

HØJESTERETS DOM

afsagt torsdag den 28. juni 2012

Sag 123/2010

(2. afdeling)

Lise Aagaard Copenhagen A/S

(advokat Karen Dyekjær)

mod

Pandora Production Co. Ltd.

(advokat Klaus Ewald Madsen)

I tidligere instans er afsagt dom af SØ- og Handelsretten den 29. april 2010.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Jytte Scharling, Niels Grubbe, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Oliver Talevski.

Påstande

Appellanten, Lise Aagaard Copenhagen A/S (LAC), har principalt påstået frifindelse.

Hvis indstævnte, Pandora Production Co. Ltd. (Pandora Production), helt eller delvis får medhold i sine påstande, har LAC nedlagt følgende selvstændige påstande:

LAC har subsidiært påstået, at Pandora Production skal indbetale 385.435.477 danske kroner til en spærret konto i LAC's navn, idet kontoen klausuleres således, at beløbet inklusive påløbne renter indestår indtil endelig opsigelse af parternes royaltyaftale fra 2005, og idet beløbet alene kommer til udbetaling med fradrag af det beløb, der måtte være afregnet til LAC i henhold til aftalen.

LAC har mere subsidiært påstået, at Pandora Production skal anerkende at være forpligtet til løbende at afregne royalty til LAC i overensstemmelse med royaltyaftalen på grundlag af et årligt salg på minimum 6,5 millioner perler.

Alternativt skal Pandora Production anerkende at være forpligtet til løbende at afregne royalty til LAC i overensstemmelse med royaltyaftalen på grundlag af et årligt salg af glasperler på minimum 9 millioner perler, dog således at hvis det totale salg af glasperler under varemærket PANDORA ikke overstiger 9 millioner, så beregnes royalty på grundlag af det faktiske totale salg af glasperler under varemærket PANDORA.

LAC har vedrørende formaliteten påstået, at Pandora Productions subsidiære påstand skal afvises.

Pandora Production Co. Ltd. har påstået stadfæstelse.

Pandora Production har subsidiært påstået, at LAC skal anerkende, at Pandora Production ikke i medfør af royaltyaftalen skal betale royalty for salg af glasperler under varemærket PANDORA, hvis glasperlerne er designet af tredjemand og produceret uden anvendelse af den af LAC i medfør af royaltyaftalens pkt. 2.1-2.3 tilførte knowhow.

Pandora Production har mere subsidiært påstået, at LAC skal anerkende, at Pandora Production ikke i medfør af parternes royaltyaftale 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.

Over for LAC's subsidiære og mere subsidiære påstande har Pandora Production påstået frifindelse.

Sagen for Højesteret angår ikke forholdet mellem Wipec Holding ApS og LAC.

Anbringender

LAC har gentaget sine anbringender og supplerende *i relation til de konkurrenceretlige forhold* anført bl.a., at konkurrencelovens § 6, stk. 1, og artikel 101 i TEUF finder anvendelse på aftaler, der har virkning i henholdsvis Danmark og EU. Allerede som følge heraf er der ikke

grundlag for at stadfæste Sø- og Handelsrettens dom for så vidt angår royalty, der knytter sig til nettoomsætningen af glasperler til kunder uden for Danmark og uden for EU.

LAC bestrider ikke, at parternes aftale påvirker samhandlen mellem medlemsstater, men aftalen falder ind under bagatelgrænsen i Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning (2001/C 368/07). Der kan afgrænses et globalt marked for smykker (inkl. bijouteri). På dette marked har Pandora en meget begrænset markedsandel på ikke over ca. 1 procent. Parternes meget ringe markedsandel indebærer, at aftalen ikke begrænser konkurrencen mærkbart i artikel 101's forstand, jf. pkt. 7 i Kommissionens ovennævnte meddelelse. Meddelelsens undtagelsesbestemmelser finder ikke anvendelse, idet parterne hverken har fastsat priser for salg af produkter, begrænset produktionen eller salget eller fordelt markederne imellem sig, jf. meddelelsens pkt. 11. Allerede med henvisning hertil er der ikke grundlag for at stadfæste Sø- og Handelsrettens dom for så vidt angår betaling af royalty, der knytter sig til nettoomsætningen af glasperler til kunder uden for Danmark, men inden for EU.

Der er ikke tale om, at parternes aftale har til formål at begrænse konkurrencen. En aftale har kun et sådant formål, hvis den efter sin karakter i den givne markedsmæssige sammenhæng objektivt bedømt rummer et sådant potentiale af konkurrenceskadelige virkninger, at det til imødegåelse heraf ikke er nødvendigt at påvise faktisk indtrådte skadevirkninger. Der skal være fornøden sikkerhed for, at det beskrevne krav er opfyldt. Det er konkurrencen – ikke konkurrenten – som konkurrencereglerne skal beskytte.

Parternes aftale opfylder ikke disse krav. Aftalen skal sikre LAC en betaling for sine ydelser og en forholdsmæssig andel af fortjenesten. Aftalen gjorde det muligt for Pandora Production at komme hurtigt og effektivt ind på markedet for glasperler i konkurrence med andre producenter, herunder LAC, hvilket har været til gavn for konkurrencen. Pandora Production prisfastsætter suverænt sine glasperler og armbånd efter en lang række faktorer, hvor royaltybetalingen kun udgør en meget lille del af den samlede pris, og Pandora Productions perler, der ikke er designet af LAC, koster det samme som de perler, der er designet af LAC. Pandora Production har på grund af sin ringe markedsstyrke og markedets konkurrenceprægede struktur ikke mulighed for at overvælte royaltybetalingen på slutkunderne, og aftalen påvirker derfor ikke konkurrencen til skade for forbrugerne. Under alle omstændigheder skal Pandora Production tage højde for sin betaling til LAC ved prisfastsættelsen af samtlige glasperler, uanset om der indgår en royaltybetaling med eller uden minimum eller en anden form for be-

taling. Konkurrencestyrelsen fandt i fuld overensstemmelse med disse betragtninger ikke grundlag for at behandle en klage over aftalen.

”Potentialet af konkurrenceskadelige virkninger” skal kunne føre til en mærkbar konkurrencebegrænsning, og dette mærkbarhedskrav er ikke opfyldt. Selv hvis bagatelmeddelelsen ikke fandt anvendelse, begår SØ- og Handelsretten en retlig fejl ved at vurdere aftalen uden hensyntagen hertil.

Teknologioverførselsforordningen (Kommissionens Forordning nr. 772/2004 af 27. april 2004) finder ikke anvendelse i denne sag, da parternes aftale ikke kan anses for en teknologioverførselsaftale. Der er endvidere ikke grundlag for at anvende principperne i forordningen. Parternes aftale regulerer i hovedsagen betalingen for leverede ydelser, hvilket er konkurrenceretligt irrelevant. Parterne er ikke i forordningens forstand konkurrenter på noget relevant teknologimarked, idet Pandora Production ikke på aftaletidspunktet ejede nogen teknologi til at lave glasperler. Forordningens artikel 4, stk. 1, litra d, finder allerede af denne grund ikke anvendelse. Hertil kommer, at Pandora Production på tidspunktet for aftalens indgåelse ikke lavede glasperler og således ej heller vedrørende disse var konkurrenter til LAC. De påståede konkurrencebegrænsninger, som SØ- og Handelsretten henviser til i sin dom, vedrører således ikke markedssegmenter, hvorpå parterne var konkurrenter.

Der er under alle omstændigheder ikke tale om en overtrædelse omfattet af forordningens artikel 4, stk. 1, litra a, idet aftalen ikke har et tilstrækkeligt potentiale af konkurrenceskadelige virkninger. Pandora kan frit fastsætte sine egne priser på smykker, og royaltybetalingen udgør som nævnt blot en meget lille del af den samlede pris. Kommissionens vejledende meddelelse om teknologioverførselsaftaler er ikke en bindende retskilde, og vejledningen skal i øvrigt forstås med det forbehold, at enhver konkurrenceretlig bedømmelse skal ske i forhold til den relevante kontekst. Selv om der skulle foreligge en overtrædelse af forordningens artikel 4, ville dette alene indebære, at aftalen skal vurderes konkret, og denne vurdering fører som nævnt til, at aftalen ikke begrænser konkurrencen mærkbart.

LAC har i relation til Pandora Productions subsidiære påstand vedrørende formaliteten anført, at påstanden ex officio må afvises, idet den er uklar. Vedrørende realiteten har LAC anført bl.a., at det fremgår af ordlyden af den oprindelige aftale og tillæggene til aftalen, at Pandora Production skal betale royalty til LAC af sin ”samlede nettoomsætning af glasperler”.

Dette omfatter efter sin ordlyd ethvert salg af glasperler, som indgår i Pandoras sortiment, hvilket også tydeliggøres ved tilføjelsen ”uanset om de [perlerne] er designet af Lise Aagaard eller andre”. Parternes hidtidige forståelse af aftalen har været i overensstemmelse hermed, hvorved bemærkes, at den subsidiære påstand først er fremsat for Højesteret. Formålet med royaltybetalingerne er bl.a. at sikre, at LAC får betaling for de ydelser, som LAC leverer til Pandora og forpligter sig til at levere. Det er hensigten med aftalen, at parterne ikke skal drøfte for hver enkelt salg af perler, om og i hvilket omfang der bliver gjort brug af overført kommerciel, kunstnerisk eller teknisk knowhow. Det er endvidere formålet med royaltybetalingerne at sikre, at LAC får en forholdsmæssig andel af Pandora Productions fortjeneste ved at være kommet ind på segmentet for salg af glasperlearmbånd med et glasperlekoncept i høj kvalitet.

LAC har i relation til Pandora Productions mere subsidiære påstand anført bl.a., at formålet med aftalen viser, at parterne ønskede, at Pandora skal betale royalty af ethvert salg af sølvforede glasperler, uanset af hvem eller hvordan de bliver produceret eller solgt. Efter aftalens ordlyd er det irrelevant, hvilket Pandora selskab der markedsfører og sælger de af Pandora fremstillede perler. Dette støttes af det forhold, at aftalen blev indgået med produktionsselskabet i gruppen, ikke et distributionsselskab. Den negativt afgrænsede anerkendelsespåstand ville efter sin formulering indebære, at Pandora Production kunne undgå at skulle betale royalty, ved at produktionen blev outsourcet til et andet selskab i gruppen eller til en virksomhed uden for gruppen. Aftalen kan ikke forstås således, at den gør en sådan omgåelse mulig.

LAC har i relation til sine egne subsidiære påstande anført, at den subsidiære påstand om betaling/deponering af 385.435.477 danske kroner er baseret på det princip, at LAC skal stilles, som parterne har tilsigtet. Den mere subsidiære påstand om royaltybetaling på grundlag af et salg på 6,5 mio. perler er baseret på den ligefremme model, at balancen genoprettes ved, at forpligtelsen til at betale royalty erstattes med en minimumsroyalty. Den alternative påstand om royaltybetaling på grundlag af et salg på 9 mio. perler er også baseret på, at forpligtelsen til at betale royalty erstattes med en minimumsroyalty, der er opgjort ud fra en beregningsmodel, der giver et lidt højere tal, men til gengæld tages der højde for, at produktions- og markedsforhold måtte ændre sig.

Pandora Production har gentaget sine anbringender og i relation til de konkurrenceretlige forhold supplerende anført bl.a., at vilkåret i parternes aftale pkt. 3.1, hvorefter der skal betales

royalty af glasperler, der er designet af andre end LAC, er i strid med artikel 101, stk. 1, subsidiært konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet aftalen har til formål at begrænse konkurrencen. Aftalen fører til, at Pandora Productions udgifter til glasperler designet af andre end LAC forøges. Dette påvirker uundgåeligt Pandora Productions interesse i at efterspørge og aftage glasperler fra tredjemand. Tilsvarende påvirker aftalen også afsætningsmarkedet, idet salgsprisen til slutkunden som følge af de forhøjede marginalomkostninger vil stige.

Aftalen vedrører overførsel af teknologi som forudsat i teknologioverførselsforordningen. Hovedgenstanden for aftalen er den tekniske, kunstneriske og kommercielle knowhow. Aftalen omfatter herudover ophavsretligt orienterede rettigheder til design. Selv hvis aftalen ikke direkte er omfattet af teknologioverførselsforordningen, skal der under alle omstændigheder ved en konkurrenceretlig vurdering tages udgangspunkt i principperne i forordningen.

Vilkåret om royalty i aftalens pkt. 3.1, sidste led, udgør en hardcore-begrænsning af konkurrencen. Gruppefritagelsen i teknologioverførselsforordningen gælder ikke for aftaler, der begrænser en parts adgang til at fastsætte egne priser ved salg af produkter til tredjemand, eller som begrænser licenstagernes muligheder for at benytte egen teknologi, jf. forordningens artikel 4, stk. 1, litra a og d. Det er herefter ikke nødvendigt at godtgøre, at aftalen også har til følge at begrænse konkurrencen, hvorfor en nærmere markedsanalyse for aftalens virkninger er overflødig. LAC har ikke godtgjort, at aftalen opfylder betingelserne for en individuel fritagelse efter artikel 101, stk. 3. Vilkåret om, at der skal betales royalty for salg af perler designet af andre end LAC, er derfor ugyldigt i forhold til parterne og tredjemand. Det bestrides, at der er hjemmel eller anledning til at begrænse ugyldighedsvirkningen territorielt.

Pandora Production har *i relation til de aftaleretlige forhold* supplerende anført bl.a., at der er tale om usædvanlige og urimeligt byrdefulde aftalevilkår, idet LAC ikke leverer nogen modydelse. Pandora Production har aldrig anvendt den tilførte knowhow, herunder sølvforingsteknikken, i den kommercielle produktion af glasperler, idet Pandora Production i stedet anvender en egenudviklet teknik til produktion af glasperler og isætning af sølvforinger. Der er tale om en usædvanlig høj royaltysats, og aftalens bestemmelse om uopsigelighed må desuden tillægges betydning. Vilkåret i parternes aftale om, at der skal betales royalty for salg af glasperler designet af andre end LAC, er derfor også ugyldigt i henhold til aftalelovens § 36.

Pandora Production har *i relation til sin subsidiære påstand* vedrørende formaliteten anført, at LAC's afvisningspåstand ikke kan fremsættes på nuværende tidspunkt, og at påstanden har den fornødne klarhed, således at den kan tages under pådømmelse. Vedrørende realiteten har Pandora Production anført bl.a., at det aldrig har været meningen med royaltyvilkåret, at Pandora Production skulle betale royalty for salg af glasperler designet af andre end LAC og produceret uden anvendelse af den af LAC tilførte knowhow. Vilkåret skal læses i sammenhæng med aftalens pkt. 1 og 2, hvor det er angivet, hvilke ydelser LAC skal levere til Pandora Production. Parterne havde på aftaletidspunktet ikke den situation for øje, at Pandora Production ville komme til at producere glasperler uden anvendelse af den knowhow, som LAC havde tilført. Forudsætningen var, at Pandora Production ville anvende LAC's knowhow. Udtrykket "eller andre" er møntet på den situation, hvor Pandora Production producerer sølvforede glasperler designet af andre end LAC, men under anvendelse af LAC's knowhow. Det har formodningen imod sig, at Pandora Production ville indgå en aftale med LAC, hvorefter Pandora Production forpligter sig til at betale royalty af glasperler, som hverken er designet af LAC eller produceret under anvendelse af LAC's knowhow. I sådanne tilfælde erlægges LAC jo ikke nogen modydelse, og en sådan royaltyaftale ville være yderst usædvanlig og urimelig, idet den skaber en u hensigtsmæssig skævvridning af forholdet mellem parterne.

Pandora Production har *i relation til sin mere subsidiære påstand* anført bl.a., at Pandora Jewelry LLC hverken direkte eller indirekte er part i royaltyaftalen mellem Pandora Production og LAC. Pandora Jewelry LLC er ikke og har aldrig været koncernforbundet med Pandora Production. Pandora Jewelry LLC er et selvstændigt retssubjekt og driftsmæssigt fuldstændigt adskilt. Der er derfor ikke grundlag for identifikation med Pandora Production i henseende til royaltyaftalen. Pandora Production har hverken ved royaltyaftalens indgåelse eller senere ejet aktier i Pandora Jewelry LLC, og Pandora Production og dette selskabs ejere har derfor på intet tidspunkt kunnet udøve bestemmende indflydelse på Pandora Jewelry LLC. Det har ikke været tilsigtet, at den mere subsidiære påstand omfatter outsourcing.

Pandora Production har *i relation til LAC's mere subsidiære påstande* supplerende anført bl.a., at de ville føre til, at LAC blev stillet bedre, end hvis royaltyvilkåret var gyldigt. Dette savner enhver form for rimelighed og er i strid med konkurrencelovgivningen og aftalelovens § 36, idet hele formålet med at tilsidesætte ugyldige aftaler fortabes.

Supplerende sagsfremstilling

I et brev af 20. marts 2001 fra advokat Michael Rostock til ”Populair Smykker v/Per Enevoldsen” er anført, at Mønsterværnsnævnet ved en mundtlig tilkendegivelse fremkom med en enstemmig opfattelse, hvorefter der ikke ved markedsføringen af ”Pandoraarmbåndet” var sket nogen krænkelse af rettigheder, som Lise Aagaard og hendes familie måtte have vedrørende armbåndet med ”Troldekugler”.

I et børsprospekt for Pandora A/S af 20. september 2010 hedder det bl.a.:

”Det globale marked for smykker

Segmentet for ægte smykke, defineret som markedet for smykker fremstillet af ædelmetaller (sølv, guld og platin) og ofte kombineret med ædel- og halvædelsten, udgjorde i 2009 ca. USD 145 mia. (målt på estimeret detailomsætning), hvoraf markedet for armbånd udgjorde ca. USD 27 mia. Selskabets andel af markedet for ægte smykker (målt på estimeret detailomsætning) var i 2009 på 1,2 %...

...

Markedet for charm-armbånd og charms

Selskabet var i 2009 den største aktør på markedet for øgte charm-armbånd og charms målt på estimeret detailomsætning med en markedsandel på ca. 15 % af det samlede globale marked (inkl. alle prissegmenter og ikke-brandede produkter). Det samlede marked for ægte charm-armbånd og charms havde i 2009 en estimeret værdi af USD 9,6 mia. (målt på estimeret detailværdi). Mellem 2000 og 2009 voksede markedet for ægte charm-armbånd og charms med gennemsnitligt ca. 5,8 % om året.

...

Generel oversigt

Selskabet designer, fremstiller, markedsfører og distribuerer håndforarbejdede og moderne smykker fremstillet af ædle materialer — fortrinsvis sterlingsølv, guld, ædel- og halvædelsten samt Murano-glas. Pr. 30. juni 2010 solgtes Selskabets smykker i 47 lande fordelt på seks kontinenter gennem ca. 10.000 forhandlere. USA er Selskabets største marked og udgjorde 40,8% af omsætningen i 1. halvår 2010. De øvrige store markeder, Storbritannien, Australien og Tyskland, tegnede sig for henholdsvis 13,2%, 12,5% og 11,8% af omsætningen i 1. halvår 2010.

Det er Selskabets opfattelse, at PANDORA-brandet er et af de vigtigste aktiver. Brandets DNA er summen af Selskabets kerneværdier — Affordable Luxury, Contemporary Design og Personal Storytelling — elementer som går igen i alle kollektioner. ”Create & Combine” konceptet er indarbejdet i smykkekollektionerne og giver mulighed for at skabe personlige smykker ved at tilføje og kombinere produkter på nye måder og således skabe et unikt produkt til hver enkelt kunde.

...

Produktion

Selskabet har mere end 20 års erfaring i at fremstille smykker i Thailand. Selskabets produktion styres af efterspørgslen, og leveringstiden fra varen er bestilt, til den er leveret på lageret, er typisk seks til otte uger. Dette gør det efter Selskabets opfattelse muligt

at imødekomme de korte ordrecyklusser, som visse af Selskabets forhandlere anvender, når de bestiller varer fra Selskabet, ofte med mindre end en uges varsel. Selskabet fremstiller i øjeblikket de fleste af sine smykker på tre produktionsanlæg i Gemopolis, dog indkøber Selskabets amerikanske datterselskab et mindre antal glascharms fra en ekstern producent i Chiang Mai, Thailand. For at opretholde produktionsfleksibiliteten og omkostningseffektiviteten har Selskabet desuden delvist outsourcet visse ikke-strategiske aspekter af Selskabets fremstilling såsom slibning, polering og indfatning til underleverandører, der ligger i nærheden af Selskabets produktionsanlæg. Selskabet forventer at tage et fjerde produktionsanlæg i Gemopolis i brug i anden halvdel af 2010 og har påbegyndt et femte anlæg i Gemopolis, som tidligst forventes taget i brug i 2011 eller 2012.

Pr. 30. juni 2010 havde Selskabet over 3.000 fuldtidsansatte i Thailand i fremstillingen af smykker, herunder flere hundrede sølvsmede, guldsmede og stensættere, der er oplært internt. Selskabet mener, at det kan drage fordel af, at dets anlæg ligger i Thailand, da det giver Selskabet mulighed for at udnytte en lang tradition med håndforarbejdede smykker, tilgængeligheden af kompetent og erfaren arbejdskraft, moderne produktionsfaciliteter, omkostningseffektiv lokalproduktion og den favorable thailandske investerings- og skattelovgivning for udenlandske virksomheder.

Det første af Selskabets tre nuværende produktionsanlæg blev taget i brug i august 2005. Pr. 30. juni 2010 var dets produktionsareal på 6.000 kvadratmeter. Selskabets andet produktionsanlæg blev taget i brug i august 2008. Pr. 30. juni 2010 var dets produktionsareal på 3.200 kvadratmeter. Selskabets tredje produktionsanlæg blev taget i brug i marts 2010. Pr. 30. juni 2010 var dets produktionsareal på 3.200 kvadratmeter. Selskabet har to produktionslinjer til serieproduktion i det nuværende produktionsanlæg. Selskabets første og andet produktionsanlæg udgør sammen én produktionslinje og det tredje produktionsanlæg udgør den anden produktionslinje. Selskabet undersøger i øjeblikket forskellige måder for at øge effektiviteten i sin produktion, f.eks. ved at samle visse produkter såsom charm-armbånd, charms eller guldprodukter i en enkelt produktionslinje.”

I en e-mail af 2. juli 2010 fra Thomas Ryge Mikkelsen, der var Chief Development Officer i Pandora Holding A/S, til Peter Aagaard hedder det bl.a.:

”Jeg har modtaget en mail sendt fra dig til Thomas Nyborg i Pandora Production den 24. juni 2010 angående glaskugler med hjertemønster.

Jeg kan bekræfte, Pandora i USA fører en serie sølvforede glaskugler med hjerter på. Serien består af i alt 9 farvekombinationer. Der er tale om glaskugler designet og produceret af en ekstern leverandør, udelukkende til det amerikanske marked. Leverandøren har arbejdet med design og produktion af glaskugler i adskillige år. Idet jeg henviser til sagsforløbet om royalty-betalingen, er LAC tilbage i 2009 blevet oplyst om dette forhold.

For så vidt angår spørgsmålet om hvorvidt ”*Pandora agter at lade omsætningen af netop denne perle udgå af den løbende royalty afregning til LAC*” kan vi oplyse, at omsætningen af den afbildede glaskugle ikke indgår i den løbende royalty afregning til LAC,

jf. herved Sø- Handelsrettens dom. I den forbindelse gør vi opmærksom på, at LAC aldrig har tilbudt sit hjertedesign til Pandora under den eksisterende aftale mellem LAC og Pandora.

Vi medgiver, at den pågældende glaskugle, som Pandora fører på det amerikanske marked, qua sit hjerte-formede mønster har et lighedspunkt med den glaskugle som LAC angiveligt har markedsført og solgt siden februar 2008. Formen (og dermed antageligvis selve fremstillingsteknikken) og antallet af hjerterne er imidlertid forskellig, ligesom baggrundsfarven på LAC's glaskugle ifølge LACs hjemmeside er "på en bund af sort" hvor baggrundsfarven på Pandoras glaskugle er transparent-grå. Videre forefindes navnet Pandora i sølvforingen.

Det er vores opfattelse, at LAC ikke nyder nogen særskilt beskyttelse af det pågældende hjertedesign – der findes et hav af lignende designs af glaskugler med hjerter i – og derfor heller ikke berettiget kan gøre indvending mod at Pandora hos en ekstern leverandør køber et sådant hjertedesign. I fald LAC måtte være af en anden opfattelse, beder vi venligst LAC om nærmere at redegøre herfor, hvorefter vi vil se på sagen på ny.

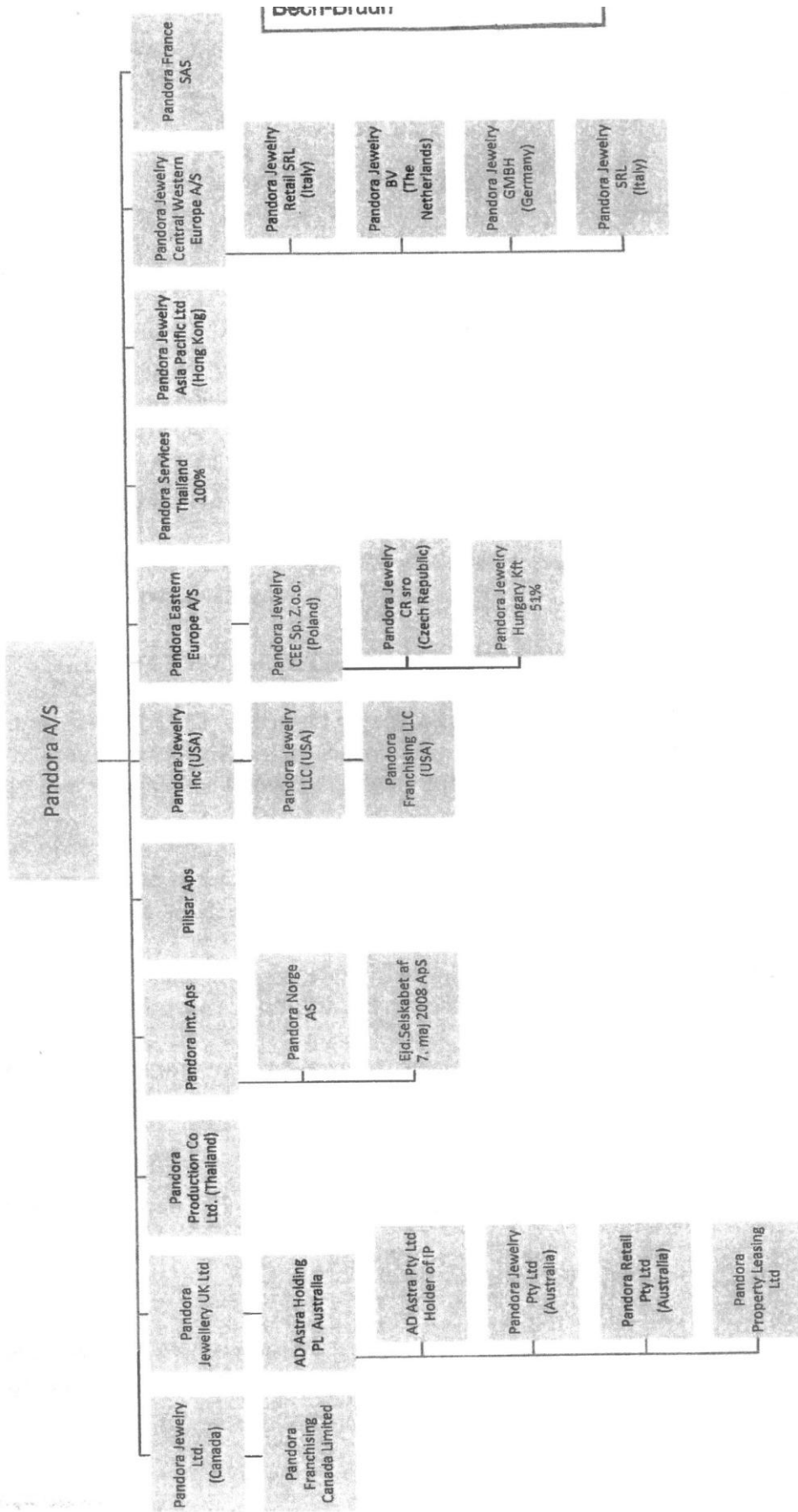
Afslutningsvis kan jeg oplyse, at vi fremover hos Pandora i udviklingsprocessen vil søge at være særligt opmærksomme på eventuelle lighedspunkter med LAC's designs med henblik på at undgå, at samme situation opstår igen."

Detailsalgsprisen for den ovennævnte glasperle med hjertemønster var fastsat til 35 USD svarende til prisen for sølvforede glasperler designet af LAC for Pandora Production i henhold til royaltyaftalen.

Det fremgår af en opgørelse over Pandora Productions omsætning af glasperler, at der i 2005-2008 er omsat 4.555.001 glasperler til en værdi af 20.453.952 USD. Der er betalt royalty til LAC på 2.690.824 USD, svarende til 13,2 % af omsætningen.

Af et brev af 30. marts 2012 fra Ernst & Young til direktørerne for Pandora Production fremgår, at der i 2011 blev omsat i alt 5.848.584 glasperler, og at LAC's royalty udgjorde 3.977.037 USD.

Pr. 30. november 2011 var den retlige struktur i Pandora-koncernen således:



Højesterets begrundelse og resultat

Denne sag angår fortolkningen og gyldigheden af pkt. 3.1 i en royaltyaftale, der i 2005 blev indgået mellem Pandora Production Co. Ltd. (Pandora Production) og Lise Aagaard Copenhagen A/S (LAC).

Royaltyaftalen

Royaltyaftalen er uopsigelig fra begge parter i 20 år, hvorefter den kan opsiges af hver af parterne med 5 års varsel, jf. aftalens pkt. 5.2. I aftalen benævnes Pandora Production som ”Pandora”.

Det fremgår af royaltyaftalens pkt. 1, at LAC skal designe en kollektion af glasperler til Pandora Production, der passer til Pandora armbånd, og at LAC hvert år skal lave et oplæg til en ny serie ”af minimum 24 glasperler”. Efter aftalens pkt. 2 yder LAC produktionsmæssig og teknisk assistance, i det omfang det er nødvendigt for Pandora Productions fremstilling. LAC skal endvidere stille et værktøj til brug for isætning af sølvforing, som selskabet har udviklet, til rådighed for Pandora Production. LAC udarbejder produktionsinstruktioner og oplærer produktionspersonale i nye modeller, hvis Pandora Production ønsker det.

Efter aftalens pkt. 3.1 skal Pandora Production løbende betale royalty til LAC med 12,5 % af ”Pandoras samlede nettoomsætning af glasperler, uanset om de er designet af LAC eller andre”. Royalty skal beregnes af det fakturerede salg til distributører, idet internt salg skal svare til tredjemands prissætning, jf. pkt. 3.2.

I en tillægsaftale af 31. januar 2006 er nævnt, at royalty udgør 12,5 % af ”Pandoras samlede nettoomsætning af glasperler”. Det fremgår endvidere af tillægsaftalen, at royalty for 2006 afregnes med 0,50 USD per glasperle, og at royalty hvert år indeksreguleres. Alle øvrige vilkår i aftalen forblev uændret. I en senere udateret tillægsaftale er ligeledes nævnt, at royalty udgør 12,5 % af ”Pandoras samlede nettoomsætning”. Det fremgår endvidere af denne tillægsaftale, at royalty for 2007 blev forhøjet til 0,52 USD per glasperle med indeksregulering som tidligere, mens aftalens øvrige vilkår forblev uændret.

Højesteret lægger efter navnlig Per Enevoldsens og Lise Aagaards forklaringer til grund, at royaltyaftalen havde sin forretningsmæssige baggrund i, at WIPEC-koncernen, der omfattede Pandora Production, ønskede med bistand fra LAC hurtigt at udvide sit varesortiment med

glasperler af egen produktion, og at LAC, der drev konkurrerende virksomhed med produktion og salg af ”Troldekugler” i glas, var villig til mod vederlag at yde bistand til etablering af denne produktion ved at levere bl.a. design og knowhow om produktionsmetoder, herunder værktøj til isætning af sølvforing.

Efter bevisførelsen, herunder Lise Aagaards forklaring, lægges det endvidere til grund, at aftalen også havde baggrund i, at LAC ønskede at sikre sig mod kopiering. Dette skal ses i sammenhæng med, at parterne nogle år inden aftalens indgåelse havde en tvist om, hvorvidt markedsføringen af ”Pandora-armbåndet” havde krænket Lise Aagaards eller hendes families rettigheder.

Fortolkning af royaltyaftalens pkt. 3.1

Pandora Production har nedlagt *en subsidiær påstand* om, at Pandora Production efter parternes aftale ikke er forpligtet til at betale royalty for salg af glasperler under varemærket PANDORA, hvis glasperlerne er designet af tredjemand og produceret uden anvendelse af den af LAC tilførte knowhow.

Højesteret finder, at påstanden har fornøden klarhed og tager den derfor under pådømmelse.

Royaltyaftalens pkt. 3.1 indeholder en klar bestemmelse om, at royalty skal betales af ”Pandas samlede nettoomsætning af glasperler”, og denne bestemmelse er gentaget i tillægsaftalen af 31. januar 2006 om royalty for 2006 og den senere, udaterede tillægsaftale om royalty for 2007. Det er i bestemmelsen i den oprindelige royaltyaftale præciseret, at dette gælder, ”uanset om [glasperlerne] er designet af LAC eller andre”, og der er ikke taget forbehold om, at man skal udeholde perler produceret uden anvendelse af den knowhow, LAC tilførte.

Royaltyaftalen indeholder ingen bestemmelser, der forhindrer Pandora Production i at producere glasperler med anvendelse af andre design og andre produktionsmetoder end dem, LAC havde tilført. Aftalens pkt. 3.1 indeholder tværtimod en klar forudsætning om, at Pandora Production kan producere glasperler, der er designet af andre end LAC. Pandora Production anvendte endvidere fra et tidligt tidspunkt af samarbejdet en anden produktionsmetode end LAC’s til isætning af sølvforing, uden at dette mødte indsigelse fra LAC.

Henset hertil og til det foran anførte om royaltyaftalens baggrund og i mangel af nærmere oplysninger om en anden fælles forståelse finder Højesteret, at aftalen skal forstås således, at royalty beregnes af Pandora Productions nettoomsætning af glasperler uden udeholdelse af glasperler designet af andre end LAC og produceret uden anvendelse af den af LAC tilførte knowhow.

Pandora Productions subsidiære påstand kan herefter ikke tages til følge.

Pandora Production har endvidere nedlagt *en mere subsidiær påstand* om, at Pandora Production efter aftalen ikke er forpligtet til at 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.

Pandora Jewelry LLC er ikke og har aldrig været part i royaltyaftalen med LAC, og aftalen indeholder ingen bestemmelse om, at Pandora Production skal betale royalty af Pandora Jewelry LLC's salg eller af alle koncernforbundne selskabers salg, hvorved bemærkes, at Pandora Jewelry LLC ved aftalens indgåelse i 2005 ikke indgik i WIPEC-koncernen, men siden 2008 har været en del af Pandora-koncernen, hvori Pandora Production også er et datterselskab.

Således som den mere subsidiære påstand er formuleret, omfatter den imidlertid også f.eks. tilfælde, hvor de solgte glasperler er produceret og designet af en virksomhed på grundlag af en aftale med Pandora Production om outsourcing af produktionen, det være sig til en virksomhed i eller uden for Pandora-koncernen. Hverken i royaltyaftalen med LAC eller i parternes forhandlinger eller forudsætninger er der noget holdepunkt for, at Pandora Production skulle være berettiget til undgå royaltybetaling til LAC ved at overlade den royaltyudløsende produktion af glasperler til en virksomhed i eller uden for Pandora-koncernen og overlade salget af glasperlerne til eksterne kunder til et søsterselskab i Pandora-koncernen.

Efter det anførte kan Pandora Productions mere subsidiære påstand, således som den er formuleret, ikke tages til følge.

Gyldigheden af royaltyaftalens pkt. 3.1

Konkurrenceretlige forhold

Pandora Productions *principale påstand om stadfæstelse* indebærer, at royaltyaftalens forpligtelse til at betale royalty af nettoomsætning af glasperler designet af andre end LAC, ikke kan gøres gældende. Dette støttes principalt på, at bestemmelsen er i strid med artikel 101, stk. 1, i TEUF (tidligere artikel 81, stk. 1, i TEF), eller i hvert fald konkurrencelovens § 6, stk. 1, idet den har til formål at begrænse konkurrencen.

Det følger af artikel 101, stk. 1, i TEUF, at aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke samhandlen 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.

Parterne er enige om, at royaltyaftalen kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater i artikel 101, stk. 1's forstand.

Ved bedømmelsen af, om royaltyaftalen har til formål at begrænse konkurrencen i strid med artikel 101, stk. 1, er det efter EU-Domstolens praksis nødvendigt at tage aftalens egentlige formål i betragtning, hvorved der må tages hensyn til den økonomiske sammenhæng, hvori den skal gælde. Kun hvis en analyse af indholdet af aftalen ikke med tilstrækkelig klarhed viser, at konkurrencen vil lide skade, må der foretages en undersøgelse af dens virkninger, jf. f.eks. præmis 55 i EU-Domstolens dom af 6. oktober 2009 i forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidligere Glaxo Wellcome plc, mod Kommissionen.

Kommissionen har i pkt. 81 i sine retningslinjer om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 (nu artikel 101 i TEUF) på teknologioverførselsaftaler (meddelelse 2004/C 101/02) givet udtryk for, at aftaler mellem konkurrenter, hvorved der beregnes royalty på basis af det samlede salg af produkter, hvad enten den overførte teknologi benyttes eller ej, i almindelighed begrænser konkurrencen, fordi de gør det dyrere for licenstagere at benytte sin egen teknologi og begrænser den konkurrence, der eksisterede ved aftalens indgåelse. Sådanne aftaler har derfor efter Kommissionens opfattelse i almindelighed til formål direkte eller indirekte at begrænse en parts adgang til at fastsætte sine egne priser ved salg af produkter til tredjemand eller at begrænse licenstagere muligheder for at udnytte egen teknologi, jf. artikel 4, litra a og d, i Kommissionens Forordning nr. 772/2004 af 27. april 2004 om anvendelse af traktatens artikel

81, stk. 3, på kategorier af teknologioverførselsaftaler. Kommissionen har i sin meddelelse også givet udtryk for, at den som hovedregel vil tage udgangspunkt i de nævnte retningslinjer ved bedømmelsen efter artikel 81 (nu artikel 101) af aftaler om overførsel af ophavsrettigheder med henblik på reproduktion og distribution af det beskyttede værk, jf. meddelelsens pkt. 51.

Højesteret finder, at det, som Kommissionen har anført i den nævnte meddelelse, må indgå i vurderingen af, om parternes royaltyaftale har til formål at begrænse konkurrencen i strid med artikel 101, stk. 1. Dette gælder, hvad enten parternes royaltyaftale anses for en teknologioverførselsaftale i den nævnte forordnings forstand eller ej. Som anført i meddelelsens pkt. 3 skal de principper, der er fastsat i retningslinjerne, imidlertid ”anvendes i overensstemmelse med de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag. Dette udelukker en mekanisk anvendelse af retningslinjerne. Hver enkelt sag skal vurderes ud fra de konkrete sagsforhold.”

Parternes aftale indebar, at Pandora Production hurtigt og effektivt kunne komme i gang med at producere glasperler af høj kvalitet til brug for ”Pandora-armbåndet” og således fremme konkurrencen på dette område, herunder også i forhold til LAC. Dette må anses for afspejlet i vederlæggelsesordningen.

Vederlæggelsesordningen tager endvidere højde for fremtidige tvister mellem parterne om kopiering, idet ordningen sikrer, at LAC kan få betaling for sine ydelser, uden at der skal tages stilling til, om og i givet fald i hvilket omfang glasperler produceret af Pandora Production reelt er designet af tredjemand, idet LAC også i disse tilfælde skal have royalty for salget af glasperler.

Efter de foreliggende oplysninger må det desuden lægges til grund, at der indgår en række faktorer i fastsættelsen af prisen for en glasperle, og at royaltybetalingen kun udgør en meget lille del heraf. Det må derfor antages, at prisen for en glasperle kun i et ubetydeligt omfang påvirkes af royaltybetalingen.

På denne baggrund finder Højesteret, at det ikke med tilstrækkelig klarhed fremgår af parternes royaltyaftale, at den har til formål at begrænse konkurrencen. Det kan ikke føre til en anden vurdering, at aftalen, der indeholder forpligtelser for begge parter, er uopsigelig i 20 år, hvorefter den kan opsiges med 5 års varsel.

Herefter, og da det ikke er nærmere belyst, hvorvidt aftalen har mærkbare konkurrencebegrænsende virkninger på det relevante marked, finder Højesteret det ikke godtgjort, at vilkåret i aftalens pkt. 3.1, hvorefter Pandora Production også skal betale royalty for salg af glasperler designet af tredjemand, har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen i strid med artikel 101, stk. 1 (tidligere artikel 81, stk. 1).

Efter det foran anførte finder Højesteret det heller ikke godtgjort, at det nævnte vilkår er i strid med konkurrencelovens § 6, stk. 1, hvorefter det er forbudt for virksomheder at indgå aftaler, der direkte eller indirekte har til formål eller følge at begrænse konkurrencen.

Aftalelovens § 36

Pandora Production har til støtte for den principale påstand om stadfæstelse subsidiært anført, at forpligtelsen efter royaltyaftalens pkt. 3.1 til at betale royalty for salg af glasperler, der er designet af andre end LAC, bør tilsidesættes i medfør af aftalelovens § 36.

Royaltyaftalen er indgået mellem erhvervsdrivende og er et resultat af parternes overvejelser om forretningsmæssige risici og økonomiske forhold. Herefter, og da der ikke foreligger senere indtrufne omstændigheder, som gør royaltybestemmelsen urimelig, finder Højesteret, at der ikke i medfør af aftalelovens § 36 er grundlag for at tilsidesætte aftalens pkt. 3.1, hverken helt eller delvis.

Herefter frifindes LAC også for Pandora Productions principale påstand.

LAC's selvstændige påstande

LAC's selvstændige subsidiære, mere subsidiære og alternative påstande er nedlagt for det tilfælde, at Pandora Production får helt eller delvis medhold i sine principale, subsidiære eller mere subsidiære påstande. Da Højesteret som anført frifinder LAC for disse påstande, bortfalder LAC's selvstændige påstande.

Sagsomkostninger

I sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten og Højesteret skal Pandora Production til LAC betale i alt 825.000 kr., hvoraf 600.000 kr. er til dækning af udgift til advokatbistand for begge instanser og 225.000 kr. til dækning af retsafgift for Højesteret. Det bemærkes, at LAC's betaling af retsafgift for Sø- og Handelsretten er begrundet alene i LAC's selvstændige påstande, som LAC ikke har fået medhold i.

Thi kendes for ret:

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

I sagsomkostninger for Sø- og Handelsretten og Højesteret skal Pandora Production Co. Ltd. betale 825.000 kr. til Lise Aagaard Copenhagen A/S.

Det idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.