontrollen over virksomhederne i forhandlernetværket, da Deutz kontrollerer leverancerne af de produkter, forhandlerne sælger [...]" (Understregning tilføjet)

Deutz fastholder således, at Konkurrencerådet har betragtet Deutz og forhandlerne, herunder DMN, som én økonomisk enhed og virksomhed i relation til forbuddet mod misbrug af dominerende stilling, mens Rådet samtidig har betragtet Deutz og DMN som forskellige økonomiske enheder og virksomheder i relation til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Det er ikke muligt og er en retlig fejl. Idet Konkurrencerådet anså Deutz og forhandlerne, herunder DMN, som én økonomisk enhed i relation til forbuddet mod misbrug af dominerende stilling, kan det ikke stateres, at Deutz og DMN har indgået en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale.

Det understøttes af generaladvokat Rantos' forslag af 14. juli 2022 til afgørelse i sag C-680/20, *Unilever Italia Mkt. Operations*; på fransk, da forslaget endnu ikke er tilgængeligt på dansk eller engelsk). ...

I Unilever-sagen har den italienske højesteret for administrative sager, Consiglio di Stato, indgivet anmodning om præjudiciel forelæggelse til EU-Domstolen om bl.a. begrebet "økonomisk enhed" som omhandlet i artikel 101 og 102 TEUF. Det pågældende præjudicielle spørgsmål lyder:

"1) Bortset fra tilfældene af kontrol med selskaber, hvilke kriterier er da relevante for at afgøre, om aftalemæssig samordning mellem formelt selvstændige og

uafhængige erhvervsdrivende giver anledning til én enkelt økonomisk enhed som omhandlet i artikel 101 TEUF og 102 TEUF, og kan især en vis grad af indflydelse på en anden virksomheds forretningsmæssige beslutninger, hvilket er typisk for forretningssamarbejdet mellem en producent og dennes distributionsformidlere, anses for at være tilstrækkelig til at kvalificere disse personer som tilhørende den samme økonomiske enhed, eller er det nødvendigt, at der foreligger en »hierarkisk« forbindelse mellem de to virksomheder, hvilket kan konstateres, når der foreligger en aftale, på grundlag af hvilken flere selvstændige selskaber »underkaster« sig et af disses styring og samordning, således at konkurrencemyndighederne skal løfte beviset for, at der foreligger en række systematiske og kontinuerlige retningsgivende handlinger, som kan påvirke virksomhedens driftsmæssige beslutninger, dvs. de strategiske og operative beslutninger af finansiel, industriel og forretningsmæssig karakter?”

Ifølge det offentliggjorte sammendrag af anmodningen om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement er anmodningen indgivet i forbindelse med domstolsprøvelse af en afgørelse truffet af de italienske konkurrencemyndigheder om misbrug af dominerende stilling. Af sammendraget af anmodningen fremgår, at de italienske konkurrencemyndigheder havde fundet, at Unilever havde misbrugt selskabets dominerende stilling på et nationalt marked for distribution og markedsføring af is i individuel detailsalgsemballage til forhandlere, da adfærd begået af Unilevers lokale distributører skulle henføres til Unilever, selvom de lokale distributører formelt var selvstændige og uafhængige erhvervsdrivende.

Om begrundelsen for forelæggelsen fremgår det af pkt. 6 i sammendraget af anmodningen:

”De af konkurrencemyndighederne fastlagte former for misbrug, selv om de i den omhandlede situation ikke materielt blev udvist af Unilever, men af dets koncessionshavere, blev udelukkende tilregnet Unilever ud fra den forudsætning, at Unilever og dets koncessionshavere kan opfattes som én enkelt økonomisk enhed. Idet det dog tilkommer den nationale ret konkret at fastlægge indholdet af aftaleforholdet mellem Unilever og dets koncessionshavere, er det – på det retlige plan – nødvendigt at afklare begreberne »virksomhed« og »erhvervsdrivende« i konkurrenceretten og kriterierne for subjektiv tilregnelser af overtrædelsen. Især skal det afklares, på grundlag af hvilke forudsætninger samordningen mellem formelt selvstændige og uafhængige erhvervsdrivende kan være udtryk for ét enkelt beslutningscenter med den konsekvens, at den enes adfærd også kan tilregnes den anden.”

Af den fuldstændige franske version af anmodningen fremgår, at den italienske højesteret har udtrykt behov for klare og præcise regler af hensyn til retssikkerhed og forudsigelighed, som er hensyn, der lægges betydelig vægt på i EU-retten.

I sit forslag til afgørelse foreslår generaladvokat Rantos at udvide begrebet ”økonomisk enhed” under artikel 101 og 102 TEUF, således at der ikke kun – som typisk gældende i hidtidig praksis – kan foreligge en økonomisk enhed i tilfælde af kapitalforbindelser mellem to koncernselskaber eller i tilfælde, hvor der foreligger et agent- eller kommissionslignende forhold mellem producent og distributør, således at distributøren agerer for

producentens regning og risiko. Generaladvokaten foreslår at udvide begrebet økonomisk enhed til også at kunne omfatte virksomheder, der alene er forbundet kontraktmæssigt.

Det foreslås mere konkret, at der – uden for de situationer, hvor relationen er etableret på grundlag af ejerandele – vil kunne statueres økonomisk enhed i en kontraktmæssig relation, hvis der i lyset af de økonomiske, organisatoriske og juridiske bånd foreligger en situation, hvor producenten (koncessionsgiver) udøver en bestemmende indflydelse ("influence déterminante") over distributørerne (koncessionshaverne) på en sådan måde, at de føler sig forpligtede til at følge producentens instruktioner og ønsker og (i realiteten) ikke selv kan fastlægge deres kommercielle strategi på markedet. Dette er ifølge generaladvokaten navnlig tilfældet, hvis distributørerne ikke har den økonomiske risiko eller har indgået eksklusive købskontrakter med producenten, jf. konklusionen i pkt. 87, 1). Det følger af distributionsaftalen mellem Deutz og DMN, at DMN inden for de segmenter, DMN skulle være ansvarlig for, skulle have godkendelse fra Deutz til at sælge motorer i direkte konkurrence med Deutz-motorer, jf. pkt. 10 i bilag 24 [til Rådets afgørelse], underbilag 8. Der gjaldt således en art eksklusiv købskontrakt. Det kan – hvis man følger generaladvokat Rantos' forslag – tale for, at der foreligger én økonomisk enhed.

Generaladvokaten gentager, at begrebet økonomisk enhed er det samme i relation til artikel 101 og 102 TEUF, og at det indebærer, at en udvidelse af begrebet med henblik på at lade visse handlinger udført af selvstændige tredjemænd, der selv bærer de økonomiske risici, være omfattet, omvendt vil betyde, at anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF indskrænkes tilsvarende, herunder i forhold til hardcore vertikale restriktioner, jf. punkt 33 og 34 samt fodnote 21. Punkt 33 og 34 lyder således:

"33. Tout d'abord, du point de vue de la prévisibilité et de la sécurité juridique, il me paraît difficile de pouvoir justifier l'existence d'une telle « variabilité » dans la notion d'« unité économique », qui, par ailleurs, ne trouve aucun soutien dans la jurisprudence actuelle. Ensuite, il ressort du point 25 des présentes conclusions que le critère décisif est l'existence d'une « unité de comportement sur le marché », une conception qui devrait être commune, concernant tant l'applicabilité de l'article 101 TFUE que l'imputation du comportement. Enfin, d'un point de vue prospectif, une conception trop large de l'« unité économique » risquerait d'avoir comme conséquence de faire échapper de l'application de l'article 101 TFUE des accords nocifs pour la concurrence, non seulement horizontaux, mais également verticaux ⁽²¹⁾.

34. Partant, si la présente question suscite une analyse portant principalement sur l'imputation d'un comportement anticoncurrentiel, il ne faut pas perdre de vue que la qualification d'une unité économique dans le cadre de l'exercice d'imputation implique nécessairement l'inapplicabilité de l'article 101, paragraphe 1, TFUE au sein des entités formant cette unité économique." (Understregning tilføjet)

Generaladvokatens forslag til afgørelse understøtter således, at Deutz og DMN ikke kan betragtes som én økonomisk enhed i relation til artikel 102 TEUF (og konkurrencelovens § 11), samtidig med at det konkluderes, at

virksomhederne har indgået en konkurrencebegrænsende aftale i strid med artikel 101 TEUF (og konkurrencelovens § 6).

Det er endnu uvist, om Domstolen vil finde, at begrebet "økonomisk enhed" kan fortolkes udvidende som foreslået af generaladvokaten, hvilket samtidig indebærer en indskrænkning af anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF.

Rådet gør gældende, at Deutz' påståede kontrol med forhandlerne ikke indebærer, at der foreligger én økonomisk enhed, men at Deutz ikke desto mindre har misbrugt en dominerende stilling i kraft af denne påståede kontrol og identifikation mellem Deutz og forhandlerne, fordi der er tale om et indirekte misbrug, som er sket via forhandlerne. Det er ikke klart ud fra hverken Konkurrencerådets afgørelse, Konkurrenceankenævnets kendelse, Sø- og Handelsrettens dom, praksis i øvrigt eller Konkurrencerådets anbringender i sagen, hvordan dette skal forstås. Deutz bestrider, at det er muligt at statuere et sådant indirekte misbrug af dominerende stilling. Hvis det skulle være tilfældet, rejser det væsentlige spørgsmål om retssikkerhed og forudsigelighed, som forinden bør klarlægges af EU-Domstolen.

...

E OMKOSTNINGER

Deutz har afholdt følgende udgifter i forbindelse med sagen, som efter Deutz' mening bør dækkes som sagsomkostninger:

<i>Afholdte udgifter</i>	<i>Beløb i DKK</i>
Retsafgift 1. instans	2.000
Oprindelig skønsrapport (ekskl. moms)	204.000
Supplerende skønsrapport (ekskl. moms)	40.800
Retsafgift 2. instans	2.000
Berammelsesafgift 2. instans	2.000
I alt	250.800

...

G MOMSREGISTRERING

Deutz AG er momsregistreret i Tyskland."

Efter at EU-Domstolen den 19. januar 2023 har afsagt dom i sag C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations, har Deutz AG yderligere anført følgende i selskabets processkrift af 10. februar 2023 (afsnitsnummerering samt henvisninger til ekstrakt og materialesamling udeladt):

" ...

EU-Domstolen fulgte ikke generaladvokatens forslag og udtalte sig ikke specifikt om fortolkningen af begrebet "virksomhed" eller økonomisk enhed. Domstolen fandt, at det i visse tilfælde ikke var en betingelse

for at pålægge en dominerende virksomhed ansvaret for adfærd, som dens distributører har udvist, at det godtgøres, at distributørerne er en del af samme virksomhed (økonomiske enhed) som den dominerende virksomhed som omhandlet i artikel 102 TEUF, eller at der foreligger en hierarkisk forbindelse, som kan påvirke distributørernes driftsmæssige beslutninger.

...

EU-Domstolen har således fundet, at der i visse tilfælde kan statueres misbrug af dominerende stilling hos en producent som følge af adfærd begået af producentens distributører. Det kræver ifølge dommens præmis 29 og 33, at adfærden ikke er udvist selvstændigt af distributørerne, men i overensstemmelse med *særlige instrukser* fra den dominerende virksomhed og dermed i henhold til gennemførelsen af en *politik*, som den dominerende virksomhed *ensidigt har besluttet*, og som de berørte distributører var *forpligtede til at følge*.

Dommen bekræfter, at hvis betingelserne nævnt i præmis 29 og 33 *ikke* er opfyldt, fordi der ikke er tale om en adfærd, som var ensidigt besluttet af den dominerende virksomhed, og som den dominerende virksomheds distributører var forpligtede til at følge, kan distributørernes adfærd ikke tilregnes den dominerende virksomhed, således at den dominerende virksomhed anses for at have misbrugt en dominerende stilling.

Hvis betingelserne i præmis 29 og 33 ikke er opfyldt, kan en dominerende virksomhed således alene gøres ansvarlig for adfærd udøvet af distributører eller andre selvstændige virksomheder, som indgår i samme økonomiske enhed eller virksomhed som den dominerende virksomhed.

Domstolen har ikke gentaget generaladvokat Rantos' konklusion om, at virksomhedsbegrebet som omhandlet i artikel 102 TEUF kan udvides til også at omfatte virksomheder, som alene er forbundet kontraktmæssigt, og hvor der ikke foreligger kapitalforbindelser mellem to koncernselskaber eller et agent- eller kommissionslignende forhold mellem producent og distributør, således at distributøren agerer for producentens regning og risiko. Det må således lægges til grund, at en sådan udvidelse af begrebet virksomhed som omhandlet i artikel 102 TEUF ikke kan finde sted.

4. Unilever-dommens betydning for nærværende sag

For at komme frem til, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling i form af leveringsnægtelse, lagde Konkurrencerådet bl.a. vægt på, at der var et eksisterende samhandelsforhold mellem Fleco og Deutz, fordi Fleco var tidligere kunde hos Deutz' forhandlere, herunder DMN, jf. eksempelvis afgørelsens pkt. 570-573 og pkt. 640, hvor det fremgår, at Rådet har anlagt en lempeligere vurdering af betingelserne for leveringsnægtelse, fordi der – ifølge Rådet – var tale om afbrydelse af levering.

Fleco har ubestridt aldrig været kunde hos Deutz, som kun rent undtagelsesvis sælger direkte til slutkunder. Deutz sælger helt overvejende til forhandlere, som derefter videresælger til andre. Der har således ikke været et eksisterende samhandelsforhold mellem Deutz og Fleco. Rådet har identificeret Deutz med de selvstændige forhandlere og henført det eksisterende samhandelsforhold mellem forhandlerne og Fleco til Deutz for at kunne konkludere, at der gjaldt lempeligere betingelser for at statuere misbrug af Deutz' dominerende stilling, og at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling.

Konkurrencerådet lagde således vægt på *forhandlernes* eksisterende samhandelsforhold med Fleco for at konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved ulovlig leveringsnægtelse. For at konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved leveringsnægtelse, lagde Konkurrencerådet også vægt på, at Equipco ifølge Rådet havde nægtet at levere til Fleco, som havde anmodet Equipco om levering. Deutz havde ikke selv nægtet at levere til Fleco, som aldrig har anmodet Deutz om levering. I den forbindelse lagde Rådet vægt på, at Deutz angiveligt kontrollerede forhandlerne, jf. afgørelsens pkt. 742.

Domstolens dom i Unilever-sagen bekræfter, at det var forkert af Rådet at lægge vægt på forhandlernes kundeforhold og adfærd for at konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved leveringsnægtelse.

Dommen bekræfter også, at det var forkert af Rådet at konkludere, at de samme påståede forhold indebar misbrug af dominerende stilling ved leveringsnægtelse i strid med artikel 102 TEUF og konkurrencelovens § 11 og var udtryk for en ulovlig konkurrencebegrænsende aftale i strid med artikel 101 TEUF og konkurrencelovens § 6.

4.1 Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at forhandlernes kundeforhold og adfærd kan tilregnes Deutz efter Unilever-kriterierne

Det første spørgsmål i Unilever-sagen angår, om artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at handlinger, der foretages af distributører, som er en del af distributionsnettet for en producent med en dominerende stilling, kan tilregnes den dominerende producent og i givet fald på hvilke betingelser, jf. dommens præmis 24.

Som nævnt lagde Konkurrencerådet vægt på 1) forhandlernes eksisterende samhandelsforhold med Fleco og 2) forhandleren Equipcos adfærd. Dette var nødvendige elementer for at konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling.

For så vidt angår pkt. 1) (forhandlernes eksisterende samhandelsforhold med Fleco) bemærkes, at eksistensen af et samhandelsforhold mellem Deutz' forhandlere og Fleco ikke er udtryk for adfærd udøvet af Deutz' forhandlere, som Deutz kan tilregnes og gøres ansvarlig for, fordi adfærden er udøvet i overensstemmelse med særlige instrukser fra Deutz og dermed i henhold til gennemførelsen af en politik, som Deutz ensidigt har besluttet, og som forhandlerne var forpligtede til at

følge, smh. præmis 29 og 33 i Domstolens dom i Unilever-sagen. Kundeforholdene er udtryk for historiske faktiske forhold, som Konkurrencerådet ikke har godtgjort, at Deutz har haft den påkrævede grad af indflydelse på, jf. kriterierne i Unilever-dommen.

Konkurrencerådet kunne derfor ikke lægge vægt på det eksisterende samhandelsforhold mellem Deutz' forhandlere og Fleco som en nødvendig betingelse for at konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved leveringsnægtelse.

Det er heller ikke godtgjort, at betingelserne i Unilever-dommen er opfyldt i forhold til pkt. 2) (Equipcos adfærd i form af påstået leveringsnægtelse over for Fleco). Bevisbyrden herfor påhviler også Konkurrencerådet. Rådet har ikke godtgjort, at Deutz har instrueret Equipco i ikke at levere til Fleco i overensstemmelse med en politik, som Deutz ensidigt har besluttet, og som Equipco var forpligtet til at følge.

Der gjaldt ikke nogen kontraktuel forpligtelse for Equipco til ikke at sælge til Fleco. En sådan forpligtelse gjaldt heller ikke for DMN eller andre forhandlere, og DMN leverede faktisk reservedele til Fleco.

Af Equipcos afslag på at levere til Fleco fremgår det udtrykkeligt, at afslaget skyldtes, at det ikke var muligt at levere reservedelene inden for den fastsatte leveringstid. Som nævnt ... var det i forvejen alment kendt i branchen, herunder for Fleco, DSB, Equipco og DMN, at der var store leveringsvanskeligheder i perioden før, under og efter DSB's udbud.

Derudover følger det af den tidslinje, der er fundet hos Equipco og Deutz, at Equipco ikke ville levere til Fleco: "*Equipco will not deliver Fleco*". Der fremgår ikke en årsag hertil. Ifølge Konkurrencerådets afgørelse, punkt 205, følger det af tidslinjen, at Deutz ringede til Equipco og forbød Equipco at levere til Fleco. Dette er ikke korrekt, og det påståede hændelsesforløb er ikke bevist med den fremlagte tidslinje eller i øvrigt.

Konkurrencerådets konklusion om, at Deutz kontrollerede producenter, forhandlere og dermed leverancer, er desuden forkert. Deutz' producenter kunne eksempelvis også levere direkte til kunderne. Ifølge Equipcos udtalelse til de nederlandske konkurrencemyndigheder var denne mulighed "alment kendt. Reservedelene kunne ligeledes anskaffes fra andre leverandører, jf. afsnit D.1.2 i Deutz' sammenfattende processkrift og Deutz' støttebilag anvendt under hovedforhandlingen.

Det samlede materiale i sagen viser ikke, at Deutz skulle have forbudt Equipco at levere til Fleco. Materialet efterlader tværtimod et indtryk af, at Equipco ikke blot var et "instrument" til territorial forgrening af Deutz' handelspolitik som omhandlet i Unilever-dommens præmis 30. F.eks. følger det af e-mailkorrespondance mellem Deutz og Equipco, at Equipco siger klart fra over for en hård tone anvendt [REDACTED] fra Deutz:

"Your insinuations and disrespect towards us are totally unacceptable and we will contact our counselor for advise. Not only your tone is disrespectful, also the direct threat to discontinue support and cooperation is out of line. This is the second time that you expressed yourself in this way (first time was at the meeting with DEUTZ and Nordic in Cologne) and again we assume that this is your personal opinion, not DEUTZ. We will contact your superiors shortly to discuss this matter."

overordnede hos Deutz undskyldte over for Equipco og skrev bl.a.:

"yes, the tone and wording was not correct and is not the way DEUTZ shall talk to our Business Partners. I have to apologize for this incorrect attendance. Be ensured that the e-mail below do not reflect the attitude of DEUTZ towards Equipco and all of your people [...]"

Denne e-mailkorrespondance viser, at der er et mere ligeværdigt forhold mellem Deutz og Equipco end det, der søges fremstillet i Konkurrencerådets afgørelse, og som er nødvendigt for anvendelse af betingelserne fra Unilever-dommen.

Betingelserne i Unilever-dommen må desuden fortolkes indskrænkende, da dommen er udtryk for en undtagelse til udgangspunktet om, at misbrug af dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF angår adfærd, der begås af den dominerende virksomhed selv. Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at betingelserne er opfyldt. Eventuel tvivl i den forbindelse må komme Deutz til gode, jf. ligeledes Rettens afgørelse i de forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T60/02 OP og T-61/02 OP, *Dresdner Bank AG, Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, DVB Bank AG og Commerzbank AG mod Kommissionen*, præmis 59-62. I den forbindelse bemærkes også, at Konkurrencerådet – der skal bevise den påståede overtrædelse – undlod at indkalde vidner ved den mundtlige forhandling i landsretten (og i Sø- og Handelsretten).

For at kunne konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved leveringsnægtelse, lagde Konkurrencerådet således vægt på to faktiske forhold vedrørende Deutz' forhandlere – ikke vedrørende Deutz selv. Det gælder for begge disse forhold, at betingelserne i Unilever-dommen for tilregning til Deutz *ikke* er opfyldt. Unilever-dommen bekræfter således, at Konkurrencerådet ikke kunne tilregne disse forhold til Deutz for at konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved leveringsnægtelse i strid med artikel 102 TEUF og konkurrencelovens § 11.

Hvis landsretten måtte være uenig i ovenstående og finder, at betingelserne i Unilever-dommen for at tilregne forhandleres adfærd til Deutz er opfyldt, følger det af Unilever-dommens præmis 30, at Deutz vil være den eneste ansvarlige for overtrædelsen:

"I et sådant tilfælde, hvor den adfærd, der foreholdes virksomheden med dominerende stilling, er blevet besluttet ensidigt af denne sidstnævnte virksomhed, kan denne anses for at være ophavsmand til denne og dermed i givet fald for at være den eneste ansvarlige for overtrædelsen med henblik på anvendelsen af artikel 102 TEUF. I et sådant tilfælde skal distributørerne og dermed det distri-

butionsnet, som disse udgør sammen med denne virksomhed, nemlig anses for blot at være et instrument til territorial forgrening af den nævnte virksomheds handelspolitik og i denne egenskab for at være det instrument, hvormed den omhandlede udelukkelsespraksis i givet fald er blevet gennemført.” (Understregning foretaget)

Da artikel 102 TEUF alene gælder for virksomheder, der besidder en dominerende stilling (og som regel kun én dominerende virksomhed, medmindre der foreligger kollektiv dominans, hvilket hverken var relevant i Unilever-sagen eller nærværende sag), må angivelsen ”med henblik på anvendelsen af artikel 102 TEUF” forstås sådan, at der i de tilfælde, hvor betingelserne for tilregning af forhandlernes forhold til producenten er opfyldt, alene vil være tale om en overtrædelse af artikel 102 TEUF – ikke artikel 101 TEUF. I sådanne situationer vil man alene pålægge den dominerende virksomhed ansvar i henhold til artikel 102 TEUF, uanset at der – som Domstolen påpeger i præmis 26 – i princippet også kan være tale om en aftale omfattet af artikel 101 TEUF. Det var også denne tilgang, de italienske konkurrencemyndigheder anlagde i Unilever-sagen, som alene omhandlede artikel 102 TEUF, selvom de omdiskuterede vilkår fremgik af parternes distributionsaftaler. Baggrunden herfor må være, at forhandlerne i sådanne tilfælde alene er instrumenter til territorial forgrening af den dominerende virksomheds handelspolitik. En sådan forståelse af Unilever-dommens præmis 30 er desuden bedst i overensstemmelse med *ne bis in idem*-princippet som omhandlet i artikel 50 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, som hindrer kumulation af retsforfølgelse og sanktioner af strafferetlig karakter for de samme forhold og mod samme person.

Uanset om betingelserne i Domstolens dom i Unilever-sagen for at tilregne forhandleres adfærd til Deutz er opfyldt, var det således en væsentlig retlig fejl, at Konkurrencerådet fandt, at samme forhold var i strid med både artikel 101 og 102 TEUF og de tilsvarende danske bestemmelser.

4.2 Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der kunne lægges vægt på forhandlernes kundeforhold og adfærd, fordi Deutz og forhandlerne udgjorde samme økonomiske enhed og virksomhed

Da betingelserne efter Unilever-dommen for tilregning til Deutz af forhandlernes forhold ikke er opfyldt, kunne Konkurrencerådet alene lægge vægt på disse forhold og – på grundlag af forhandlernes kundeforhold og adfærd – konkludere, at Deutz havde misbrugt en dominerende stilling ved leveringnægtelse, hvis Konkurrencerådet havde godtgjort, at Deutz og forhandlerne udgjorde samme økonomiske enhed og virksomhed som omhandlet i artikel 102 TEUF.

Som nævnt ovenfor fandt Domstolen i Unilever-dommen ikke anledning til at udvide virksomhedsbegrebet som foreslået af generaladvokat Rantos. Et sådant udvidet virksomhedsbegreb finder således ikke anvendelse.

Konkurrencerådet har ikke gjort gældende – endsige godtgjort – at Deutz og forhandlerne udgjorde samme økonomiske enhed og virksomhed som omhandlet i artikel 102 TEUF. Tværtimod har Rådet bl.a. på side 3 i ankesvarskriftet gjort gældende, at Deutz ikke af Rådet er blevet betragtet som samme økonomiske enhed og virksomhed som forhandlerne.

...”

DMN har yderligere anført følgende anbringender, som fremgår af selskabets sammenfattende processkrift af 29. august 2022 (afsnitsnummerering samt henvisninger til ekstrakt og materialesamling udeladt):

”6 SØ- OG HANDELSRETTENS DOM

I tillæg til ovenstående gør DMN gældende, at Sø- og Handelsrettens begrundelse for, at DMN og Deutz skulle have overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, på visse punkter adskiller sig afgørende fra begrundelserne i konkurrencemyndighedernes afgørelser.

Det drejer sig *for det første* om Sø- og Handelsrettens begrundelse for ikke at anse den påståede aftale mellem DMN og Deutz for at være omfattet af den dagældende vertikale gruppefritagelse.

Sø- og Handelsretten konklusion herom var blandt andet baseret på, at *”den anførte aftale mellem DMN og Deutz var en separat aftale adskilt fra deres vertikale aftale om DMN’s forhandlerforhold i øvrigt”* (vores understregning). Hvis den påståede aftale mellem DMN og Deutz rettelig må anses som en *separat* aftale, adskilt fra parternes forhandlerforhold, ville aftalen logisk set ikke falde inden for anvendelsesområdet af gruppefritagelse. I henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 2(1)(1), jf. artikel 1(1)(a), omfattede denne således alene aftaler m.v. vedrørende *”de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester”*.

Konkurrencerådet havde imidlertid lagt til grund, at den påståede aftale faldt *inden for* anvendelsesområdet af gruppefritagelsesforordningen, men at den efter Konkurrencerådets opfattelse var omfattet af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b, og af den grund ikke var fritaget (Rådsafgørelsen, pkt. 873-877. Det fremgår da også af Rådsafgørelsens pkt. 60 og pkt. 900, at Konkurrencerådet anså den påståede aftale for at ligge *”i forlængelse af parternes distributionsaftale”*. Konkurrenceankenævnets kendelse forholdt sig ikke udtrykkeligt til dette spørgsmål, men stadfæstede Rådsafgørelsen i sin helhed og må dermed anses for at have tilsluttet sig Konkurrencerådets vurdering på dette punkt.

Sø- og Handelsrettens begrundelse adskiller sig *for det andet* afgørende fra konkurrencemyndighedernes begrundelser i relation til spørgsmålet om, hvorvidt den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen.

Som nærmere redegjort for i Deutz' sammenfattende processkrift ... levede konkurrencemyndighedernes bedømmelser af, om den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen, ikke op til de i EU- og dansk

retspraksis fastslåede krav. Det skyldes blandt andet, at konkurrencemyndighederne ikke i deres begrundelser inddrog den påståede aftales *retlige og økonomiske sammenhæng*, og at de i øvrigt ikke havde foretaget en korrekt vurdering af, hvorvidt den påståede aftale rummede *et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger*, at det ikke var fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Således havde Konkurrenceankenævnet (i strid med praksis) alene konstateret, at den påståede aftale var *"egnet til at skade konkurrencen"*.

Sø- og Handelsretten inddrog imidlertid i sin begrundelse udtrykkeligt den påståede aftales *"retlige og økonomiske sammenhæng"* og angav, at aftalen *"findes [...] at rumme et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at retten tiltræder, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen"* (vores understregning og udeladelse i kantet parentes).

Det forhold, at Sø- og Handelsretten fandt det nødvendigt at sætte sin egen begrundelse vedrørende *både* den vertikale gruppefritagelse og til formåls-vurderingen i stedet for konkurrencemyndighedernes begrundelser, viser, at Sø- og Handelsretten anså konkurrencemyndighedernes begrundelser på disse punkter for at være mangelfulde. Manglerne er væsentlige, da de både hver for sig og til sammen har en væsentlig og afgørende betydning for vurderingen af, om den påståede aftale mellem DMN og Deutz var en ulovlig, konkurrencebegrænsende aftale. Det støtter, at punkt 60-62 og punkt 900-902 i Rådsafgørelsen bør ophæves, subsidiært hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

DMN gør endvidere gældende, at det forhold, at Sø- og Handelsretten opretholdt konkurrencemyndighedernes afgørelser med en *ny og anderledes begrundelse* end dem, der ligger til grund for indgår i afgørelserne, var i strid med grundlæggende procesretlige og forvaltningsretlige principper.

For det første stred det mod det grundlæggende princip i dansk konkurrenceret om, at en afgørelse fra Konkurrencerådet kan prøves gennem administrativ rekurs til Konkurrenceankenævnet og derefter gennem domstolsprøvelse ved mindst to instanser. DMN vil således alene have mulighed for at få prøvet Sø- og Handelsrettens nye og anderledes begrundelse ved Østre Landsret.

For det andet fratog det DMN den beskyttelse, der ligger i, at vurderingen af en påstået konkurrencebegrænsende aftale i første omgang skal foretages af Konkurrencerådet under iagttagelse af gældende forvaltningsretlige principper, herunder officialprincippet og princippet om partshøring.

For det tredje udhulede det det grundlæggende princip i dansk forvaltningsret om, at myndighedsafgørelser skal give en begrundelse *samtidig med vedtagelsen af den pågældende afgørelse*, såvel som tilsvarende EU-retlige principper. EU-Domstolen har således i sager om anvendelsen af EUkonkurrencereglerne slået fast, (i) at begrundelsen for Kommissionens afgørelser skal *"meddeles den berørte part samtidig med den beslutning, der indeholder et klagepunkt i forhold til parten"* (vores understregning), (ii) at en mangelfuld begrundelse *"ikke [kan] afhjælpes gennem den omstændighed, at den berørte part erfarer grundene til afgørelsen under sagen for Domstolen"* (vores ændring i kantet parentes), og (iii) at *"forpligtelsen til at begrunde en indivi-*

duel beslutning har til formål at gøre det muligt for Domstolen at efterprøve beslutningens lovlighed samt at give den berørte part de oplysninger, ved hjælp af hvilke det kan fastslås, om der er grundlag for beslutningen, eller om der muligvis foreligger en sådan fejl, at dens lovlighed kan anfægtes”.

DMN gør på den baggrund gældende, at en domstolsprøvelse af en afgørelse fra konkurrencemyndighederne skal begrænse sig til en prøvelse af, om den begrundelse, der indgår i afgørelsen, giver et tilstrækkeligt grundlag for afgørelsens konklusion.

Dette støttes blandt andet af generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse i sag C-649/15 P, TV2/Danmark. Heraf fremgår – blandt andet med henvisning til den ovenfor citerede praksis – at *”Unionens retsinstanter bør nemlig foretage en prøvelse af en retsakt i lyset af begrundelserne heri, uden at Kommissionen kan ændre denne begrundelse under retssagen”.*

Det støttes også af Vestre Landsrets dom af 24. maj 2018 i sag V.L.B-1828-16, Ørsted A/S mod Konkurrencerådet, der vedrørte en prøvelse af Konkurrencerådets afgørelse om Elsams påståede misbrug af dominerende stilling som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet. I den sag havde Sø- og Handelsretten fundet, at konkurrencemyndighedernes misbrugsvurdering var mangelfuld, men i stedet for at ophæve afgørelserne og eventuelt hjemvise sagen til fornyet behandling havde Sø- og Handelsretten – ligesom i nærværende sag – erstattet konkurrencemyndighedernes mangelfulde vurdering med sin egen nye og anderledes vurdering. Under ankesagen slog landsretten imidlertid fast, at prøvelsen var begrænset til *konkurrencemyndighedernes* misbrugsvurdering, og fandt efter denne prøvelse, at *myndighederne* ikke med den fornødne sikkerhed havde påvist, at Elsam havde misbrugt sin dominerende stilling. Landsretten ophævede som konsekvens heraf Konkurrencerådets afgørelse.

På baggrund af ovenstående skal Østre Landsrets prøvelse under nærværende ankesag begrænse sig til en prøvelse af, om de begrundelser, der indgår i *konkurrencemyndighedernes* afgørelser, udgør et tilstrækkeligt grundlag for konklusionen om, at den påståede aftale var i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Som redegjort for er det ikke tilfældet. Derfor bør punkt 60-62 og punkt 900-902 i Rådsafgørelsen opheves.

Hvis Østre Landsret i øvrigt måtte finde, at andre begrundelser end dem, der indgår i konkurrencemyndighedernes afgørelser, herunder Sø- og Handelsrettens begrundelse, potentielt kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag for konklusionen om, at den påståede aftale var i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler, kan landsretten hjemvise Rådsafgørelsen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet. I så fald vil Konkurrencerådet – under iagttagelse af gældende forvaltningsretlige principper – kunne vurdere den påståede aftale igen inden for rammerne af de retningslinjer for vurderingen, der måtte følge af landsrettens dom, og DMN vil have fuld og sædvanlig prøvelsesret af en eventuel ny afgørelse baseret på en ændret begrundelse.

...

8 DMN'S PÅSTAND 2

Påstand 2 angår de sagsomkostninger, DMN blev tilpligtet at betale ved Sø- og Handelsrettens dom, og som DMN betalte til Konkurrencerådet den 18. januar 2021, altså inden fuldbyrdelsesfristens udløb.

DMN gør gældende, at hvis DMN får medhold i påstand 1, skal Konkurrencerådet tilbagebetale disse sagsomkostninger til DMN, og at beløbet i medfør af rentelovens § 3, stk. 4, skal tillægges renter fra tidspunktet for indlevering af DMN's ankestævning den 2. februar 2021, jf. blandt andet Højesterets dom af 27. november 2019.

9 SAGSOMKOSTNINGER

DMN anmoder om at få tilkendt sagsomkostninger til dækning af (i) rimelige udgifter til advokatbistand og (ii) retsafgifter for både Sø- og Handelsretten og landsretten.

DMN er momsregistreret.”

Efter at EU-Domstolen den 19. januar 2023 har afsagt dom i sag C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations, har DMN yderligere anført følgende i selskabets processkrift af 10. februar 2023 (afsnitsnummerering udeladt):

”DMN gør ... gældende, at hvis landsretten opretholder konkurrencemyndighedernes konklusioner for så vidt angår Deutz' påståede misbrug af en dominerende stilling i form af leveringsnægtelse, så indebærer Unilever, at landsretten ikke samtidig kan opretholde konkurrencemyndighedernes konklusioner for så vidt angår den påståede konkurrencebegrænsende aftale mellem DMN og Deutz.

For så vidt angår det påståede **misbrug** af dominerende stilling i form af leveringsnægtelse fremgår blandt andet af Konkurrencerådets afgørelse,

I overensstemmelse hermed tiltrådte Konkurrenceankenævnet i sin kendelse, side 16, sidste afsnit, at ...

På det grundlag bestod det påståede misbrug altså i, at Deutz forhindrede sine forhandlere i at sælge reservedele til Fleco. DMN var som bekendt Deutz' forhandler i Danmark.

For så vidt angår den påståede **konkurrencebegrænsende aftale** mellem DMN og Deutz fremgår blandt andet af Konkurrencerådets afgørelse

I overensstemmelse hermed tiltrådte Konkurrenceankenævnet i sin kendelse,

Dermed hvilede den påståede konkurrencebegrænsende aftale på samme adfærd som det påståede misbrug af dominerende stilling.

I den forbindelse bemærkes, at Unilever, præmis 29-30, angiver følgende:

...

Det betyder, at hvis betingelserne vurderes at være opfyldt for, at en dominerende virksomhed kan anses for at have misbrugt en dominerende stilling – eksempelvis i form af leveringsnægtelse – indirekte gennem sine forhandlere, så skal forhandlerne anses for blot at være "instrumenter" i relation til den pågældende adfærd. I nærværende sag ville det betyde, at DMN skulle betragtes som et "instrument" i forhold til den påståede hindring af salg af reservedele til Fleco.

Hvis en forhandler skal anses for blot at være en dominerende virksomheds "instrument" i relation til en given adfærd, kan forhandleren ikke samtidig anses for at være ansvarlig for adfærden i henhold til forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

For det tilfælde, at landsretten opretholder konkurrencemyndighedernes konklusioner for så vidt angår Deutz' påståede misbrug af en dominerende stilling i form af leveringsnægtelse, støtter ovenstående dermed DMN's påstande om ophævelse, subsidiært ophævelse og hjemvisning, af Konkurrencerådets afgørelse for så vidt angår den påståede konkurrencebegrænsende aftale."

Konkurrencerådet har yderligere anført følgende anbringender, som fremgår af rådets sammenfattende processkrift af 29. august 2022 (henvisninger til ekstrakt og materialesamling udeladt):

"3.3 Aftalen har til formål at begrænse konkurrencen

...

3.3.2 Om betydningen af den dagældende vertikal gruppefritagelse

...

Sø- og Handelsretten tiltræder i dommen konkurrencemyndighedernes analyse og tilføjer i overensstemmelse med rådets synspunkt, at denne aftale ikke var indeholdt i selve forhandleraftalen som sådan. Aftalen blev således indgået efterfølgende og separat, ligesom den gik videre end indeholdet af den oprindelige forhandleraftale. Denne supplerende betragtning er inddraget for at besvare Deutz' og DMN's anbringender og for at vise, at hensigten med aftalen ikke var en lovlig beskyttelse mod aktivt salg indeholdt i den eksisterende forhandleraftale, men et ønske om - i forlængelse af forhandleraftalen - at gå videre og hindre al parallelhandel for at sikre en ulovlig, absolut områdebeskyttelse. Denne supplerende betragtning er dog ikke nødvendig for konklusionen om, at gruppefritagelsen ikke er anvendelig, jf. ovenfor.

Det er således forkert, når Deutz anfører, at Sø- og Handelsretten anså konkurrencemyndighedernes vurdering og begrundelse for at være mangelfuld. Det er heller ikke korrekt, når Deutz anfører, at Sø- og Handelsretten rettede "[...] hele begrundelsen for, at den påståede aftale havde til formål at

begrænse konkurrencen og således var i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF". Det følger direkte af Sø- og Handelsrettens dom, at retten tiltræder de af Konkurrenceankenævnet anførte grunde i det hele, jf. dommens side 255.

3.4 Blokeringen af unikke reservedele omfatter passivt salg

...

Sø- og Handelsretten har på linje med rådet i dommen fundet det bevist, at DMN sammen med Deutz agerede i overensstemmelse med en aftale om at hindre parallelimport og passivt salg. Det anføres udtrykkeligt i dommen, at DMN og Deutz' angivelse af, at deres aktiviteter alene handlede om hindring af aktivt salg fra Equipco til Fleco i Danmark, ses ikke at kunne finde støtte i sagens faktum, som entydigt peger på en generel blokering for parallelimport og alt salg til Fleco, herunder salg iværksat ved Flecøs egne henvendelser til Deutz' forhandlernetværk.

Sø- og Handelsretten anfører videre i dommen, at den anførte aftale vedrørende sikring af absolut områdebeskyttelse findes efter sit formål og den retlige og økonomiske sammenhæng at rumme et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at retten tiltræder, at aftalen havde til formål at begrænse konkurrencen, hvilket i øvrigt også findes at have været hensigten med aftalen. På den baggrund tiltræder retten de af Konkurrenceankenævnet anførte grunde, at aftalen er i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101, stk. 1 TEUF.

4. SAMMENHÆNGEN MELLEM OVERTRÆDELSERNE

Dernæst anfører Deutz, at Konkurrencerådet har behandlet Deutz og dets forhandlere forskelligt i relation til vurderingen af misbruget henholdsvis den konkurrencebegrænsende aftale. Det anføres nærmere, at rådet angiveligt har anset Deutz og forhandlerne for at udgøre én enhed i relation til misbruget, men derimod har behandlet Deutz og forhandlerne som selvstændige enheder i relation til spørgsmålet om der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale.

Deutz' synspunkt bygger på en misforståelse af Konkurrencerådets synspunkter. Konkurrencerådet har ikke i afgørelsen lagt til grund, at Deutz og forhandlerne udgør én økonomisk enhed. Konkurrencerådet har i afgørelsen lagt vægt på, at leveringsnægtelsen er sket indirekte via Deutz' forhandlere, og at de unikke reservedele ikke kunne skaffes udenom Deutz og Deutz' forhandlernetværk, jf. ovenfor i afsnit 2.2.3.

Det bemærkes supplerende, at Konkurrencerådet ikke, som anført af Deutz, har lagt vægt på, at Deutz kontrollerede sine forhandlere. Pointen er, at Deutz kunne kontrollere leverancerne af de unikke reservedele via forhandlernetværket. Denne form for kontrol med leverancerne og muligheden for at udøve leveringsnægtelse via et forhandlernetværk har intet med virksomhedsbegrebet i konkurrencereglerne at gøre. Konkurrencerådets konstatering er således ikke i modstrid med, at Deutz og de pågældende forhandlere udgør forskellige økonomiske enheder, som kan indgå

i konkurrencebegrænsende aftaler. I øvrigt er der intet til hinder for, at en konkurrencebegrænsende adfærd samtidig kan være omfattet af såvel konkurrencelovens § 6 som § 11/artikel 101 og 102 TEUF.

Tilsvarende er konstateringen af, at Deutz og forhandlerne ikke udgør én økonomisk enhed, ikke uforenelig med, at det i afgørelsens bedømmelse af leveringsnægtelsen er lagt til grund, at der er tale om afbrydelse af et eksisterende samhandelsforhold, jf. afsnit 2.3.3 ovenfor. Det forhold, at samhandelen er kanaliseret via et forhandlernetværk, er således tilstrækkeligt til at etablere et eksisterende samhandelsforhold efter retspraksis om leveringsnægtelse, uanset at forhandlernetværket ikke udgør en del af den samme økonomiske enhed som Deutz.

Hvad angår Deutz' henvisning til, at der i punkt 391 i Konkurrencerådets *udkast* til afgørelse (bilag 9) er anvendt formuleringer, som indikerer, at Deutz og forhandlerne er anset for en økonomisk enhed, skal det fremhæves, at denne sag angår en prøvelse af Konkurrenceankenævnets kendelse, hvorved Konkurrencerådets afgørelse blev stadfæstet. Evt. formuleringer indeholdt i et udkast til afgørelse er ikke genstand for prøvelsen og er derfor uden betydning for sagen. Konkretudgik det anførte punkt i udkastet netop af den endelige afgørelse efter partshøringen, og punktet har således aldrig været en del af rådets endelige afgørelse. ligesom punktet aldrig har været en del af Konkurrenceankenævnets vurdering, som er til prøvelse under sagen.

...

7. OM TILBAGEBETALING AF SAGSOMKOSTNINGER

Konkurrencerådet er – som det fremgår af bemærkningerne ovenfor – ikke enig i, at Konkurrencerådets afgørelse skal ophæves. Konkurrencerådet påstår i konsekvens heraf frifindelse i forhold til Deutz' og DMN's påstande 2 om tilbagebetaling af sagsomkostninger med rente.

...

9. SAGSOMKOSTNINGER

Landsretten bør ved fastsættelsen af sagsomkostninger tage udgangspunkt i, at der har været en forholdsvis omfattende skriftveksling for landsretten, og at hovedforhandlingen er berammet til foretagelse over 3 retsdage.

10. MOMSREGISTRERING

Konkurrencerådet er ikke momsregistreret.”

Efter at EU-Domstolen 19. januar 2023 har afsagt dom i sag C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations, har Konkurrencerådet yderligere anført følgende i rådets processkrift af 10. februar 2023:

”Unilever-dommen er efter Konkurrencerådets opfattelse helt på linje med den retsopfattelse, som ligger til grund for Konkurrencerådets afgørelse og Konkurrenceankenævnets kendelse i denne sag.

...

Konkurrencerådet har i relation til konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF især lagt vægt på, at Deutz som kulminationen på et forløb, hvor Deutz på forskellig vis har forsøgt at bestemme over og påvirke DSB's indkøb, herunder ved at forsøge at få DSB til at købe den såkaldte exchange-løsning, som er en mere omfattende reovering end den DSB planlagde, samt at købe et mere omfattende reservedels-kit end nødvendigt gennem DMN, har forhindret sine forhandlere i at levere reservedele til Fleco m.fl. til brug for DSB-kontrakten.

Deutz effektuerede hindringen af parallelhandlen og leveringsnægtelsen ved at iværksætte en generel blokering i hele sit forhandlersystem af en række unikke reservedele, der kun kunne skaffes via Deutz og dennes forhandlernetværk, og som var nødvendige for, at Fleco m.fl. kunne opfylde kontrakten med DSB. Deutz' blokering blev gennemført konsekvent, systematisk og med betydelig nidkærhed.

DMN tilsluttede sig aktivt og efter fælles forståelse med Deutz denne blokering. Hensigten med blokeringen var, at konsortiet ville blive tvunget til at bryde kontrakten med DSB, hvorefter Deutz og DMN kunne overtage opgaven, således at DSB bl.a. måtte købe reservedelene til en højere pris hos DMN.

Konkurrencerådet har derfor vurderet, at den af Deutz og DMN udviste adfærd både udgør et misbrug af dominerende stilling og en ulovlig aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen. Dette er helt sædvanligt og fuldt ud i overensstemmelse med fast retspraksis fra EU-Domstolen, hvorefter en adfærd samtidig kan udgøre en overtrædelse af både artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF, selv om de to bestemmelser forfølger forskellige formål.

En aftalestrategi, som følges af en virksomhed, der har en dominerende stilling på markedet, kan således give anledning til sanktioner ikke bare i henhold til artikel 101 TEUF, for så vidt angår de enkelte aftaler, men også i henhold til artikel 102 TEUF som følge af det yderligere indgreb, som denne strategi vil kunne gøre i konkurrencestrukturen på et marked, hvor konkurrencen allerede er svækket på grund af den dominerende stilling, som denne producent af originale lægemidler indtager på dette marked.

Et godt eksempel herpå er EU-Domstolens dom i sag C-307/18, Generics, præmis 146-147, hvor en pay for delay-aftale med en parallelimportør udgjorde en hindring af parallelhandlen og en markedsdeling i strid med både artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF.

Det bemærkes for en ordens skyld, at selv om det bagvedliggende faktum, som indgår i vurderingerne i nærværende sag, på lange stræk er det samme, så er der foretaget de nødvendige selvstændige vurderinger

af de i retspraksis opstillede kriterier for hver enkelt overtrædelse af konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF og konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF.

...

Konkurrencerådet har ikke i afgørelsen lagt til grund, at Deutz og forhandlerne udgør én økonomisk enhed i relation til misbrugsvurderingen - tværtimod. Konkurrencerådet har i afgørelsen lagt vægt på, at hindringen af parallelhandlen og leveringsnægtelsen er sket via påvirkning af Deutz' selvstændige forhandlere, og at de unikke reservedele ikke kunne skaffes udenom Deutz og Deutz' forhandlernetværk.

Pointen er, at Deutz kunne kontrollere *leverancerne* af de unikke reservedele via forhandlernetværket. Det fremgår i den forbindelse af sagens dokumenter, at forhandlerne i givet fald skulle bestille de unikke reservedele i Deutz' bestillingssystem, hvor Deutz havde blokeret for alle direkte bestillinger af de reservedele, som Deutz anså for nødvendige for opfyldelse af DSB-kontrakten.

Denne form for kontrol med *leverancerne* og muligheden for at udøve leveringsnægtelse via et forhandlernetværk har intet med virksomhedsbegrebet i konkurrencereglerne at gøre. Det er i stedet et spørgsmål om dominans (kunne de pågældende reservedele skaffes let udenom Deutz), og om en af forhandlerne evt. udvist selvstændig adfærd - i forlængelse af Deutz' systematiske og konsekvente blokering af reservedele - også kan *tilregnes* Deutz i relation til anvendelsen af konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF.

Spørgsmålet om tilregnelser for en af forhandlerne udvist selvstændigt adfærd har imidlertid ingen konkret betydning for misbrugsvurderingen i sagen, idet den adfærd, som danner baggrund for misbrugsvurderingen, utvivlsomt er gennemført af Deutz selv eller i forening og fuld forståelse med Deutz, som tilfældet var med DMN. Det er ikke gjort gældende, at Deutz skal tilregnes adfærd hos forhandlere, der har ageret helt selvstændigt og uden påvirkning fra Deutz.

Konkurrencerådets misbrugsvurdering er således på ingen måde i modstrid med konstateringen af, at Deutz og de pågældende forhandlere samtidig udgør forskellige økonomiske enheder, som også kan indgå i konkurrencebegrænsende aftaler.

Tilsvarende er konstateringen af, at Deutz og forhandlerne ikke udgør én økonomisk enhed, ikke uforenelig med, at det i afgørelsens bedømmelse af leveringsnægtelsen er lagt til grund, at der er tale om afbrydelse af et eksisterende samhandelsforhold. Det forhold, at samhandlen er kanaliseret via et forhandlernetværk, er således tilstrækkeligt til at etablere et eksisterende samhandelsforhold efter retspraksis om leveringsnægtelse, uanset at forhandlerne ikke udgør en del af den samme økonomiske enhed som Deutz.

....

EU-Domstolen valgte at besvare det stillede spørgsmål ud fra en anden tilgang end generaladvokaten, idet EU-Domstolens besvarelse tager udgangspunkt i overvejelser om tilregnelser og ikke i overvejelser om, hvorvidt de pågældende virksomheder tilhører samme økonomiske enhed, jf. præmis 24-27 i dommen, hvori det hedder:

...

Som det fremgår af citaterne ovenfor, ændrer Unilever-dommen ikke på, at en dominerende virksomhed naturligvis kan drages til ansvar efter konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF for adfærd, som den selv har udvist ensidigt eller har foranlediget sine forhandlere til at udvise på dens vegne, jf. præmis 2931 i Unilever-dommen. Det er ikke i sådanne tilfælde en betingelse, at det påvises, at forhandlerne udgør en del af den samme økonomiske enhed som den dominerende virksomhed, jf. Unilever-dommens præmis 32.

Den adfærd, som konkret danner baggrund for misbrugsvurderingen, er utvivlsomt gennemført af Deutz selv og/eller i forening og fuld forståelse med Deutz, jf. punkt 1, ovenfor. Det ligger dermed fast, at Konkurrencerådet med rette har kunnet fastslå, at Deutz har misbrugt sin dominerende stilling ved at iværksætte en generel blokering i hele sit forhandlersystem af en række unikke reservedele, der kun kunne skaffes via Deutz og dennes forhandlernetværk, og som var nødvendige for, at Fleco m.fl. kunne opfylde kontrakten med DSB. Endvidere ligger det fast, at det var med rette, at Konkurrencerådet ikke i den forbindelse har fundet det nødvendigt at undersøge, om Deutz og forhandlerne udgjorde en økonomisk enhed, idet misbruget utvivlsomt kan tilregnes Deutz direkte.

Unilever-dommen ændrer heller ikke på den faste retspraksis fra EU-Domstolen om, at en adfærd samtidig kan udgøre en overtrædelse af både artikel 101 TEUF og artikel 102 TEUF, hvis de i retspraksis fastsatte betingelser for de enkelte overtrædelser i øvrigt er opfyldt, jf. punkt 1, ovenfor.

Deutz har, som anført ovenfor, misbrugt sin dominerende stilling ved at iværksætte en generel blokering i *hele* sit forhandlersystem af en række unikke reservedele, der kun kunne skaffes via Deutz og dennes forhandlernetværk, og som var nødvendige for, at Fleco m.fl. kunne opfylde kontrakten med DSB. *Deutz og DMN* har samtidig indgået en aftale med det formål, at leverancerne af de unikke reservedele til DSB udelukkende skulle kanaliseres via DMN. Denne aftale udgør en ulovlig hindring af parallelhandlen og passivt salg. Det er derfor klart, at der i en sådan situation på samme tid foreligger en overtrædelse af konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF og af konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF, som både Deutz og DMN kan drages til ansvar for.

Der er herved ingen tvivl om, at både Deutz og DMN også efter Unilever-dommen kan anses for selvstændige virksomheder i relation til konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF i relation til sidstnævnte aftale. Deutz og DMN har ikke påvist, at de udgjorde en og samme økonomiske enhed, og at hverken Deutz eller DMN dermed kan drages til an-

svar for den indgåede ulovlige aftale efter konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF.

Deutz kan heller ikke anses for at have ageret ensidigt i relation til aftalen med DMN i den forstand, som dette er angivet i Unilever-dommens præmis 29-30. Tværtimod er det åbenbart, at det i overensstemmelse med beviskravene herfor er påvist, at der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN som beskrevet.

DMN tilsluttede sig aktivt og efter fælles forståelse med Deutz blokeringen, og at leverancerne til DSB udelukkende skulle ske via DMN. Der er herved ikke tale om, at DMN blot fulgte instrukser fra Deutz, som DMN var retligt forpligtet til at følge. DMN var en frivillig og drivende kraft bag parternes i fællesskab afstemte ulovlige adfærd. DMN skal naturligvis - sammen med Deutz - drages til ansvar for denne adfærd.

Der er endvidere intet i præmis 29-30 i Unilever-dommen, som udelukker, at både Deutz og DMN under omstændigheder som de foreliggende kan drages til ansvar efter konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF, selv hvis det lægges til grund, at DMN's adfærd var en følge af en retlig forpligtelse, hvad adfærden dog utvivlsomt ikke var.

For en ordens skyld bemærkes det endeligt, at der i denne sag udelukkende skal tages stilling til, om der foreligger en *overtrædelse* af konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF og konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF. Landsretten skal ikke tage stilling til spørgsmålet om straf, herunder om princippet *ne bis in idem* i givet fald kan føre til, at *straffen* i forhold til Deutz skal nedsættes som følge af, at der er overlap mellem den adfærd, som udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 6/artikel 101 TEUF og den adfærd, som udgør en overtrædelse af konkurrencelovens § 11/artikel 102 TEUF. Princippet om *ne bis in idem* kan ikke føre til, at der ikke foreligger en *overtrædelse* i forhold til Deutz, ligesom princippet ikke kan føre til, at DMN kan undslippe sit ansvar for den ulovlige aftale, som DMN indgik med Deutz.

Sammenfattende understøtter EU-Domstolens dom i Unilever-sagen i det hele den foretagne vurdering af, at Deutz har misbrugt sin dominerende stilling, og at Deutz og DMN har indgået en ulovlig aftale, som har til formål at begrænse konkurrencen."

Retsgrundlaget

Det fremgår af EU-Domstolens dom af 19. januar 2023 i sag C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations, blandt andet:

"23 Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at AGCM hvad angår distributørernes misbrug kun har sanktioneret Unilever med den begrundelse, at selskabet misbrugte en dominerende stilling. I denne sammenhæng ønsker den forelæggende ret med sit første spørgsmål oplyst, under hvilke betingelser adfærden hos erhvervsdrivende, der formelt er selvstændige og uafhængige, dvs. distributører, kan tilregnes

en anden selvstændig og uafhængig erhvervsdrivende, nemlig producenten af de produkter, som distribueres af disse.

- 24 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at den forelæggende ret med sit første spørgsmål nærmere bestemt ønsker oplyst, om artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at de handlinger, der foretages af distributører, som er en del af distributionsnettet for en producent med en dominerende stilling, kan tilregnes sidstnævnte og i givet fald på hvilke betingelser.
- 25 Den forelæggende ret ønsker navnlig oplyst, om den omstændighed, at der foreligger en aftalemæssig samordning mellem en producent, omkring hvilken denne aftalemæssige samordning er organiseret, og forskellige juridisk uafhængige distributører, er tilstrækkelig til at muliggøre en sådan tilregnelser, eller om det endvidere skal fastslås, at den pågældende producent har mulighed for at udøve en afgørende indflydelse på de kommercielle, finansielle og industrielle beslutninger, som distributørerne kan træffe i forbindelse med den pågældende aktivitet, og som går ud over den, der sædvanligvis karakteriserer samarbejdsforholdet mellem producenter og distributionsformidlere.
- 26 I denne henseende er det ganske vist korrekt, at de beslutninger, der træffes inden for rammerne af en aftalemæssig samordning, såsom en distributionsaftale, for så vidt som deres gennemførelse indebærer, at de i det mindste stiltiende accepteres af alle parter, principielt ikke er udtryk for en ensidig adfærd, men indgår i det forhold, som parterne i denne samordning har indbyrdes (jf. i denne retning dom af 17.9.1985, Ford-Werke og Ford of Europe mod Kommissionen, 25/84 og 26/84, EU:C:1985:340, præmis 20 og 21). Sådanne afgørelser henhører således i princippet under kartelretten som omhandlet i artikel 101 TEUF
- 27 Denne konklusion udelukker imidlertid ikke, at en virksomhed med en dominerende stilling kan tilregnes den materielle adfærd, der er udvist af distributørerne af dennes varer eller tjenesteydelser, og som den kun står i kontraktforhold til, og at det følgelig fastslås, at virksomheden har misbrugt en dominerende stilling som omhandlet i artikel 102 TEUF.
- 28 En dominerende virksomhed er nemlig særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked (dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 135 og den deri nævnte retspraksis).
- 29 Som generaladvokaten har anført i punkt 48 i forslaget til afgørelse, har en sådan forpligtelse til formål ikke blot at forebygge de skader på konkurrencen, som følger direkte af den adfærd, der er udvist af virksomheden med dominerende stilling, men også de skader, som den adfærd, som denne virksomhed har uddelegeret til uafhængige juridiske enheder, som er forpligtet til gennemføre virksomhedens instrukser, medfører. Når den adfærd, der foreholdes af virksomheden med dominerende stilling, faktisk gennemføres gennem et distributionsnet, kan denne adfærd tilregnes denne virksomhed, hvis det viser sig, at den er blevet udvist i overensstemmelse med særlige instrukser fra denne virksomhed og dermed i henhold til gennemførelsen af en politik, som den på-

gældende virksomhed ensidigt har besluttet, og som de berørte distributører var forpligtet til at følge.

- 30 I et sådant tilfælde, hvor den adfærd, der foreholdes virksomheden med dominerende stilling, er blevet besluttet ensidigt af denne sidstnævnte virksomhed, kan denne anses for at være ophavsmand til denne og dermed i givet fald for at være den eneste ansvarlige for overtrædelser med henblik på anvendelsen af artikel 102 TEUF. I et sådant tilfælde skal distributørerne og dermed det distributionsnet, som disse udgør sammen med denne virksomhed, nemlig anses for blot at være et instrument til territorial forgrening af den nævnte virksomheds handelspolitik og i denne egenskab for at være det instrument, hvormed den omhandlede udelukkelsespraksis i givet fald er blevet gennemført.
- 31 Dette gælder bl.a., når en sådan adfærd har form af standardkontrakter, som udelukkende er udarbejdet af en producent, der har en dominerende stilling, og som indeholder eksklusivitetsbetingelser til fordel for dennes produkter, som denne producents distributører er forpligtet til få indehaverne af salgsstederne til at underskrive uden at kunne ændre dem, medmindre den pågældende producent udtrykkeligt har givet samtykke hertil. Under sådanne omstændigheder kan den samme producent nemlig ikke med rimelighed være uvidende om, at distributørerne, henset til de retlige og økonomiske forbindelser, der knytter den til disse distributører, gennemfører disse instrukser og følgerig den af denne vedtagne politik. En sådan producent må derfor anses for at være parat til at påtage sig risikoen for en sådan adfærd.
- 32 I dette tilfælde er det hverken en betingelse for at pålægge virksomheden med dominerende stilling ansvaret for den adfærd, som de distributører, der er en del af distributionsnettet for virksomhedens produkter eller tjenesteydelser, har udvist, at det godtgøres, at de pågældende distributører ligeledes er en del af denne virksomhed som omhandlet i artikel 102 TEUF, og heller ikke at der foreligger en »hierarkisk« forbindelse som følge af en lang række systematiske og konstante retningslinjer, der er rettet til disse distributører, som kan påvirke de driftsmæssige beslutninger, der vedtages af disse sidstnævnte i forhold til deres respektive aktiviteter.
- 33 Henset til det ovenstående skal det første spørgsmål besvares med, at artikel 102 TEUF skal fortolkes således, at den adfærd, som udvises af distributører, der er en del af distributionsnettet for varer eller tjenesteydelser for en producent, der indtager en dominerende stilling, kan tilregnes denne producent, hvis det godtgøres, at denne adfærd ikke er blevet udvist selvstændigt af de pågældende distributører, men er en del af en politik, som ensidigt er blevet besluttet af denne producent og gennemføres gennem de pågældende distributører.”

Landsrettens begrundelse og resultat

Prøvelsen

Landsretten tiltræder det af Sø- og Handelsretten anførte om domstolsprøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelser. Landsretten bemærker i tilslutning

hertil, at hvis konkurrencemyndighederne har overskredet det skøn, der tilkommer dem ved fastlæggelsen af blandt andet det relevante marked og ved vurderingen af, om der foreligger en dominerende stilling på et sådant marked, eller skønnet hviler på et forkert eller mangelfuldt grundlag, vil der være grundlag for at tilsidesætte den afgørelse, der er til prøvelse.

Markedsafgrænsning og dominerende stilling

Det følger af konkurrenceloven, jf. navnlig § 5 a og forarbejderne hertil, af Kommissionens meddelelse af 9. december 1997 om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (97/C 372/03) og af dansk konkurrenceankenævns- og retspraksis samt fast Kommissions- og EU-retspraksis, at der for at kunne fastslå, om der er begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal ske en afgrænsning af det relevante marked, og at denne afgrænsning skal ske på grundlag af undersøgelser af efterspørgsels- og udbudssubstitution og den potentielle konkurrence. Den potentielle konkurrence skal undersøges, når de involverede virksomheders stilling på det relevante marked er fastlagt, og denne stilling giver anledning til tvivl om, hvorvidt loven er overtrådt, jf. konkurrencelovens § 5 a, stk. 1. Af den nævnte meddelelse fra Kommissionen, pkt. 56, fremgår endvidere, at "[d]er findes en række områder, hvor der må udvises stor omhu ved anvendelsen af ovennævnte principper. Dette er tilfældet, når man undersøger primære og sekundære markeder, især når virksomheders adfærd på et givet tidspunkt skal undersøges på grundlag af artikel 86 [nu TEUF artikel 102]. Metoden til afgrænsning af markederne i disse tilfælde er den samme, dvs. at man vurderer kundernes reaktion på relative prisændringer på grundlag af deres indkøbsbeslutninger, men samtidig tager hensyn til begrænsninger i substitutionsmulighederne som følge af betingelserne på de tilknyttede markeder. Markedet for sekundære produkter, f.eks. reserveredele, 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."

Ved vurderingen af, om en virksomhed har en dominerende stilling som nævnt i konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 på et eftersalgsmarked, skal det endvidere efter fast EU-praksis normalt undersøges, om der er belæg for en "lock-in-effekt" på det sekundære marked (eftersalgsmarkedet), eller om konkurrencen på det primære marked begrænser leverandøren af det primære produkts markedsstyrke på det sekundære marked, jf. herved Kommissionens "discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", pkt. 247-263, og blandt andet Kommissionens afgørelse af 22. septem-

ber 1995, i sag IV-34.330, Pelikan/Kyocera, Kommissionens afgørelse af 20. maj 2009 i sag COMP/C-3/39.391, EFIM, Rettens dom af 24. november 2011 i sag T-296/09, EFIM, vedrørende hvilken EU-Domstolen ved dom af 19. september 2013 i sag C-56/12 P, EFIM, har afvist EFIM's appel. Det skal for at fastlægge, om leverandøren har en dominerende stilling på det sekundære marked efter den nævnte EFIM-praksis, undersøges:

- (i) Om forbrugerne kan foretage et oplyst valg, inkl. livscyklusomkostninger, mellem leverandører på primærmarkedet
- (ii) Om det er sandsynligt, at de foretager sådanne valg

og om der ved en væsentlig prisstigning på sekundærmarkedet

- (i) vil være et tilstrækkeligt antal forbrugere, der tilpasser deres købsadfærd på primærmarkedet
- (ii) indenfor et rimeligt tidsrum

I afsnit 4.1 i Konkurrencerådets afgørelse har rådet afgrænset to eftersalgsmarkeder; et produktmarked for udbud af unikke reservedele til Deutz' TCD2015-motor, der kun kan erhverves via Deutz, og et marked for reparation og vedligehold af disse motorer.

I afgørelsens afsnit 4.1.3 er de relevante geografiske markeder for såvel eftersalgsmarkedet for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, som eftersalgsmarkedet for reparation og vedligeholdelse af motoren, afgrænset til EEA, idet det er holdt åbent, om eftersalgsmarkederne eventuelt skal afgrænses bredere til hele verden.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt Deutz har en dominerende stilling, har Konkurrencerådet i afgørelsens afsnit 4.4.1, jf. særligt pkt. 564, antaget, at "Deutz er den eneste udbyder på det relevante forudgående marked [markedet for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, jf. pkt. 560-563]. Deutz' markedsandel på det relevante forudgående marked kan derfor opgøres til 100 pct. Deutz skal derfor anses for dominerende på det relevante forudgående marked."

Markedsafgrænsningen og vurderingen, hvorefter Deutz har en dominerende stilling på det fastlagte reservedelsmarked, er med enkelte yderligere bemærkninger tiltrådt af Konkurrenceankenævnet.

Nærmere om markedsafgrænsningen

For så vidt angår afgrænsningen af et reservedelsmarked for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, er dette marked, jf. afsnit 4.1.2.3.1 og særligt pkt. 444, jf. afsnit 3.3.1.1 og yderligere ud-

dybet i afsnit 3.3.1.2, i Konkurrencerådets afgørelse, afgrænset til de reservedele til den relevante motor (TCD2015-motoren), som kun kan skaffes gennem Deutz eller Deutz' forhandlernetværk, og som er specielt udviklet til TCD2015-motorens særlige specifikationer, og som ikke kan kopieres (i afgørelsen benævnt "unikke reservedele"). Det er ikke af Konkurrencerådet nærmere angivet i afgørelsen hvilke specifikke reservedele, der er omfattet af denne afgrænsning.

Konkurrencerådets fastlæggelse af et separat produktmarked for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, er ifølge det, som fremgår af afgørelsen, baseret på oplysninger fra konsortiedeltagerne, Fleco og Aktieselskabet Carl Christensen, samt fra DSB, på den vurdering af mulighederne for at blokere leverancer af reservedele til Fleco/DSB, der fremgår af korrespondance og interne mails i og mellem Deutz og DMN, på oplysninger fra Deutz og DMN til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen samt på en af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretagen markedstest.

Det fremgår således, at rådets vurdering i afgørelsens pkt. 442-452, hvorefter efterspørgselssubstitution ikke er mulig for så vidt angår de unikke reservedele, støttes på DMN's interne vurdering af, at 30 % af reservedelene til den i sagen omhandlede renoveringsopgave for DSB er unikke og ikke kan erhverves fra andre end Deutz, på korrespondance i og mellem Deutz og DMN, hvoraf fremgår, at Deutz er af den opfattelse, at der ikke findes kopiproducenter, og at Deutz har blokeret for en række reservedele, samt at Deutz og DMN vurderer, at den manglende levering fra Deutz vil forhindre Fleco i at opfylde DSB-ordren.

Om sammenhængen med det primære marked er det endvidere i afgørelsens pkt. 452 anført, 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 [et] skift i det primære produkt" (m.a.o. en SSNIP-test). Rådet henviser herved til pkt. 419, hvor rådet på grundlag af oplysninger fra DSB til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vurderer, at en lille, men varig stigning i prisen på de unikke reservedele, ikke vil føre til, at slutbrugeren udskifter det primære produkt (motoren), og herudfra i pkt. 420 konkluderer, at eftersalgsmarkederne alene på den baggrund må anses for adskilt fra det primære marked for salg af motorer. Der henvises i pkt. 452 endvidere til pkt. 160, hvori DSB og Deutz' oplysninger om behovet og muligheden for at renovere TCD2015-motoren er gengivet.

Det fremgår videre, at Konkurrencerådet antagelse i afgørelsens pkt. 454-455 om, at en SSNIP-test viser, at udbudssubstitution ikke er mulig for så vidt angår, "[v]isse af de reservedele, der er relevante for denne sag, [som] er unikke", er begrundet med, at "de [pågældende unikke reservedele] 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 der reservedele, som det økonomisk ikke er rentabelt at opstarte en produktion af." Den pågældende antagelse er nærmere begrundet i afsnit 3.3.1.2, hvor Konkurrencerådet til støtte for antagelsen i pkt. 97 om, at "[d]e særligt tilpassede reservedele kan, som udgangspunkt, kun erhverves, via Deutz eller en producent, der producerer for Deutz", i en (her udeladt) fodnote, har henvist til oplysninger i et telefonmøde den 17. april 2012 fra Aktieselskabet Carl Christensen, som var en af konsortiedeltagerne, til oplysninger fra DSB under en telefonsamtale den 19. april 2012 og til DSB's svar på Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens spørgsmål i november 2012. I de følgende punkter i afgørelsen er det herefter antaget,

- (i) at der ikke er immaterialrettigheder, som er til hinder for at kopiere reservedelene (pkt. 99-100),
- (ii) at der sikkerhedsmæssigt ikke er lovkrav, der er til hinder for kopiering, men at "[m]ange virksomheder, herunder også DSB, har dog den politik, at visse – for sikkerheden essentielle – dele skal være originale", hvilket ifølge DSB blandt andet omfatter "[redacted]", og at kopierede dele skal vurderes og godkendes før anvendelse (pkt. 101-106),
- (iii) at der skal produceres relativt store mængder af reservedele, før det er økonomisk rentabelt at opstarte en produktion, og at det er meget vanskeligt for en ny producent at starte en produktion af reservedele op, hvilket støttes på oplysninger fra DMN (pkt. 107-109), og
- (iv) at det ikke for alle reservedeles vedkommende er praktisk muligt at kopiere disse, idet visse reservedele kan være så specifikke, at kopiering ikke er mulig, medmindre producenten har adgang til de præcise specifikationer (pkt. 110).

I de omtalte afsnit i Konkurrencerådets afgørelse er der, bortset fra henvisningen til DMN's oplysninger, ikke angivet et faktisk grundlag for de fremsatte antagelser. Det fremgår imidlertid af afsnit 3.3.1.3, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – i stedet for at følge Deutz forslag om på grundlag af Deutz' lister over alternative leverandører at markedsteste ved at undersøge om de reservedele, der er relevante for denne sag, kunne erhverves andre steder end hos Deutz og Deutz' forhandlernetværk – har foretaget en markedstest, der bestod i, at styrelsen stillede skriftlige spørgsmål til syv af de af Deutz foreslåede virksomheder, der efter det oplyste leverede reservedele til dieselmotorer til industrielt brug. På grundlag af de modtagne svar fra virksomhederne (hvoraf én viste sig ikke at kunne besvare styrelsens spørgsmål) har rådet herefter i pkt. 119 konkluderet, at "[r]eservedele til dieselmotorer til industrielt brug kan opdeles i generiske reservedele samt særlige tilpassede reservedele. De særligt

tilpassede 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.”

Landsrettens gennemgang af den foretagne markedstest viser, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har stillet et antal identiske spørgsmål til virksomhederne. Spørgsmålene angår reservedele til motorer til industrielt brug og er generelt formulerede. De angår således ikke reservedele til TCD2015-motoren. Efter landsrettens opfattelse afspejler det sammendrag af besvarelserne, som fremgår af Konkurrencerådets afgørelses pkt. 120, jf. pkt. 119, ikke i tilstrækkelig grad indholdet af besvarelserne, herunder hverken den usikkerhed, som flere respondenter giver udtryk for, eller forskellene mellem de enkelte besvarelser. Det fremgår således blandt andet, at flere respondenter har oplyst, at det i en del tilfælde vil være muligt at kopiere ”særligt tilpassede reservedele”. Flere respondenterne har endvidere udtrykt nogen usikkerhed om blandt andet svaret på styrelsens spørgsmål om, hvorvidt reservedele som [REDACTED] er unikke og ikke kan kopieres grundet manglende kendskab til eksempelvis dimensioner, metallegninger, gummisammensætninger eller komposit. Blandt andet virksomheden Berg & Larsen har således angivet, at det er svært at svare generelt herpå, og at det afhænger af de konkrete omstændigheder.

Konkurrencerådet har ikke ved f.eks. spørgsmål til Deutz' underleverandører af reservedele foretaget undersøgelser af, om og i hvilket omfang de pågældende sælger reservedele til TCD2015-motoren udenom Deutz. Dette uagtet, at flere af respondenterne i styrelsens markedstest har henvist til muligheden for at købe direkte fra sådanne bagvedliggende reservedelsproducenter. Endvidere har en af konsortiedeltagerne, Aktieselskabet Carl Christensen, jf. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens telefonnotat om samtale den 17. april 2012, oplyst blandt andet, at for så vidt angår ”reservedele til dieselmotorer så er langt størstedelen tilgængelige på det frie marked. Der er ikke mange reservedele, der ikke kan skaffes via internettet”, idet der ”[d]og er der nogle yderområder, hvor visse motorproducenter har mulighed for at kontrollerer deres produktionskanaler således, at de kan styre hvem der skal have adgang til at købe specifikke reservedele”. Desuden har administrerende direktør, [REDACTED], og medejer og sales manager, [REDACTED], i Equipco, jf. afhøringsrapport af 10. marts 2011 forklaret blandt andet, at ”... DEUTZ har også egne leverandører, og disse leverandører kan også levere direkte til kunderne. Disse produkter har så ikke et originalt DEUTZ-stempel, men er reelt de samme. Disse leverandører kan faktisk levere billigere end DEUTZ. Muligheden for at bestille direkte via DEUTZ' leverandører er almen kendt. Det går så ud over DEUTZ' forretning. Equipco har også mulighed for at bestille produkterne hos DEUTZ' leverandører (for eksempel Bosch). ... ”

Selvom de af Deutz fremlagte støttebilag over alternative leverandører af for en betydelig dels vedkommende originale Deutz-reservedele og kopier heraf er indhentet lang tid efter det sagsforløb, som Konkurrencerådets afgørelse angår, rejser oplysningerne og skønsmændenes besvarelse af spørgsmål 20 i den supplerende skønsrapport – også henset til den generelle karakter af den markedstest, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen foretog – yderligere tvivl om, hvorvidt der på det angivelige misbrugstidspunkt var mulighed for at købe anvendelige reservedele til TCD2015-motoren hos andre end Deutz og Deutz' forhandlere.

For så vidt angår det i rådsafgåelsen antagne om manglende udbudssubstitution har Konkurrencerådet ikke ved f.eks. henvendelse til producenter af andre lignende reservedele undersøgt, om sådanne producenter ville være i stand til at fremstille kopier af Deutz-reservedele, hvis en sådan mulig alternativ producent fik stillet et eksemplar af den relevante reservedel, som ønskedes kopieret, til rådighed, og under hvilke omstændigheder en sådan kopiproduktion ville være økonomisk rentabel og i praksis ønskelig for sådanne producenter. Konkurrencerådet ses heller ikke at have undersøgt, om der i relation til den omhandlede renoveringsopgave for DSB har været konkrete reservedele, som DSB har krævet skulle være originale, eller som det har været urentabelt at kopiere, og i givet fald, om den eller de pågældende reservedele har kunnet skaffes af konsortiet i original udgave til en rimelig pris og inden for en rimelig tidshorison.

Sådanne undersøgelser syntes ellers indiceret i lyset af en række af de oplysninger, der indgik i Konkurrencerådets behandling af sagen. Det fremgår således, at flere af respondenterne i Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens markedstest har oplyst om i hvert fald en vis mulighed for at kopiere reservedele, herunder at det efter en af respondenternes, PJ Diesel Engineering A/S', vurdering ville være lovligt, teknisk muligt og formentlig økonomisk rentabelt at kopiere en specifik reservedel, [REDACTED], ved en bestilling af ca. 100 stk. Ifølge det tidligere nævnte telefonnotat har Aktieselskabet Carl Christensen ligeledes oplyst, at der som udgangspunkt godt må benyttes kopier, idet virksomheden dog nævner, at der i praksis vil være reservedele, som det ikke lader sig gøre at kopiere, medmindre man har adgang til reservedelens korrekte specifikationer, ligesom nogle virksomheder har en politik om, at visse reservedele skal være originale.

Det fremgår endvidere af oplysningerne i sagen, at der ikke i DSB's udbud af 12. marts 2010 var krav om at levere originale reservedele, idet der imidlertid ved levering af uoriginale dele blev stillet krav om dokumentation for, at de havde mindst samme funktionalitet, kvalitet og dimensioner som originale dele. I det efter det oplyste mellem konsortiet og DSB aftalte "koncept" for

renoveringsopgaven er det heller ikke, hverken for så vidt angår reservedelslisten i bilag 3 eller bilag 5 "Lager af strategisk vitale komponenter", anført, at nogle af disse reservedele skulle være originale reservedele. Desuden har DSB ifølge Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens referat af styrelsens møde med DSB den 11. november 2011 oplyst, at det i et vist omfang tilsyneladende var muligt at kopiere unikke reservedele, at DSB ikke bekymrede sig om, hvorvidt dette var lovligt, og at Fleco i et vist omfang havde fået kopieret visse af de originale komponenter. Det blev også oplyst, at renoveringsopgaven kørte efter planen, men at der var forsinkelser med levering af reservedele til en anden – ikke af konsortiet udført – opgave vedrørende TCD2015-motoren. Om DSB's holdning til kopierede reservedele fremgår det dog til dels modsatrettet, at DSB under en senere telefonsamtale med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 19. april 2012, jf. referat af samme dato, har oplyst, at DSB af sikkerhedsmæssige årsager kræver, at visse reservedele er originale, og at uoriginale reservedele skal testes og sikkerhedsgodkendes, hvilket kan gøre det urentabelt at benytte sådanne reservedele. Af et referat af Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens besøg på DSB's værksted den 26. maj 2012 fremgår i samme retning, at DSB oplyste, at der er flere reservedele, hvor det kun er muligt at benytte originale Deutz-reservedele, og at [REDACTED] blev nævnt som eksempler herpå. DSB har ligeledes oplyst om rentabilitetshindringer for brug af uoriginale reservedele på dette møde og under et møde med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 31. oktober 2012 samt i mail af 30. november 2012 til styrelsen, og under mødet i oktober 2012 har DSB tillige nævnt tidsmæssige hindringer. Af referatet af besøget på værkstedet den 26. maj 2012 fremgår endvidere – i modstrid med det oplyste om behovet for originale Deutz-motorblokke – at der af Fleco er blevet leveret ([REDACTED]), som nogle "spioner" fra Deutz havde interesseret sig meget for, og at disse [REDACTED], som efter det af DSB oplyste må antages at være uoriginale, ikke havde fungeret anderledes end [REDACTED]. Af referatet af besøget på værkstedet fremgår videre – modsat det som DSB oplyste under mødet den 11. november 2011 – at renoveringsopgaven var forsinket i 2011 (men ikke i 2012) som følge af leveringsproblemer med Deutz-dele med heraf følgende fordyrelse, i hvilken forbindelse det oplyses, at fordyrelsen blandt andet skyldtes brug af andre reservedele, som DSB selv havde måttet tilpasse. DSB har på mødet den 31. oktober 2012 også oplyst, at DSB ikke selv kender reservedelsmarkedet, hvilket var årsagen til, at DSB skulle bruge en underleverandør som Fleco, ligesom DSB under mødet den 11. november 2011 oplyste, at DSB ikke har viden om, hvordan forskellige komponenter (reservedele) bliver produceret, og gennem hvilke kanaler de leveres, og henviste til Fleco m.fl. for oplysninger herom. Det af DSB anførte om manglende kendskab til reservedelsmarkedet burde efter landsrettens opfattelse i sig selv have givet Konkurrencerådet anledning til at anvende DSB's oplysninger om dette marked med betydelig forsigtighed.

Nærmere om vurderingen af dominansvurderingen

Som nævnt har Konkurrencerådet i forbindelse med markedsafgrænsningen afvist, at en SSNIP-test ville vise, at det primære produkt (motoren) er i samme marked som eftersalgsmarkedene for unikke reservedele og reovering og vedligeholdelse, jf. herved pkt. 419 i afgørelsen. Uanset om denne vurdering, der så vidt ses alene er baseret på oplysninger fra DSB, er korrekt, har Konkurrencerådet ikke i relation til vurderingen af, hvorvidt Deutz har en dominerende stilling på det fastlagte eftersalgsmarked for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, undersøgt om og i givet fald hvilke begrænsninger på Deutz' adfærd, konkurrencen på primærmarkedet indebærer. Det er således ikke undersøgt, om muligheden for, at fremtidige kunder på primærmarkedet, der inddrager livscyklusvurderinger ved valget af produkt, vil skifte til andre leverandører af motorer, vil begrænse Deutz' adfærd på det sekundære reservedelsmarked, uanset en "lock-in-effekt" i forhold til bestående kunder, der har købt det primære produkt, og herunder hvorledes konkurrencesituationen på primærmarkedet påvirker konkurrencen på det sekundære marked (EFIM-testen). Det er endvidere ikke undersøgt, om potentiel konkurrence i form af alternative producenter af uoriginale reservedelsproducenter – uanset om en SSNIP-test måtte vise, at der ikke er direkte udbudssubstitution – kan indebære sådanne begrænsninger i Deutz' adfærd på det af rådet fastlagte sekundære produktmarked, at det, eventuelt i sammenhæng med fremtidige kunders reaktion på primærmarkedet, må anses for udelukket, at Deutz har en dominerende stilling på det sekundære marked.

Vurdering

På den ovennævnte baggrund og efter en samlet vurdering af grundlaget for Konkurrencerådets markedsafgrænsning og vurdering af spørgsmålet om dominerende stilling, som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, finder landsretten, at rådets af ankenævnet tiltrådte undersøgelse af disse spørgsmål er så mangelfuld, at der er grundlag for at ophæve den del af Konkurrencerådets afgørelse, som angår Deutz' misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrenceovens § 11 og TEUF artikel 102, og hjemvise denne del af afgørelsen til fornyet behandling i Konkurrencerådet.

Konkurrencebegrænsende aftale

Det fremgår af fast retspraksis fra EU-Domstolen, at en praksis kan udgøre en overtrædelse af både TEUF artikel 101 og TEUF artikel 102, jf. blandt andet sag C-85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 116, C-395/96 P, sagerne C-395/96 P og C-396/96 P Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, præmis 33, og sag C-307/18, Generics, præmis 146. Domstolens dom af 19. januar 2023 i sag C-680/20, Unilever Italia Mkt. Operations, ændrer ikke herved.

Landsretten tiltræder efter en vurdering af navnlig korrespondancen i og mellem Deutz og DMN sammenholdt med oplysningerne fra Equipco og Fleco, som nærmere beskrevet i pkt. 806-818 i Konkurrencerådets afgørelse, at det er godtgjort, at der mellem Deutz og DMN blev indgået en aftale om, at Deutz skulle hindre passivt salg og parallelhandel til Fleco fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, som anført i afgørelsens pkt. 818. Den omstændighed, at Deutz efter det oplyste allerede før mødet mellem Deutz og DMN den 20. juli 2010, havde kontaktet Equipco for at stoppe Equipcos salg til Fleco og havde blokeret reservedele i sit system, kan herved ikke medføre, at der ikke – i tillæg til Deutz' forudgående handlinger – kan antages at være indgået en aftale, der er omfattet af det konkurrenceretlige aftalebegreb, mellem Deutz og DMN på mødet den 20. juli 2010 om hindring af parallelhandel til Fleco i Danmark ved at hindre passivt salg fra Deutz' forhandlernetværk.

Deutz og DMN har som et hovedanbringende gjort gældende, at for så vidt som det lægges til grund, at de har indgået en aftale som anført af Konkurrencerådet, vil den være omfattet af den dagældende vertikale gruppefritagelse, jf. Kommissionens forordning (EU) nr. 330/2010 af 20. april 2010 om anvendelse af artikel 101, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, som gennemført i Danmark ved bekendtgørelse nr. 739 af 23. juni 2010 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis.

I Konkurrencerådets afgørelse er det i pkt. 874 antaget, at gruppefritagelsen finder anvendelse på aftalen mellem Deutz og DMN. Landsretten er enig heri, jf. herved forordningens artikel 2, stk. 1, jf. artikel 1, stk. 1, litra a.

Konkurrencerådet har i pkt. 875 i afgørelsen angivet, at gruppefritagelsen 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. Rådet har ikke i afgørelsen anført noget om, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse i den konkrete sag, fordi denne tærskel er overskredet. For landsretten har Konkurrencerådet imidlertid gjort gældende, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse, allerede fordi tærsklen i forordningens artikel 3 er overskredet. Konkurrencerådet har herved henvist til det i rådsafgørelsen antagne om, at Deutz har en markedsandel på 100 pct. på det af rådet afgrænsede marked for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz. Landsretten bemærker hertil, at det allerede som følge af det ovenfor anførte om den mangelfulde markedsafgrænsning i rådets afgørelse ikke kan lægges til grund, at markedsandelstærsklen i forordningens artikel 3 er overskredet, og at DMNs markedsandel ikke er nærmere undersøgt af rådet.

Konkurrencerådet har i pkt. 876 og 877 i rådsafgørelsen antaget, at aftalen mellem Deutz og DMN er omfattet af listen over ikke undtagne begrænsninger i gruppefritagelsens artikel 4, stk. 1, litra b, og derfor konkluderet, at aftalen ikke er fritaget i medfør af forordningen.

Konkurrenceankenævnet har ikke forholdt sig til spørgsmålet om, hvorvidt aftalen mellem Deutz og DMN er omfattet af gruppefritagelsen, men har med nogle yderligere bemærkninger tiltrådt, at der mellem de to parter er indgået en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, som er omfattet af konkurrence-lovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101. Landsretten forstår nævnets afgørelse sådan, at ankenævnet for så vidt angår spørgsmålet om anvendelighed af gruppefritagelsen har tiltrådt Konkurrencerådets begrundelse og resultatet.

Landsretten finder – i overensstemmelse med, hvad der er også antaget i Konkurrencerådets afgørelse – at aftalen mellem Deutz og DMN må forstås sådan, at Deutz påtog sig ved ensidige handlinger som blokeringen af reservedele i Deutz' system og/eller ved at indgå aftale med sine øvrige forhandlere, herunder Equipco, om, at disse forhandlere skulle undlade passivt salg til Danmark, at sikre, at der ikke ville ske nogen form for salg til Fleco i Danmark, hvor DMN var Deutz' eneforhandler. Den herved aftalte konkurrencebegrænsning angår således dels ensidige handlinger, som Deutz skulle foretage, og dels aftaler, som det må anses for forudsat, at Deutz skulle indgå med andre Deutz-forhandlere.

For så vidt angår Deutz' ensidige handlinger er det ikke efter gruppefritagelsen forbudt for en leverandør at påtage sig en forpligtelse til hverken aktivt eller passivt selv at levere ind i en eneforhandlers område, jf. herved også pkt. 50, 8. pkt., i Kommissionens meddelelse af 19. maj 2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C130/01). De aftaler, som Deutz måtte indgå med andre Deutz-forhandlere om at undlade passivt salg til Fleco i Danmark, ville derimod være omfattet af listen i forordningens artikel 4, stk. 1, litra b. Efter ordlyden af artikel 4, stk. 1, litra b, er der imidlertid ikke grundlag for at anse det mellem Deutz og DMN aftalte for omfattet af begrænsningen i bestemmelsen, og der er heller ikke i forordningen i øvrigt eller praksis herom holdepunkter for en sådan forståelse. Det følger heraf, at Deutz og DMN's aftale om, at Deutz skulle hindre passivt salg og parallelhandel til Fleco i Danmark fra sit forhandlernetværk, herunder Equipco, er omfattet af gruppefritagelsen, idet det, som nævnt ovenfor, ikke af Konkurrencerådet er godtgjort, at Deutz og DMN's markedsandele overstiger tærsklen i forordningens artikel 3.

Det følger videre, at også den del af Konkurrencerådets afgørelse, som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet, der angår en konkurrencebegrænsende aftale mellem Deutz og DMN, må ophæves. Landsretten finder det, uagtet den begå-

ede fejls karakter, endvidere rettest også at hjemvise denne del af afgørelsen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konklusion vedrørende konkurrencemyndighedernes afgørelser

Som følge af det ovenfor anførte ophæver landsretten Konkurrencerådets afgørelse som stadfæstet af Konkurrenceankenævnet og hjemviser sagen til fornyet behandling ved Konkurrencerådet. Landsretten har fundet, at ophævelsen og hjemvisningen ikke bør begrænses til de punkter i afgørelsen, som Deutz og DMN har anført i deres påstande.

Deutz og DMN's påstande om tilbagebetaling og sagsomkostninger

Efter sagens udfald tages Deutz og DMN's påstande om tilbagebetaling af de sagsomkostninger, som Sø- og Handelsretten pålagde dem at betale, og som de ubestridt har betalt til Konkurrencerådet, til følge.

Konkurrencerådet skal endvidere i sagsomkostninger for begge retter betale 950.800 kr. til Deutz og 356.000 kr. til DMN. Heraf er 700.000 kr. af det beløb, der skal betales til Deutz, til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms, 6.000 kr. til dækning af retsafgift og 244.800 kr. til dækning af udgift til syn og skøn ekskl. moms. Det er lagt til grund, at Deutz, som er momsregistreret i Tyskland, vil kunne opnå momsrefusion. Af det beløb, som skal betales til DMN, er 350.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms og 6.000 kr. til retsafgift. Ud over sagens værdi er der ved fastsættelsen af beløbet til advokat taget hensyn til sagens omfang og forløb, herunder hovedforhandlingernes varighed og det for Sø- og Handelsretten foretagne syn og skøn.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom ændres således, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 i sag 12/07717, som stadfæstet ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 9. december 2013 i sagerne KL-5-2013 og KL-6-2013, ophæves, og sagen hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet tilpligtes at betale 500.000 kr. til Deutz AG med tillæg af procesrente fra den 8. februar 2021 og at betale 250.000 kr. til Diesel Motor Nordic A/S med tillæg af procesrente fra den 2. februar 2021.

I sagsomkostninger for begge retter skal Konkurrencerådet inden 14 dage betale 950.800 kr. til Deutz AG og 356.000 kr. til Diesel Motor Nordic A/S. Beløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.

Publiceret til portalen d. 27-02-2023 kl. 10:01

Modtagere: Advokat (H) Jacob Pinborg, Indstævnte Konkurrencerådet,
Appellant Deutz AG, Advokat (H) Erik Kjær-Hansen