



HØJESTERETS DOM

afsagt tirsdag den 3. december 2024

Sag BS-53152/2023-HJR
(1. afdeling)

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

mod

Deutz AG
(advokat Erik Kjær-Hansen)

og

Sag BS-53151/2023-HJR

Konkurrencerådet
(advokat Jacob Pinborg)

mod

Aktieselskabet af 04.06.1965 (tidligere Diesel Motor Nordic A/S)
(advokat Christian Karhula Lauridsen)

Europa-Kommissionen har i henhold til artikel 15, stk. 3, i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 afgivet indlæg i sagen.

I tidligere instanser er afsagt dom af Sø- og Handelsretten den 11. januar 2021 (BS-73/2014-SHR og BS-72/2014-SHR) og af Østre Landsrets 10. afdeling den 27. februar 2023 (BS-5308/2021-OLR og BS-13531/2021-OLR).

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs, Lars Apostoli, Rikke Foersom og Søren Højgaard Mørup.

Påstande

Appellanten, Konkurrencerådet, har nedlagt følgende påstande:

Påstand 1

Frifindelse, således at Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

Påstand 2

Deutz AG skal til Konkurrencerådet betale 950.800 kr. med procesrente fra indleveringen af ankestævningen den 25. oktober 2023.

Påstand 3

Aktieselskabet af 04.06.1965 skal til Konkurrencerådet betale 356.000 kr. med procesrente fra indleveringen af ankestævningen den 25. oktober 2023.

Påstand 2 og 3 angår sagsomkostninger, som Konkurrencerådet har betalt i henhold til landsrettens dom.

De indstævnte, Deutz AG og Aktieselskabet af 04.06.1965, har over for Konkurrencerådets påstand 1 gentaget deres påstande for landsretten, subsidiært påstået stadfæstelse af landsrettens dom. Over for Konkurrencerådets tilbagebetalingspåstande har de påstået frifindelse.

Supplerende sagsfremstilling

Af Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 fremgår, ud over det der er gengivet i Sø- og Handelsrettens dom:

"1 RESUME

1 Denne sag drejer sig om, at Deutz AG gennem sit forhandlernetværk har nægtet at levere reservedele til virksomheden Fleco ApS. Reservedelene skulle bruges ved renovering af 404 Deutz-motorer i DSBs IC3-tog.

2 Denne sag drejer sig endvidere om, at Deutz AG har indgået aftale med deres forhandler i Danmark, Diesel Motor Nordic A/S, om, at Deutz AG skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz AGs forhandlernetværk, herunder forhandleren Equipco B.V. i Nederlandene, til virksomheden Fleco ApS i Danmark, til brug for renoveringen af DSBs Deutz-motorer.

3 Sagen blev indledt med, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i juli 2010 modtog en klage fra Fleco ApS, der omhandlede en leveringsnægtelse af reservedele fra Deutz AG. Fleco ApS skulle bruge reservedelene

til en renoveringsopgave for DSB vedrørende dieselmotorerne i DSBs IC3-tog.

4 På baggrund af klagen blev der den 10. marts 2011 foretaget en række kontrolundersøgelser hos Deutz AG og flere af Deutz AGs forhandlere i Tyskland, Sverige og Nederlandene.

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

6 Fleco ApS har i et konsortium med tre andre danske virksomheder i juli 2010 vundet en opgave, der indebærer, at de skal levere reservedele til DSB til brug for renovering af DSBs i alt 404 IC3-togs dieselmotorer. Motorerne i IC3-togene er produceret af Deutz AG og er en specialudviklet variant af en Deutz TCD2015 model.

7 Deutz AG er en tysk virksomhed, der producerer dieselmotorer til industrielt brug, herunder i landbruget, det maritime erhverv, bilindustrien og togindustrien. I henhold til Deutz AGs årsrapport fra 2009 havde virksomheden i 2009 en omsætning på ca. 863 millioner EUR. Deutz AG har ca. 4000 ansatte og udøver aktiviteter i mere end 130 lande.

8 Deutz AG har et verdensomspændende forhandlernetværk med ca. 250 forhandlere og servicepartnere. Deutz AG sælger normalt ikke direkte til slutbrugeren, men sælger gennem sit forhandlernetværk. Forhandlernetværket er bygget op om egne kontorer, datterselskaber og autoriserede forhandlere og servicepartnere. Diesel Motor Nordic A/S er Deutz AGs officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutz motorer og reservedele i Danmark. Tilsvarende er Equipco B.V. Deutz AGs officielle og eksklusive importør og udbyder af Deutzmotorer og reservedele i Nederlandene.

Adfærden

9 Forløbet, der leder frem til denne sag, indledes i begyndelsen af 2010, hvor DSB påbegynder planlægning af renovering af virksomhedens 404 IC3-togs motorer.

10 DSB henvendte sig til Deutz AG, fordi Deutz AG havde produceret de motorer, der sidder i IC3-togene. Deutz AG forsøgte indledningsvis

at få DSB til at udskifte motorerne i stedet for at reparere dem. DSB foretrak imidlertid en anden løsning. Deutz AG's løsning ville blive langt dyrere, end at udskifte en række reservedele i motorerne. DSB og Deutz AG gennemførte herefter et motoreftersyn med henblik på at fastslå, hvilke reservedele det ville være nødvendigt at skifte. Der blev ved dette motoreftersyn arbejdet med to mulige løsninger: (i) en exchange-løsning, hvor Deutz ville bytte de motorer, der skulle repareres en ad gangen med motorer, der allerede var repareret og (ii) en kitløsning, hvor de dele, der skulle skiftes, blev leveret i et kit.

11 DSB oplyser, at Deutz AG – efter DSBs opfattelse – forsøgte at udnytte situationen ved at udarbejde en kitliste med flere reservedele end nødvendigt. Deutz forhandleren Diesel Motor Nordic A/S bekræfter dette, jf. pkt. 191. Diesel Motor Nordic A/S oplyser, at virksomheden havde forberedt et tilbud til DSB, der "indeholdt omfangsmæssigt væsentligt færre reservedele, end det tilbud, som DMN endte med at afgive til DSB i udbuddet". Diesel Motor Nordic A/S oplyser endvidere, at tilbuddet aldrig blev afgivet, idet virksomheden af Deutz "i stærke vendinger blev frarådet at afgive et sådant tilbud", jf. punkt 191.

12 For DSB ville valg af enten exchange- eller kit-løsningen have medført højere udgifter i forhold til en situation, hvor Deutz AG kun leverer unikke Deutz AG reservedele. DSB havde en forventning om, at de kunne få repareret deres motorer væsentligt billigere, hvis kun de unikke reservedele skulle leveres via Deutz AG, mens de øvrige generiske reservedele, mekanikerydelser, styring af logistik mv. blev leveret af andre leverandører. Efterfølgende viste det sig, at den samlede kontraktsum endte på ca. [XX] kr. til de fire konsortiedeltagere for levering af reservedele. Hertil kom ca. [XX] kr. til udførelse af renoveringsopgaven på DSBs værksted. Dermed blev de samlede udgifter for DSB ca. [XX] kr. Til sammenligning havde Deutz AG givet DSB et tilbud på exchange-løsningen på ca. [XX] kr.

13 DSBs valgte derfor hverken exchange- eller kit-løsningen. I stedet tog DSB udgangspunkt i Deutz AGs anbefalinger og udarbejdede deres egen liste med 3 reservedele, der skulle skiftes og gjorde samtidig klar til en udvidelse af deres eget værksted med henblik på selv at udføre en del af arbejdet.

14 DSB ville via et EU-udbud finde en leverandør, der kunne levere på konkurrencemæssige vilkår. DSB kunne ikke forudse, at Deutz AG anbefalede sine samhandels partnere ikke at byde på udbuddet. Det lykkedes således ikke DSB at indgå en kontrakt via EU-udbud. Der indkom kun et bud på den samlede opgave. Buddet kom fra en anden stor virk-

somhed og var baseret på levering af reservedele via Deutz AGs forhandlernetværk. Buddet var – efter DSBs opfattelse – ca. 3 gange så højt som den forventede kontraktsum. Diesel Motor Nordic A/S har oplyst, at virksomheden også indgav et bud på det oprindelige udbud. Tilbudene blev ikke uploadet via EU-supply, men derimod sendt per e-mail.

15 Efter forgæves at have afholdt et EU-udbud forhandlede DSB individuelt med flere markedsaktører, herunder Fleco ApS, Diesel Motor Nordic A/S og Deutz AG. Under DSBs forhandlinger med Diesel Motor Nordic A/S pressede Deutz AG på for at få Diesel Motor Nordic A/S til at forhandle exchange-løsningen igennem, jf. pkt. 191. Dette ville nemlig indebære, at DSBs motorer skulle repareres på Deutz AGs service center i Übersee i Sydtyskland.

16 Resultatet af forhandlingerne blev, at DSB valgte løsningen med Fleco ApS og de øvrige virksomheder i konsortiet som leverandører af reservedele, mens DSB selv ville forestå reparationerne. Fleco ApS indgik aftalen med DSB den 14. juli 2010 efter at have forhandlet med flere udenlandske forhandlere, herunder Deutz AGs nederlandske forhandler Equipco B.V., om levering af reservedele. Fleco ApS og Equipco B.V. oplyser, at forhandlingerne startede den 5. juli 2010 på initiativ fra Fleco ApS.

17 Forud for Fleco ApS' aftale med Equipco B.V. havde Equipco B.V. et møde med Deutz AG, hvor Deutz AG indledningsvis godkendte, at Equipco B.V. kunne levere til Fleco ApS.

18 Umiddelbart efter Fleco ApS og DSB havde indgået kontrakt om levering, mødtes Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S den 20. juli 2010 på Deutz AGs hovedkontor i Köln. Diesel Motor Nordic A/S var frustreret over, at Deutz AG havde presset dem til at gå efter den store ordre hos DSB, samtidig med at Deutz AG havde ladet Equipco B.V. levere dele til Fleco ApS til brug for den opgave, som DSB havde udbudt.

19 En intern e-mail fundet hos Diesel Motor Nordic A/S beskriver udkommet af mødet:

“Yesterday late we re-decided to japadize¹ the Fleco business together with [NAVN] [Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts]. He will assure that Fleco does not get all the part and then the deal will be broken from these local competition companies. [...] So, all is ok and we have to wait some days or weeks... untill Andre [DSB's strategiske indkøber af togdele] will come back to us... to ask for 400 Xchnage engines!! :-)” [Egen tilføjelse]

20 Det fremgår, at Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S (dagen før) af-talte, at Deutz AGs nederlandske forhandler, Equipco B.V., ikke skulle have lov til at levere til Fleco ApS. På mødet ringede Deutz AG derfor til Equipco B.V. og meddelte, at Equipco B.V. skulle trække sit tilbud til Fleco ApS tilbage. Hensigten med dette var at "japadize the Fleco business", således at Fleco ApS blev forhindret i at opfylde sin kontrakt med DSB, hvorefter DSB ville være nødt til at kontakte Diesel Motor Nordic A/S for levering. Det var samtidig hensigten, at Diesel Motor Nordic A/S i givet fald skulle få DSB til at vælge en dyrere exchange-løsning.

21 Deutz AG iværksatte en blokering af strategiske reservedele i DSB-opgaven. Planen var at hindre Equipco B.V. og andre Deutz forhandlere i at få de reservedele, der var nødvendige for netop at renovere DSBs IC3-motorer. Herefter skulle alle, der bestilte reservedele, som kunne passe til DSBs motorer, oplyse nummeret på den motor, de skulle bruge reservedelen til samt destinationsland. På den måde var Deutz AG i stand til at blokere for bestillinger til DSB-opgaven.

22 Det fremgår af en intern e-mail fundet hos Deutz AG, at planen var at spærre de nødvendige reservedele. Dette skete blandt andet ved at slette reservedelene fra bestillingssystemet:

"We try the best with order processing to close the doors. [NAVN], can you speak with Documentation to remove the EMR Data from the SAP system. Also to remove the data from the SERPIC [bestillingssystemet] data?" [Egen tilføjelse]

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

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

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

"[LISTE MED BLOKEREDE RESERVEDELE UDELADT]"

24 Deutz AG har således lukket for al bestilling af unikke reservedele til DSBopgaven.

25 Deutz AGs intention er, at leveringsnægtelsen skal eliminere konkurrencen fra Fleco ApS og konsortiet. En e-mail fra Deutz AG til Diesel Motor Nordic A/S opsummerer virkningerne:

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

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

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

“[...] nobody else try to source the DSB key components.. [...] Lets be relaxed... Fleco & Equipco have a huge problem now.. [...] Lets keep the price.. and see how the situation develops..[...].”

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

“Ein Konsortium aus dem BOSCH Händler, Mahle Händler, Filter Händler, und Fleco (Ex-Mitarbeiter der DMN) hat den Ersatzteilauftrag für die Generalüberholungen. [NAVN] [Senior Vice President i Deutz] hat entschieden: Close the door, dry then out, try to push the Business to DMN.” [Egen tilføjelse]

[Et konsortium bestående af Bosch-forhandleren, Mahleforhandlere, Filter-forhandlere og Fleco (tidligere medarbejdere ved DMN) har ordren på reservedele til istandsættelserne. [NAVN] [Senior Vice President i Deutz] har besluttet: Luk døren, tørlæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN.” [Egen tilføjelse]]

28 Det fremgår, at Deutz AG har besluttet at lukke for levering til Fleco ApS, at konsortiet, herunder, Fleco ApS, skal ud af forretningen med

DSB, og at handlen skal dirigeres til Diesel Motor Nordic A/S. Diesel Motor Nordic A/S skriver følgende herom i en e-mail:

“If Deutz will not supply Equipco will these parts we should be able to pick up the Deutz unique parts business in anyway. [...] In accordance with [NAVN] analyse the Deutz unique part are around 30% of these kits. [...] We should keep on discussing with DSB about the conditions for the Deutz parts supply. In a few weeks they need to become aware of that they will not be able to source the part else ware and then we should be there with a friendly face and pick up the business with reasonable margin.”

29 Det fremgår, at forventningen er, at Deutz AGs leveringsnægtelse og aftalen mellem Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra sit forhandler-netværk, fører til, at DSB vender tilbage for at købe Deutz-reservedele hos Diesel Motor Nordic A/S med en rimelig fortjeneste.

30 Det kan efterfølgende konstateres, at Deutz AGs leveringsnægtelse og aftalen om hindring af parallelhandel gennem forhandlernetværket virkede. Således forsøgte Fleco ApS at bestille reservedele hos flere forskellige forhandlere og producenter. Kun i få tilfælde lykkedes det Fleco ApS at få leveret reservedele. Dette skete ved at bestille få reservedele ad gangen samt ved at leverandørerne løj om, hvor delene skulle anvendes. Leverandørerne måtte dog til sidst opgive at levere, fordi reservedele var spærret af Deutz AG. DSB endte med at bestille dele af reservedele direkte gennem Diesel Motor Nordic A/S.

31 For DSB har leveringsnægtelsen og aftalen om hindring af parallelimport og passivt salg umiddelbart følgende konsekvenser: 1) Den samlede renoveringsopgave blev forsinket, fordi reservedele ikke blev leveret til tiden. Endvidere blev 2) den samlede renoveringsopgave dyrere, fordi DSB måtte bestille visse reservedele hos Diesel Motor Nordic A/S til en højere pris, end DSB havde aftalt med Fleco ApS, og fordi DSB i nogle tilfælde måtte bestille reservedele til andre motorer og selv modificere dem således, at de kunne benyttes i DSBs motorer. Endelig oplyser DSB, at virksomheden i renoveringsperioden havde en del motorer, der havarede som følge af, at de ikke blev repareret til tiden.

Eksempel på en konkret leveringsnægtelse af reservedele

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

[VIRKSOMHED A] forsøgte i oktober 2010 at få disse lejer leveret via [VIRKSOMHED B], der imidlertid oplyste, at de på grund af aftaler mellem dem og Deutz AG (Deutz) ikke kunne levere komponenterne uden godkendelse fra Deutz. [VIRKSOMHED B] henviste derfor bestillingen til en medarbejder i Deutz. [VIRKSOMHED A] aftalte herefter med Deutz, at lejerne kunne leveres fra Deutz' lager i Köln mod, at ordren blev placeret hos Diesel Motor Nordic A/S (DMN). Umiddelbart efter placering af ordren modtog [VIRKSOMHED A] en bekræftelse fra DMN på, at varerne var ankommet til DMN i Danmark, samt at de ville blive leveret den efterfølgende dag. Herefter blev det først oplyst, at kun overstørrelsen var ankommet og senere, at der var transportproblemer og endnu senere, at delene var sendt retur til Deutz, da de skulle gennemgå et sikkerhedseftersyn. Det blev oplyst, at der kunne gå måneder, inden de kom retur.

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

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

“Parts will be stored in a corner or in the roof in you stock until we have a final decision.

We need to do this to save our business with DSB.”

[VIRKSOMHED A] kontaktede herefter Deutz i Tyskland og producenten [VIRKSOMHED B] igen, hvor de får at vide, at [VIRKSOMHED B] ikke har lov til at sende Deutz reservedele direkte til forhandlere.

[VIRKSOMHED B] oplyste, at [VIRKSOMHED A] vil blive ringet op af Deutz' Head of Service Sales & Key Accounts, [NAVN]:

“[...] [NAVN] from DEUTZ told me on phone again that we [VIRKSOMHED B] were not allowed to send any original DEUTZ OES parts directly to a dealer. [NAVN] contacted [NAVN] (DEUTZ) who is in charge with this and he will contact you today.”

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

der var leveringsproblemer, og at de officielt havde sagt, at komponenterne var sendt retur til Köln for at blive tjekket.

[VIRKSOMHED A] oplyser, at de via deres kontakt hos [VIRKSOMHED B] blev bekendt med, at der lå et stort antal af de lejer, som de havde forsøgt at bestille gennem Deutz og DMN, på [VIRKSOMHED B]s lager, klar til distribution til Deutz. DMN har oplyst, at lejerne kun blev gemt på loftet i en kortere periode, at DMN først havde den samlede mængde af reservedele til ordren den 22. oktober 2010, og at DMN leverede på et tidspunkt herefter, formentlig den 2. november og den 28. december 2010. [VIRKSOMHED A] indgik ligesom Fleco ApS aftale med DSB medio juli 2010.

Markedsafgrænsning og dominans

32 De markeder, der har betydning for denne sag, omhandler flere produkter og ydelser. Det overordnede produkt er dieselmotorer. I tilknytning hertil omhandler sagen reservedele til samt servicering af dieselmotorer. Disse ydelser kan samlet betegnes som "efter markedet".

33 "Efter markedet" består af en lang række delydelser, der alle knytter sig til servicering af dieselmotorer: Udbud af reservedele (generiske og tilpassede), levering af reservedele (generiske og tilpassede), udførelse af reparationsarbejde på motoren, samt logistik omkring indkøb af reservedele og udførelse af renovering.

34 Der kan i denne sag afgrænses to relevante markeder. Det drejer sig for det første om det forudgående marked for udbud af unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz AG. Det drejer sig for det andet om det beslægtede marked for reparation og vedligehold af TCD2015 motoren.

Figur 1: Overblik over markederne



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

udøve et effektivt konkurrencepres på Deutz AG. Med formuleringen "der kun kan erhverves via Deutz" menes via kanaler, der er kontrolleret af Deutz. Det vil sige Deutz selv, Deutz' forhandlernetværk samt de producenter, der producerer for Deutz.

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

Vurdering af adfærden

37 Deutz AGs forbud mod at levere til Fleco ApS skete dels som et led i en aftale med Diesel Motor Nordic A/S, og dels som et led i en overordnet strategi internt i Deutz AG.

38 Deutz AGs nægtelse af at levere gennem sit forhandlernetværk adskiller sig således fra visse sager om leveringsnægtelse, fordi hændelsesforløbet ikke starter ved selve leveringsnægtelsen. Leveringsnægtelsen udgør i stedet kulminationen på et forløb, hvor Deutz AG på forskellig vis har forsøgt ensidigt at bestemme over og påvirke en større kundes indkøb. Deutz AG har blandt andet forsøgt at få DSB til at købe en exchange-løsning, som er en mere omfattende reovering end den DSB planlagde, samt at købe et mere omfattende reservedelskit gennem Diesel Motor Nordic A/S.

39 Den konkrete sag indeholder derfor både elementer, som er udtryk for en aftale mellem Deutz AG og deres forhandler i Danmark, Diesel Motor Nordic A/S, og elementer, som er af ensidig karakter, der beror på forhold internt i Deutz AG.

Misbrug af dominerende stilling

40 Det vurderes, at Deutz AG har forhindret sine forhandlere i EU, særligt Equipco B.V. i Nederlandene, i passivt salg. Dette er sket ved, at Deutz AG har forhindret sine forhandlere i EU, særligt Equipco B.V. i Nederlandene, i at efterleve en ordre til det danske marked, bestilt af den danske virksomhed Fleco ApS. Deutz AGs adfærd vurderes allerede af den grund at udgøre et misbrug af dominerende stilling i form af en ulovlig hindring af parallelhandel, i strid med TEUFs artikel 102 samt konkurrencelovens § 11, såvel som traktatens formål om markedsintegration.

41 Det vurderes tillige, at Deutz AG har overtrådt TEUF artikel 102 samt konkurrencelovens § 11 ved gennem sit forhandlernetværk at gen-

nemføre en ulovlig leveringsnægtelse over for den eksisterende samhandelspartner Fleco ApS, og dermed forhindret DSB i at få repareret deres togmotorer på den billigst mulige måde. Det følger af praksis, at leveringsnægtelse overfor en eksisterende samhandelspartner kan udgøre et misbrug af dominerende stilling. Praksis om leveringnægtelse til eksisterende samhandelspartnere er relevant, fordi Fleco ApS har i perioden 2003-2010 haft en betydelig samhandel med Deutz AGs officielle leveringskanaler forud for leveringsnægtelsen.

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

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

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

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

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

(iii) Der kan i denne sag afgrænses to separate, men beslægtede relevante markeder. Der kan således afgrænses et relevant forudgående

marked for unikke reservedele til TCD2015 motoren, der kun kan erhverves via Deutz AG; og der kan afgrænses et relevant beslægtet marked for reparation og vedligehold af TCD2015.

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

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

46 Deutz AG har bevisbyrden for, at leveringsnægtelsen er begrundet objektivt. Deutz AG har gjort gældende, at der på tidspunktet for hændelsesforløbet var store generelle problemer angående levering af reservedele, at Deutz selv havde væsentlige vanskeligheder med at få leveret til tiden fra sine leverandører, og at Deutz AG ikke var i stand til at levere til egne forhandlere inden for rimelige tidsfrister.

47 Det vurderes endelig, at betingelse (iv) er opfyldt, da det vurderes, at Deutz AGs leveringsnægtelse gennem forhandlernetværket ikke kan begrundes i de objektive omstændigheder, der anføres. Der lægges i den forbindelse blandt andet vægt på, at sagsmaterialet viser, at Deutz AG under forhandlingerne med DSB selv så sig i stand til at levere et mere omfattende reservedelskit til Diesel Motor Nordic A/S, og at Deutz AG også indledningsvist så sig i stand til at levere til Equipco B.V., hvorfor Deutz må have haft de nødvendige reservedele til dette. Dertil lægges der vægt på, at Deutz AG ikke har dokumenteret, at virksomheden, som anført ikke kunne levere til egne forhandlere i perioden. Der lægges endvidere vægt på, at Deutz ikke nægter at levere som en følge af manglende mulighed for at levere på grund af generelle leveringsproblemer, men bruger leveringsnægtelsen som middel til at forhindre DSB i at finde den bedste og billigste løsning på indkøbet af reservedelskittet. På den baggrund vurderes det, at Deutz AG ikke har løftet bevisbyrden for, at leveringsnægtelsen kan begrundes i objektive omstændigheder.

48 Samlet set vurderes, at betingelserne for, at Deutz AG har overtrådt konkurrencereglerne om misbrug af dominerende stilling, jf. konkurrencelovens § 11 og TEUFs artikel 102, er opfyldt.

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

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

50 Det vurderes, at de fire kumulative betingelser i TEUFs artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, er opfyldt.

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

52 Ifølge oplysninger fra Fleco ApS og Equipco B.V., var det Fleco ApS, som kontaktede Equipco B.V. med henblik på at indgå en aftale om levering af reservedele. Dette understøttes af de skriftlige beviser i sagen. Det vurderes derfor, at der konkret er tale om en hindring af parallelimport og passivt salg, hvorfor Deutz AGs adfærd ikke kan anses som en lovlig håndhævelse af en eksklusiv distributionsaftale.

53 Aftalen om, at Deutz AG skal hindre parallelimport fra Deutz AGs forhandlernetværk, herunder særligt fra Equipco B.V. i Nederlandene, til Fleco ApS i Danmark har til formål at begrænse konkurrencen. Aftalen opfylder endvidere betingelserne for mærkbarhed i konkurrencen, blandt andet fordi der er tale om en aftale, der har til formål at opdele markedet og styre prisdannelsen. Der er således tale om en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, hvormed aftalen indebærer en overtrædelse af TEUFs artikel 101, stk. 1, og konkurrencelovens § 6, stk. 1, stk. 2, nr. 1.

54 Samlet set har Deutz AG og Diesel Motor Nordic A/S handlet i strid med TEUFs artikel 101 og konkurrencelovens § 6 ved at have indgået aftale om, at Deutz AG skal hindre parallelhandel af reservedele fra sit

forhandlernetværk, herunder Equipco B.V., til brug for renovering og vedligehold af DSBs TCD2015 motorer.

..."

Retsgrundlag

Konkurrencelovens § 5 a, stk. 1, § 6 og § 11 lyder:

"§ 5 a. Afgrænsningen af det relevante marked efter denne lov sker 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 blevet dokumenteret og denne stilling giver anledning til tvivl om, hvorvidt loven er overtrådt.

§ 6. Det er forbudt for virksomheder mv. at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen.

Stk. 2. Aftaler efter stk. 1 kan f.eks. bestå i

- 1) at fastsætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,
- 2) at begrænse eller kontrollere produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer,
- 3) at opdele markeder eller forsyningskilder,
- 4) at anvende ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen,
- 5) at stille som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handels sædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand,
- 6) at to eller flere virksomheder samordner deres konkurrencemæssige adfærd gennem oprettelsen af et joint venture, eller
- 7) at fastsætte bindende videresalgpriser eller på anden måde søge at få en eller flere handelspartnere til ikke at fravige vejledende salgpriser.

Stk. 3. Stk. 1 gælder også for vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder.

Stk. 4. Med henblik på at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udstede påbud, jf. § 16. For at imødekomme de betænkeligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i relation til stk. 1, kan styrelsen endvidere gøre tilsagn, som virksomheden har afgivet, bindende, jf. § 16 a, stk. 1.

Stk. 5. Aftaler og vedtagelser, som er forbudt efter stk. 1-3, er ugyldige, medmindre de er undtaget efter § 7, er fritaget efter § 8 eller § 10 eller er omfattet af en erklæring efter § 9.

§ 11. Det er forbudt for en eller flere virksomheder mv. at misbruge en dominerende stilling.

Stk. 2. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen skal efter forespørgsel erklære, hvorvidt en eller flere virksomheder indtager en dominerende stilling, jf. dog stk. 7. Meddeler Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, at en virksomhed ikke indtager en dominerende stilling, er meddelelsen bindende, indtil Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen tilbagekalder den.

Stk. 3. Misbrug efter stk. 1 kan f.eks. foreligge ved

- 1) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser,
- 2) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne,
- 3) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen, eller
- 4) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

Stk. 4. Med henblik på at bringe overtrædelser af stk. 1 til ophør kan Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen udstede påbud, jf. § 16. For at imødekomme de betænkeligheder, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har i relation til stk. 1, kan styrelsen endvidere gøre tilsagn, som virksomheden har afgivet, bindende, jf. § 16 a, stk. 1.

Stk. 5. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan efter anmeldelse fra en eller flere virksomheder erklære, at en given adfærd ikke efter de forhold, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har kendskab til, er omfattet af stk. 1, og at der derfor ikke er grundlag for at udstede påbud i medfør af stk. 4.

Stk. 6. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan fastsætte nærmere regler om det materiale, som skal foreligge til brug for en afgørelse efter stk. 2 eller 5, herunder om indsendelse af en ikkefortrolig udgave af en forespørgsel eller anmeldelse.

Stk. 7. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan undlade at træffe afgørelse efter stk. 2 eller stk. 5, hvis afgørelsen kan have betydning for, om en eller flere virksomheder misbruger en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, og samhandelen mellem medlemsstaterne i Den Europæiske Union mærkbart kan påvirkes heraf."

Artikel 101 og 102 i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) lyder:

"Artikel 101

1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt,

navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontraahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handels-sædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

2. De aftaler eller vedtagelser, som er forbudt i medfør af denne artikel, har ingen retsvirkning.

3. Bestemmelserne i stk. 1 kan dog erklæres uanvendelige på:

- enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder
- enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammen-slutninger af virksomheder, og
- enhver samordnet praksis eller kategori deraf

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der:

- a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål
- b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Artikel 102

En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

Misbrug kan især bestå i:

- a) direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser
- b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne
- c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen
- d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahtenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handels-sædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand."

Af Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu TEUF artikel 101 og 102) fremgår bl.a.:

"(5) For at sikre, at Fællesskabets konkurrenceregler håndhæves effektivt, samtidig med at den grundlæggende ret til forsvar respekteres, bør der i denne forordning fastlægges bestemmelser om bevisbyrden for så vidt angår traktatens artikel 81 og 82. Det bør påhvile den part eller myndighed, der gør en overtrædelse gældende, at føre det krævede bevis for, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, og artikel 82. Det bør påhvile den virksomhed eller virksomhedssammenslutning, der påberåber sig retten til at bestride, at der foreligger en overtrædelse, at føre det krævede bevis for, at betingelserne for at gøre en sådan indsigelse gældende er opfyldt. Denne forordning berører hverken de nationale regler om krav til bevisstyrken eller den forpligtelse, der måtte påhvile medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole til at bidrage til oplysningen af de relevante faktiske omstændigheder i en sag, forudsat at den pågældende lovgivning er forenelig med fællesskabsrettens almindelige principper.

...

Artikel 2 *Bevisbyrde*

I samtlige medlemsstaters og Fællesskabets procedurer vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 81 og 82 påhviler bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, eller artikel 82 den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende. Bevisbyrden for, at betin-

gelseerne i traktatens artikel 81, stk. 3, er opfyldt, påhviler de virksomheder og virksomhedssammenslutninger, der påberåber sig denne bestemmelse.

...”

Af 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 fremgår bl.a.:

”(2) Kommissionens forordning (EF) nr. 2790/1999 af 22. december 1999 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis (3) definerer en kategori af vertikale aftaler, som af Kommissionen anses for normalt at opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3. I betragtning af de globalt positive erfaringer med anvendelsen af nævnte forordning, som udløber den 31. maj 2010, samt under henvisning til de erfaringer, der er indhøstet siden dens udstedelse, bør der vedtages en ny gruppefritagelsesforordning.

(5) Fordelen ved gruppefritagelsen, der fastsættes i denne forordning, bør være begrænset til vertikale aftaler, der med tilstrækkelig sikkerhed kan antages at opfylde betingelserne i traktatens artikel 101, stk. 3.

...

(10) Denne forordning bør ikke fritage vertikale aftaler, som indeholder begrænsninger, som kan begrænse konkurrencen og skade forbrugerne, eller som ikke er nødvendige til at opnå de effektivitetsfremmende virkninger. Navnlig bør vertikale aftaler, som indeholder visse former for alvorlige konkurrencebegrænsninger, såsom mindste og faste videresalgspriser samt visse former for områdebeskyttelse, ikke være omfattet af den gruppefritagelse, der indføres ved denne forordning, uanset de deltagende virksomheders markedsandel.

...

Artikel 1 *Definitioner*

1. I denne forordning forstås ved:

- a) »vertikal aftale«: aftaler eller samordnet praksis mellem to eller flere virksomheder, der i relation til denne aftale eller denne praksis virker inden for forskellige produktions- eller distributionsled, når denne aftale eller denne praksis vedrører de betingelser, hvorpå parterne kan købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenester

...

*Artikel 2
Fritagelse*

1. I henhold til traktatens artikel 101, stk. 3, og med forbehold af denne forordnings bestemmelser erklæres traktatens artikel 101, stk. 1, herved uanvendelig på vertikale aftaler.

Denne fritagelse finder anvendelse for så vidt som disse aftaler indeholder vertikale begrænsninger.

...

*Artikel 3
Markedsandelstærskel*

1. Fritagelsen efter artikel 2 gælder under forudsætning af, at leverandørens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvor han sælger aftalevarerne eller -tjenesterne, og at køberens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvor han køber aftalevarerne eller -tjenesterne.

...

Artikel 4

Begrænsninger, som fjerner fordelene ved gruppefritagelse (alvorlige konkurrencebegrænsninger)

Fritagelsen efter artikel 2 gælder ikke for vertikale aftaler, der, direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har følgende formål:

- a) ...
- b) begrænsning af det område eller den kundegruppe, hvortil køberen, som er part i aftalen, med forbehold af en begrænsning med hensyn til forretningssted må sælge kontraktvarerne og -tjenesterne, undtagen:
 - i) begrænsning af aktivt salg ind i det eksklusivområde eller til den eksklusive kundegruppe, som er reserveret leverandøren, eller som leverandøren har tildelt en anden køber, forudsat at begrænsningen ikke begrænser køberens kunders salg
 - ii) begrænsning af køberens salg til slutbrugere, hvis køberen driver virksomhed i engrosleddet
 - iii) begrænsning af de i et selektivt distributionssystem deltagende virksomheders salg til uautoriserede forhandlere på det område, som leverandøren har afsat til at drive systemet, og

- iv) begrænsning af køberens mulighed for at sælge komponenter, der leveres med henblik på montering, til kunder, som vil anvende dem til produktion af samme type varer som de af leverandøren producerede
- c) ...”

Anbringender

Konkurrencerådet har supplerende anført navnlig, at landsrettens tilgang til prøvelse af den foretagne markedsafgrænsning bygger på en forkert forståelse af reglerne for gennemførelse af markedsafgrænsninger og dominansvurderinger i konkurrencesager, herunder en meget formalistisk tilgang til kravene til at gennemføre markedsundersøgelser, og hvilke beviser som kan anvendes i den forbindelse, og at prøvelsen er i strid med højesteretspraksis. Der skal foreligge et sikkert grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes skønsmæssige vurderinger, jf. f.eks. UfR 2020.524 H. Domstolene kan i den forbindelse prøve bl.a., om konkurrencemyndighedernes skøn hviler på et urigtigt eller mangelfuldt grundlag. Det påhviler som udgangspunkt den, der anfægter konkurrencemyndighedernes skøn, at godtgøre, at der foreligger mangler ved grundlaget for skønseudøvelsen, og at manglerne har haft betydning for rådsafgørelsens indhold, jf. UfR 2023.3601 H. Deutz har ikke godtgjort, at der er grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes afgørelse.

Landsrettens kritik af markedsafgrænsningen er baseret på en isoleret og selektiv læsning af enkelte oplysninger i sagen. Landsretten ser helt bort fra, at der er omfattende beviser for, hvordan parterne selv og de andre mest centrale aktører på markedet opfattede mulighederne for at skaffe reservedele uden om Deutz' forhandlernetværk.

Der er ved Konkurrencerådets vurdering af gruppefritagelsens anvendelse på aftalen mellem Deutz og DMN lagt vægt på, at Deutz var den eneste udbyder på det relevante marked med en markedsandel på 100 %. Aftalen er derfor ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse, da gruppefritagelsen kun finder anvendelse på betingelse af, at aftaleparternes markedsandel ikke overstiger 30 % på det relevante marked, jf. artikel 3, stk. 1, i 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 (gruppefritagelsesforordningen).

Endvidere er landsrettens fortolkning og anvendelse af gruppefritagelsesforordningen forkert. Der er tale om en generel og principiel fortolkning, der som anført af Kommissionen er til skade for den ensartede anvendelse af TEUF artikel 101 i EU. Landsrettens fortolkning af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b, er i strid med formålet, ordlyden og opbygningen af den vertikale gruppefritagelse og dermed i sidste ende med TEUF artikel 101.

Allerede fordi aftalen mellem Deutz og DMN ikke er en vertikal aftale i gruppefritagelsens forstand, finder den vertikale gruppefritagelse ikke anvendelse. Aftalen mellem Deutz og DMN angår ikke de betingelser, hvorpå DMN måtte købe, sælge eller videresælge visse varer eller tjenesteydelser, jf. artikel 2, stk. 1, sammenholdt med artikel 1, stk. 1, litra a, i gruppefritagelsesforordningen. Aftalen går ud på, at Deutz sammen med DMN skulle blokere for en række reservedele, der var centrale for DSB-udbuddet, således at Equipco og andre forhandlere ikke kunne levere til Fleco/DSB uden om DMN. Formålet med aftalen var, at Flecós kontrakt med DSB, som bl.a. byggede på lovlig parallelimport fra Equipco, skulle undermineres, så forretningen blev skubbet til DMN, der herved kunne opnå en fortjeneste. En sådan aftale udgør en alvorlig begrænsning af konkurrencen.

Der er i Konkurrencerådets afgørelse givet en begrundelse, der er tilstrækkelig til, at Deutz og DMN har kunnet forstå og forholde sig til, at aftalen mellem Deutz og DMN er i strid med konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101, og at aftalen efter rådets opfattelse ikke er gruppefritaget. Domstolene kan om nødvendigt "reparere" på de angivelige begrundelsesmangler eller fremkomme med sin egen begrundelse.

Deutz har supplerende anført navnlig, at det ikke er bevist, at Deutz har overtrådt konkurrencereglerne. Denne bevisbyrde påhviler udtrykkeligt Konkurrencerådet i medfør af artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82. Det påhviler ikke Deutz at godtgøre, at der foreligger mangler ved grundlaget for Konkurrencerådets skønsudøvelse, og at manglerne har haft betydning for afgørelsens indhold. Deutz har imidlertid godtgjort, at der foreligger mangler ved grundlaget for skønsudøvelsen, og at de har haft betydning for afgørelsens indhold. Landsretten har derfor med rette ophævet afgørelsen.

Hvis Højesteret måtte finde, at der foreligger en aftale mellem Deutz og DMN, er det ikke godtgjort, at den har til formål at begrænse konkurrencen mærkbart.

Konkurrencerådet har i sin afgørelse lagt til grund, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN er en vertikal aftale. Dette er tiltrådt af landsretten og endvidere antaget af Kommissionen. Konkurrencerådet er imidlertid nu af den opfattelse, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN helt falder uden for den vertikale gruppefritagelse. Rådets nye standpunkt er udtryk for en efterrationalisering, og hvis Højesteret finder, at den påståede aftale mellem Deutz og DMN helt falder uden for den vertikale gruppefritagelse, må sagen hjemvises.

Aftalen mellem Deutz og DMN er indgået mellem virksomheder på forskellige niveauer i forsyningskæden, og den angår betingelserne for Deutz' salg af varer og er derfor efter sin karakter vertikal.

Som følge af den mangelfulde markedsafgrænsning og rådets manglende undersøgelse af DMN's markedsandel er der ikke grundlag for at konstatere, at Deutz' og DMN's markedsandele overstiger tærsklen på 30 % efter gruppefritagelsen, hvilket landsretten også tiltrådte. Aftalen falder derfor ikke uden for anvendelsesområdet for den vertikale gruppefritagelsesordning efter forordningens artikel 3.

Det afgørende bliver, om den påståede aftale indeholder alvorlige konkurrencebegrænsninger omfattet af undtagelsen i forordningens artikel 4, herunder navnlig litra b. Idet den påståede aftale mellem DMN og Deutz ikke pålagde køberen (her DMN) begrænsninger navnlig i forhold til købers passive salg, men alene pålagde Deutz forpligtelser, har landsretten med rette fundet, at aftalen er omfattet af gruppefritagelsen.

Konkurrencerådets synspunkt om, at en aftale mellem Deutz og DMN om at medvirke til at fremme indgåelsen af ulovlige aftaler mellem Deutz og andre forhandlere ikke kan gruppefritages, har intet retligt grundlag. Synspunktet indebærer en meget snæver fortolkning af gruppefritagelsesforordningen, der medfører, at også aftaler, der ikke udtrykkeligt er opregnet i artikel 4 om alvorlige konkurrencebegrænsninger, er undtaget fra gruppefritagelsen.

Den forståelse af artikel 4, litra b, som Konkurrencerådet med støtte fra Kommissionen argumenterer for, kan alene nås ved at fortolke bestemmelsen imod dens klare ordlyd. EU-Domstolens fortolkningsstil tillader ikke en sådan ændring – via "fortolkning" – af i øvrigt klare bestemmelser.

Det kan ikke føre til en fortolkning mod bestemmelsens ordlyd, at aftaler om hindring af parallelhandel ifølge fast praksis er konkurrencebegrænsende, idet den påståede aftale mellem Deutz og DMN netop ikke er en aftale mellem en leverandør og dennes kunde om, at kunden skal undlade passivt salg. Det er i overensstemmelse med gruppefritagelsen at fritage en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen ved et forbud mod passivt salg ind i en medlemsstat, idet gruppefritagelsen ikke kun har til formål at sikre markedsintegration, men også har til formål på en enkel måde at fritage et enormt antal vertikale aftaler, der findes i sædvanlige distributionsforhold, fra konkurrencereglernes forbudsbestemmelser.

Der er endvidere ikke grundlag for at fastslå, at bestemmelser om absolut territorial beskyttelse konsekvent er blevet undtaget fra gruppefritagelsen. De kilder, som Kommissionen henviser til i den forbindelse, har ikke absolut karakter, og det fremgår udtrykkeligt af Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EU-Tidende C 130 af 19. maj 2010), at undtagelsen fra gruppefritagelsens anvendelsesområde omfatter de tilfælde, hvor køberen i henhold til den pågældende vertikale aftale pålægges at afstå fra passivt salg.

Deutz tilslutter sig i øvrigt det, som DMN har anført om den påståede overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Aktieselskabet af 04.06.1965 (DMN) har supplerende anført navnlig, at selskabet alene har interesse i spørgsmålet om den påståede overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Den påståede aftale ville have været gruppefritaget fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i henhold til gruppefritagelsesforordningen.

Den påståede aftale ville udgøre en "vertikal aftale" i henhold til gruppefritagelsesforordningens artikel 1, stk. 1, litra a, og ikke være omfattet af undtagelsen i forordningens artikel 3, idet DMN's og Deutz' markedsandele ikke oversteg markedsandelstærsklerne. Aftalen ville endvidere ikke være omfattet af ordlyden af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b, da den ikke indebar en begrænsning af DMN's videresalg, men derimod, at Deutz skulle indgå aftale med Equipco om, at Equipco ikke måtte foretage passivt salg.

Ordlyden af artikel 4, litra b, er så klar og utvetydig, at den ikke efterlader rum for en udvidende fortolkning. Selv hvis der skal foretages en udvidende fortolkning af artikel 4, litra b, er der ikke grundlag for at fortolke bestemmelsen som Konkurrencerådet og Kommissionen. Gruppefritagelsesforordningens præambelbetragtninger, herunder navnlig 5. og 10. betragtning, kan ikke begrunde, at artikel 4, litra b, udstrækkes til at omfatte en type aftale, der ikke er omfattet af ordlyden af bestemmelsen.

Det bestrides ikke, at en aftale mellem en leverandør og en køber, om at denne køber skal undlade passivt salg til kunder i et bestemt område, kunne være omfattet af artikel 4, litra b. Det støtter imidlertid ikke, at det samme gælder en aftale mellem en leverandør og en køber om, at leverandøren skal begrænse videresalg fra andre købere, der ikke er part i den pågældende aftale.

Gruppefritagelsesforordningen har til formål at fritage visse kategorier af aftaler fra forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Endvidere må det antages, at forordningen har til formål at øge den retlige forudsigelighed for virksomheder ved at gruppefritage en lang række konkurrencebegrænsende aftaler, uden at virksomhederne behøver at foretage en vurdering af, om betingelserne for individuel fritagelse i henhold til TEUF artikel 101, stk. 3, måtte være opfyldt.

Hverken Konkurrencerådets eller Konkurrenceankenævnets bedømmelse af, om den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen, levede op til de krav, der er fastslået i EU-praksis og dansk praksis, herunder Højesterets dom i UfR 2020.524 H. Konkurrencemyndighederne inddrog ikke aftalens retlige og økonomiske sammenhæng og foretog ikke en korrekt vurdering af,

hvorvidt aftalen rummede et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke var fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Således konstaterede Konkurrenceankenævnet alene, at aftalen var egnet til at skade konkurrencen.

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. Hvis Højesteret måtte finde, at den påståede aftale ikke udgjorde en vertikal aftale i gruppefritagelsesforordningens forstand, og herefter konkluderede, at den påståede aftale havde til formål at begrænse konkurrencen, ville Højesterets konklusioner være baseret på en ny og anden begrundelse end konkurrencemyndighedernes. Det ville stride mod grundlæggende procesretlige og forvaltningsretlige principper.

DMN tilslutter sig i øvrigt det, som Deutz har anført om den påståede overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler.

Europa-Kommissionen har anført navnlig, at Kommissionens interesse alene vedrører den abstrakte fortolkning af gruppefritagelsesforordningens artikel 4, litra b.

Landsretten begik en fejl, da retten foretog en ren ordlydsfortolkning af artikel 4, litra b, uden at inddrage andre fortolkningsmomenter såsom den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, de mål, der forfølges med bestemmelsen, og bestemmelsens tilblivelseshistorie.

Landsrettens fortolkning indebærer, at en aftale mellem en leverandør og dennes køber om, at leverandøren skal forbyde sine andre købere at sælge leverandørens varer ind i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, er gruppefritaget, selv om sådanne aftaler mellem leverandøren og dennes andre kunder vil være i strid med TEUF artikel 101, stk. 1, og ikke kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3.

Det følger af EU-Domstolens faste praksis, at undtagelser generelt skal fortolkes strengt. Domstolen har udtalt, at undtagelsesbestemmelserne i en gruppefritagelsesforordning ikke må fortolkes udvidende og ikke kan fortolkes således, at forordningens virkninger udstrækkes ud over, hvad der er nødvendigt for at beskytte de interesser, som de har til formål at sikre. Gruppefritagelsesforordningen skal fortolkes i lyset af forordningens formål – herunder at sikre markedsintegration – med henblik på at sikre forordningens effektivitet.

En aftale mellem en leverandør og dennes kunde, om at kunden skal undlade passivt salg til kunder i et bestemt område, hindrer parallelhandel. Hindring af parallelhandel har ifølge EU-Domstolens faste praksis til formål at begrænse

konkurrencen. En sådan begrænsning af konkurrencen vil – hvis den kan påvirke handlen mellem medlemsstater – være forbudt, jf. TEUF artikel 101, stk. 1. Det er meget vanskeligt at forestille sig situationer, hvor sådanne aftaler kan retfærdiggøres i henhold til artikel 101, stk. 3.

Bestemmelser, der giver absolut territorial beskyttelse til en eksklusiv distributør, er konsekvent blevet undtaget fra gruppefritagelse, idet sådanne bestemmelser har til formål at opdele det indre marked og dermed skader et af EU's grundlæggende mål.

Kommissionens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EU-Tidende C 130 af 19. maj 2010) understreger, at selv hvis en forhandler er blevet udpeget som eneforhandler i et område, skal det altid være muligt for andre forhandlere at foretage passivt salg ind i området. En leverandør, der beskytter sine forhandlere mod passivt salg, kan ikke nyde godt af gruppefritagelse.

Hvis aftalen mellem Deutz og DMN var gruppefritaget som følge af, at den ikke begrænser det område eller den kundegruppe, hvortil DMN måtte sælge de relevante varer, ville det indebære, at parterne i henhold til gruppefritagelsesforordningen lovligt kunne aftale, at Deutz skulle indgå aftaler, der havde til formål at begrænse konkurrencen i strid med TEUF artikel 101, stk. 1, og som ikke kunne fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, da de indeholder hardcore-restriktioner. En aftale, der reelt forpligter en virksomhed til at indgå aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen i strid med artikel 101, stk. 1, og som ikke kan fritages i henhold til artikel 101, stk. 3, kan ikke være gruppefritaget.

Artikel 4, litra b, skal derfor fortolkes således, at aftaler mellem en leverandør og en kunde, der indeholder en bestemmelse om, at leverandøren skal forpligte sine øvrige kunder til ikke at sælge leverandørens varer ind i et bestemt område eller til en bestemt kundegruppe, ikke er gruppefritaget i henhold til gruppefritagelsesforordningen.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og problemstillinger

Ved afgørelse af 12. juni 2013 meddelte Konkurrencerådet Deutz AG, at Deutz har overtrådt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i artikel 102, litra b, i Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) og konkurrencelovens § 11, stk. 3, nr. 2. Deutz har ifølge afgørelsen overtrådt forbuddet ved fra juli 2010:

”at forhindre sin forhandler i Nederlandene, Equipco B.V., i at eksportere reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG til brug for renoivering og vedligehold af DSB's Deutz AG TCD2015-motorer,

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

at nægte at levere reservedele, der kun kan erhverves via Deutz AG, til sine forhandlere af reservedele, som ønsker at videresælge reservedele til brug for reovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer, og ved

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

Konkurrencerådet påbød Deutz at bringe overtrædelserne til ophør og at afstå fra adfærd, der har samme eller tilsvarende virkning som de konstaterede overtrædelser samt at give sine forhandlere en orientering som nærmere beskrevet i afgørelsen.

Endvidere meddelte Konkurrencerådet i afgørelsen Deutz og Diesel Motor Nordic A/S (nu Aktieselskabet af 04.06.1965, i det følgende DMN), at de har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101, stk. 1, litra c, og konkurrencelovens § 6, stk. 2, nr. 3, ved i forlængelse af deres distributionsaftale at have indgået aftale om, at Deutz skal hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk, herunder Equipco, til brug for reovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer.

Konkurrencerådet påbød Deutz og DMN at bringe overtrædelserne til ophør og at afstå fra at indgå aftaler, der har samme eller tilsvarende formål som den ulovlige aftale.

Konkurrencerådet har om forløbet i 2010 lagt følgende til grund:

DSB henvendte sig i begyndelsen af 2010 til Deutz, idet DSB skulle have reoveret 404 TCD2015-motorer, der var produceret hos Deutz, og som benyttedes i DSB's IC3-tog. DSB og Deutz gennemførte et motoreftersyn for at fastslå, hvilke reservedele det ville være nødvendigt at udskifte. Der blev arbejdet med to mulige løsninger; en exchange-løsning, hvor Deutz ville bytte de motorer, der skulle repareres, en ad gangen med motorer, der allerede var repareret, og en kit-løsning, hvor de dele, der skulle udskiftes, blev leveret i et kit.

DSB forhandlede herefter med Deutz og DMN, men DSB valgte hverken exchange- eller kit-løsningen, dels fordi der var tale om dyre løsninger, dels fordi Deutz efter DSB's opfattelse forsøgte at udnytte situationen ved at udarbejde en

kitliste med flere reservedele end nødvendigt. DSB udarbejdede i stedet sin egen liste med reservedele, der skulle udskiftes, idet DSB samtidig gjorde klar til at udvide sit eget værksted med henblik på selv at udføre en del af arbejdet.

DSB forsøgte via et EU-udbud at finde en leverandør af reservedele. Deutz anbefalede sine samhandelspartnere ikke at byde på udbuddet. Det lykkedes ikke DSB at indgå en kontrakt på grundlag af udbuddet. DSB indledte herefter individuelle forhandlinger med flere forskellige markedsaktører, herunder DMN, Deutz og Fleco ApS.

Fleco havde i den anledning forhandlinger med Deutz' hollandske forhandler Equipco. Equipco gav under forhandlingerne udtryk for, at Equipco ikke kunne levere reservedele til Fleco uden tilladelse fra Deutz.

DSB indgik den 14. juli 2010 en aftale med Fleco om levering af reservedele. Den 15. juli 2010 var Equipco til møde hos Deutz i Köln. Equipcos endelige tilbud til Fleco blev afgivet den 16. juli 2010 og var uden forbehold.

Den 20. juli 2010 mødtes Deutz og DMN hos Deutz i Köln. Det fremgår af en mail fundet hos DMN, at Deutz og DMN på mødet aftalte, at Equipco ikke skulle have lov til at levere til Fleco. Samme dag tilbagekaldte Equipco sit tilbud til Fleco.

Deutz iværksatte en blokering af strategiske reservedele for at hindre Equipco og andre Deutz-forhandlere i at få de reservedele, der var nødvendige for at renovere DSB's TCD2015-motorer. Det fremgår af en mail fundet hos Deutz, at en ledende medarbejder i Deutz havde besluttet: "luk døren, tølæg dem, forsøg at skubbe forretningen til DMN". I mails fundet hos DMN anslås det, at blokeringen omfattede ca. 30 % af de reservedele, der var nødvendige for renoveringsopgaven, og af en mail fra Deutz til DMN fremgår, at det kunne udelukkes, at Fleco ville være i stand til i større omfang at levere reservedele til renovering af DSB's TCD2015-motorer. Det fremgår af en mail fundet hos DMN, at DMN forventede, at DSB ville være nødt til at kontakte DMN for levering.

Deutz' leveringsnægtelse og aftalen om hindring af parallelhandel gennem forhandlernetværket virkede. Fleco forsøgte at bestille de nødvendige reservedele hos flere forskellige forhandlere og producenter, men det lykkedes kun i få tilfælde at få leveret reservedele. DSB endte herefter med at bestille reservedele hos DMN.

Konkurrenceankenævnet stadfæstede den 9. december 2013 Konkurrencerådets afgørelse.

Sagen angår, om der er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse.

Sagens ene hovedspørgsmål er, om der er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse om, at Deutz har overtrådt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i TEUF artikel 102 og konkurrencelovens § 11, herunder navnlig om der er grundlag for at tilsidesætte nævnets vurdering af, hvorledes markedet for reservedele til DSB's TCD2015-motorer skulle afgrænses, om Deutz havde en dominerende stilling på dette marked, og om Deutz i givet fald har misbrugt sin dominerende stilling.

Det andet hovedspørgsmål er, om der er grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse om, at Deutz og DMN har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6. Spørgsmålet er navnlig, om Deutz og DMN har indgået en aftale, der har til formål at begrænse konkurrencen, og i givet fald om aftalen er omfattet af anvendelsesområdet for den vertikale gruppefritagelse i 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 (gruppefritagelsesforordningen, nu Kommissionens forordning (EU) nr. 2022/720 af 10. maj 2022).

Endvidere er der spørgsmål, om Konkurrenceankenævnets afgørelse er ugyldig som følge af bl.a. sagsbehandlingsfejl, og om påbuddet til Deutz om at orientere sine forhandlere er for vidtgående.

Domstolsprøvelsen

Domstolsprøvelsen af konkurrencemyndighedernes afgørelser omfatter i sager som den foreliggende fuldt ud det faktuelle grundlag og retsanvendelsen, mens tilsidesættelse af vurderinger, der i det væsentlige bygger på et konkurrencemæssigt skøn, forudsætter et sikkert grundlag, jf. Højesterets domme af 3. juni 2014 (UfR 2014.2663) og 27. november 2019 (UfR 2020.524).

Det påhviler som udgangspunkt den, der anfægter myndighedernes skøn, at godtgøre, at der foreligger mangler ved grundlaget for skønsudøvelsen, og at manglerne har haft betydning for afgørelsens indhold, jf. Højesterets dom af 4. april 2023 (UfR 2023.3601).

Forbuddet mod misbrug af dominerende stilling

Ved vurderingen af, om en virksomhed har en dominerende stilling, skal der foretages en afgrænsning af det relevante marked, jf. bl.a. konkurrencelovens § 5 a. Hvorledes det relevante marked konkret skal afgrænses, beror på et konkurrencemæssigt skøn. Hvorvidt en virksomhed har en dominerende stilling på markedet, beror ligeledes på et konkurrencemæssigt skøn.

Ifølge det forvaltningsretlige undersøgelsesprincip og artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 påhviler det konkurrencemyndighederne at indhente de oplysninger, der er nødvendige for at kunne foretage disse skønsmæssige vurderinger, herunder at sikre sig, at de indhentede oplysninger er tilstrækkelige til at kunne træffe afgørelse, og at der er en sådan sikkerhed om oplysningernes pålidelighed, at det er forsvarligt at træffe afgørelse.

Højesteret bemærker, at det må afgøres fra sag til sag, hvilke oplysninger der skal indhentes, idet dette afhænger af bl.a. omstændighederne i den enkelte sag, herunder sagens forløb og de involverede parter adfærd.

Konkurrencemyndighederne har vurderet, at der kunne afgrænses et marked for udbud af unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, og at Deutz er den eneste udbyder på dette marked.

Denne vurdering er baseret på konkurrencemyndighedernes undersøgelser, herunder indhentede oplysninger fra DSB, korrespondance mellem og internt i Deutz og DMN og en interviewundersøgelse omfattende forskellige virksomheder inden for branchen for motorreservedele.

Det fremgår heraf bl.a., at DSB af sikkerhedsmæssige grunde stiller krav om, at visse reservedele, bl.a. motorblokke, knastaksler og krumtappe, skal være originale. Det fremgår endvidere, at Deutz og DMN vurderede, at Deutz kunne forhindre, at Fleco i stort omfang kunne levere dele til istandsættelse af togmotorerne, idet Deutz kunne blokere ca. 30 % af de nødvendige reservedele.

Højesteret finder ikke grundlag for at fastslå, at konkurrencemyndighedernes undersøgelser har været mangelfulde eller utilstrækkelige, ligesom det ikke er godtgjort, at konkurrencemyndighedernes konklusioner er baseret på faktisk forkerte oplysninger.

Der er herefter ikke grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes vurderinger med hensyn til, hvorledes det relevante marked skal afgrænses, og med hensyn til Deutz' stilling på markedet, herunder at Deutz havde en markedsandel på 100 % på det relevante marked.

Højesteret finder ligesom Sø- og Handelsretten, at konkurrencemyndighederne med rette har lagt til grund, at Deutz i 2010 iværksatte leveringsnægtelse og hindring af parallelhandel til Fleco af de unikke reservedele med henblik på at forhindre Fleco i at opfylde sin kontrakt med DSB. Ligesom Sø- og Handelsretten lægger Højesteret vægt på, at en ledende medarbejder i Deutz havde bestemt, at "døren" skulle lukkes, og at hans medarbejdere skulle forsøge at "skubbe forretningen over til DMN", og på det efterfølgende forløb, som viser, at beslutningen blev effektueret konsekvent og systematisk af Deutz, herunder

med sletning af reservedele i Deutz' bestillingssystem, løbende monitorering af blokeringsens effektivitet samt kontakt til blandt andet DMN om blokeringen.

Højesteret finder ikke grundlag for at tilsidesætte konkurrencemyndighedernes vurdering, hvorefter leveringsnægtelsen medførte udelukkelse af den effektive konkurrence på markedet for reparation og vedligeholdelse af TCD2015-motorer.

Der er på den anførte baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse for så vidt angår spørgsmålet, om Deutz har overtrådt forbuddet mod misbrug af dominerende stilling i TEUF artikel 102 og konkurrencelovens § 11.

Forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler

Højesteret finder, at konkurrencemyndighederne med rette har lagt til grund, at Deutz og DMN den 20. juli 2010 indgik en aftale om, at Deutz skulle hindre parallelimport og passivt salg af reservedele fra Deutz' forhandlernetværk, herunder fra Equipco i Holland, til brug for renovering og vedligehold af DSB's TCD2015-motorer.

Højesteret har herved lagt vægt på oplysningerne om forløbet i forbindelse med, at Equipco afgav tilbud uden forbehold til Fleco den 16. juli 2010 og tilbagekaldte tilbuddet den 20. juli 2010, efter at Deutz havde holdt møde med DMN samme dag, herunder forklaringen fra ansatte i Equipco til de hollandske konkurrencemyndigheder om forløbet. Der er endvidere lagt vægt på oplysningerne om DSB's forudgående forgæves udbud og mailkorrespondancen mellem og internt i Deutz og DMN om mulighederne for at forhindre, at Fleco kunne opfylde sin aftale med DSB om levering af Deutz-reservedele.

Højesteret finder ligesom Sø- og Handelsretten, at aftalen skulle sikre DMN absolut områdebeskyttelse, og at aftalen derfor efter sin karakter i den givne markeds-mæssige sammenhæng objektivt bedømt rummede et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det ikke er fornødent at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger.

Allerede fordi Deutz havde en markedsandel på 100 % af det relevante marked, er aftalen ikke omfattet af den vertikale gruppefritagelse, jf. gruppefritagelsesforordningens artikel 3.

Højesteret bemærker i øvrigt, at det ikke er bestridt, at en aftale mellem en leverandør og en køber om, at køberen ikke må foretage passivt salg ind i et eksklusivområde, som leverandøren har tildelt en anden køber, ikke er gruppefritaget i medfør af gruppefritagelsesforordningen.

Den foreliggende aftale mellem Deutz og DMN gik ud på, at Deutz skulle blokere for salg uden om DMN af Deutz-reservedele til brug for DSB's renoveringsprojekt, herunder ved at forhindre Equipco i at foretage passivt videresalg af Deutz' produkter til Fleco, således at DSB og Fleco ville være nødt til at købe produkterne hos DMN.

Højesteret finder, at aftalen – hvis den ikke var undtaget gruppefritagelsen allerede i medfør af gruppefritagelsesforordningens artikel 3 – ville være undtaget den vertikale gruppefritagelse efter sin karakter, uanset at den som nævnt ikke går ud på at forbyde DMN selv, men andre af Deutz' forhandlere, at foretage passivt salg til DSB.

Der er på den anførte baggrund ikke grundlag for at tilsidesætte Konkurrenceankenævnets afgørelse for så vidt angår spørgsmålet, om Deutz og DMN har overtrådt forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i TEUF artikel 101 og konkurrencelovens § 6.

Andre spørgsmål om mangler ved afgørelsen

Højesteret finder, at det ikke er godtgjort, at konkurrencemyndighederne har begået fejl, der kan antages at have haft betydning for myndighedernes afgørelser. Der er i lyset af sagens omstændigheder heller ikke grundlag for at anse påbuddet om orientering af forhandlere for mere vidtgående, end formålet tilsiger.

Konklusion og sagsomkostninger

Højesteret stadfæster Sø- og Handelsrettens dom og tager Konkurrencerådets tilbagebetalingspåstande til følge.

Efter sagens udfald skal Deutz betale sagsomkostninger for landsret og Højesteret med i alt 1.000.000 kr. til Konkurrencerådet til dækning af advokatudgift, mens Aktieselskabet af 04.06.1965 skal betale sagsomkostninger for landsret og Højesteret til Konkurrencerådet med i alt 508.500 kr., hvoraf 8.500 kr. er til dækning af retsafgift for Højesteret og 500.000 kr. til dækning af advokatudgift.

THI KENDES FOR RET:

Sø- og Handelsrettens dom stadfæstes.

Deutz AG skal betale 950.800 kr. til Konkurrencerådet med procesrente fra den 25. oktober 2023.

Aktieselskabet af 04.06.1965 skal betale 356.000 kr. til Konkurrencerådet med procesrente fra den 25. oktober 2023.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Deutz AG betale 1.000.000 kr. til Konkurrencerådet.

I sagsomkostninger for landsret og Højesteret skal Aktieselskabet af 04.06.1965 betale 508.500 kr. til Konkurrencerådet.

De idømte beløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse.

Sagsomkostningsbeløbene forrentes efter rentelovens § 8 a.