

Som berigtiget den 7. maj 2010 i medfør af retsplejelovens § 221, stk. 1.

**UDSKRIFT**  
**AF**  
**SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG**

---

**DOM**

Afsagt den 29. april 2010

**U-3-08**

**Pandora Production Co. Ltd.**  
(advokat Jeppe Brinck-Jensen)  
og  
**WIPEC Holding Aps**  
(advokat Jeppe Brinck-Jensen)

mod

**Lise Aagaard Copenhagen A/S**  
(advokat René Thornfeldt)

**Sagsfremstilling og påstande**

Aftalen

Primo 2005 indgik Pandora Production Co, Ltd. og Lise Aagaard Copenhagen A/S følgende aftale:

"Dags dato er der mellem  
Lise Aagaard Copenhagen A/S  
... (herefter benævnt "Lise Aagaard")

og

Pandora Production Co. Ltd  
... (herefter benævnt "Pandora")

indgået følgende royaltyaftale.

1. GENSTAND

1.1. Lise Aagaard designer en kollektion af glasperler til Pandora, der passer til Pandoras armbånd.

1.2. Hvert år laver Lise Aagaard et oplæg til en ny serie af minimum 24 glasperler. Oplægget laves inden udgangen af december måned.

1.3. Det tilstræbes, at Pandoras serie laves i anderledes design, således at Pandoras glasperler adskiller sig fra Lise Aagaards egen serie af Troldekugler i glas.

1.4. Glasperler defineres perler lavet hovedsageligt i glas med foring og som anvendes på armbånd eller halskæde.

2. LICENSEN

2.1. Lise Aagaard yder produktionsmæssig og teknisk assistance, i det omfang, det er nødvendigt for Pandoras fremstilling

2.2. Lise Aagaard har udviklet et værktøj til brug for isætning af en sølvforing som bukket på begge sider af glasperlen. Lise Aagaard stiller tegninger heraf til rådighed for Pandora.

2.3. Lise Aagaard udarbejder produktionsinstrukser og oplærer evt. produktionspersonale i nye modeller, såfremt Pandora ønsker dette.

3. ROYALTY

3.1. Pandora betaler følgende royalty til Lise Aagaard.

Royaltyen er aftalt til 12,5 % af Pandoras samlede nettoomsætning af glasperler, uanset om de er designet af Lise Aagaard eller andre.

3.2. Royalty beregnes af det fakturerede salg til distributører (internt salg skal svare til tredjeparts prissætning.)

3.3. ...

3.4. Royaltyen afregnes kvartalvis og skal betales senest 30 dage efter hvert kvartals udløb, første gang 30. juli 2005.

3.5. ...

3.6. ...

4. KONKURRENCE

4.1. Lise Aagaard er berettiget til fortsat at designe, fremstille og world wide markedsføre og sælge Troldekugler i glas.

4.2. Pandora er berettiget til at fremstille og world wide markedsføre og sælge de glasperler, som Lise Aagaard har designet til Pandora.

4.3. Lise Aagaard må ikke designe for andre masseproducenter af glasperler som konkurrerer med Pandora.

5. VARIGHED

5.1. Aftalen træder i kraft, når parterne har underskrevet denne aftale.

5.2. Aftalen er uopsigelig for begge parter i tyve (20) år, hvorefter aftalen kan opsiges af hver af parterne med fem (5) års varsel til udløbet af et kalenderår.

6. LOVVALG OG VÆRNETING

...

7. OPHÆVELSE

...

WIPEC Holding ApS, der er moderselskab til Pandora indestår (i) for Pandoras forpligtelser i henhold til nærværende aftale, (ii) for ikke selv eller via koncernforbundne selskaber på nogen måde at ville krænke rettighederne i henhold til nærværende aftale. Dette er gældende så længe WIPEC Holding ApS er ejer af Pandora.

..."

Til aftalen er efterfølgende tilføjet tillæg af 31. januar 2006, hvor det aftales:

"...

Royalty ifølge aftalens § 3.1 udgør 12,5 % af Pandoras samlede nettoomsætning af glasperler.

Det er hermed aftalt at Royaltyen for 2006 afregnes med US Dollar 0,50 per glasperle.

Hvert år reguleres royalty per perle med stigningen i EU-harmoniseret forbrugerprisindex 12.3.1 for Smykker og ure mv. som per 1. januar 2006 (2005M12) er 112,0.

Alle øvrige vilkår i aftalen er uændret.

..."

Royaltyatsatsen blev ved et senere tillæg forhøjet til USD 0,52 per glasperle for 2007 og udgjorde i 2008 0,56 USD.

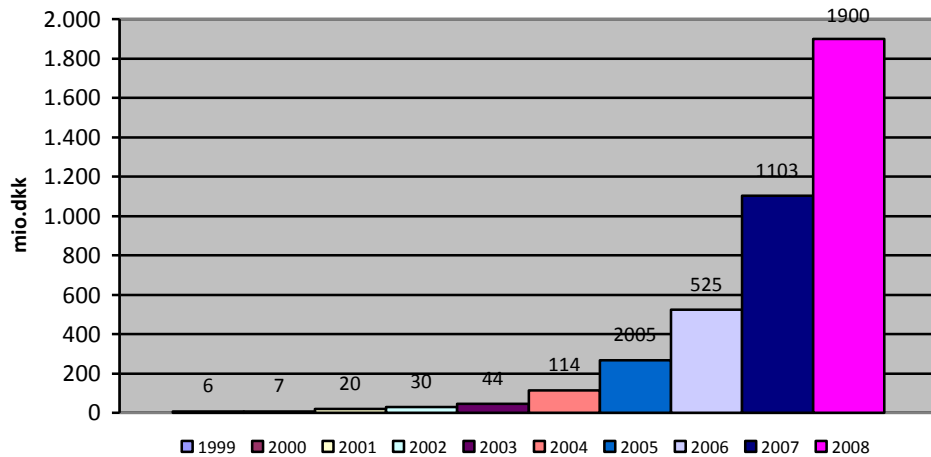
Lise Aagaard Copenhagen A/S har til og med 2009 modtaget ca. 32 mio. kr. iht. royaltyaftalen fra Pandora Production Co. Ltd. Beløbet udgør alene royalty for glasperler designet af Lise Aagaard Copenhagen A/S.

### Parterne

*Pandora Production Co, Ltd.* (i det følgende: Pandora Production) blev grundlagt i 1982 af Per og Winnie Enevoldsen og er i dag et thailandsk en gros selskab, der producerer diverse smykker, herunder armbånd med charms, og som markedsføres under anvendelse af varemærket PANDORA. Varemærket er registreret som EU-varemærke den 18. april 2007 med Populair A/S som ejer. PANDORA armbåndet

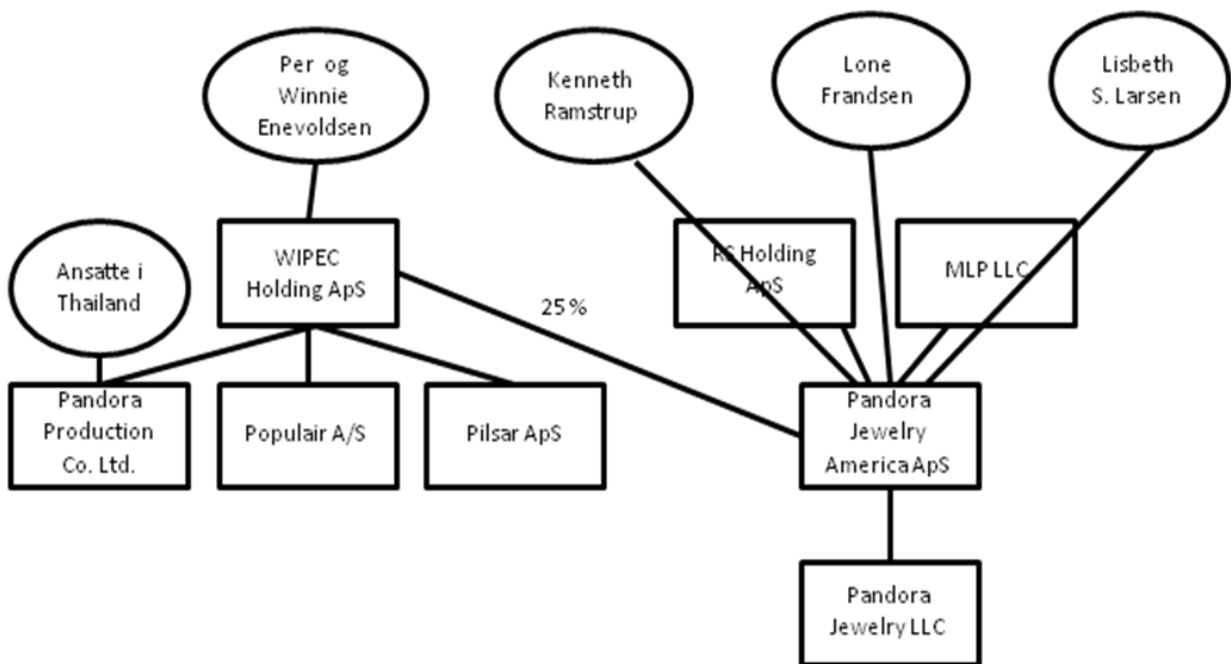


blev lanceret i 2000. Smykkerne sælges i mere end 30 lande. På markedet for guld- og sølv-smykker havde Pandora i EU i 2008 en markedsandel på 1,7 % og var dermed den 3. største producent på markedet. Omsætningen har gennem årene været jævnt stigende og udgjorde:

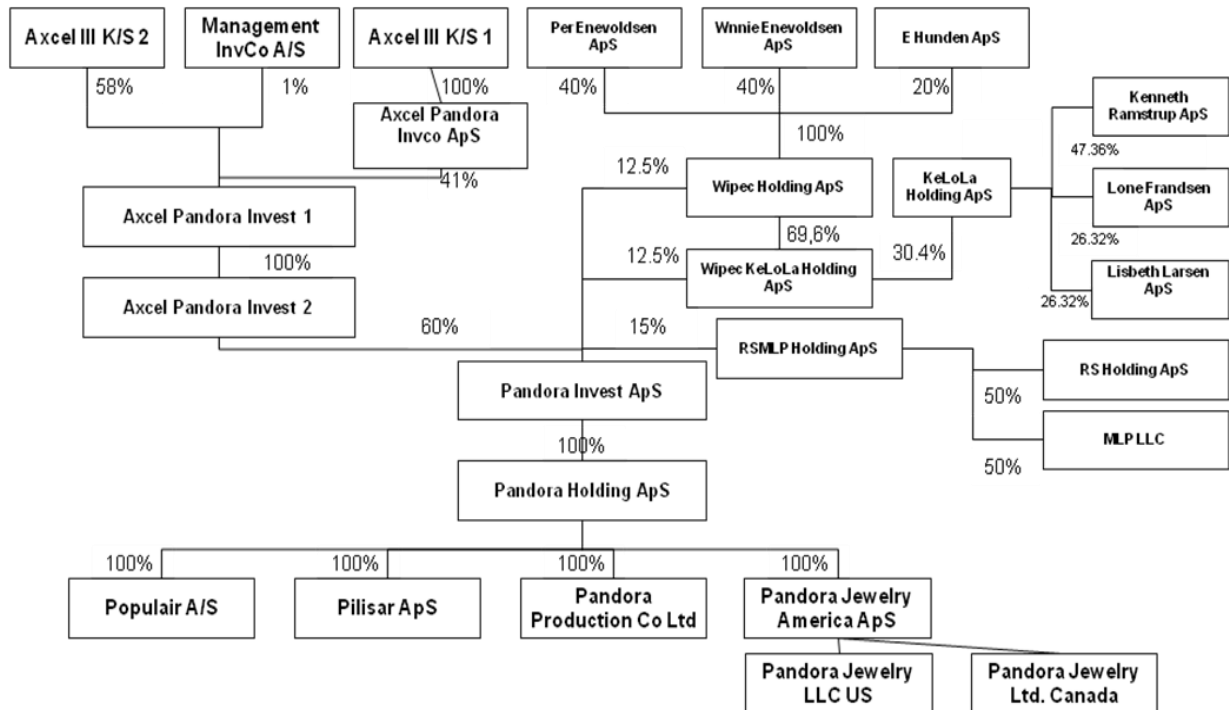


WIPEC Holding ApS (i det følgende: WIPEC) var indtil 2008 ejet af Per og Winnie Enevoldsen og moderselskab for Pandora Production.

I 2005 var ejerstrukturen i WIPEC koncernen således:



Med virkning pr. 1. januar 2008 solgte WIPEC samtlige sine aktier i Pandora koncernen til kapitalfonden Axcel Management A/S. I forbindelse med transaktionen foretog WIPEC sammen med de øvrige ejere en geninvestering på i alt 40 %. Den eksisterende koncernstruktur er herefter således:



I 2008 skete der en fusion af de tidligere selskaber Populair A/S og Pandora Jewelry America ApS med Populair A/S som det fortsættende selskab. Populair A/S skiftede i forbindelse med fusionen navn til Pandora Jewelry A/S.

*Lise Aagaard Copenhagen A/S* (i det følgende: LAC) er et dansk en gros selskab, der oprindeligt blev stiftet i 1976 af Lise Aagaards far, Svend Nielsen. Selskabet producerer, sælger og markedsfører diverse smykker, herunder armbånd med charms,



under anvendelse af varemærket TROLDEKUGLER, der sælges i mere end 50 lande og har en omsætning på 330 mio. kr. årligt.

## **Påstande**

*Pandora Production* og *WIPEC* har nedlagt påstand om,

### Principalt:

1. at LAC skal anerkende, at forpligtelsen i pkt. 3.1. i royaltyaftalen mellem LAC og Pandora Production til at betale royalty for nettoomsætning på glasperler designet af andre end LAC ikke kan gøres gældende.

Subsidiært:

2. at LAC skal anerkende, at Pandora Production ikke i medfør af royaltyaftalen mellem LAC og Pandora Production skal betale royalty for salg af glasperler under varemærket PANDORA, hvis glasperlerne er produceret og designet af tredjemand, og hvis salget foretages af det amerikanske selskab Pandora Jewelry LLC, der alene har tilknytning til Pandora Production ved, at selskabet indirekte ejes af moderselskabet til Pandora Production.

3. at LAC skal anerkende, at WIPEC ikke i medfør af royaltyaftalen mellem LAC og Pandora Production skal indestå for betaling af royalty til LAC for salg af glasperler under varemærket PANDORA foretaget af et selskab, hvoraf WIPEC råder over 21,2 % af stemmerne, og som WIPEC ikke på andet grundlag kan udøve bestemmende indflydelse over.

Overfor for de af LAC nedlagte subsidiære påstande har Pandora Production nedlagt påstand om frifindelse.

Over for den af LAC nedlagte påstand over for WIPEC har WIPEC nedlagt påstand om frifindelse.

LAC har nedlagt påstand om frifindelse.

Subsidiært, hvis Pandora Production og WIPEC får medhold i påstand 1 eller 2, at Pandora Production tilpligtes at betale til LAC 385.435.477 kr.

Mere subsidiært, hvis Pandora Production og WIPEC får medhold i påstand 1 eller 2, at Pandora Production tilpligtes at anerkende at være forpligtet til løbende at afregne royalty til LAC i overensstemmelse med parternes aftale på grundlag af et årligt salg på minimum 5.676.266 glasperler.

Alternativt, at Pandora Production tilpligtes at anerkende at være forpligtet til løbende at afregne royalty til LAC på grundlag af et årligt salg af minimum 7.162.492 glasperler, dog således at hvis det totale salg af glasperler under varemærket PANDORA ikke overstiger 7.162.492 millioner, så beregnes royalty på grundlag af det faktiske totale salg af glasperler under varemærket PANDORA.

I forhold til WIPEC har LAC nedlagt påstand om, at WIPEC skal anerkende at være forpligtet til at indestå for betaling af ethvert beløb, som Pandora Production måtte være eller blive pligtig at betale til LAC som følge af royaltyaftalen mellem LAC og Pandora Production, indtil WIPEC og hermed koncernforbundne selskaber ikke længere har nogen direkte eller indirekte ejerandele i Pandora Production, uanset om disse ejerandele måtte være kontrollerende eller ikke-kontrollerende.

### Twisten

Pandora-koncernen har oplyst, at man som følge af øget efterspørgsel og mangel på produktionskapacitet overvejer at købe glasperler fra andre producenter. Dog ønsker man sideløbende med den påtænkte nye produktion foreløbig at fortsætte produktion og salg af glasperler designet af LAC i Pandora Production.

Pandora-koncernen og LAC har uden held forsøgt at blive enige om, hvorvidt der skal betales royalty, hvis Pandora koncernen begynder salg af glasperler, der ikke er designet af LAC. Der er også uenighed om, hvorvidt salg gennem Pandora Jewelry LLC af glasperler, der er designet og produceret af tredjemand, udløser royalty betaling til LAC.

Derudover mener WIPEC ikke, at LAC, efter WIPEC's salg af aktierne i Pandora koncernen til kapitalfonden Axcel Management A/S, er berettiget til at gøre aftalens såkaldte WIPEC klausul gældende.

Pandora Production har den 8. januar 2009 anmodet Konkurrencestyrelsen om at vurdere, om den royaltyaftale, der er indgået mellem Pandora Production og LAC, indeholder konkurrencebegrænsninger i strid med konkurrencereglerne. Konkurrencestyrelsen besvarede den 9. februar 2009 henvendelsen således:

" ...

Vi har nu gennemgået det materiale, du har indsendt og må meddele, at Konkurrencestyrelsen ikke finder grundlag for at behandle klagen yderligere.

Konkurrencestyrelsen er løbende nødt til at prioritere sine ressourcer, herunder også at prioritere, hvilke sager der skal behandles. Det følger af konkurrencelovens § 14, stk. 1, 4. pkt., at Konkurrencerådet, respektive Konkurrencestyrelsen afgør, om der er tilstrækkelig anledning til at undersøge eller træffe afgørelse i en sag.

...

Det rejste klagepunkt har efter Konkurrencestyrelsens vurdering ikke en sådan principiel betydning for konkurrencesituationen på markedet, at styrelsen ønsker at anvende så-

danne myndighedsressourcer, som er nødvendig for at gennemføre en sag om konkurrencebegrænsende aftaler.

Konkurrencestyrelsen har i den anledning blandt andet lagt vægt på,

- at der er tale om et individuelt forhandlet vilkår mellem to erhvervsdrivende,
- at der efter det oplyste allerede verserer en sag om det pågældende vilkår ved Sø- og Handelsretten,
- at styrelsen ikke er bekendt med, at tilsvarende vilkår er aftalt på andre områder, samt
- at spørgsmålet om det pågældende vilkårs eventuelle uoverensstemmelse med gruppefritagelsen for kategorier af teknologioverførelsesaftaler ikke i sig selv er ensbetydende med, at vilkåret udgør en konkurrencebegrænsende aftale i strid med konkurrenceloven.

Konkurrencestyrelsen vil på den baggrund i henhold til § 14, stk. 1, 4. pkt. ikke foretage sig videre i sagen.”

LAC har fremlagt revisorerklæring af 24. marts 2009, hvor LAC's tab, såfremt royaltyklausulen bortfalder, opgøres til 385.435.477 kr.

### Regelgrundlaget

#### **Konkurrencelovens § 6**

”stk. 1. 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 fasttætte købs- eller salgspriser eller andre forretningsbetingelser,...

...

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 er omfattet af en erklæring efter § 9.”

#### **Konkurrencelovens § 8, stk. 1**

”Forbuddet i § 6, stk. 1, finder ikke anvendelse, hvis en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller en samordnet praksis mellem virksomheder

- 1) bidrager til at styrke effektiviteten i produktionen eller distributionen af varer eller tjenesteydelser eller fremmer den tekniske eller økonomiske udvikling,
- 2) sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved,
- 3) ikke pålægger virksomhederne begrænsninger, som er unødvendige for at nå disse mål, og
- 4) ikke giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer eller tjenesteydelser.

...”

### **Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde**



"Artikel 101 (tidl. artikel 81 i TEF)

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- og eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser.

...

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 sammenslutninger 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.

..."

### **Kommissionens meddelelse om retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på horisontale samarbejdsaftaler af 6. januar 2001 (2001/C 3/2)**

"...

1.3 Grundprincipper for vurdering efter artikel 81

...

18. Der er visse tilfælde, hvor man på grund af samarbejdets art allerede fra begyndelsen kan fastslå, at artikel 81, stk. 1, finder anvendelse. Dette gælder aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen gennem prisfastsættelse, produktionsbegrænsning eller opdeling af markeder eller kunder. Disse aftaler formodes at have negative virkninger på markedet. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, hvorledes de i praksis påvirker konkurrenceforholdene og markedet for at fastslå, at de falder ind under artikel 81, stk. 1.

..."

**Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af**

**Det Europæiske Fællesskab af 22. december 2001 (bagatelaftaler) (2001/C 368/07) (i det følgende: Bagatelmeddelelsen)**

” ...

7. Kommissionen er af den opfattelse, at aftaler mellem virksomheder, der påvirker handelen mellem medlemsstater, ikke begrænser konkurrencen mærkbart i artikel 81, stk. 1's forstand:
    - a) hvis aftaleparternes samlede markedsandel ikke overstiger 10 % på noget relevant marked, der er berørt af aftalen, når aftalen er indgået mellem virksomheder, der er faktiske eller potentielle konkurrenter på et af disse markeder (aftaler mellem konkurrenter), eller...
  8. Når konkurrencen på et relevant marked er begrænset af den samlede virkning af aftaler om salg af varer eller tjenesteydelser indgået mellem forskellig leverandører eller distributører (kumulativ markedsføring som følge af parallelle netværk af aftaler med lignende virkninger på markedet), sænkes tærskelværdierne i punkt 7 til 5 % for såvel aftaler mellem konkurrenter som for aftaler mellem ikke-konkurrenter. Individuelle leverandører eller distributører med markedsandele, der ikke overstiger 5 %, kan i almindelighed ikke antages at bidrage væsentligt til en samlet afskærmende virkning. En samlet afskærmende virkning er ikke sandsynlig, såfremt mindre end 30 % af de relevante marked er dækket af parallelle (netværk af) aftaler med lignende virkninger.
  9. Kommissionen er desuden af den opfattelse, at aftaler ikke er konkurrencebegrænsende, hvis markedsandelene ikke overstiger tærskelværdierne på 10 % henholdsvis 15 % og 5 %, fastsat i punkt 7 og 8, i to kalenderår i træk med mere en to procentpoint.
- ...
11. Punkt 7, 8 og 9 gælder ikke for aftaler, der indeholder nogen af følgende alvorlige begrænsninger:
    - 1) hvad angår aftaler mellem konkurrenter som defineret i punkt 7, begrænsninger der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål:
      - a) at fastsætte priser for salg af produkter til tredjemand.
- ...”

**Kommissionens Forordning (EF) Nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler (idet følgende: Teknologioverførselsforordningen)**

”Artikel 1

Definitioner

1. I denne forordning forstås ved:

...

- b) ”teknologioverførselsaftale”: en patentlicensaftale, en knowhow-licensaftale, en licensaftale om ophavsret til software eller en blandet licensaftale om patenter, knowhow og ophavsret til software, herunder aftaler, der indeholder bestemmelser vedrørende salg og indkøb af produkter eller vedrørende meddelelse af licens på andre intellektuelle ejendomsrettigheder eller overdragelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, forudsat

at disse bestemmelser ikke udgør det primære formål med aftalen og har direkte forbindelse til produktionen af aftaleprodukterne; overdragelser af patenter, knowhow, ophavsret til software eller en kombination heraf, hvor en del af risikoen forbundet med udnyttelsen af teknologien forbliver hos den overdragende part, og især hvor den pris, der skal betales for overdragelsen, beror på den erhvervende parts omsætning fra de produkter, der produceres ved hjælp af den overførte teknologi, mængden af således producerede produkter eller antallet af operationer gennemført ved hjælp af den pågældende teknologi, betragtes også som teknologioverførselsaftaler.

...

- g) intellektuelle ejendomsrettigheder: omfatter også industrielle ejendomsrettigheder, knowhow, ophavsrettigheder og beslægtede rettigheder.
- h) "patenter": patenter, patentansøgninger, brugsmodeller, ansøgninger om registrering af brugsmodeller, design, ...
- i) "knowhow": en samling af upanteret praktisk information opnået gennem forsøg og afprøvning, der er:
  - i) hemmelig, dvs. ikke almindelig kendt eller let tilgængelig
  - ii) væsentlig, dvs. vigtig og nyttig for produktionen af aftaleprodukterne
  - iii) identificeret, dvs. beskrevet på en sådan måde, at det kan afgøres, om den opfylder hemmeligheds- og væsentlighedskriterierne.

...

#### Artikel 4

##### Kvalificerede begrænsninger

1. Når de virksomheder, der er parter i aftalen, er konkurrerende virksomheder, finder fritagelsen efter artikel 2 ikke anvendelse på aftaler, der direkte eller indirekte, alene eller kombineret med andre faktorer, som parterne har afgørende indflydelse på, har til formål at:
    - a) begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjemand
- ...
- d) begrænse licenstagernes muligheder for at udnytte egen teknologi eller begrænse en af aftalparternes muligheder for at udføre forskning og udvikling, medmindre sidstnævnte begrænsning er nødvendig for at forhindre, at tredjemand får kendskab til den overførte knowhow.

..."

#### **Kommissionens meddelelse af 27. april 2004, Retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførselsaftaler (2004/C 101/02)**

##### "1. Indledning

...

3. ... De eksempler, der gives i retningslinjerne, tjener et rent illustrativt formål og tilsigter ikke at være udtømmende...

...

14. Aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen, er dem, der per definition begrænser konkurrencen. Der er tale om begrænsninger, der i lyset af

formålet med Fællesskabets konkurrenceregler har et så stort potentiale hvad angår konkurrenceskadelige virkninger, at det med henblik på anvendelse af artikel 81, stk. 1, er unødvendigt at påvise konkrete virkninger på markedet. Desuden er det usandsynligt, at betingelserne i artikel 81, stk. 3, vil være opfyldt i tilfælde af aftaler, der har til formål at begrænse konkurrencen... I relation til licensaftaler er det Kommissionens opfattelse, at de begrænsninger, der optræder på listen over hardcorebegrænsninger i gruppefritagelsesforordningens artikel 4, har til formål at begrænse konkurrencen.

...

50. Gruppefritagelsesforordningen dækker kun overførsel af andre former for intellektuel ejendom, f.eks. varemærker og ophavsrettigheder, ekskl. softwarerettigheder, hvis overførslen heraf har direkte relation til udnyttelsen af den overførte teknologi og ikke udgør aftalens hovedformål...

51. Overførsel af ophavsrettigheder med henblik på reproduktion og distribution af det beskyttede værk, dvs. produktion af kopier med henblik på videre salg, anses at svare til overførsel af teknologi. Eftersom sådanne licensaftaler vedrører produktion og salg af produkter på basis af en intellektuel ejendomsrettighed, anses de at være af samme karakter som teknologioverførselsaftaler og giver normalt anledning til tilsvarende problemstillinger. Skønt gruppefritagelsesforordningen ikke dækker andre ophavsrettigheder end softwarerettigheder, vil Kommissionen som hovedregel tage udgangspunkt i principperne i gruppefritagelsesforordningen og disse retningslinjer ved vurderingen efter artikel 81 af sådanne aftaler om overførsel af ophavsrettigheder.

52. På den anden side giver licensaftaler om fremførelsesrettigheder og andre rettigheder forbundet med ophavsret anledning til nogle særlige problemstillinger, og det kan derfor være uberettiget at foretage en vurdering af sådanne licensaftaler på basis af principperne i disse retningslinjer...

...

81. Den hardcore-begrænsning af konkurrencen, der er nævnt i artikel 4, stk. 1, litra a), dækker også aftaler, i henhold til hvilke der beregnes royalties på basis af de samlede salg af produkter, hvad enten den overførte teknologi benyttes eller ej. Sådanne aftaler rammes også af artikel 4, stk. 1, litra d), der fastsætter, at der ikke må lægges hindringer i vejen for licenstagernes mulighed for at udnytte sin egen teknologi, jf. punkt 95 nedenfor. Sådanne aftaler begrænser i almindelighed konkurrencen, eftersom de gør det dyrere for licenstageren at benytte sin egen konkurrerende teknologi og begrænser den konkurrence, der eksisterede forud for aftalens indgåelse. Det gælder i forbindelse med såvel gensidig som ikke-gensidig licensering. En aftale, der indebærer, at der beregnes royalties på grundlag af det samlede produktsalg, kan imidlertid undtagelsesvist opfylde betingelserne i artikel 81, stk. 3, i individuelle sager, hvis det ud fra en række objektive forhold kan godtgøres, at begrænsningen er nødvendig for at sikre konkurrencefremmende licensering. Dette vil kunne forekomme, hvis det uden begrænsningen ville være umuligt eller urimeligt vanskeligt at beregne og kontrollere, hvor meget licenstageren skal betale i royalties, f.eks. fordi licensgiverens teknologi ikke

efterlader noget synligt spor på slutproduktet, og der ikke findes andre brugbare kontrolmetoder.

95. Ifølge artikel 4, stk. 1, litra d), må der ikke lægges hindringer i vejen for licenstagernes udnyttelse af egen konkurrerende teknologi, forudsat at han i den forbindelse ikke gør brug af den teknologi, han har fået overført fra licensgiveren. Når det gælder hans egen teknologi, må licenstageren ikke pålægges begrænsninger med hensyn til, hvor og hvor meget han vil producere og sælge og til hvilken pris. Han må heller ikke forpligtes til at betale royalties af produkter produceret på basis af egen teknologi (jf. punkt 81 ovenfor). Licenstageren skal desuden uhindret kunne meddele tredjeparter licens på sin egen teknologi. Hvis licenstageren pålægges begrænsninger med hensyn til brugen af egen teknologi eller på forsknings- og udviklingsområdet, bliver licenstagernes teknologi mindre konkurrencedygtig. Dette vil svække konkurrencen på de eksisterende produkt- og teknologimarkeder og svække licenstagernes tilskyndelse til at investere i videreudvikling og forbedring af sin egen teknologi.

..."

## **Forklaringer**

*Per Enevoldsen* har forklaret, at han er administrerende direktør for Pandora Production. Tidligere havde han desuden en bestyrelsespost i Pandora Jewelry America ApS. Han er i dag medlem af bestyrelsen i Pandora Invest ApS og Pandora Holding ApS, men har ikke længere bestemmende indflydelse på Pandora koncernen, idet kapitalfonden Axcel har aktiemajoriteten.

Pandora-konceptet blev opfundet i 2000 og består af et armbånd med udskiftelige charms. Indtil 2005 producerede Pandora Production kun charms i guld og sølv, men de besluttede sig for at gå ind på glasperlemarkedet, bl.a. pga. konkurrenten Charlot Design, der var begyndt at sælge glasperler, der passede til Pandora-armbåndet. Hver gang, der blev solgt en glasperle fra f.eks. Charlot Design, mistede Pandora en "plads" på kundens armbånd. Derfor var Pandora Production tvunget til også at sælge glasperler. Kenneth Ramstrup foreslog på den baggrund, at de selv skulle begynde at producere glasperler. René Sindlev, der var en del af Pandora Jewelry America ApS, kendte Lise Aagaard og foreslog, at de kontaktede LAC med henblik på opstart af egen produktion. Det var tilfældigt, at de valgte at tage kontakt til LAC. Det skyldtes alene, at René Sindlev kendte LAC.

Pandora Production ønskede generelt selv at producere deres produkter, men de vidste ikke, hvordan man producerede glasperler. Alternativet til at tage kontakt til LAC havde

været, at de købte perlerne af en konkurrent, eller at de selv fandt ud af at producere perlerne.

René Sindlev tog kontakt til LAC og gennemførte det indledende arbejde, hvorefter vidnet skrev kontrakten under. Han mødtes ikke med LAC i forbindelse med underskrivelsen af kontrakten.

Kontrakten blev ikke konciperet af Pandora Production, men af Peter Aagaard. I det første udkast var det Populair A/S, der stod som moderselskab i klausulen om indeståelse, men vidnet fik navnet ændret til WIPEC, idet han ikke ønskede at være ansvarlig, såfremt han ikke længere havde bestemmende indflydelse på Pandora Production. WIPEC var moderselskab for Pandora Production, og WIPEC skulle ikke indestå for Pandora Productions forpligtelser, hvis det var en anden ejer, der havde bestemmende indflydelse på Pandora Production. WIPEC klausulen betød, at WIPEC hæftede for eventuelle krav, hvis Pandora Production ikke betalte. Endvidere betød klausulen, at ingen med Pandora Production koncernforbundne selskaber måtte udnytte den knowhow, som Pandora Production fik fra LAC. De er hæderlige mennesker og var ikke interesseret i at snyde LAC. Havde WIPEC stiftet et søsterselskab og heri udnyttet den knowhow, de fik fra LAC, ville det have været uhæderligt og en krænkelse af aftalen og have udløst en betalingsforpligtelse for WIPEC.

Pandora Production var aftalepart, idet det var Pandora Production, der skulle forestå produktionen i Thailand. Lise Aagaard kom til Thailand i 1 – 2 uger og underviste personalet i at lave glasperler. Senere kom hun igen en uge til Thailand for at undervise. LAC fik ikke særskilt betaling for oplæringsperioden i Thailand. Efter endt oplæring gik Pandora Production så småt i gang med glasperleproduktionen. Efterfølgende har de ansatte lært hinanden op internt.

LAC's arbejde består i dag i at udarbejde designs med en instruktion i, hvordan hver enkelt glasperle skal opbygges. Designet godkendes i Danmark af Populair A/S.

Aftalens pkt. 3.1. om royalty medførte, at Pandora Production fik en speciel viden, som man ikke kunne få andre steder, og som Pandora Production ikke bare skulle kunne udnytte. Det var rimeligt, at Pandora Production ikke blot kunne tage den knowhow, de fik fra LAC, og derefter selv gå i gang med at producere perler. Hvis Pandora Production derimod indkøbte en færdig glasperle af en anden producent, skulle Pandora Production ikke betale royalty for denne glasperle til LAC. Det var imidlertid ikke relevant, idet Pandora Production

ønskede at producere glasperlerne selv. Havde LAC's design ikke været gode nok, var Pandora Production blevet nødsaget til at købe glasperler hos andre producenter, og det skulle LAC ikke have haft royalty for.

Han var klar over, at aftalen løb i 20 år.

Ham bekendt er der ikke en mundtlig aftale ved siden af den skriftlige aftale. Der lå desuden ingen typeforudsætninger til grund for aftalen.

LAC's ydelse bestod af knowhow og design. Det har senere vist sig, at Pandora Production kunne have opnået denne knowhow på anden vis, formentlig mod betaling af omkring 50.000 kr., idet den knowhow, LAC videregav, var tilgængelig viden, som man kunne opnå på en aftenskole. Pandora Production fik ikke nogen viden fra LAC, som de ikke kunne have fået andre steder. De har ikke klaget til LAC, idet Pandora Production fik, hvad de havde aftalt. På aftaletidspunktet var han ikke bekendt med, at den viden var så tilgængelig, som den viste sig at være.

Glasperlernes succes skyldes, at de sælges gennem Pandora, og ikke at de er LAC's design. De glasperler, der findes på markedet, ligner hinanden. Pandora har ikke markedsført glasperlerne på at være designet af LAC.

Dækningsbidraget for glasperlerne er mindre end for andre charms. Omkring 6 % af de charms, Pandora Production sælger i dag, er glasperler. Fortjenesten på glasperler er mindre, bl.a. fordi de betaler royalty til LAC.

Glasperlerne er en del af deres produktsortiment, men det er ikke noget, de fokuserer særligt meget på. Opstarten af salget af glasperler havde ingen eller meget lille synergieffekt på salget af sølv/guld perler.

Der er mange, der producerer og sælger armbånd med charms, og LAC er i dag én konkurrent blandt flere. På tidspunktet for aftalens indgåelse opfattede han ikke LAC som konkurrent til Pandora.

Pandora Production har ikke ansat/engageret en anden designer, fordi de ikke vil risikere at skulle betale royalty af disse designs til LAC.

Der er i dag ca. 2600 ansatte i Pandora Production i Thailand. Forretningen går godt, og der er fremdrift. Pandora Production er ved at bygge en ny fabrik i Thailand. Pandora koncernen tjener gode penge på alt, hvad de laver.

*René Sindlev* har forklaret, at han ejer selskabet RS Holding ApS, der i 2005 besad 25 % af aktierne i Pandora Jewelry America ApS. Han havde dengang det fulde ansvar for driften af Pandora Jewelry LLC, der solgte Pandora-smykker på det amerikanske marked og ejede varemærkeretten, patentet på armbåndet og copyrigheten på Pandora i USA. I dag ejer han gennem RSMLP Holding 7,5 % af Pandora Invest ApS. De sidste to år har han ikke været en del af den daglige drift i Pandora-koncernen, men blot aktionær.

Indtil 2005 solgte Pandora ikke glasperler. Imidlertid var der udbydere i markedet, der var begyndt at sælge glasperler, der alene passede til Pandora armbånd, og det var voldsomt generende for Pandora, idet disse glasperler optog plads på Pandoras armbånd.

Hovedkontoret tog derfor den beslutning, at de måtte overveje selv at producere glasperler. Pandora Productions filosofi var at producere alt selv, på trods af at det var muligt at købe glasperler gennem grossister.

Eftersom han var bekendt med, at Lise Aagaard afholdt kurser i at lave glasperler, foreslog han, at Pandora Production etablerede et samarbejde med LAC, som han på et tidspunkt havde hjulpet ved at formidle kontakt til en producent i Kina. Da Pandora Production besluttede at producere glasperlerne selv, var det oplagt at tage kontakt til Lise Aagaard for at høre, om hun kunne oplære de ansatte i Pandora Production i at lave glasperler, idet han tidligere havde set hende oplære de ansatte på fabrikken i Kina.

Han kontaktede LAC og havde dialogen med Peter Aagaard. Sammen med Peter Aagaard lavede han det indledende arbejde for samarbejdet, indtil Per Enevoldsen meddelte, at han ville overtage kontakten til LAC, idet det jo ikke var et anliggende for Pandora i USA, eftersom produktionen skulle foregå i Pandora Production. Inden Per Enevoldsen overtog kontakten til LAC, mailede vidnet løbende udkast til samarbejdsaftalen til Per Enevoldsen. Han deltog ikke ved underskrivelsen af aftalen, idet han kun var med i den indledende fase.

Han er bekendt med, at der findes en bog om produktion af Murano-glas, hvor den præcise produktionsproces er beskrevet. Skulle Pandora Production i dag have indgået en aftale med LAC, ville man formentlig have indgået en konsulentaftale mod timebetaling.

Pandoras salg af glasperler i forhold til andre charms er under 10 % og har aldrig været højere.



*Kenneth Ramstrup* har forklaret, at han i 2005 var salgs- og marketingsdirektør i Populair A/S og ejede 15 % af Pandora Jewelry America ApS. I dag er han Pandora ambassadør i Pandora Jewelry A/S og ejer 1,8 % af Pandora Invest ApS, men er ikke med i den daglige drift af Pandora-koncernen.

Indtil 2005 solgte Pandora ikke glasperler. Imidlertid registrerede han en ny konkurrent på markedet, Charlot Design, der producerede glaskugler, der kunne sættes på Pandora armbånd. Glaskuglerne passede også til Troldekuglearmbåndet. Charlot Design havde ikke sit eget armbånd, men tilbød Pandoras kunder at købe Charlot Designs glaskugler. Efter som der er plads til 19-20 charms på et armbånd, tog Charlot Design nogle af pladserne på armbåndet med sine glaskugler.

På den baggrund kontaktede han Per Enevoldsen og sagde, at Pandora var tvunget til at gå ind på glasperlemarkedet. Pandora solgte allerede charms med smykkesten i som alternativ til glasperlerne, men de besluttede, at de blev nødt til at gå direkte ind på glasperlemarkedet.

Per Enevoldsen havde ikke erfaring med produktion af glasperler, og under en dialog i lederkredsen oplyste René Sindlev, at han havde et vist kendskab til Lise Aagaard og havde set hende instruere en producent i Kina i produktion af glasperler. Herefter overtog René Sindlev sagen.

Vidnet havde ikke indflydelse på udformningen af aftalen og var ikke til stede ved underskrivelsen. Formålet med aftalen var at imødegå konkurrencen fra Charlot Design. Han så først aftalen, efter at den var underskrevet. Pandora Production stod for produktionen af glasperlerne, og det var grunden til, at Per Enevoldsen valgte, at Pandora Production skulle være aftalepart ifht. LAC.

*Lise Aagaard* har forklaret, at hun ejer LAC, hvor hun er direktør og chefdesigner. Hun kommer ud af en familie med flere sølv- og guldsmede og har været i lære hos sin far, der også var guldsmed.

I 1976 begyndte hun i familiens guldsmedeforretning i Lyngby at sælge Troldekugler, der i starten var ment som et vedhæng på halskæder. I løbet af de næste 15 år videreudviklede hun Troldekuglekonceptet og begyndte at sætte charms'ene på armbånd.

En dag blev hun af en kollega oplyst om, at Pandora havde et koncept, der lignede Troldekugler. Pandora havde et stort distributionsnet, så hun blev bange for at miste sit mest succesfulde produkt. Hun indbragte Pandora for Mønsterværnet, som er brancheforeningens tvisteløsningsorgan, der imidlertid tilkendegav, at hun ikke ville få medhold i sin påstand om krænkelse. Derfor besluttede hun at videreudvikle sit eget produkt.

På det tidspunkt var det ikke normalt at købe glassmykker i en guldsmedeforretning, og hun var formentlig den første, der lavede glasperler i Danmark. Salget af Troldekugler i glas var meget succesfuldt, og salget af guld- og sølv-Troldekugler steg sammen med glaskuglerne. Da hun begyndte at producere glasperler, var der ikke andre, der lavede sølvforede glasperler. Hun var den første med den slags glaskugler i Danmark og USA, men fremme i 2004 havde alle forhandlerne på messen i Bella Centret glasvarer.

Glasperlen laves i hånden. Det tager ikke lang tid at lære at lave en glasperle. Hun har afholdt kurser i glasperleproduktion af 2-3 dages varighed både i Danmark og USA.

Troldekuglerne blev i starten solgt i Skandinavien, USA, Holland og Grækenland. LAC havde en god samarbejdspartner, der kunne producere, hvad der var behov for.

På et tidspunkt blev LAC kontaktet af Pandora, der tilbød et samarbejde, hvor LAC skulle designe glasperler for Pandora og hjælpe Pandora med at starte en produktion op. Ved nærmere eftertanke var det for LAC en enestående mulighed for en god forretning. Det interessante bestod bl.a. i, at LAC ville modtage betaling pr. perle, og at hun efter resultatet i Mønsterværnet på den måde kunne sikre sig for fremtiden, idet hun dermed undgik, at Pandora pludselig kopierede hendes Troldekugler.

Hun holdt et kort møde med deltagelse af Kenneth Ramstrup, René Sindlev og Peter Aagard. På mødet stillede hun krav om lang uopsigeligthed, ingen diskussion om plagiater og mere end de sædvanlige 5 % i royalti. Disse tre krav var vigtige for hende. LAC solgte Pandora et koncept, der ville trække Pandoras produkt frem. Kenneth Ramstrup og René Sindlev videresendte kravene til Per Enevoldsen, der accepterede hendes krav.

Det var hendes opfattelse, at hun indgik en aftale med Per Enevoldsen som ejer af Pandora koncernen. Hun kendte ikke til selskabsstrukturen i koncernen. Pandoras produktion foregår i Thailand, hvorfor det var Per Enevoldsens ønske, at aftalen skulle ligge i Pandora Production. Hun var bekendt med, at Pandora også solgte smykker i USA, og at Per Ene-

voldsen var ejer af en del af denne forretning, men hun tænkte, at det måske foregik som en form for royaltyaftale.

Det skulle stå helt klart i aftalen, at det var uden for diskussion, at Pandora Production skulle betale royalty til LAC, hvis f.eks. en anden designer for Pandora Production havde lavet en glasperle, der lignede LAC's design, men hvor blomsterne f.eks. var beige i stedet for hvide. Pandora Production skulle således ikke kunne gøre gældende, at der var tale om et nyt design, som der ikke skulle betales royalty for. Desuden havde hun et krav om 25 års eksklusivitet. Hun var bange for enhver omgåelse af, hvad de havde aftalt, og det var grunden til, at WIPEC klausulen blev indsat. Royaltysatsen var også et krav fra hendes side, eftersom hun afleverede et succesfuldt koncept og ikke bare et design til Pandora Production. Aftalen blev skrevet af hende og hendes mand i samarbejde med deres advokat. Der er kun den skriftlige aftale og ingen andre aftaler mellem parterne. Aftalen blev underskrevet af begge parter på et fælles møde i Rødovre, hvor også Per Enevoldsen var til stede. På forespørgsel fra Per Enevoldsen gjorde hun det klart, at royaltyaftalen kun var gældende for glasperler, hvor der var glas hele vejen rundt. Såfremt Pandora købte en glasperle af en anden producent til f.eks. det amerikanske marked, skulle Pandora Production betale royalty af denne perle til LAC, fordi LAC havde solgt glasperlekonceptet til Pandora.

De diskuterede ikke, hvor glasperlerne skulle produceres.

Da aftalen var underskrevet, indkøbte hun alt nødvendigt værktøj m.v. til produktionen. Per Enevoldsen gjorde produktionen i Thailand klar, hvorefter hun rejste derned medbringende sine design. På fabrikken var ansat 12 piger, som hun instruerede i at lave glasperler. Det var samme form for undervisning, som hun tidligere havde undervist i på kurser. Værktøjet til indsætning af sølvforing kunne købes på hendes hjemmeside.

Hun designede den første kollektion uden opdrag fra Pandora. De næste kollektioner lavede hun i samarbejde med Pandoras designer i Rødovre, Lone Frandsen, der generelt har været tilfreds med LAC's designs. Pandora har ikke sagt, at de ville anvende andre designere, eller at LAC ikke skulle lave flere designs for dem. Siden 2008 har LAC afleveret 4-5 kollektioner til Pandora, senest i januar 2010, og hun er i gang med den næste.

Pandora Production meddelte på et tidspunkt, at de ønskede at lave glasperler med guldforing. Pga. metallets indkøbspris ville hendes royalty blive meget høj efter den dagældende beregningsmetode, og hun accepterede derfor, at hendes royalty fremover blev be-

regnet til samme beløb, uanset om indlægget var i guld eller sølv. Derfor indgik de aftaletil- lægget af 31. januar 2006, hvorefter royalty blev fastsat til en fast pris pr. perle, og det blev af- talt, at prisen skulle indeksreguleres. Pandora har på intet tidspunkt beklaget sig over stør- relsen på royalty.

På et møde med Axcel, der blev afholdt 3 uger efter, at Axcel havde overtaget Pandora, fik hun oplyst, at der var problemer med produktionskapaciteten. Axcel meddelte, at kon- trakten ikke holdt længere, og at de ville producere nogle andre glasperler, der skulle laves i Mexico, men kun sælges i Nordamerika. Hun accepterede imidlertid ikke en ændring i afta- len.

LAC's amerikanske distributør havde sagsøgt Pandora for ulovlig markedsføring, idet Pandora afviste at sælge Pandora produkter til forhandlere, der også solgte Troldekugler. Axcel ønskede, at hun talte den amerikanske distributør fra søgsmålet.

*Per Aagaard* har forklaret, at han i det hele kan tilslutte sig forklaringen afgivet af Lise Aa- gaard.

Pandora købte Lise Aagaards evner både som forretningskvinde og designer.

LAC sælger i dag kun til distributører og har en omsætning på ca. 330 mio. kr. årligt, svarende til en omsætning i detailbutikkerne på ca. 1,4 mia. kr. Konceptet sælges i dag i 50 lande. Produkterne produceres i 8 lande, herunder foregår produktionen af glas i 3-4 lande.

Han var med til at definere kravene til aftalen, der blev konciperet af en advokat. Der var ikke andre aftaler end den skriftlige.

### **Parternes argumenter**

*Pandora Production* og *WIPEC* har til støtte for påstand 1 gjort gældende, at forpligtelsen til at betale royalty i pkt. 3.1. i aftalen mellem Pandora Production og LAC udgør en konkurren- cebegrænsning, der er i strid med EF-traktatens artikel 101, stk. 1, idet royaltyaftalen har samhandelspåvirkning. På grund af parternes størrelse og markedsandele på det sammen- ligningsrelevante marked er parternes aftale grænseoverskridende.

Forpligtelsen er endvidere i strid med såvel artikel 101, stk. 1, som konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet den har til formål at begrænse konkurrencen ved, at Pandora Productions ad- gang til at fastsætte egne priser og udnytte egen teknologi begrænses. Såfremt Pandora Pro-

ductions beslutter sig for at anvende en anden designer til at producere glasperler, er Pandora Productions i medfør af aftalens pkt. 3.1. tvunget til at betale royalty to gange for samme glasperle og påføres derved en ekstraomkostning, som medfører, at prisen pr. glasperle må fastsættes højere.

Royaltyaftalen er en teknologioverførselsaftale, som er omfattet af definitionen i artikel 1, stk. 1, litra b), jf. litra h), i Teknologioverførselsforordningen. Med aftalen sker en overdragelse af design og knowhow, hvor en del af risikoen forbliver hos LAC, idet størrelsen af den royalty, der løbende skal betales til LAC, afhænger af Pandora Productions omsætning af de glasperler, der produceres ved hjælp af den overførte rettighed.

Skulle retten finde, at der alene sker overdragelse af ophavsrettigheder, gøres det subsidiært gældende, at principperne i Forordningen også finder anvendelse ved produktion af kopier med henblik på videresalg, jf. pkt. 51 og 52 i Kommissionens retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens artikel 81 på teknologiaftaler (2004/C 101/02).

Pandora Production og LAC er konkurrenter, idet begge selskaber producerer og sælger smykker, herunder armbånd med charms i form af bl.a. glasperler. Forpligtelsen til at betale royalty til LAC af nettoomsætning på glasperler designet af andre end LAC er en hardcorebegrænsning af konkurrencen, der har til formål at begrænse Pandora Productions adgang til at fastsætte egne priser ved salg af glasperler, jf. Teknologioverførselsforordningens artikel 4, stk. 1, litra a), idet hardcorebegrænsningen omfatter aftaler, hvorefter der beregnes royalty på basis af det samlede salg af produkter, hvad enten den overførte teknologi anvendes eller ej, jf. pkt. 81 i Kommissionens retningslinjer. Endvidere er royaltyaftalen omfattet af Teknologioverførselsforordningens artikel 4, stk. 1, litra d), idet den lægger hindringer i vejen for Pandora Productions mulighed for at udnytte egen teknologi, jf. Kommissionens retningslinjer pkt. 95.

Subsidiært gøres det gældende, at en forpligtelse til at betale royalty til LAC af nettoomsætningen på glasperler produceret efter andres designs medfører, at det er dyrere for Pandora Production at sælge glasperler produceret i henhold til andres designs, fordi Pandora Production foruden de direkte produktionsomkostninger også skal betale royalty til LAC. Sammenlignet med konkurrerende producenter, herunder især LAC, som er en af Pandora Productions største konkurrenter, er konsekvensen forringede muligheder for at kunne konkurrere på prisen.

En hardcorebegrænsning har pr. definition til formål at begrænse konkurrencen. Det er derfor unødvendigt at påvise konkrete påvirkninger af markedet. Aftalevilkår, der har til formål at begrænse konkurrencen, er heller ikke omfattet af Bagatelmeddelelsen, jf. meddelelsens pkt. 11, smh. pkt. 7-9. I øvrigt bør sammenligningsgrundlaget være Pandoras salgspris, og ikke udsalgsprisen hos detailforhandlerne. Kravet om mærkbarhed anses i praksis reelt ikke for at eksistere, når det drejer sig om aftaler med konkurrenter (horisontale aftaler), der har til formål at begrænse konkurrencen.

Subsidiært gøres det fsva. mærkbarhed gældende, at Pandora Productions betydelige markedsandele i sig selv medfører, at aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart. Det relevante produktmarked er ubestridt markedet for guld- og sølvsmykker. Pandora Productions samlede andel af den globale sølv- og guldproduktion udgør 1,4 %, og Pandora Production er dermed en af de største producenter af guld- og sølvsmykker i verden. Tallet, der ligger til grund for beregningen, inkluderer andre producenters salg af diamantsmykker, hvorfor Pandora Productions markedsandel reelt er større. Markedsandelen i Danmark udgør efter Pandora Productions skøn 5 – 10 % af det relevante marked.

Der er ikke i en aftale om horisontalt samarbejde, der har til formål at begrænse konkurrencen, andre krav til opfyldelse af mærkbarhed, end at parterne skal have en særlig stilling på en del af det relevante marked, jf. Konkurrenceankenævnets kendelse af 2. oktober 2007 i sagen A/S Møns Bank m.fl. Pandora Production indtager en særlig stilling på det relevante produktmarked, der relaterer sig til guld- og sølvvarmbånd med charms, der udgør ca. 80 % af Pandora Productions samlede omsætning i Danmark. Pandora Productions markedsandel på denne del af det relevante marked udgør ca. 30 – 40 % i Danmark over for LAC's skønsmæssigt ansatte markedsandel på ca. 10 – 20 %.

Desuden taler aftalens varighed på mindst 25 år for, at aftalen er egnet til at påvirke konkurrencen mærkbart.

Endelig indebærer aftalen, at LAC har afgørende indflydelse på den designmæssige udformning af glasperler solgt under PANDORA varemærket. I kraft af, at LAC designer en af sine største konkurrenters glasperler, er der risiko for, at LAC vil forsøge at forbedre sin egen konkurrencemæssige position ved at lave mindre attraktive designs til Pandora Production.

Royaltyforpligtelsen kan ikke anses for at være omfattet af EF-traktatens artikel 101, stk. 3, og konkurrencelovens § 8, stk. 1, om individuel fritagelse, idet den ikke ud fra objektive forhold er nødvendig for at sikre konkurrencefremmende licensering, eftersom det er let at beregne og kontrollere antallet af perlerne designet af LAC.

Konkurrencestyrelsen har ikke i sin beslutning af 9. februar 2009 foretaget en materiel vurdering af klagen, og afvisningen kan derfor ikke tillægges betydning.

Skulle retten komme frem til, at forpligtelsen til at betale royalty for nettoomsætning på glasperler designet af andre end LAC ikke er et konkurrencebegrænsende vilkår, gøres det gældende, at forpligtelsen er et urimeligt aftalevilkår, jf. aftalelovens § 36, således som samarbejdet har udviklet sig.

Det bestrides ikke, at forpligtelsen muligvis har været rimelig i aftalens første 5 år, f.eks. for at sikre LAC en mindstebetaling for den overførte knowhow. Ugyldigheden skal derfor alene have virkning for fremtiden.

Der er ikke længere rimelig balance mellem parternes forpligtelser. Betalingen på omkring 5,9 mio. USD, som Pandora Production til dato har foretaget, overstiger allerede klart værdien af LAC's design og undervisning, der i øvrigt er begrænset, idet helt tilsvarende perledesign udbydes af andre til lavere priser. Den betaling, som LAC fortsat vil have krav på at modtage for Pandora Productions omsætning alene på LAC's design, udgør derfor fremover en rimelig modydelse for den ydelse, LAC skal levere.

Pandora Productions succes skyldes ikke i nævneværdig grad designet af glasperlerne, idet de ikke væsentligt adskiller sig fra andre konkurrerende glasperler. Succesen skyldes derimod den produktions-, markedsførings- og distributionsindsats, der er foretaget af Populair A/S, og at glasperlerne sælges under varemærket PANDORA i forbindelse med PANDORA armbåndet.

Herudover tjener opsigelsesvarslet på 25 år alene det usaglige konkurrencemæssige hensyn at afskære Pandora Production fra at erhverve design fra LAC's konkurrenter. Såfremt vilkåret om betaling for andres design tilsidesættes som urimeligt, vil det kunne opsiges med 5 års varsel fra aftalens indgåelse.

Til støtte for den subsidiære påstand 2 har Pandora Production og WIPEC gjort gældende, at Pandora Production ikke hæfter for handlinger foretaget af Pandora Jewelry LLC.

Royaltyforpligtelsen ifølge pkt. 3.1. afhænger efter sin ordlyd af "*Pandora [Productions] samlede nettoomsætning af glasperler*". Omsætning af glasperler, der er produceret og designet af Pandora Jewelry LLC, udløser derfor ikke royalty til LAC.

Royaltaftalen omtaler ikke PANDORA varemærket. Det følger derfor ikke af aftalens ordlyd, at Pandora Production skal betale royalty for salg af glasperler under varemærket PANDORA, uanset om perlerne er designet af LAC. Pandora Production er ikke ejer af PANDORA varemærket, der hele tiden har været ejet af Populair A/S (nu Pandora Jewelry A/S).

Pandora Production har oplyst, at man også i fremtiden vil forhandle og sælge glasperler designet af LAC, hvorfor det ikke vil være i strid med aftalens formål at give medhold i påstand 2.

Pandora Production hæfter alene for selskabets egne forpligtelser. Pandora Production er hverken moder- eller datterselskab til Pandora Jewelry LLC. Hverken på tidspunktet for royaltyaftalens indgåelse eller efter ejerskiftet af Pandora Production ejede Pandora Production aktier i Pandora Jewelry LLC, og Pandora Production har derfor på intet tidspunkt haft bestemmende indflydelse i det amerikanske selskab.

Til støtte for påstand 3 har WIPEC gjort gældende, at WIPEC ikke i medfør af royaltyaftalen skal indestå for betaling af royalty til LAC. WIPEC-klausulen blev indført dels for at sikre, at LAC modtog royalty betaling, såfremt Pandora Production ikke var i stand til at betale, dels at royaltyforpligtelsen ikke kunne undgås ved, at WIPEC eller et koncernforbundet selskab overtog produktionen af de købte design. Koncernbegrebet kræver, at WIPEC har bestemmende indflydelse på det pågældende selskab. WIPEC havde hverken på aftaletidspunktet eller på nuværende tidspunkt bestemmende indflydelse på Pandora Jewelry LLC, hvorfor WIPEC ikke hæfter for Pandora Jewelry LLC.

WIPEC klausulen finder ifølge sin ordlyd desuden kun anvendelse, så længe WIPEC er ejer af Pandora Production, og WIPEC har som mindretalsaktionær med indirekte ejerskab til kun 21,5 % af stemmerne i Pandora Production i dag ikke mulighed for at træffe beslutning om, hvad Pandora Production beskæftiger sig med, hvorfor WIPEC heller ikke kan være ansvarlig for Pandora Productions adfærd.



LAC's selvstændige påstand vedrørende WIPEC's pligter i henhold til WIPEC-klausulen vedrører samme juridiske problemstilling. I forhold til denne påstand har WIPEC særligt gjort gældende, at WIPEC ikke er ansvarlig ifølge WIPEC klausulen, idet WIPEC ikke længe er ejer af Pandora Production, hvorfor klausulen ikke længere finder anvendelse. Det følger heller ikke af royaltyaftalen, at WIPEC skal hæfte for selskaber, som WIPEC ikke har en kontrollerende ejerandel i, idet sådanne selskaber ikke er koncernforbundne med WIPEC.

Overfor LAC's subsidiære og alternative påstande har Pandora Production og WIPEC gjort gældende, at aftalen ikke bør ændres, således at aftalen giver mulighed for, at LAC kan kræve at modtage et engangsbeløb i royaltybetaling som alternativ til en løbende betaling eller en minimumsbetaling.

LAC kan ikke kræve, hvad der svarer til positiv opfyldelsesinteresse i et tilfælde, hvor et aftalevilkår er ugyldigt. LAC har i 5 år modtaget royalty for den leverede ydelse. Såfremt forpligtelsen til at betale royalty for andres design udgår af aftalen, er aftalen rimelig for begge parter, således som samarbejdet har udviklet sig.

Pandora Productions succes skyldtes ikke LAC, men at Populair A/S i år 2000 udviklede og introducerede det særlige PANDORA-armbånd, og salget af glasperler udgjorde i 2008 kun 6 % af omsætningen. Udseendet af glasperlerne designet af LAC adskiller sig i øvrigt ikke nævneværdigt fra konkurrenternes.

Pandora Production overvejer ikke at udfase den nuværende produktion af perler designet af LAC. Tværtimod har Pandora Production løbende udvidet produktionen i Thailand. LAC vil fortsat have krav på royalty for design leveret af LAC, hvis Pandora Production og WIPEC gives medhold i den principale påstand.

Såfremt LAC antages at lide et tab, kan dette tab højst udgøre tabt royalty i forbindelse med Pandora Productions nettoomsætning på glasperler, der ikke er designet af LAC. LAC's tab, kan derfor højst bestå i, hvad der svarer til værdien af aftalevilkåret om, at Pandora Production skal betale for perler, der ikke er designet af LAC.

Den fremtidige royaltyindtægt for LAC er desuden usikker, idet det er vanskeligt at forudsige, om salget af glasperler, der er et udpræget modeprodukt, udvikler sig som hidtil, og LAC's tabsopgørelse må i det hele anses for udokumenteret.

LAC har gjort gældende, at parternes aftale havde til formål at sætte Pandora i stand til hurtigt at lancere glasperler i sit sortiment med henblik på at kunne fremstå med et konkurrencedygtigt koncept. LAC kunne have valgt selv at udnytte værdien af konceptet, men Pandora havde distributionsnettet. Hertil kommer at parterne havde haft en forudgående tvist ved Mønsterværnet, hvorfor LAC indgik aftalen for at undgå en lignende tvist. Det særlige ved glas var introduktionen af farver i armbåndet, der - i modsætning til det tidligere charms-koncept i guld og sølv - kan tilpasses den skiftende mode. Det fremgår af Pandoras salgsbroschure, at glasperler i dag har en fremtrædende plads i Pandoras koncept. Pandora lærte som følge af aftalen at lave glasperler, og LAC har på intet tidspunkt modtaget klager over sit arbejde. Pandora fik med aftalen, hvad de bad om.

Efter et intenst forhandlingsforløb, hvor både Kenneth Ramstrup fra Populair A/S og René Sindlev fra Pandora Jewelry LLC deltog, blev parterne enige om, at LAC for sin bistand skulle modtage royaltys pr. solgt perle i stedet for et éngangsvederlag. Dette blev valgt for at reflektere, at Pandora fik leveret et færdigt glaskuglekoncept og for at beskytte mod omgåelse. Det er derfor ikke urimeligt, at Pandora skal betale royaltys på grundlag af ethvert salg af glasperler – også selvom de måtte være designet af andre end LAC.

Det var ved aftalen forudsat, at der skulle betales royaltys af ethvert salg af glasperler under varemærket PANDORA, og at Pandora-koncernen således ikke kunne omgå royaltysbestemmelsen i aftalens pkt. 3.1. ved at flytte produktionen til en tredjepart eller et andet koncernselskab. Det var Per Enevoldsen, der anviste, at Pandora Production skulle stå som aftalepart. Aftalen må derfor fortolkes således, at det er uden betydning, i hvilket selskab produktionen af glasperler, der sælges under varemærket Pandora, lægges, idet det er omsætningen af glasperler i Pandora, der er afgørende for royaltysberegningen.

Aftalen begrænser ikke Pandora adgang til selv at fastsætte sine priser, jf. Teknologioverførselsforordningens artikel 4.

Hertil kommer at knowhow beskrives som en hemmelig, væsentlig, individualiseret ydelse. Eftersom den af LAC leverede ydelse kunne opnås ved deltagelse på et simpelt aftenkursus, kan ydelsen ikke anses for hemmelig, hvorfor Teknologioverførselsforordningen ikke finder anvendelse.

Såfremt retten finder, at Teknologioverførselsforordningen finder anvendelse, gøres det gældende, at aftalen efter objektive betingelser er lovlig.

Der er ikke tvivl om, at aftalen er horisontal, men den har et vertikalt formål, idet konkurrenten leverer en ydelse, hvilket ikke er normalt for horisontale aftaler.

Det bestrides, at royaltybestemmelsen udgør en hardcorebegrænsning. Mærkbarhed skal derfor kunne bevises, og et sådant bevis er ikke ført. Aftalen indebærer imidlertid ikke en mærkbar begrænsning af konkurrencen. Aftalen har ikke til formål at begrænse konkurrencen og har heller ikke haft denne virkning. Tværtimod er aftalen konkurrencefremmende, da den har sat Pandora i stand til hurtigt at etablere sig med et alsidigt og konkurrencedygtigt sortiment af glasperler.

Aftalen er endvidere ikke omfattet af Teknologioverførselsforordningen, da aftalens hovedformål er overdragelse af rettigheder til design og ikke overførsel af teknologi. Selv hvis Teknologioverførselsforordningen fandt anvendelse, er pkt. 81 i Kommissionens Retningslinjer irrelevant, da royaltybestemmelsen vedrører ophavsretligt beskyttet design og ikke teknologi. Overførsel af ophavsrettigheder er defineret i artikel 1 b) og relaterer sig til software. Teknologioverførselsforordningen finder derfor ikke anvendelse.

Derudover er royaltybestemmelsen objektivt nødvendig for at hindre omgåelse af aftalen.

Det må desuden tillægges vægt, at en royalty på 3 kr. udgør en bagatel set i forhold til en udsalgspris på 195 kr. for sølvperler og 1.175 kr. for guldperler.

Såfremt royaltybestemmelsen anses for konkurrencebegrænsende i medfør af konkurrencelovens § 6, er den ikke omfattet af forbuddet, idet den er omfattet af undtagelsen i konkurrencelovens § 8. Royaltybestemmelsen medfører øget konkurrence på markedet til gode for forbrugerne. Måtte aftalen blive anset for at være i strid med lovgivningen, gøres det subsidiært gældende, at bestemmelsen skal ændres og ikke blot erklæres ugyldig, jf. UfR 1995.277/2 H og UfR 2000.656 H.

Skulle Pandora få medhold i påstand 2, ville det åbne mulighed for en fuldstændig udvanding af LAC's royaltykrav.

Der er faktiske omstændigheder, der medfører, at principperne for identifikation mellem selskaber kan anvendes. Pandora koncernen har ifht. LAC handlet som en samlet enhed, og al dialog er foregået med Populair A/S og René Sindlev fra Pandora Jewelry LLC. Den eneste grund til, at Pandora Production blev indsat som aftalepart, var, at det var her, produktionen skulle foregå. Per Enevoldsen er i dag medlem af bestyrelsen i Pandora og med-

ejer. Pandora og Pandora Jewelry LLC har nøjagtig samme ejerstruktur. Pandora-koncernen fungerer i praksis som en samlet enhed. Ved fortolkning af aftalen skal der lægges vægt på den grad af identifikation, som der har været i koncernen. Det fremgår af aftalens pkt. 3.2., at royalty skal beregnes af det fakturerede salg til distributører, og koncerninterne forhold skal således ikke tillægges betydning. Pkt. 3.1. skal derfor fortolkes således, at Pandora skal betale royalty af ethvert salg af glasperler under varemærket PANDORA, uanset om glasperlerne er produceret og solgt af Pandora Production, et koncernforbundet selskab eller en tredjepart, som Pandora måtte have givet adgang til at producere eller sælge glasperler under varemærket PANDORA.

Det bestrides, at bestemmelsen i aftalens pkt. 3.1. skulle være urimelig, eller at den senere udvikling skulle gøre det urimeligt at opretholde bestemmelsen i hele aftalens løbetid. De af LAC leverede designs har haft betydelig værdi for Pandora. Ved en aftale, der som denne er indgået mellem erhvervsdrivende og for begge parter vedkommende har haft et risikoelement i sig, finder aftalelovens § 36 ikke anvendelse. Pandora har fået, hvad de har betalt for. Der skal i henhold til praksis udvises særlig tilbageholdenhed med at ændre på aftalevilkår i rene erhvervsforhold, hvor aftalen bl.a. bygger på økonomiske og risikomæssige overvejelser m.v., jf. UfR 2002.1224 H.

Såfremt retten finder, at LAC's tekniske assistance ifølge aftalens pkt. 2 gør aftalen konkurrencestridig, gøres det gældende, at det alene er dette punkt, der skal udgå af aftalen som ugyldigt, uden at der i øvrigt ændres på aftalens pkt. 3.

Skulle Pandora få medhold i påstand 1 eller 2, vil det medføre et så urimeligt resultat for LAC, at aftalen skal reguleres, således at LAC sikres et rimeligt vederlag i form af et engangsbeløb og/eller en mindste-royalty-betaling.

Hvis royaltybestemmelsen helt tilsidesættes som ugyldig, er LAC berettiget til at kræve godtgørelse for tab. Ved beregningen af LAC's tab må det lægges til grund, at Pandora ved en loyal markedsføringsindsats ville kunne forøge salget af glasperler op til 5 mio. glasperler, hvorfor tabet baseret på en flatrate-udvikling passende kan fastsættes til 385.435.477 kr. i henhold til revisorerklæring af 24. marts 2009, jf. UfR 2000.401 H og UfR 1996.1298 H.

Subsidiært skal tabet opgøres efter salget i de første to kvartaler af 2009. Alternativt skal tabet beregnes ud fra den årlige produktionskapacitet på minimum 7.162.492 glasperler.

I forhold til WIPEC gøres det selvstændigt gældende, at WIPEC klausulen giver sikkerhed både for betaling og mod omgåelse. WIPEC ejer i dag indirekte 21,5 % af aktierne i Pandora-koncernen. Indeståelsen i parternes aftale er ikke betinget af, at WIPEC fortsat kontrollerer Pandora Production. Per Enevoldsen udgør som bestyrelsesmedlem i en række selskaber i Pandora-koncernen fortsat en væsentlig del af Pandora-koncernen, og der er ikke i aftalen krav om, at han skal have kontrollerende indflydelse på koncernen. Indeståelsen er alene betinget af ejerskab, og dette ejerskab består fortsat, om en i mindre grad end på aftaletidspunktet, hvorfor WIPEC klausulen fortsat skal anses for gældende.

### **Sø- og Handelsrettens afgørelse**

Således som sagen er oplyst, må det lægges til grund som ubestridt, at den mellem parterne primo 2005 indgåede aftale er en aftale mellem konkurrenter, og at den kan påvirke såvel handlen på det danske marked som handlen mellem medlemsstaterne i EU. Dens forenelighed med konkurrenceretten skal derfor bedømmes såvel efter konkurrenceloven som efter Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde.

Ved den mellem parterne indgåede aftale blev det i aftalens punkt 2 bestemt, at LAC på forskellig måde skulle bistå Pandora Production med ydelser, hvorved der blev overført knowhow. Den overførte knowhow, var imidlertid almindelig tilgængelig viden, og efter bevisførelsen må det lægges til grund, at produktionen af glasperler af Pandora Production kunne være startet ved hjælp af almindelig tilgængelig teknologi.

For så vidt angår aftalens punkt 1 finder retten ikke, at der herved overføres teknologi, således som en teknologioverførselsaftale er defineret i artikel 1, stk.1, litra b), i Teknologioverførselsforordningen. Aftalen falder derfor i sin helhed uden for den anførte gruppefritagelsesordning.

Da der ved aftalen sker en løbende overførsel mellem to konkurrerende virksomheder af retten til at udnytte en ophavsret, finder retten imidlertid, at de principper, som er indeholdt i Teknologioverførselsforordningen, kan finde anvendelse ved bedømmelsen af, om det i aftalens pkt. 3.1 indeholdte vilkår om, at Pandora Production til LAC skal betale royalty af Pandora Production's samlede nettoomsætning af glasperler, uanset om glasperlerne er designet af LAC eller andre, er ugyldigt.

Af artikel 4, stk.1, litra a) og litra d), fremgår, at gruppefritagelsen ikke finder anvendelse på aftaler, som begrænser en parts adgang til at fastsætte egne priser ved salg af produkter til tredjemand, eller som begrænser licenstagernes muligheder for at udnytte egen teknologi. Sådanne begrænsninger, der normalt betegnes som "hardcore" begrænsninger, må antages også at dække aftalevilkår som den i parternes aftale pkt. 3.1 indeholdte klausul, som indebærer, at LAC skal have royalty på grundlag af den anden parts salg, uanset om den ydelse, der som udgangspunkt udløser krav på royalty, benyttes eller ej. En sådan klausul bringer også en aftale uden for gruppefritagelsesordningen i Bagatelmeddelelsen.

Når det som her kan lægges til grund, at et vilkår mellem to konkurrerende virksomheder er et såkaldt hardcore vilkår, må det – uanset parternes forklaring om baggrunden for og formålet med vilkåret - som udgangspunkt antages, at vilkåret har til formål at begrænse konkurrencen. Dette gælder, uanset om det kan påvises, at vilkåret rent faktisk har ført til en påvirkning af konkurrencen. Vilkåret er derfor såvel efter konkurrencelovens § 6, stk. 5, jf. stk. 1, og artikel 101, stk. 2, i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde ugyldigt og uden retsvirkning. Dette gælder dog ikke, såfremt LAC kan godtgøre, at vilkåret var nødvendigt for at fremme konkurrencen, f.eks. fordi det uden vilkåret ville være umuligt eller dog meget vanskeligt at beregne eller kontrollere, hvor meget der skulle betales i royalty for de løbende ydelser, LAC skal levere til Pandora Production. Afregningen af royalty til LAC finder sted på grundlag af opgørelser over det producerede antal glasperler i de enkelte kollektioner. Opgørelserne har ikke givet anledning til tvist, og retten finder derfor ikke, at der foreligger en sådan situation. Retten giver derfor Pandora Production medhold i den principale påstand.

Efter de afgivne forklaringer må det lægges til grund, at formålet med parternes aftale var meget hurtigt at sætte Pandora Production i stand til at producere glasperler i høj design kvalitet, som kunne anvendes på Pandora armbånd, for at imødegå konkurrencen fra Charlotte Design. Derimod findes bestemmelsen i pkt. 3.1. ikke nødvendig for at styrke konkurrencen.

Det må lægges til grund, at det for Lise Aagaard som ejer af og direktør for LAC var en afgørende forudsætning for at indgå aftalen om at designe glasperler til sit firmas største konkurrent, at hun fuldt ud fik andel i den succes, hun var overbevist om, at aftalen ville tilføre Pandora-varemærket og dermed Pandora-koncernen. I betragtning af hendes forklaring

om den valgte royaltysats findes der ikke på dette grundlag anledning til at ændre aftalen, idet der i aftalen som følge af den høje royaltysats er taget hensyn til LAC's forudsætninger. På den baggrund er der ikke grundlag for at tildele LAC et engangsvederlag som følge af den delvise tilsidesættelse af royaltybestemmelsen.

Til påstandene fra LAC om, at den mellem parterne indgåede aftale af retten må ændres i medfør af aftalelovens § 36, såfremt det omtvistede aftalevilkår om betaling af royalty må anses for ugyldigt, bemærkes, at aftalen er indgået mellem to veletablerede, professionelle virksomheder i samme branche. Efter en helhedsbedømmelse findes aftalen i sin helhed, når sidste led af aftalens pkt. 3.1. bortfalder, ikke at få et indhold, som bør føre til, at den i øvrigt skal ændres i medfør af aftalelovens § 36. LAC, som udfærdigede aftalen, og som var bistået af advokat, findes ikke at have krav på, at aftalen ændres for at kompensere for bortfaldet af et ulovligt vilkår. Der findes heller ikke grundlag for at antage, at det er påkrævet at ændre aftalen for at sikre, at LAC modtager royalty for glasperler produceret på grundlag af kollektioner leveret af LAC. Pandora Production frifindes derfor for LAC's subsidiære og alternative påstande.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt WIPEC, også efter at det ikke længere er moderselskab for Pandora Production, skal være bundet af indeståelsen for opfyldelsen af betalingsforpligtelsen i henhold til parternes aftale, må retten i overensstemmelse med den af Per Enevoldsen afgivne forklaring lægge til grund, at det for ham, som også da var eneejer af anparterne i WIPEC, var afgørende for WIPEC's indeståelse, at han reelt havde bestemmen- de indflydelse på aktiviteterne i Pandora Production. Retten finder, at denne forståelse af af- talen klart understøttes af ordlyden af aftalens sidste punktum. Da WIPEC ikke længere har bestemmende indflydelse på Pandora Production, frifindes WIPEC derfor for påstanden om at være forpligtet til at indestå for Pandora Production's betalingsforpligtelser i forhold til LAC.

Efter sagens udfald tillægges Pandora Production og WIPEC sagsomkostninger som fastsat nedenfor.

**Thi kendes for ret:**

Lise Aagaard Copenhagen A/S skal anerkende, at forpligtelsen i pkt. 3.1. i royaltyaftalen mellem Lise Aagaard Copenhagen A/S og Pandora Production Co. Ltd. til at betale royalty for nettoomsætning på glasperler designet af andre end Lise Aagaard Copenhagen A/S ikke kan gøres gældende.

Pandora Production Co. Ltd. og WIPEC Holding ApS frifindes for de af Lise Aagaard Copenhagen A/S nedlagte påstande.

Lise Aagaard Copenhagen A/S skal inden 14 dage i sagsomkostninger til Pandora Production Co. Ltd. betale 300.000 kr. og til WIPEC Holding ApS betale 100.000 kr. samt godtgørelse af retsafgift med 24.300 kr. Sagsomkostningsbeløbet forrentes efter rentelovens § 8a.

Aksel Gybel

Henrik Rothe

Christian Hvidt

(retsformand)

(Sign.)

— — —

**Udskriftens rigtighed bekræftes**

**P.j.v. SØ- og Handelsretten, den 7. maj 2010**