S3207005- MKJ

UDSKRIFT

AF

ØSTRE LANDSRETS DOMBOG

D O M

Afsagt den 12. november 2002 af Østre Landsrets 18. afdeling (landsdommerne Mikael Sjöberg, Søren Axelsen og Gitte Rubæk Pedersen (kst.) med domsmænd).

18. afd. a.s. nr. S-3207-02:
Anklagemyndigheden
mod
Dansk Tipstjeneste A/S
(Advokat Marianne Hartling e.o.)

Retten i Brøndbyernes dom af 21. juni 2002 (S 157/02) er med Procesbevillingsnævnets tilladelse af 27. august 2002 anket af anklagemyndigheden med påstand om domfældelse efter anklageskriftet.

Konkurrencestyrelsen har i en skrivelse af 29. oktober 2002 til anklagemyndigheden indstillet, at bøden fastsættes til 6 millioner kr. Styrelsen har i den forbindelse henvist til bemærkningerne til lov nr. 426 af 6. juni 2002 om ændring af konkurrenceloven jf. lovbekendtgørelse nr. 539 af 28. juni 2002.

Anklagemyndigheden har også for landsretten nedlagt påstand om en bøde på ikke under 300.000 kr.

Forsvareren har påstået stadfæstelse. Forsvareren har ud over det for byretten anførte blandt andet gjort gældende, at Tipstjenesten befandt sig i en situationsvildfarelse om aftalens konsekvenser, der begrunder straffrihed.

Der er for landsretten afgivet forklaring af vidnerne Per Schütze, Anders Klaus Korshøj Byrialsen Lohse, Werner Kaihøj Jensen, Peter Wissing Sand og Hans Høj, der alle i det væsentlige har forklaret som for byretten.

De i byretten af vidnerne Yves Hemard og Eric Hauw oplæste forklaringer er dokumenteret i medfør af retsplejelovens § 877, stk. 3.

Af de grunde, der er anført af byretten og tillige henset til, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at lanceringen af Muskelsvindfondens skrabelod "Den Store Togrejse" blev forsinket som følge af, at Muskelsvindfonden blev nødsaget til at finde en anden producent, tiltræder landsretten, at punkt 11 (i det følgende benævnt som klausulen) i den aftale, Dansk Tipstjeneste indgik i 1996 med Oberthur Gaming Technologies S.A. (OGT), og som fortsat var gældende mellem de 2 selskaber, da bestemmelsen i konkurrencelovens § 6, stk.1, trådte i kraft den 1. januar 1998, havde til følge, at konkurrencen blev begrænset. Når henses til klausulens ordlyd og det fremkomne om markedsforholdene i Danmark vedrørende kvalitetsskrabespilslodder finder landsretten tillige, at klausulen i konkurrencelovens § 6, stk. 1's forstand også må anses for indirekte at have haft til formål at begrænse konkurrencen mellem Dansk Tipstjeneste og tredjemand.

Det fremgår af Kommissionens Forordning nr. 2790/1999 om gruppefritagelse for kategorier af vertikale aftaler og samordnet praksis, jf. bekendtgørelse nr. 353 af 15. maj 2000,

at visse vertikale aftaler ikke er omfattet af forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler i konkurrencelovens § 6. Som følge af principperne i straffelovens § 3 må der tages stilling til, om Dansk Tipstjenestes aftale med OGT måtte være omfattet af bestemmelserne i forordningen.

Det følger af artikel 3, stk. 2, i forordningen, at en vertikal aftale, som indeholder eksklusive leveringsforpligtelser, er fritaget

> "på betingelse af, at køberens markedsandel ikke overstiger 30 % af det relevante marked, hvorpå denne køber aftalevarerne eller -tjenesterne".

I forordningens art. 1, litra c, er det fastlagt, at der ved:

> "eksklusiv leveringsforpligtelse"
>
> forstås
>
> "enhver direkte eller indirekte forpligtelse, som foranlediger leverandøren til udelukkende at sælge de varer eller tjenesteydelser, der er specificeret i aftalen, til en enkelt kunde indenfor Fællesskabet til et bestemt anvendelsesformål eller til videresalg."

På grundlag af denne definition finder landsretten, at aftalen mellem Dansk Tipstjeneste og OGT indeholder en eksklusiv leveringsforpligtelse.

Det fremgår af 2. punktum i punkt 89 i Kommissionens meddelelse nr. 2000/c 291/01 om retningslinier for vertikale begrænsninger, at det

> "udelukkende (er) i forbindelse med eksklusiv levering som defineret i gruppefritagelses-forordningens

> artikel 1, litra c, at det er køberens markedsandel og kun denne, der er afgørende for, om gruppefritagelsen finder anvendelse."

Af punkt 90 i samme meddelelse fremgår:

> "For at kunne beregne markedsandelen er det nødvendigt at afgrænse det relevante marked, dvs. både det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked. Det relevante produktmarked omfatter alle de produkter eller tjenester, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål. Det relevante geografiske marked omfatter det område, hvor de deltagende virksomheder leverer og efterspørger de pågældende produkter eller tjenester, og som har tilstrækkelig ensartet konkurrencevilkår og kan skelnes fra tilstødende geografiske områder, særligt fordi konkurrencevilkårene dér er mærkbart forskellige."

Landsretten tiltræder på denne baggrund, at det relevante marked i forordningen artikel 3, stk. 2's forstand må afgrænses til markedet for fremstilling og salg af kvalitetsskrabelodder til landsdækkende skrabespilsoperatører i Danmark.

Ved fastlæggelsen af Dansk Tipstjenestes markedsandel har landsretten lagt til grund, at markederne mellem de europæiske spiloperatører er nationalt opdelte, at Dansk Tipstjenestes markedsandel på det danske afsætningsmarked blandt andet som følge af lovgivning er mellem 60 og 70 %, og at det derfor kan lægges til grund, at Dansk Tipstjenestes markedsandel på indkøbsmarkedet overstiger 30 %.

Herefter ville aftalen mellem Dansk Tipstjeneste og OGT ikke være omfattet af den nævnte gruppefritagelsesordning.

Af de grunde, der er anført af byretten under accessoriske konkurrencebegrænsninger, og når der tillige henses til, at der i punkt 10 i aftalen mellem Dansk Tipstjeneste og OGT er en bestemmelse om, at OGT har forpligtet sig til så vidt muligt at sikre fortrolighed med hensyn til modtagne oplysnin-

ger, tiltræder landsretten, at der ikke er grundlag for at anse klausulen i aftalens punkt 11 for nødvendig og berettiget og dermed tilladelig trods bestemmelsen i konkurrencelovens § 6. Landsretten har herved lagt vægt på den afgrænsning af, hvad der kan anses for nødvendigt og berettiget, som er beskrevet i Kommissionens meddelelse af 18. december 1978 om bedømmelse af underleveranceaftaler i forhold til artikel 85, stk. 1, (nu artikel 81, stk. 1).

Efter bevisførelsen, herunder indholdet af tiltaltes skrivelse af 17. juni 1998 til Muskelsvindfonden, finder landsretten, at overtrædelsen af konkurrencelovens § 6 fra det tidspunkt, hvor Dansk Tipstjeneste blev bekendt med Muskelsvindfondens ønske om at få produceret skrabelodder hos OGT, må tilregnes Dansk Tipstjeneste som forsætlig, og i hvert fald som groft uagtsom i den del af gerningsperioden, der ligger forud herfor. Landsretten finder herved, at det må afvises, at Dansk Tipstjeneste befandt sig i en vildfarelse, der kan begrunde straffrihed.

Dansk Tipstjeneste er herefter skyldig i overtrædelse af konkurrencelovens § 23, stk. 1, nr. 1, stk. 3, 1. pkt., jf. § 6, stk. 1, jf. lovbekendtgørelse nr. 539 af 28. juni 2002, ved i den i anklageskriftet nævnte gerningsperiode at have opretholdt klausulen i den i 1996 indgåede aftale med OGT.

Landsretten finder ikke, at der er grundlag for at bringe straffelovens § 84, stk. 1, nr. 3, i anvendelse, men landsretten finder, at der ved straffastsættelsen blandt andet må lægges vægt på, at aftalen blev indgået i 1996 på et tidspunkt, hvor konkurrencelovens § 6 ikke var gældende, at klausulen i aftalen ikke havde den konsekvens, at Muskelsvindfonden blev afskåret fra at få produceret skrabelodder, idet Muskelsvindfonden efter at Dansk Tipstjeneste havde anvist to alternative producenter fik produceret skrabelodder hos en af

disse, at det ikke efter bevisførelsen kan lægges til grund, at Dansk Tipstjeneste opnåede nogen fortjeneste ved overtrædelsen, samt at klausulen blev ophævet straks efter, at Konkurrencerådet havde truffet afgørelse. Det må endvidere tillægges betydning, at det efter bevisførelsen ikke er tilstrækkelig godtgjort, at de andre producenter på markedet ikke teknisk eller prismæssigt kunne konkurrere med OGT.

På grundlag heraf finder landsretten ikke - som påstået af anklagemyndigheden - at overtrædelsen kan karakteriseres som alvorlig, og landsretten finder efter en samlet vurdering, at bøden passende kan fastsættes til 50.000 kr. Det bemærkes herved, at landsretten henset til princippet i straffelovens § 3 ikke har fundet, at de retningslinier for bødefastsættelsen i sager om overtrædelse af konkurrencelovgivningen, der er angivet i bemærkningerne til den i 2002 gennemførte lovændring af konkurrenceloven, kan bringes i anvendelse ved bødefastsættelsen i denne sag.

T h i k e n d e s f o r r e t :

Brøndbyernes Rets dom i sagen mod Dansk Tipstjeneste A/S ændres, således at Dansk Tipstjeneste A/S straffes med en bøde på 50.000 kr.

Dansk Tipstjeneste betaler i delvise sagsomkostninger for landsretten 35.000 kr. + moms.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsrets kontor, den 12 NOV. 2002

P.j.v.

Marianne Kjølbye
Kontorfuldmægtig