

K E N D E L S E

afsagt af Konkurrenceankenævnet den 9/12 2013 i sag nr. KL-5-2013 og sag nr. KL-6-2013

KL-5-2013

Diesel Motor Nordics A/S

(advokat Christian Karhula Lauridsen)

og

KL-6-2013

DEUTZ AG

(advokat Martin André Dittmer)

mod

Konkurrencerådet

(advokat Jakob Pinborg)

1. Resume af afgørelsen

Konkurrencerådet har den 12. juni 2013 truffet afgørelse i en sag, der drejer sig om, hvorvidt Deutz AG har en dominerende stilling på markedet for unikke reservedele til TCD2015-motoren, og om virksomheden i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 i TEUF har misbrugt en sådan stilling ved gennem sit forhandlernetværk at hindre parallelimport og ved at nægte at levere reservedele til brug for reoveringen af DSB's TCD2015-motorer (IC3-togene). Konkurrencerådets afgørelser drejer sig endvidere om, hvorvidt Deutz AG og dennes forhandler, Diesel Motor Nordics A/S, i forbindelse hermed i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF har indgået en konkurrencebegrænsende aftale om, at Deutz AG skulle hindre parallelhandel og passivt salg af reservedele fra Deutz AG's forhandlernetværk.

Diesel Motor Nordics A/S og Deutz AG har indbragt afgørelsen for Konkurrenceankenævnet.

Konkurrenceankenævnet har stadfæstet Konkurrencerådets afgørelse.

2. Påstande

Diesel Motor Nordics A/S (KL-5-2013) har nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal ophæves for så vidt angår afgørelsens pkt. 60-62.

Diesel Motor Nordics A/S har subsidiært nedlagt påstand om, at sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Deutz AG (KL-6-2013) har principalt nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal ophæves.

Deutz AG har subsidiært nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal ophæves delvist, og at den resterende del af sagen skal hjemvises til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Deutz AG har mest subsidiært nedlagt påstand om, at Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 skal hjemvises helt eller delvist til fornyet behandling ved Konkurrencerådet.

Konkurrencerådet har nedlagt påstand om, at afgørelsen af 12. juni 2013 skal stadfæstes.

3. Den påklagede afgørelse

Konkurrencerådet traf den 12. juni 2013 afgørelse om følgende:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Sagens faktiske omstændigheder

Det fremgår af Konkurrencerådets afgørelse bl.a., at 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 DSB's IC3-tog.

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

5. Parternes argumenter

Diesel Motor Nordics A/S (DMN) har i det væsentligste gentaget sine anbringelser og har for Konkurrenceankenævnet navnlig gjort gældende, at DMN og Deutz AG (Deutz) ikke har indgået en konkurrencebegrænsende aftale.

Afgørelsen er utilstrækkelig faktisk begrundet for så vidt angår konklusion om, at DMN på mødet den 20. juli 2010 skulle have indgået en konkurrencebegrænsende aftale med Deutz. DMN's forsøg på at håndhæve sine lovlige rettigheder som eksklusiv dansk distributør og DMN's interesse i ordren til DSB udgør ikke et tilstrækkeligt grundlag for, at det kan konkluderes, at der som følge af Deutz' tilkendegivelser på dette møde blev indgået en ulovlig aftale. Indholdet af den påståede aftale indgået den 20. juli 2010 er endvidere ikke entydigt beskrevet. Det beskrevne indhold strækker sig fra et yderpunkt omhandlende det konkrete udbud med DSB og salget til Fleco ApS (Fleco) fra Equipco B.V. (Equipco) til et andet yderpunkt omhandlende generel hindring af parallelimport fra hele Deutz' forhandlernetværk.

Konkurrencerådet har heller ikke ved henvisningerne til en efterfølgende mailkorrespondance i tilstrækkelig grad dokumenteret, at der er indgået den påståede ulovlige aftale.

Den blotte deltagelse i et møde er efter omstændighederne utilstrækkeligt til at fastslå, at der blev indgået den hævdede ulovlige aftale. Det forhold, at Deutz' ensidige handlinger over for Equipco har været i DMN's interesse, og at DMN på mødet den 20. juli 2010 fik oplyst, hvad Deutz gjorde, er ikke tilstrækkeligt til, at der dermed foreligger "samstemmende viljer". Det konkurrenceretlige aftalebegreb kan derfor ikke anses for opfyldt.

Sagen adskiller sig fra sag T-12/03, Itochu, præmis 138-140, da DMN på mødet ikke blev bekendt med en "af producenten indført mekanisme for hindring af parallelimport", hvorfor det ikke bevirker, at DMN blev part i en aftale, blot fordi DMN ikke tog afstand herfra. DMN påberåbte sig på mødet sine kontraktmæssige rettigheder, hvorfor det ikke kan forventes, at man skal tage afstand fra en håndhævelse af et i øvrigt lovligt selektivt distributionssystem.

Konkurrencerådet har ikke godtgjort, at der på baggrund af Deutz' ensidige handlinger har været en konkurrenceskadelig adfærd.

Da der er to eller flere mulige forklaringer på den undersøgte adfærd, skal konkurrencemyndighederne anvende den for virksomheden mest gunstige forklaring, med mindre adfærden støttes af klare dokumentbeviser. Der er for alle de af Konkurrencerådet påberåbte dokumentbeviser til støtte for den hævdede ulovlige aftale alternative og mere sandsynlige forklaringer, som må lægges til grund. En formodning for, at der skulle være indgået en ulovlig aftale, kan dermed afkræftes under henvisning til de konkrete omstændigheder i sagen.

Afgørelsen er endvidere utilstrækkelig begrundet for så vidt angår konklusionen om, at der skulle have foreligget et lovligt passivt salg fra Equipco til Fleco.

Der foreligger en række faktuelle forhold, som viser, at de faktiske oplysninger, som Konkurrencerådet har lagt til grund for sin konklusion om, at der forelå passivt salg, ikke kan lægges til grund. Såfremt det havde været et passivt salg, havde Equipco kunnet foretage et salg lovligt uden at spørge Deutz om lov, men Equipco spurgte ikke desto mindre Deutz om lov. Fleco har endvidere afgivet vekslende forklaringer om, hvornår der har været rettet

kontakt til Equipco, og den forklaring, som Konkurrencerådet har lagt til grund, er usandsynlig. Den tidslinje, som er udarbejdet af Equipco (bilag 33), og som af Konkurrencerådet bruges til støtte for, at Fleco rettede den første kontakt, er dels bevismæssigt tvivlsom, dels ikke i overensstemmelse med Flecos egne oplysninger og dels ikke sandsynlig, når man ser på Flecos tilbudsafgivelse. Endvidere havde Equipco deltaget i det forudgående udbud fra DSB og kendte renoveringsprojektet og havde, efter det blev klart, at tilbuddet fra det konsortium, selskabet havde deltaget i, ikke førte til noget, alt mulig grund til at prøve at få noget ud af det.

Der foreligger ikke leveringsnægtelse, da DMN ikke på noget tidspunkt har nægtet at levere reservedele til Fleco, Carl Christensen eller noget andet medlem af konsortiet, herunder heller ikke til brug for DSB's renoveringsopgave.

DMN valgte at besvare de to forespørgsler om levering, som de fik fra konsortiets medlemmer, med et tilbud om samlet leveringer på sædvanlige vilkår, herunder med sædvanlige leveringstider.

I relation til hændelsesforløbet vedr. leveringen til Fleco tilbød DMN at levere de pågældende 4 reservedele med en forventet og – på det tidspunkt på grund af de store leveringsproblemer i markedet – helt sædvanlig samlet leveringstid på indtil videre ”ca.” tre måneder.

I relation til hændelsesforløbet vedr. leveringen til Carl Christensen – der i modsætning til Fleco valgte at placere sin ordre hos DMN – leverede DMN inden for blot 2-4 arbejdsdage efter, at DMN havde fået levering fra Deutz og inden for blot 10-12 arbejdsdage efter Carl Christensens ordreafgivelse.

Selvom de to hændelsesforløb vedr. levering afdækker en række kortvarige interne overvejelser i DMN om ikke at levere på sædvanlige vilkår, traf den nye ledelse, som nogle få dage forinden havde købt DMN, ret hurtigt beslutning om, at der i alle tilfælde skulle leveres på sædvanlige vilkår.

De faktiske forhold er ikke korrekt klassificeret konkurrenceretligt, da der ikke forelå leveringsnægtelse. Konkurrencerådet har adskillige steder i afgørelsen inddraget de to hændelsesforløb med en inkonsekvent og ukorrekt udlægning af hændelsesforløbene, jf.

afgørelsens punkt 31, 243ff, 253ff, 260, 351ff, 366ff, 377 og 744ff og den grå boks efter punkt 31. Eksempelvis er en leveringsnægtelse i strid med afgørelsens punkt 372. Da noget af det væsentligste i Konkurrencerådets afgørelse dermed ikke er korrekt, skal afgørelsen ophæves.

DMN gør subsidiært gældende, at DMN's deltagelse, såfremt Konkurrenceankenævnet måtte finde, at der forelå en ulovlig aftale mellem Deutz og DMN, under alle omstændigheder var begrænset til sommeren og sensommeren 2010.

DEUTZ AG (Deutz) har i det væsentligste gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet overordnet navnlig gjort gældende, at Konkurrencerådet ikke har gengivet sagens faktiske forhold korrekt, og at afgørelsen dermed er truffet på et forkert faktisk grundlag. Det har afgørende betydning for den juridiske vurdering, da den derved også bliver forkert.

Deutz indtager ikke en dominerende stilling. Ved at afgrænse markedet som de reservedele, hvor Deutz er den eneste, der kan levere, vender Konkurrencerådet i realiteten bevisbyrden, da Deutz således skal dokumentere, at Deutz ikke indtager en dominerende stilling for hver enkelt reservedel i TCD2015-motoren.

Konkurrencerådet har ikke identificeret sagens genstand, og der er ikke identificeret én eneste reservedel, som DSB skulle bruge, og hvor Deutz var den eneste, der kunne levere. Listen over de såkaldte monitorerede reservedele blev udarbejdet for at spore konsortiets evne til at erhverve de pågældende reservedele, og den udgør ikke en oversigt over unikke reservedele. Endvidere har Deutz dokumenteret, at der var alternative leverandører til de pågældende dele. Der er ikke foretaget en nærmere undersøgelse eller efterprøvelse af, hvorvidt de påståede unikke reservedele faktisk er unikke også i konkurrenceretlig forstand. Der er ikke foretaget en detaljeret produktspecifik analyse. Det er ikke muligt at vurdere, om en reservedel falder inden- eller udenfor markedsafgrænsningen uden at foretage omfattende faktiske og økonomiske analyser. Markedsafgrænsningen, der udgør et helt grundlæggende og afgørende element, når det skal vurderes, om en virksomhed har krænket Konkurrencelovens § 11, og/eller TEUF art. 102, er for generel og upræcis til at leve op til de bevismæssige krav, der stilles til en konkurrenceretlig markedsafgrænsning, jf. Kommissions meddelelse 97/C372/03 og dom af 21. februar 1973 i sag 6/72, præmis 32. Det er ikke tilstrækkeligt blot at fastslå, at

Deutz selv må vide, hvad de relevante reservedele er.

Deutz indtager ikke en dominerende stilling for nogen relevant reservedel i DSB's udbud. Konkurrencerådet havde til brug for sin afgørelse ikke oplysninger om de specifikke reservedele, der skulle bruges i DSB's udbud. Selv hvis Deutz måtte have en dominerende stilling i forhold til én specifik reservedel, har Konkurrencerådet ikke dokumenteret, at denne var relevant for sagen. Endvidere er det ikke undersøgt, om den enkelte reservedel er udsat for konkurrence fra andre reservedele. DSB foretog eksempelvis indkøb af reservedele fra andre leverandører og modificerede dem selv, og Deutz køber selv dele fra eksterne leverandører. Deutz kan derfor ikke have en dominerende stilling.

Der foreligger et konkurrencepræget upstream-marked for produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug, hvor køberne ikke kun tager initialomkostningerne ved køb af en dieselmotor i betragtning, men som professionelle aktører indregner de også de langsigtede omkostninger til reparation og vedligehold. Endvidere er udgifterne på downstream-markedet ikke blot væsentlige set i forhold til indkøbsprisen for dieselmotoren, men kan – som ved TCD2015-dieselmotoren – overstige den oprindelige indkøbspris. Disse forhold gør, at Deutz ikke har nogen markedsstyrke på eftersalgsegmentet, og der kan afgrænses et samlet marked for produktion af dieselmotorer til industrielt brug, inkl. reservedele, jf. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, seventh edition, punkt 4.056 og dom af 15. december 2010 i sag T-427/08 (Ceahr). Det primære marked er produktion af dieselmotorer og ikke reservedelsmarkedet. Når konkurrencen om det primære produkt er intensiv, har det virkning på eftersalgsegmenterne. Det indebærer, at Deutz ikke på eftersalgsegmenterne kan agere uafhængigt af sine konkurrenter m.v. Deutz er derfor ikke dominerende.

Såfremt det måtte blive lagt til grund, at Konkurrencerådets opdeling af markederne er korrekt, er der ikke foretaget den konkurrenceretlige vurdering af forholdet mellem det primære marked og eftermarkedet, som det rettelig bør gøres, og det primære marked ignoreres. Analysen, der er blevet begrænset til, hvilken markedsandel Deutz har på et marked, hvor Deutz er den eneste leverandør, kan give et første fingerpeg om, at en virksomhed er dominerende, men den kan ikke stå alene i sager om dominans, hvor der kun er et marked. De nødvendige konsekvenser af den intensive konkurrence på det primære marked, som Kommissionen forudsætter, bliver derfor ikke draget, jf. den 25. beretning om Konkurrencepolitikken – 1995-1996, side. 41-42 og Kommissionens meddelelse om afgrænsning

af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret – 1997/C372/03. Analysen, som Konkurrencerådet ikke har foretaget, er særlig kendt på det sammenlignelige printermarked, jf. afgørelse af 20. maj 2009 i sag COMP/C-3/39.391, EFIM, jf. afgørelse af 22. september 1995 i sag NO IV/35.330, præmis 13, 15 og 16. Såfremt den nødvendige økonomiske analyse var foretaget, havde det vist, at Deutz' handlemuligheder på eftermarkederne er begrænset af den intense konkurrence på det primære marked. Det konkurrenceprægede marked for motorer holder derfor Deutz i skak på eftermarkedet og gør, at Deutz ikke kan agere uafhængigt af sine kunder på eftermarkedet. Deutz indtager derfor ikke en dominerende stilling.

Deutz har ikke begrænset sine forhandlers passive salg, og der foreligger ikke klare dokumentbeviser herpå. Der foreligger alene udtalelser fra Equipco og Fleco, der havde sammenfaldende interesser, da det ville være til begges ulempe, såfremt Equipco foretog aktivt salg til Fleco. Samtidig er der i hvert fald 2 alternative og fuldt lovlige forklaringer på, at Equipco valgte ikke at levere til Fleco. Konkurrencerådet skal derfor efter praksis lægge disse lovlige alternativer til grund, jf. afgørelse af 27. september 2012 i sag T-82/08, præmis 34.

Deutz har ikke misbrugt en dominerende stilling ved at nægte at levere reservedele. Deutz har ikke nægtet at levere til Fleco – Fleco har aldrig bedt Deutz om leverancer. Efter praksis kan et misbrug kun foreligge, hvis reservedelen ikke er tilgængelig fra andre kilder. Deutz har dokumenteret, at samtlige monitorerede reservedele var tilgængelige fra andre kilder, ligesom DSB faktisk erhvervede reservedele fra andre kilder. Endvidere kan der ikke foreligge et misbrug, hvis en virksomhed blot ønsker at videresælge et produkt i konkurrence med den dominerende virksomhed eller dennes forhandlere. Dette er netop tilfældet for så vidt angår Fleco. Deutz havde under alle omstændigheder selv store leveringsvanskeligheder på tidspunktet og kunne derfor ikke have leveret inden for de frister, som Fleco ønskede. Konkurrencerådet har ikke undersøgt omfanget af den påståede leveringsnægtelse, og en eventuel leveringsnægtelse medførte ikke den påkrævede udelukkelse af konkurrencen på et beslægtet marked.

Deutz har ikke indgået en aftale med DMN om begrænsning af forhandlernes passive salg. Dette er på ingen vis dokumenteret af Konkurrencerådet. Selv hvis der var indgået en aftale, er denne ikke konkurrencebegrænsende. Deutz kan på fuldt lovlig vis give én af sine forhandlere eneret på en specifik ordre. Der gælder efter praksis en meget tung bevisbyrde, jf. Rettens afgørelse i de forenede sager T-44/02 OP, T-54/02 OP, T56/02 OP, T 60/02 OP og

T61/02 OP, præmis 59-62.

Afgørelsen og påbuddene er for vidtgående. I forhold til flere af påbuddene (punkterne 56, 57 og 59) er Deutz således allerede før afgørelsen ophørt med den anfægtede adfærd, ligesom påbuddene vedrører reservedele generelt og ikke blot de reservedele, der er omfattet af afgørelsen. En forpligtelse til at orientere samtlige sine selvstændige forhandlere er uproportional. Det generelle princip under dansk og EU konkurrenceret om, at ”*de forpligtelser, som pålægges, ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes*”, er dermed overtrådt. Se f.eks. dom af 28. februar 2002 i sag T-395/94, præmis 410.

Afgørelsen er behæftet med alvorlige sagsbehandlingsfejl, som påvirker afgørelsens gyldighed. Konkurrencerådet har vedvarende kommunikeret til Deutz på dansk, selv om Deutz ikke forstår dansk. Deutz er en tysk virksomhed uden nogen dansk tilstedeværelse. Det forvaltningsretlige princip om, at en myndighed skal kommunikere til adressater på et sprog, de forstår, er derfor overtrådt. De påkrævede oversættelser og de korte frister har gjort det urealistisk for Deutz at forsvare sig selv på en effektiv måde. Hvis Europa-Kommissionen havde behandlet sagen, havde Deutz haft en udtrykkelig ret til, at sagen var behandlet på tysk. jf. Artikel 1 i Rådets Forordning 1 af 15. april 1958 (EFT 17 af 6. oktober 1958, s. 385/58).

Endvidere har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i forbindelse med den gennemførte kontrolundersøgelse indhentet dokumenter i strid med dansk lovgivning.

Deutz har endvidere ikke fået den påkrævede aktindsigt i sagens dokumenter. Omvendt har Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen ikke hemmeligholdt tilstrækkelig information i dokumenterne sendt til Fleco, DSB og DMN.

Konkurrencerådet har i det væsentligste gentaget sine anbringender og har for Konkurrenceankenævnet overordnet navnlig gjort gældende, at der ikke er grundlag for at tilsidesætte rådets vurdering af, at Deutz i strid med konkurrencelovens § 11 og artikel 102 TEUF har misbrugt sin dominerende stilling på markedet for unikke reservedele til TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, ved gennem sit forhandlernetværk at hindre parallelimport og nægte at levere reservedele til Fleco/konsortiet til brug for renoeringen af DSB's TCD2015-motorer (IC3-togene).

Markedsafgrænsningen er tilstrækkelig specifik, da den er tilstrækkelig til, at det kan vurderes, at adfærden udvist af Deutz og DMN var konkurrenceskadelig, og at Deutz var dominerende. Undersøgelsen af efterspørgsels- og udbudssituationen viser, at der kan afgrænses et primært marked for produktion og udvikling af dieselmotorer og i tilknytning hertil 2 separate men beslægtede eftersalgsmarkeder for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer, og det beslægtede marked for alle de reservedele, der er nødvendige for, at en aktør kan agere på markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer. TCD2015-motoren adskiller ikke fra andre dieselmotorer til industrielt brug. Det er således nødvendigt at sondre mellem generiske reservedele, som ikke er særligt tilpassede og reservedele, der er særligt tilpassede til motoren. Inden for de særligt tilpassede reservedele findes en gruppe af unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz. Der er i sagens natur ikke mulighed for substitution med andre reservedele, og der kan dermed afgrænses et særskilt marked herfor.

Markedsafgrænsningen skal tage udgangspunkt i, at DSB skulle have repareret ca. 404 TCD2015-motorer. Eftersalgsmarkederne omfatter i den forbindelse markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer, og det beslægtede marked for alle de reservedele, der er nødvendige for, at en aktør kan agere på markedet for reparation og vedligehold af TCD2015-motorer. Under de konkrete omstændigheder i sagen er det derfor ikke relevant at afgrænse et særskilt marked for de enkelte reservedele til TCD2015-motorer.

Det relevante er derimod udelukkende, om der inden for markedet for reservedele til TCD2015-motoren kan afgrænses et særskilt marked for unikke reservedele til TCD2015-motoren, som kun kan erhverves via Deutz, hvilket der utvivlsomt kan. Til brug for denne vurdering er det ikke nødvendigt at definere præcist, hvilke reservedele til TCD2015-motoren der i givet fald kun kan erhverves via Deutz, idet en opregning af de specifikke reservedele ikke i sig selv har betydning for, om der er substitutionsmulighed mellem unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, og andre reservedele. Konkurrenceretligt er det ikke nødvendigt at specificere nærmere, hvilke reservedele der indgår i det således afgrænsede marked. Det gælder i hvert fald, når der er unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, at Deutz er klar over, hvilke reservedele der er unikke, og at Deutz kan kontrollere forsyningskanalerne til de pågældende reservedele.

Det primære marked for produktion og udvikling af dieselmotorer til industrielt brug udgør et særskilt marked i forhold til eftersalgsmarkedene for reparation og vedligehold samt reservedele, der er nødvendige for at kunne agere på markedet for reparation og vedligehold. Efter praksis kan det primære marked og eftersalgsmarkedene kun betragtes under et, såfremt det godtgøres, at forbrugerne kan skifte til reservedele, som en anden fabrikant har fremstillet, eller såfremt forbrugerne kan skifte til et andet primært produkt for at undgå en prisstigning på reservedelsmarkedet. Hvis en lille, varig prisstigning på eftersalgsmarkedene derimod ikke påvirker brugernes efterspørgsel efter det primære produkt, kan der afgrænses et eller flere separate eftersalgsmarkeder, jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, 1997/C 372/03, pkt. 57, afgørelse fra Kommissionen af 13. december 2011, præmis 22-24, dom fra Retten af 15. december 2010 i sag T-427/08 (Ceahr), præmis 105, Bellamy & Child, European Union Law of Competition, seventh edition, s. 260-261 og DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, 2005, s. 71.

Konkret har Konkurrencerådet lagt vægt på, at det for at være aktiv på eftersalgsmarkedene er nødvendigt at have adgang til en række reservedele, hvoraf en del er unikke reservedele, som kun kan erhverves via Deutz. Endvidere vil en lille varig stigning i prisen på de unikke reservedele ikke medføre, at slutbrugeren udskifter det primære produkt (motoren) med et andet produkt. Køb af dieselmotorer til industrielt brug er kompliceret, omkostningstungt og sker sjældent. Markedet er derfor ikke præget af samme gennemsigtighed som f.eks. printermarkedet. DSB fandt det hverken muligt at udskifte motoren med en ny identisk motor eller en motor af andet mærke, idet begge løsninger udgør dyre alternativer. Der findes endvidere en række aktører, som kun er aktive på eftersalgsmarkedene og ikke på det primære marked. Det er et indicium for, at der er tale om et selvstændigt marked, jf. dom af 15. december 2010 i sag T-427/08 (Ceahr), præmis 108 og dom af 12. december 1991 i sag T-30/89 (Hilti), præmis 67.

Deutz besidder på denne baggrund en dominerende stilling, da selskabet har en markedsandel på 100 % for så vidt angår de unikke reservedele, der kun kan leveres via Deutz.

Deutz har misbrugt sin dominerende stilling. Deutz har hindret sine forhandlere i passivt salg. Særligt blev Equipco hindret i at eksportere unikke reservedele til TCD2015-motorer til Fleco

i Danmark med henblik på at beskytte DMN's salgsnet i Danmark og selv opnå en højere omsætning. Hindringen af parallelhandlen er ikke begrundet i objektive omstændigheder.

Deutz har endvidere nægtet at levere. Deutz forbød helt Equipco at levere til Fleco, ligesom Deutz blokerede for levering til Fleco gennem andre forhandlere. Af sikkerhedsmæssige, økonomiske og praktisk grunde er det ikke muligt at kopiere reservedelene. Der findes hverken faktiske alternativer i form af levering uden om Deutz, eller potentielle alternativer til de reservedele, som Deutz blokerede. Endvidere afbrød Deutz samhandelsforholdet med en eksisterende kunde.

Den indbragte afgørelse beskriver i betydeligt omfang, hvilke reservedele der var relevante for DSB i det oprindelige udbud og de reservedele, der var omfattet af den indgåede kontrakt mellem Fleco og DSB. Det ville have været tilstrækkeligt, at der blot forelå en reservedel, som kunne erhverves via Deutz.

Der ikke grundlag for at tilsidesætte rådets vurdering af, at Deutz og dennes forhandler, DMN, i forbindelse hermed i strid med konkurrencelovens § 6 og artikel 101 TEUF har indgået en konkurrencebegrænsende aftale. Der foreligger en betydelig og entydig dokumentation for, at Deutz og DMN på mødet den 20. juli 2010 indgik en aftale om at begrænse parallelhandlen og de øvrige forhandleres passive salg, og at Deutz i overensstemmelse med aftalen gennemførte en blokade af en række strategiske reservedele for at hindre, at Fleco kunne få leveret reservedelene. Dette underbygges af, at DMN nøje fulgte op på og overvågede, at Deutz rent faktisk efter mødet hindrede leverancer fra Fleco. I øvrigt foreligger der kun oplysninger, der støtter, at der var tale om passivt salg, jf. bl.a. bilag 73 og 24. Det forhold, at Equipco var bekendt med det oprindelige DSB-udbud, kan ikke føre til, at der er tale om aktivt salg.

Der er ikke rimelig tvivl om, at der er fuldt fornødent faktisk belæg for Konkurrencerådets konklusioner. Afgørelsen bygger således på et omfattende materiale indhentet fra Fleco, DSB, DMN, Deutz og flere af Deutz' forhandlere i Tyskland, Sverige og Nederlandene. Materialet tegner samlet set et entydigt og klart billede af Deutz' og DMN's konkurrenceskadelige adfærd, som ikke kan forklares på anden logisk vis, end at Deutz og DMN har overtrådt konkurrencereglerne på den af Konkurrencerådet beskrevne måde. Deutz og DMN har med henvisning til udvalgte dele af bilagene til rådets afgørelse anført, at indholdet af de

pågældende dokumenter isoleret betragtet kan forklares med udgangspunkt i, at der angiveligt ikke var tale om en ulovlig leveringsnægtelse, og at der ikke er indgået en aftale om hindring af parallelimport og passivt salg. Deutz og DMN forholder sig imidlertid ikke i den forbindelse til en række væsentlige oplysninger i dokumenterne, der klart underbygger, at Deutz' og DMN's adfærd har været i strid med konkurrencereglerne. Hertil kommer, at de fremførte forklaringer om, hvorledes de pågældende dokumenter skal fortolkes, på en række punkter ikke stemmer med sagens øvrige oplysninger.

Der stilles ikke store krav til dokumentbeviserne. Et dokument kan være nok, jf. dom af 25. oktober 2011 i sag T-348/08, præmis 95-97, og dom af 27. september 2012 i sag T-82/08, præmis 28-35. Deltagelse i et enkelt møde kan også være nok til, at en part har accepteret at deltage i en ulovlig konkurrencebegrænsning, hvis parten ikke offentligt distancerer sig fra den ulovlige adfærd, jf. dom af 7. februar 2013 i sag C-68/12, præmis 27. I vertikale forhold, hvor det skal vurderes, om der i forbindelse med en i øvrigt lovlig forhandleraftale er indgået ulovlige aftaler om hindring af parallelhandlen, eller om adfærden er en ensidig leverandør-adfærd, er beviskravene, til at en part har tilsluttet sig en ulovlig aftale, mindre, hvis aftalen er i partens interesse, eller parterne endog har sammenfattende interesser, end i tilfælde hvor der handles imod den pågældendes parts interesse, jf. Bellamy & Child, European Union Law of Competition, seventh edition, s. 106, dom af 10. februar 2011 i sag C-260/09, præmis 71 og dom af 30. april 2009 i sag T-12/03, præmis 138-140.

Påbuddet er ikke for vidtgående og strider ikke med proportionalitetsprincippet. I tilfælde af klart ulovlige handlinger, hvor aktørerne nægter at have begået overtrædelsen og typisk vil have et incitament til ikke at fremlægge alle oplysninger om virksomhedernes adfærd, må det kræves, at der ikke er den mindste tvivl om, at den ulovlige adfærd er ophørt, såfremt det ikke skal være muligt at give et fremadrettet påbud om at ophøre med den ulovlige adfærd.

Konkurrencerådet har vedrørende formalitetsindsigelseerne navnlig gjort gældende, at der ikke er begået sagsbehandlingsfejl, og at evt. sagsbehandlingsfejl under alle omstændigheder ikke har været konkret væsentlige, idet de ikke har påvirket afgørelsens materielle resultat, hvorfor evt. fejl ikke kan føre til, at afgørelsen helt eller delvist skal ophæves eller hjemvises.

Hverken Konkurrencerådet eller Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har tilsidesat sprogkrav i forbindelse med sagens behandling, og Deutz har utvivlsomt haft tilstrækkelig mulighed for

at varetage sine interesser under sagen. De forvaltningsretlige principper er overholdt, og styrelsens procesledende beslutning om sagens sprog kan ikke indbringes for Konkurrenceankenævnet, jf. § 19, stk. 1, modsætningsvis.

Proceduren for kontrolundersøgelser i Tyskland er blevet fulgt, hvilket efterfølgende er fastslået under en klagesag anlagt af Deutz. De tyske myndigheder har udvekslet de indhentede oplysninger med Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i overensstemmelse med artikel 12 i Rådets forordning nr. 1/2003.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har under sagens behandling i overensstemmelse med forvaltningslovens regler løbende givet Deutz aktindsigt i en lang række dokumenter, og Deutz har da ikke påklaget de truffne afgørelser om aktindsigt til Konkurrenceankenævnet. Konkurrencerådet bestrider, at Fleco, DSB eller DMN uberettiget skulle have modtaget fortrolige oplysninger.

6. Konkurrenceankenævnets begrundelse og resultat

Konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102

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

Der foreligger en dominerende stilling, når en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter virksomheden i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd overfor sine konkurrenter, kunder og i sidste ende forbrugere.

På baggrund af oplysningerne om efterspørgsels- og udbudssituationen tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der kan afgrænses et primært marked for produktion og udvikling af dieselmotorer og i tilknytning hertil to eftersalgsmarkeder. Eftersalgsmarkederne udgør separate, men beslægtede produktmarkeder for (1) udbud af unikke reservedele til Deutz TCD2015-motoren, der kun kan erhverves via Deutz, og (2) reparation og vedligehold af Deutz TCD2015-motoren. Ved vurderingen af, at der er unikke reservedele, der kun kan erhverves via Deutz, og som ikke i tilstrækkelig grad er substituerbare med andre, udgør de i bl.a. punkt 290 i Konkurrencerådets afgørelse oplyste mails tilstrækkelig dokumentation for,

at et sådant separat marked findes, ligesom markedsafgrænsningen efter omstændighederne er tilstrækkelig produktspecifik.

Efter praksis fra EU-domstolen er forbrugers mulighed for at vælge blandt adskillige eksisterende mærker på det primære marked ikke tilstrækkelig til, at det primære marked og eftersalgsmarkedene kan behandles som et enkelt marked. Det primære marked og eftersalgsmarkedene kan i et tilfælde som dette kun betragtes under et, hvis det er godtgjort, at valget på det primære marked navnlig træffes på grund af konkurrencebetingelserne på det sekundære marked, jf. dom af 15. december 2010 i sag T-427/08 (Ceahr), præmis 105. En sådan henvisning, som Deutz har gjort til en liste over andre leverandører, jf. bilag 71, udgør ikke i sig selv dokumentation for, at der reelt er alternative forsyningskanaler til reservedele, der kun kan erhverves via Deutz. Konkurrenceankenævnet tilslutter sig derfor Konkurrencerådets markedsafgrænsning, herunder at det primære marked og eftersalgsmarkedene ikke kan betragtes som et enkelt marked.

Konkurrenceankenævnet tiltræder med disse bemærkninger, at Deutz indtager en sådan stilling på markedet, at virksomheden i betydelig grad kan handle uafhængigt, og at Deutz derfor indtager en dominerende stilling, jf. Konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102.

De reservedele, som kun kan erhverves via Deutz, er nødvendige for at udøve aktiviteten på det beslægtede marked for reparation og vedligeholdelse af TCD2015-motorerne, og reservedelene er ikke substituerbare, da de originale dele må anses for vigtige for den aftager, der er indehaver af dyre motorer, der er centrale for driften. Den manglende levering medførte derfor udelukkelse af den effektive konkurrence på det beslægtede marked. Med disse bemærkninger og på baggrund af sagens omstændigheder i øvrigt, finder Konkurrenceankenævnet, at Deutz ved sin adfærd har anvendt andre midler end i den normale konkurrence i form af hindring af parallelhandel samt leveringsnægtelse, og Deutz har ikke godtgjort, at disse forhold er begrundet i objektive forhold.

Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at Deutz har misbrugt sin dominerende stilling i strid med konkurrencelovens § 11 og TEUF artikel 102 ved at have forhindret virksomhedens samhandelsparter i andre EU-lande, særligt Equipco i Nederlandene, i at gennemføre parallelhandel med unikke Deutz-reservedele til den danske virksomhed Fleco, og ved at have nægtet at levere unikke reservedele fra sit forhandlernet til Fleco.

Konkurrencelovens § 6, stk. 1 og TEUF artikel 101

Konkurrencelovens § 6, stk. 1, og TEUF artikel 101, forbyder virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

På baggrund af de dokumenter, der er fremlagt under sagen, om indholdet af mødet mellem DMN og Deutz den 20. juli 2010 og den efterfølgende mailkorrespondance, tiltræder Konkurrenceankenævnet, at der foreligger tilstrækkelige beviser for, at erhvervsvirksomhederne Deutz og DMN har udtrykt en sådan fælles forståelse om at iværksætte tiltag for at hindre parallelimport og passivt salg, at der er indgået en aftale mellem Deutz og DMN, som er omfattet af Konkurrencelovens § 6 og TEUF artikel 101. Konkurrenceankenævnet bemærker, at DMN ikke har godtgjort, at de tog afstand fra hindringen af parallelhandlen og det passive salg, og DMN har handlet som om, at der var indgået en sådan aftale.

En markedsdelingsaftale har til formål at begrænse konkurrencen, når begrænsningen efter sin karakter og i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt indeholder potentielle konkurrenceskadelige virkninger.

Aftalen mellem Deutz og DMN havde som sandsynlig konsekvens, at der i strid med de almindelige konkurrenceretlige principper skete en hindring af parallelhandlen og passivt salg fra Deutz' forhandlere til Fleco, og at markedet derved blev opdelt. Konkurrenceankenævnet tiltræder dermed, at aftalen i sig selv er egnet til at skade konkurrencen, og at aftalen dermed har til formål at begrænse konkurrencen.

Da aftalen i sig selv har til formål at begrænse konkurrencen, er det ikke nødvendigt at undersøge, om bestemmelsen har haft negative virkninger for konkurrencen på det relevante marked til følge, og det kan ikke afvises, at bestemmelsen allerede efter sit formål vil kunne begrænse konkurrencen mærkbart.

Formalitetssindsigelse

Der er ikke på baggrund af det af Deutz anførte grundlag for at antage, at forvaltningsretlige principper – herunder vedrørende sprog og tidsfrister – er tilsidesat. Deutz har efter det oplyste løbende fået aktindsigt i en række dokumenter. De afgørelser, der måtte omhandle begrænsning af aktindsigten, er ikke påklaget. Konkurrenceankenævnet tiltræder på denne baggrund, at de forvaltningsretlige principper ikke er tilsidesat, og at det ikke er godtgjort, at

der i øvrigt er sket sagsbehandlingsfejl, som kan have konsekvenser for gyldigheden af Konkurrencerådets afgørelse.

Da de mellem Tyskland og Danmark udvekslede oplysninger er brugt til formål, som er omfattet af artikel 12 i Rådets forordning nr. 1/2003, og da det er oplyst, at de tyske domstole har fastslået, at den i Tyskland gennemførte kontrolundersøgelse var lovlig, er der ikke grundlag for at antage, at indhentelsen af beviserne ikke skulle være lovlig.

Rækkevidden af påbuddene mod Deutz

Da Deutz ikke har godtgjort, at Deutz på tidspunktet for Konkurrencerådets afgørelse havde efterlevet påbuddene – også i forhold til andre forhandlere i Deutz' netværk – kan påbuddene ikke anses for at overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål. For så vidt angår påbuddet om, at Deutz skal orientere samtlige sine selvstændige forhandlere om overtrædelsen af konkurrencelovgivningen, bemærkes, at påbuddet anses for nødvendigt for at sikre, at der bliver gjort op med eventuelt yderligere foreliggende ugyldige aftaler. Konkurrenceankenævnet tiltræder derfor, at påbuddene kan nedlægges, og at de ikke er uproportionale.

Herefter bestemmes

Konkurrencerådets afgørelse af 12. juni 2013 stadfæstes.

Palle Bo Madsen

Claus Berg

Birgitte Sloth

Christian Hjorth-Andersen

Jon Stokholm

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Konkurrenceankenævnet den 9/12 2013

Sign. af Erhvervsstyrelsen

Tina Delvig

Fuldmægtig