

– MNE

**UDSKRIFT  
AF  
SØ- & HANDELSRETTENS DOMBOG**

---

**DOM**

Afsagt den 29. juni 2016

**V-29-15**

DJEEO A/S  
(advokat Peter Schønning)  
mod  
University College Sjælland  
(advokat Christina Wiesner Færch)

**Sagens baggrund og parternes påstande**

Sagen angår, om University College Sjælland ved at udvikle sit eget digitale læringsspil har tilsidesat DJEEO A/S' rettigheder i henhold til den såkaldte "Informationsaftale" indgået med Center for Undervisningsmidler Sjælland, og/eller har overtrådt markedsføringsloven.

DJEEO A/S har nedlagt påstand om, at University College Sjælland skal betale 1.500.000 kr. med sædvanlig procesrente fra sagens anlæg.

University College Sjælland har påstået frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.

### **Oplysningerne i sagen**

DJEEO A/S (DJEEO) er en mindre dansk software virksomhed, som blev stiftet i 2007. I 2008 lancerede DJEEO det digitale læringsspil, DJEEO Education, som er et GPS-baseret orienteringsløb målrettet til elever i folkeskolen. Spillet kombinerer bevægelse, samarbejde, kommunikation, læring og it.

University College Sjælland (UCSJ) er en professionshøjskole og fungerer som en selvejende institution inden for den offentlige forvaltning.

Det fremgår af UCSJ's vedtægter § 3, at professionshøjskolens opgave består i;

”... at udbyde og udvikle videregående uddannelse og at varetage praksisnære og anvendelsesorienterede forsknings- og udviklingsaktiviteter og herigennem aktivt medvirke til, at ny viden tilvejebringes og bringes i anvendelse i såvel den private som offentlige sektor...”

I 2014 lancerede UCSJ det digitale læringsmiddel Xplore2learn, hvor der via en app kan udvikles orienteringsløb for skoleelever, hvor samarbejde, bevægelse og læring kombineres.

USCJ indgår i samme organisation som Center for Undervisningsmidler Sjælland (CFU), som blandt andet distribuerer læremidler til skolerne.

CFUs ret til at distribuere læremidler til skolesystemet fremgår af en særskilt aftale herom, den såkaldte Informationsaftale, som er indgået mellem Professionshøjskolerne i Danmark ved Center for Undervisningsmidler Danmark, Forlæggerforeningen og Brancheforeningen for Undervisningsmidler, senest den 17. januar 2012. Det er oplyst, at DJEEO er medlem af denne brancheforening.

Informationsaftalen fungerer som en samarbejdsramme mellem forlagene og CFU og omfatter alle analoge og digitale materialer, der er fremstillet til brug for undervisning i grundskolerne mv. DJEEO Education er også omfattet af aftalen.

Ifølge Informationsaftalen er forlagene forpligtet til at stille alle analoge og digitale materialer til rådighed for centrene uden betaling, og centrene er herefter forpligtede til at aftage minimum ét eksemplar af hvert materiale. Herefter kan et center tilkøbe yderligere informationseksemplarer med 50 % rabat.

Det fremgår af Informationsaftalens krav til centrenes ressourcer og informationsaktivitet at:

" ...

Centrenes virksomhed må ikke kompromittere deres evne til uvildig information.

Centrenes produktioner, der komplementerer og ikke konkurrerer med forlagenes undervisningsmaterialer er tilladt. I tvivlstilfælde kan en produktion forelægges til drøftelse i FUI.

..."

FUI, Fonden for Undervisningsinformation, er øverste samarbejdsorgan for Informationsaftalens aftaleparter og kan afgøre tvivlsspørgsmål vedrørende aftalens indhold og omfang.

I Informationsaftalens bilag A, benævnt "Informationsaftalens fordelingsliste over CFU Centre", fremgår bl.a. CFU Sjælland (USCJ).

### De to produkter

Både DJEEO Education og Xplore2learn er digitale læringsmidler, der er udformet som orienteringsløb henvendt til primært grundskolerne. DJEEO Education anvender ekstern GPS-teknologi og mobiltelefoner som led i spillet, hvorimod Xplore2learn tilgås via en app på en smartphone eller tablet.

Der er ikke gennemført syn og skøn eller indhentet sagkyndige udtalelser eller erklæringer til brug for sagen, men Michael Holstein (medejer af DJEEO) har til brug for sagen udarbejdet en redegørelse, der sammenligner de to produkter, og som er gennemgået i retten.

Det fremgår af redegørelsen, at Mikael Scheby og Jacob Kiellberg, som begge var/er ansat hos CFU, er registrerede som aktive brugere af DJEEO Education, og at Mikael Scheby, ifølge UCSJs vejledning i brug af DJEEO Education, yder førstehjælp til brugere af DJEEO Education. Mikael Scheby er ifølge CFU Sjællands nyhedsmail samtidig anført som kontaktperson for Xplore2learn.

I redegørelsen har Michael Holstein opsummeret nogle fælles nøgle karakteristika for de to læringsmidler og har anført, at DJEEO Education og Xplore2learn har fælles koncepter, samme målgruppe, samme motivationsfaktorer, fokus på samarbejde og bevægelse, og at der ved begge produkter er tale om et virtuelt orienteringsløb med poster undervejs.

Michael Holstein har endvidere redegjort for de konkurrerende produkter Woop og Mapop.

Der er under sagen fremlagt procestegninger af den praktiske anvendelse af såvel DJEEO Education som Xplore2learn samt screendumps fra DJEEO Educations instruktionsvideo, som i nærmere omfang er gennemgået under sagens forelæggelse.

Ifølge Xplore2learns procestegninger forudsætter brug af app'en ingen indkøb af hardware, da eleverne bruges egne smartphones efter konceptet "Bring Your Own Device".

#### Oprettelse og gennemførelse af løb

Ifølge UCSJs redegørelse om de to produkter kan der oprettes et nyt orienteringsløb i DJEEO Education ved at logge ind på gamemaster.djeeo.dk. Herefter skal der indtastes forskellige basisinformationer, herunder løbsnavn, hold, bane og emnepakker, oprettelse af base, spørgsmål mv. Efter oprettelsen printes opgavehæfter, en vejledning til hvert hold samt en

Gamemaster-vejledning til underviseren. Underviseren skal derudover koordinere hvilke GPS-enheder, de forskellige hold får samt tænde dem.

For at anvende DJEEO Education skal skolen have en Playbox. Derudover kræver spillet et device med adgang til internettet for at kunne være koblet til portalen under løbet. Løbet kræver endvidere mobiltelefoner med taletid, så eleverne kan ringe til basen undervejs. GPS-trackerne medfører, at grupperne og underviseren under spillet kan følge "agenterne" i marken på en skærm. Underviseren kan tillige sætte spillet på pause.

Ifølge UCSJs redegørelse skal der logges ind via UNI-Login, når et løb skal oprettes i Xplore2learn. Efter forskellige løbs informationer, herunder navn, beskrivelse og egenskaber, oprettes poster til ruten med angivelse af svarmuligheder. Eleverne logger herefter ind på app'en med løb id og pin-kode. For at kunne anvende app'en kræves det under løbet, at eleverne har adgang til en smartphone/tablet med adgang til Google Android eller Apple IOS styresystem. Xplore2learn spilles offline, og der er ingen muligheder for at følge eleverne undervejs i spillet.

Det er i begge spil muligt at angive flere svarmuligheder til de enkelte spørgsmål efter princippet "multiple choice".

### Indtægtsdækket virksomhed

Den 11. november 2014 skrev Michael Holstein til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og bad styrelsen om at forholde sig til, om ikke en offentlig institution var med til at skabe konkurrenceforvridning ved udviklingen af Xplore2learn, samt om CFU kan yde uvildig rådgivning samtidig med, at de selv ejer et produkt.

Af materialet til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fremgår det blandt andet, at DJEEO havde mistet Hedensted Kommune som kunde, idet kommunen, ifølge deres hjemmeside, havde fravalgt DJEEO Education til fordel for Xplore2learn.

Den 28. januar 2015 svarede daværende uddannelses- og forskningsminister, Sofie Carsten Nielsen, på et spørgsmål fra Merete Riisager fra Liberal Alliance, som bl.a. angik, om CFU havde lovhjemmel til at fremstille egne undervisningsmidler til landets skoler. Ifølge ministerens svar var der i lov om centre for undervisningsmidler m.v. og i bekendtgørelse om professionshøjskoler for videregående uddannelser hjemmel til, at centrene inden for visse rammer må fremstille og sælge undervisningsmidler efter reglerne om indtægtsdækket virksomhed.

Det fremgår af UCSJs årsrapport fra 2014, punkt 6 om indtægtsdækket virksomhed, at det samlede resultat i 2014 for UCSJs aktiviteter var 705.000 kr.

Ifølge Deloitte's Revisionsprotokollat af 25. marts 2015 til årsrapporten fra 2014, fremgår det, at de foretagne dispositioner i 2014 i al væsentlighed er foretaget inden for institutionens vedtægtsmæssige formål samt at udbud af kurser og andre aktiviteter som indtægtsdækket virksomhed er sket i overensstemmelse med reglerne for indtægtsdækket virksomhed.

Det fremgår af bilaget over omkostninger forbundet med udvikling og drift af Xplore2learn, at der i perioden fra 2013 til 2017 er estimeret udgifter på i alt 1.665.581 kr. Ifølge bilaget over indtægter forbundet med salg af Xplore2learn er indtægten i 2016 budgetteret til i alt 375.000 kr. nationalt og 200.000 kr. globalt.

Den 27. oktober 2015 udtalte Styrelsen for Videregående Uddannelser, efter indhentelse af en redegørelse fra UCSJ, blandt andet, at Xplore2learn lå indenfor rammerne af, hvad der kunne gennemføres som indtægtsdækket virksomhed. Vedrørende prisfastsættelsen for produktet bemærkede styrelsen:

"... Det er styrelsens forståelse, at det modtagne budget kun delvist er omkostningsbaseret, idet der ikke fremgår aktivering og afskrivning af udviklingsomkostningerne. Styrelsen forventer, at UCSJ sikrer sig, at prisfastsættelsen er baseret på et omkostningsbaseret budget, der ikke udviser et akkumuleret resultat, som er negativt fire år i træk.

Det er styrelsens forståelse, at UCSJ's lærere og pædagoguddannelser anvender produktet. På den baggrund indgår der en positiv omkostning i budgettet, beregnet som produktets pris ganget med antallet af studerende. Styrelsen vurderer på det foreliggende

grundlag, at der er tale om et internt salg fra den indtægtsdækkede virksomhed til den almindeligere virksomhed (lærer- og pædagoguddannelserne). Styrelsen finder derfor, at posten bør indgå i budgettet, idet styrelsen forventer, at UCSJ bogfører den interne transaktion mellem den indtægtsdækkede virksomhed og den almindelige virksomhed i regnskabet.

Styrelsen noterer, at det modtagne budget indeholder indtægter fra nationalt og internationalt salg. Styrelsen forventer, at UCSJ sikrer dækning af de langsigtede gennemsnitsomkostninger ved minimum årligt at følge op på opfyldelsen af forudsætningerne i det budget, der danner grundlag for prisfastsættelsen...”

Den 10. november 2015 skrev Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en e-mail til Michael Holstein, at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen på baggrund af Michael Holsteins e-mail af 11. november 2014 og Styrelsen for Videregående Uddannelsers udtalelse af 27. oktober 2015 ikke havde mulighed for at gå videre med den konkrete sag.

Den 19. april 2016 sendte prorektor for UCSJ, Camilla Wang, et brev til Styrelsen for Videregående Uddannelser med en redegørelse for de punkter, som styrelsen havde opstillet i udtalelsen af 27. oktober 2015, herunder særligt vedrørende prisfastsættelsen af Xplore2learn.

Camilla Wang anførte blandt andet i brevet, at DJEEO Education ikke var taget i betragtning ved prisfastsættelsen, da de to produkter ikke kunne sammenlignes, og redegjorde nærmere herfor. Hun anførte endvidere, at DJEEO Educations pris var fastsat ud fra antallet af elever, mens Xplore2learn blev fastsat ud fra antallet af læringsmedarbejdere, samt at Xplore2learn ikke var lønbærende i drift, idet der ikke blev ydet support eller lignende.

## **Forklaringer**

Der er under sagen afgivet forklaring af Michael Holstein, Bjørn Ilsøe, Mikael Scheby, Lasse Bjerregaard, Viggo Bundgaard, Camilla Wang og Niels Askær.

Michael Holstein har bl.a. forklaret, at han er uddannet ingeniør. Han er medejer og stifter af DJEEO ApS, og han har været med til at udvikle DJEEO Education, som blev lanceret i august 2008.

Det var elevernes behov for mere bevægelse og nye måder at samarbejde på, der resulterede i udviklingen af DJEEO Education. Det kostede i alt ca. 3 mio. kr. at udvikle DJEEO Education, da det var nødvendigt at indhente viden fra folkeskolerne og hos Dansk Skoleidræt om læring og bevægelse.

Efter lanceringen af DJEEO Education gik salget godt. På det tidspunkt var det nytænkende at kombinere motion med elektronisk udstyr. Hans erfaring med DJEEO Education var, at selv de uengagerede deltagere blev mere og mere engagerede undervejs i spillet, og at læringen var størst, når det skete under leg med andre.

Det var ligeledes nyt inden for branchen, at spillet blev solgt som et abonnement. DJEEO Education var længe førende på markedet for digitale læringsspil, og de forventede, at konkurrenter til digitale læringsspil ville blive udviklet.

DJEEO Education sælges til hele skoler ad gangen eller samlet til den enkelte skoles klassetrin fra 3 til 9. klasse. Spillet kostede i starten 19 kr. pr. elev. Det er normalt at beregne prisen pr. elev. Skolerne kan herefter selv søge statsstøtte på 50 % af købsprisen, som også tildeles pr. elev. DJEEO Education er det eneste læringsspil, der er berettiget til statsstøtte.

Prisen er sidenhen nedsat til 15 kr. pr. elev på grund af konkurrencen fra det billigere produkt, Xplore2learn. Siden lanceringen af Xplore2learn har der næsten ikke været salg til nye kunder.

Det er CFU, der køber det enkelte produkt af producenterne. I dette tilfælde købte CFU nogle abonnementer til DJEEO Education, der blev udlånt til skolerne, som herefter kunne afprøve produktet. Flere ansatte fra CFU Sjælland var på kursus hos DJEEO om DJEEO Education, herunder Mikael Scheby, som var kontaktperson for DJEEO Education og Jacob Kiellberg.

DJEEO Education og Xplore2learn er sammenlignelige produkter. De bygger på samme koncepter, samme begrebsverden og formål og har sammenlignelige produktbeskrivelser. Spil-



lene anvender GPS og har fokus på undervisning, bevægelse og samarbejde. Derudover anvender begge spil ruter/baner, og der er opgaver undervejs i spillet, der begge kan formuleres som multiple choice-spørgsmål. Begge læringsspil har en opgavebank, således at lærerne kan anvende hinandens opgaver. Ved oprettelsen af spil, skal der i begge spil vælges fag og klassetrin, og under oprettelsen er der den samme designfejl omkring skærmopløsningen i begge spil. Den anvendte skærmopløsning i DJEEO Education blev anvendt på de fleste skoler, da spillet blev lanceret. Skærmopløsningen er siden hen blevet konstant større. Der bør ligeledes anvendes PC ved oprettelsen af spil på Xplore2learn.

Forskellen mellem de to læringsmidler består i, at DJEEO Education anvender en særskilt GPS, hvorimod Xplore2learn anvender smartphonens indbyggede GPS og spilles via en app.

UCSJ og CFU har været kunder siden 2010. Mikael Scheby og Jacob Kiellberg er anført som aktive brugere af DJEEO Education. Mikael Scheby er samtidig anført som fagkonsulent for Xplore2learn og som eksperthjælp for DJEEO Education. Der er således sammenfald af medarbejdere, som har beskæftiget sig med både DJEEO Education og Xplore2learn.

Vedrørende prisfastsættelse tager Xplore2learn udgangspunkt i Skælskør Skole, men eksemplet er ikke retvisende, da der alene er 8 elever pr. lærer, hvorimod der på landsplan i gennemsnit er 11 elever pr. lærer.

DJEEO har lidt et tab i omfanget af 3.100.000 kr., efter at Xplore2learn kom på markedet. Beløbet er beregnet ud fra, hvad DJEEOs indtægt ville have været, hvis blot 50 % af kunderne, som havde købt Xplore2learn, i stedet havde købt DJEEO Education. Procentsatsen er sat væsentligt lavere end det reelle tab.

I DJEEOs årsregnskab fra juli 2013 til juli 2014 faldt omsætningen blandt andet fordi, de forsøgte at sælge 3-årige abonnementer. I foråret 2014 var salget også påvirket af lærerkonflikten. Dog gik driften i den rigtige retning. Markedet er nu vænnet til, at produkterne kan købes så billigt som Xplore2learn, og kunderne er meget prisfølsomme. DJEEOs omkostninger

er ca. 75 % af salgsprisen, idet de eksterne omkostninger koster ca. 2.500 kr. og resten er de øvrige faste omkostninger.

Endomondo bruges primært af sportsfolk og er ikke tilpasset folkeskoler, hvorfor app'en ikke anses som en konkurrent til DJEEO Education. Han har aldrig stødt på Geoquestor eller Aris hos folkeskolerne, da de har engelske brugerflader. Mapop, der blev lanceret i april 2015, er en af konkurrenterne til DJEEO Education. Mapop deltog på Skolemessen i Århus, som var arrangeret af CFU. Det var UCSJ, der stod for det praktiske på messen.

Bjørn Ilsøe har bl.a. forklaret, at han er chef for CFU ved Professionshøjskolen UCC i København. Han er formand for chef og lederkredsen for CFU Danmark og herunder ansvarlig for samarbejdsaftaler, som blandt andet omfatter Informationsaftalen. Han varetager den formelle kontakt med de forskellige brancher.

CFU udsprang fra amterne. De gamle Amtscentraler blev formateret i Professionshøjskoler. CFU tager sig at de kortere kursus til folkeskoler og gymnasier, yder rådgivning, laver vejledninger, udarbejder distributionsaftaler og leverer supplerende materialer til folkeskoler og gymnasier. CFU har et tæt forhold til forlagene. CFU udlåner materialet fra forlagene til skolerne og er på den måde med til at sikre, at folkeskolerne har supplerende lærermidler til rådighed.

Der er indgået en samarbejdsaftale, i form af Informationsaftalen, med forlagene. Forlagene stiller deres materialer til rådighed i CFUs samlinger. Skolerne, primært grundskoler og gymnasier, har herved let adgang til at orientere sig om de læremidler, der er tilgængelige på markedet.

Ifølge Informationsaftalen behandler FUI, hvor han er en del af styregruppen, tvister omfattet af aftalen. Sagen har været drøftet i FUI, men det blev vurderet, at FUI ikke kunne behandle sagen, da stifterne af Xplore2learn ikke var ansat hos CFU. Han ville nok selv have håndteret sagen anderledes. Siden han startede i 2002 har FUI behandlet to andre tvister af lignende karakter. I den ene sag blev produktet fjernet fra CFUs sortiment.

Medlemmerne af FUI er enige om, at Informationsaftalen indeholder en konkurrenceklausul, som ikke har et egentlig juridisk indhold men mere har karakter af en samarbejdsaftale. FUI ser helst at tvister løses i mindelighed. Konkurrenceklausulen bør ændres, så den er mere juridisk bindende. I 2016 kom der en allonge til Informationsaftalen. Tvister skal nu afgøres ved et nævn med repræsentanter for parterne.

Mikael Scheby har bl.a. forklaret, at han er uddannet lærer og var fra 2002 til 2014 ansat som pædagogisk konsulent i matematik, naturfag og idræt hos CFU Sjælland, som er en del af UCSJ. Han varetog informationspligten omkring lærermidler. I 2014 startede han hos Astra, som er det nationale center for læring i natur, teknik og sundhed.

Et af de læringsmidler som CFU håndterede var DJEEO Education. Hans opgave var at sørge for, at produktet fungerede hos skolerne. Han var primært i kontakt med DJEEO, hvis produktet ikke virkede.

Idet han fungerede som fagkonsulent, var han bekendt med lovkrav og hvilke lærermidler, der var relevante for fagene. Han stod anført som kontaktperson for både DJEEO Education og Xplore2learn. Han var dog stoppet hos UCSJ, da Xplore2learn blev sat i produktion, hvorfor det ikke gav mening at han var anført som kontaktperson.

Han var på kursus i 2011 hos DJEEO, hvor han prøvede DJEEO Education. Der var tale om et almindeligt brugerkursus, og de fik alene almindelig bruger-viden om produktet. Han har længe før DJEEO Education blev lanceret, været involveret i orienteringsløb. Han har været med til at lave lærings-orienteringsløb for Lyngby Taarbæk Kommune. Dette var uden mobiltelefoner men med walkie-talkie. Under disse orienteringsløb var der ligeledes en base, hvorfra nogle deltagere guidede de andre rundt i marken. Da han blev ansat hos CFU Sjælland lavede de kurser i radioorienteringsløb i tiden indtil, at de købte DJEEO Education.

Xplore2learn blev udarbejdet af et par konsulenter og af Lasse Bjerregaard, som var chef for CFU. De brainstormede omkring mulighederne for digitale løsninger for lærermidler i folke-

skolerne. Lasse Bjerregaard havde et ønske om at koble fysisk bevægelse sammen med en platform, som fungerede via en app under tesen "Bring Your Own Device", også kaldet BYOD. Efter folkeskolereformen ville lærerne få mindre forberedelsestid end tidligere, og der var et behov for, at det skulle være nemt, at planlægge og sætte eleverne i gang med en aktivitet. Der var ingen apps på markedet, der kunne dække dette behov. Lasse Bjerregaard undersøgte, hvor mange elever, der havde smartphones og dermed adgang til internettet og apps. Det viste sig, at det typisk var elever fra 4. klasse og op, der havde egen smartphone.

I de indledende faser af udviklingen af Xplore2learn, talte de talte ikke om DJEEO Education, idet DJEEO Education var meget mere omfattende og kunne flere ting, end hvad målet med Xplore2learn var. Det skulle med en app være muligt at anvende skolernes egne Ipads til de yngre elever, og til de elever som ikke havde smartphones. Der er ikke tale om efterligning af DJEEO Education. DJEEO Education bruger ikke smartphones, og der skal printes en del papirer til brug for spillet. De to spil er opbygget om forskellige databaser. Lighederne er alene, at der anvendes almindelige orienteringsløbsudtryk, samt at forberedelsen til begge spil sker via en computer.

DJEEO Education anvender eksterne GPS-trackere og traditionelle mobiltelefoner, så elever i marken kan tale med eleverne på basen. I DJEEO Education udstyres basen med en storskærm, som viser pointscoren i spillet og agenterne i marken. Eleverne bliver herefter guidet frem til posterne, og der dukker et spørgsmål op på storskærmen, som agenterne i marken herefter kan finde i den medbragte papirudgave, som herefter skal løses. Opgaverne kan ikke løses alene, og DJEEO Education er bygget op omkring kommunikation.

Det kræver et vist kendskab til DJEEO Education at kunne oprette og afvikle et spil. DJEEO Education er et godt værktøj til teambuilding, og der er mange flere muligheder med DJEEO Education, hvorfor det er naturligt, at skolerne har begge spil, og at det er dyrere end Xplore2learn. Han var ikke med til prisfastsættelsen af Xplore2learn. Det er formentligt muligt, at udvikle DJEEO Education til, at der anvendes smartphones med indbygget GPS, således at det bliver billigere.

Xplore2learn tilgås via en app, hvor der indtastes et løb og en pinkode, hvorefter man bliver guidet rundt til posterne. Spørgsmålene kommer ind på app'en via en QR-kode. Det er dog ikke muligt at følge eleverne på denne app.

Han var med til at planlægge standen som UCSJ havde på skolemessen i København. Han kender ikke til app'en fra Mapop.

Lasse Bjerregaard har bl.a. forklaret, at han er uddannet pædagog og har bl.a. været ansat som chef for CFU Sjælland og har herunder været chef for en tværgående forretningsudviklingsenhed under UCSJ med reference til prorektor Lena Venborg. Han var ansat indtil maj/juni 2015.

Han var med til at udvikle ideen til Xplore2learn, og han var ansvarlig for processen. Efter folkeskolereformen skulle der være mere fokus på bevægelse herunder igennem digitale læremidler. Der var også behov for, at læringsmidlet var let at tilgå og kunne genbruges, da lærerne manglede forberedelsestid. Det var naturligt, at Xplore2learn blev udviklet som app, da skolerne har Ipads, og de fleste elever har smartphones. Han havde intet kendskab til DJEEO Education, før DJEEO selv rettede henvendelse om sagen.

Han kan ikke se, at Xplore2learn er en efterligning af DJEEO Education. Han spurgte Bo Møller fra HTML 24, som programmerede Xplore2learn, om de havde kopieret DJEEO Education, hvilket de afviste. Der var ingen designfejl i Xplore2learn, da det kun var sådan, det kunne laves.

Der var krav om, at Xplore2learn gav overskud inden for en 4-årig periode. Introprisen var 25 kr. pr. lærer, hvis der blev købt til min. 10 lærere, og der var krav om, at app'en blev købt til alle skolens lærere. Prisen blev fastsat pr lærer og ikke pr elev, da det var læreren, der skulle bruge app'en, og det var nemt at finde ud af, hvor mange lærere, der var ansat på den enkelte skole. Som enkeltperson ville app'en koste 400 kr. De frygtede konkurrencen fra de gratis apps. Prisen blev ikke fastsat ud fra prisen for DJEEO Education, da han ikke kendte til DJEEOs produkt.

Udviklingen af Xplore2learn var ikke et CFU-projekt. Den tid som Mikael Scheby, Tom Stub Christiansen og han selv brugte på projektet blev frikøbt af UCSJ. Det var derfor UCSJ's app.

Det er misvisende, at Xplore2learn omtales som "vores app" på CFUs hjemmeside. I adresse-linjen fra skærmprintet står der USCJ.

Han har ikke "liked" det fremlagte facebook opslag af 19. september 2014. Han likede det oprindelige opslag, som der herefter blev kommenteret på, hvorefter det fremstår som om, at han likede det fremlagte opslag.

Han kender godt til Informationsaftalen, som blev underskrevet i 2012. Da Xplore2learn ikke var et CFU projekt, var app'en ikke underlagt Informationsaftalen.

Viggo Bundgaard har bl.a. forklaret, at han er ansat som økonomichef for UCSJ. Han har ansvaret for, at reglerne om indtægtsdækket virksomhed (IDV) bliver overholdt af UCSJ. Med IDV-bekendtgørelsen har blandt andet USCJ mulighed for at lave kommercielle aktiviteter, så længe aktiviteterne går i balance over en 48 måneders periode. Før aktiviteterne begyndes, skal der udarbejdes en business case, der viser at aktiviteterne vil gå i balance. Efterfølgende skal der laves et regnskab over aktiviteten.

Xplore2learn er en IDV-aktivitet, og reglerne er overholdt. Styrelsen for Videregående Uddannelser bemærkede i deres brev af 27. oktober 2015 til UCSJ, at prisfastsættelsen skulle ske ud fra et omkostningsbaseret budget, at de interne salg fra Xplore2learn skulle indgå som en indtægt i budgettet, samt at UCSJ minimum én gang årligt skulle efterse prisfastsættelsen. I brev af 19. april 2015 fremsendte UCSJ et budget over både 3 og 8 års afskrivning af udviklingsomkostningerne til Styrelsen og bemærkede, at UCSJ har fulgt Styrelsens indstilling om internt salg. Der er ved prisfastsættelsen af app'en skelnet mellem elever og lærere, og et revisionsfirma har kigget på beregningerne og mener, at IDV-bekendtgørelsen er overholdt. Vedrørende driftsomkostninger, er der ved efterkalkulationen korrigeret til 15.000 kr., og da

produktet ikke vil blive markedsført internationalt, er budgettet korrigeret for, at der ikke vil komme nogen indtægter fra internationalt salg.

Den 1. august 2016 sættes prisen for Xplore2learn op fra 25 kr. til 35 kr. pr. læringsmedarbejder, hvilket ligger inden for rammerne af IDV-bekendtgørelsen. Det er normalt, at prisen efterfølgende justeres. Det kan godt ske, at der ikke er overskud efter fire år på selve app'en, men den samlede aktivitet for hele virksomheden skal være i balance.

Prisen skal fastsættes ud fra sammenlignelige produkter, herunder Woop og Endomondo, som begge er gratis produkter. Han kender ikke til Mapop. Da DJEEO Education er mere avanceret, er prisfastsættelsen ikke lavet under hensyn til DJEEO Education, og det er derfor naturligt at produktet er dyrere. Der er ved prisberegningerne, taget udgangspunkt i Skælskør skole. Ved salg af Xplore2learn til Skælskør Skole ville det koste 1.075 kr. og efter 1. august 2016 i alt 1.505 kr. Til sammenligning ville det konkurrerende produkt, Beacontime, koste 907,50 kr. DJEEO Education ville, ud fra den måde prisen fastsættes på, have kostet omkring 4.000 kr. med mulighed for 50 % i statsstøtte. Skælskør Skole er udvalgt som eksempel, idet ham der har lavet beregningerne har gået på skolen.

Xplore2learn er UCSJ's projekt, og kontostrengen identificerer, at det tilhører UCSJ.

Med "overhead" menes den fortjeneste, der skal til for at drive det pågældende produkt. Lønomkostninger til Marie Kjær Christiansen og Tom Stub Christiansen er en del af overhead-beregningerne.

Camilla Wang har bl.a. forklaret, at hun siden 1. maj 2015 har været rektor ved UCSJ. UCSJ uddanner lærere til grundskolen, varetager lærernes efter- og videreuddannelse og laver forsknings- og udviklingsaktiviteter til blandt andet grundskolerne. UCSJ har derved kompetence til at lave læremidler, herunder digitale læringsmidler, som der er et stort politisk pres for at udvikle.

Xplore2learn er en naturlig udløber af forpligtelsen til øget digitalisering. Efterspørgslen på DJEEO Education har ikke ændret sig efter, at Xplore2learn blev lanceret. Der er skoler, der bruger begge produkter, da de to produkter supplerer hinanden, da de kan noget forskelligt. Hun har ikke kendskab til, at UCSJ skulle have udviklet andre produkter til folkeskolen.

UCSJ har aldrig anset Informationsaftalen for at indeholde en konkurrenceklausul, men der er for tiden en vigtig debat om, hvad Informationsaftalen medfører, også set i en mere bred politisk sammenhæng i forhold til samarbejdet mellem offentlige og private virksomheder.

Niels Askær har bl.a. forklaret, at han er formand for brancheforeningen for undervisningsmidler og direktør hos MV-Nordic, som udvikler læse/skriveværktøjer til ordblinde og svage læsere.

Ifølge Informationsaftalen må der ikke udarbejdes materialer, der kan konkurrere med andre produkter. Han kender ikke selv de to konkrete produkter i denne sag, men efter det, han har hørt om dem, mener han, at der er stort slægtskab mellem produkterne. Der står i Informationsaftalen, at det er tilladt at udvikle produkter, der kan "komplementere" forlagenes undervisningsmidler. Det betyder, at Xplore2learn skal kunne bruges sammen med DJEEO, hvis det skal opfylde betingelsen i denne bestemmelse. Informationsaftalen er ikke indgået med professionshøjskolerne på vegne af CFU, men af professionshøjskolerne selv.

Sagen har kort været omtalt i FUI, men det var ikke en egentlig behandling af sagen, og der blev ikke besluttet noget.

### **Parternes synspunkter**

For DJEEO er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 11. april 2016, hvoraf bl.a. fremgår:

#### "Vedr. værneting

Det gøres gældende, at Sø- og Handelsretten har kompetence til at behandle sagsøgers anbringender angående Informationsaftalen [...]; dennes klausul om, at tvister skal behandles af et særligt samarbejdsorgan, er ikke nogen værnetingsklausul.



### Oversigt over sagsøgers anbringender

Til støtte for påstanden gøres det gældende,

- 1) at sagsøgte (UCSJ) fremstilling af produktet Xplore2learn (nu Find2Learn) er i strid med den bestemmelse i Informationsaftalen, hvorefter professionshøjskoler ved centrene for undervisningsmidler ikke må fremstille produkter, der konkurrerer med forlagenes undervisningsmidler, og
- 2) at sagsøgte har handlet i strid med god markedsskik og dermed overtrådt markedsføringslovens § 1.

Hvad angår pkt. 2 indgår der tre elementer i dette anbringende:

1. Der er tale om utilbørlig produktefterligning.
2. Der er tale om misbrug af viden opnået ved parternes samarbejde.
3. Der er tale om manglende iagttagelse af reglerne for offentlige institutioners indtægtsdækkede virksomhed

### ad 1) Informationsaftalen

Det gøres gældende, at UCSJ's fremstilling af Xplore2learn er i strid med Informationsaftalen [...], der på s. 3 i et afsnit under overskriften "Krav til Centrenes ressourcer og informationsaktivitet" bestemmer: "Centrenes produktioner, der komplementerer og ikke konkurrerer med forlagenes undervisningsmaterialer[,] er tilladt." [...]

Xplore2learn er et konkurrerende produkt i forhold til DJEEO Education. Hvordan skolerne kategoriserer produkterne er i den forbindelse uden betydning. UCSJ anfører selv i svarskriftet [...], at institutionen har foretaget en økonomisk vurdering af, om DJEEO Education produktet havde en prissætning, som UCSJ fandt rimelig i forhold til markedet, og at UCSJ selv ville lave et produkt til folkeskolen, uagtet at der allerede fandtes andre tilbud på markedet. Det fremgår også af duplikken [...].

UCSJ er bundet af aftalen og har ellers ageret, som om UCSJ var bundet af aftalen. Xplore2learn blev udviklet, mens Informationsaftalen var gældende.

Det gøres gældende, at det er uden betydning for sagen, hvilken del af UCSJ der har stået for produktion, salg og markedsføring af Xplore2learn, og at UCSJ som sådan også er bundet af Informationsaftalen i bilag 3, uanset om produktet må anses for fremstillet af professionshøjskolens CFU-afdeling eller andre afdelinger. CFU Sjælland er ikke nogen selvstændig juridisk person, men blot en del af UCSJ. Derved er en forpligtelse for UCSJ en forpligtelse for CFU Sjælland, og en forpligtelse for CFU Sjælland en forpligtelse for UCSJ. Det betyder, at der for denne sag ikke er forskel på UCSJ og CFU Sjælland.

Der er ikke grundlag for, at UCSJ skulle kunne omgå sine forpligtelser efter Informationsaftalen ved at lade bestemte afdelinger stå for udvikling og markedsføring af konkurrerende produkter.

Vedrørende lov om professionshøjskoler for videregående uddannelser [...] bemærkes, at sagen drejer sig navnlig om levering af materiale til grundskolen. Det fremgår af Informationsaftalen, at den omfatter "alle typer undervisningsmidler til grundskolen" [...]. Den omfatter også enkelte uddannelser, bl.a. læreruddannelsen, men det er ikke centralt

for den aktuelle diskussion. I lovens § 3 præciseres det, at professionshøjskolerne skal "udbyde og udvikle videregående uddannelse" og ifølge § 5, stk. 1, skal en professionshøjskole "med udgangspunkt i sit uddannelsesstilbud tilvejebringe ny viden og konkrete løsninger". Hverken lovtekst eller lovbemærkninger nævner grundskolen. Tværtimod kan man slutte modsætningsvis: Når professionshøjskoler ikke udbyder grundskoleuddannelser, men alene videregående uddannelser, har de ikke noget grundlag for at lave undervisningsmateriale til grundskolen (folkeskolen). Det har alene centrene for undervisningsmidlerne, herunder UCSJ's CFU-afdeling, CFU Sjælland. Det kan ske i henhold til en særlig bekendtgørelse om professionshøjskolernes opgaver som centre for undervisningsmidler [...]. Der gælder et særligt lovgrundlag for CFU'erne, nemlig lov om centre for undervisningsmidler [...].

I udtalelsen fra Styrelsen for Videregående Uddannelser lægges det til grund, at Xplore2learn er fremstillet og solgt af CFU Sjælland, dvs. UCSJ's center for undervisningsmidler [...].

Sagsøgte oplyser i duplikken [...], at det var lederen af CFU Sjælland, Lasse Bjerregaard, der var overordnet ansvarlig for udvikling af Xplore2learn.

Det må afvises, at klausulen i Informationsaftalen, om at centrene for undervisningsmidler ikke må lave produkter, der strider mod forlagenes undervisningsmaterialer, er i strid med konkurrencelovens § 6. Konkurrenceklausuler i forbindelse med fx virksomhedsoverdragelser er ikke forbudt, men kan være rimeligt begrundede konkurrenceretligt. Klausulen i Informationsaftalen har da også snarere til formål at forhindre urimelig konkurrence fra offentlige institutioner; der er og har hele tiden været en sund konkurrence mellem forlagene. Ifølge sagsøgers oplysninger har sagsøgte ikke indgivet klage til Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

#### ad 2.1) Produkterfterligning

Det gøres gældende, at der foreligger retsstridig produkterfterligning, at UCSJ uberettiget har fremstillet et produkt med det formål at substituere DJEEO's konkurrerende produkt, og at UCSJ dermed har foretaget en retsstridig markedsfortrængning af DJEEO Education [...].

Det fremgår af en meddelelse fra UCSJ [...], at Xplore2learn blev udviklet, fordi DJEEO Education blev vurderet til at være for dyr.

Det fremgår bl.a. af redegørelsen [...], at fejl i DJEEO Education også findes i Xplore2learn, hvilket er en indikation af bevidst produkterfterligning. I svarskriftet [...] erkender sagsøgte det faktiske forhold.

Hedensted Kommune har over for DJEEO oplyst, at kommunen har substitueret DJEEO Education med Xplore2learn på grund af den lavere pris.

UCSJ's kontaktperson for DJEEO Education og Xplore2learn har været den samme, nemlig Mikael Schebye...

DJEEO er indehaver af enerettighederne til DJEEO Education og er dermed påtaleberettiget.

Der er ikke i markedsføringsloven krav om forvekslelighed for at fastslå produktefterligning i strid med god markedsføringsskik. Også andre momenter kan tillægges betydning, herunder om der foreligger snylteri eller anden form for tilstræbt illoyal markedsfortrængning ved salg af et substituerbart produkt til sagsøgers kunder. Der er under alle omstændigheder tale om en helhedsvurdering.

I svarskriftet [...] erkender sagsøgte, at UCSJ ved beslutning om udvikling og produktion af Xplore2learn skelede til DJEEO Education.

#### ad 2.2) Parternes samarbejde

CFU Sjælland har i en årrække forhandlet (abonneret på) DJEEO Education og distribueret spillet til landets skoler. I svarskriftet [...] erkender sagsøgte at have købt 4 eksemplarer og 4 abonnementer. Derved har sagsøgte fået en særlig indsigt i sagsøgers produkt, som sagsøgte har kunnet udnytte til at fremstille sit konkurrerende produkt.

Sagsøgte hævder i svarskriftet, at medarbejdere hos CFU Sjælland "ikke har fået særlig fortrolig viden om DJEEO Education" [...]. Imidlertid har UCSJ-medarbejdere været på kursus i DJEEO Education hos DJEEO.

Det forhold, at UCSJ som DJEEO's kunde har forhandlet DJEEO Education og gennemgået kurser i det, dvs. at parterne har haft et tæt samarbejdsforhold, bidrager til, at UCSJ har handlet i strid med god markedsføringsskik.

#### ad 2.3) Indtægtsdækket virksomhed

Det gøres gældende, at produktet Xplore2learn/Find2Learn er udviklet, fremstillet og distribueret i strid med reglerne om indtægtsdækket virksomhed, og at dette i sig selv udgør en sådan konkurrenceforvridning, at det er i strid med markedsføringslovens § 1.

De af sagsøgte fremlagte bilag, herunder bilag V, dokumenterer ikke, at reglerne for indtægtsdækket virksomhed er overholdt. At reglerne er overholdt, er udelukkende et postulat fra sagsøgtes side. Sagsøgte har alene fremlagt et generelt regnskab for indtægtsdækket virksomhed, ikke et specifikt regnskab for Xplore2learn. De grundlag, som styrelserne har haft for at komme med udtalelser om spørgsmålet, har ikke været fyldestgørende.

Det bemærkes, at sagsøgte i sit svarskrift oplyser, at de pr. 26. juni 2015 har tegnet 8.091 abonnementer. Prisen på et årsabonnement er 25 kr. ekskl. moms. Dvs. at man siden lanceringen i august 2014 har haft en samlet omsætning på 202.275 kr. (i gennemsnit 18.389 kr. pr. måned).

Det er ikke tilstrækkeligt præcist, når sagsøgte i duplikken [...] angiver, at UCSJ sælger sin mobilapplikation Find2learn til 25 kr. Beløbet på 25 kr. er – i modsætning til DJEEO Education og andre konkurrerende produkter, der har en pris pr. elev – en pris pr. underviser (også benævnt "læringsmedarbejder", jf. svarskriftet [...]), dvs. typisk prisen pr. skoleklasse.

Applikationen er og altid har været gratis og gives væk uden beregning til studerende og elever. Det er således misvisende, når UCSJ anfører [...], at man har prissat sit produkt

væsentligt dyrere end de mobilapplikationer, herunder DJEEO Education, som UCSJ sammenligner sig med for at kunne overholde reglerne for indtægtsdækket virksomhed.

Dette fremgår af denne opgørelse, som også inkluderer det tredje konkurrerende produkt på markedet, Mapop. Der forudsættes 25 elever i en skoleklasse.

| Produkt | Find2learn | Mapop       | DJEEO Education |
|---------|------------|-------------|-----------------|
| Elever  | GRATIS     | 25 x 30 kr. | 25 x 19 kr.     |
| Lærer   | 25 kr.     | GRATIS      | GRATIS          |
| Total:  | 25 kr.     | 750 kr.     | 475 kr.         |

UCSJ sælger og markedsfører altså et produkt til en pris, der ligger på mellem ca. 1/20 og 1/30 af prisen hos de private danske producenter. Dette er i strid med god markedsføringsskik.

I budgettet [...] anfører UCSJ, at de stiller produktet til rådighed for deres egne studerende på professionshøjskolen. UCSJ regner sig så frem til at de herved sparer abonnementsomkostninger på ca. 300.000 kr. Imidlertid har Styrelsen for Videregående Uddannelser i udtalelsen [...], afvist denne opgørelse, dvs. korrigeret den, således at UCSJ ikke sparer disse omkostninger. Dette beløb er væsentligt ud af et samlet budget på ca. 1,65 mio. kr. Beløbet kan ikke indtægtsføres, da UCSJ's vederlag for Xplore2learn er gratis for studerende. Dermed viser budgettet reelt et underskud i årene 2013-2016. Ifølge reglerne for indtægtsdækket virksomhed, må der ikke være underskud over en 4-årig periode. Dette krav lever projektet altså ikke op til.

Desuden indeholder budgettet ingen poster til lønninger, og man budgetterer med nogle urealistisk lave omkostninger til fx drift og markedsføring. Eksempelvis var der til hele året 2015 afsat i alt 10.000 kr. til it-drift og markedsføring, hvilket er et urealistisk lavt beløb. Find2learn bruger UNI-login, som alene koster 15.000 kr. i årlig licens, hvilket sagsøgte erkender i duplikken [...]; denne udgift synes ikke medtaget i budgettet [...]. Styrelsen for Videregående Uddannelser kritiserer da også budgettet for, at "aktivering og afskrivning af udviklingsomkostninger" ikke er aktiveret og afskrevet, således at "det modtagne budget kun er delvist omkostningsbaseret" [...]. I duplikken [...] erkender sagsøgte, at man ikke har medregnet indirekte omkostninger for 2015.

I duplikken [...] erkender sagsøgte, at UCSJ ikke har overblik over medarbejdernes tidsforbrug på Xplore2learn, selv om der skal ske et "frikøb" [...].

UCSJ medtager således ikke de reelle udgifter ved at drive sin forretning.

Det gøres således samlet gældende, at omkostningerne i budgettet er sat urealistisk lavt, hvilket er i strid med reglerne for indtægtsdækket virksomhed, jf. pkt. 7 i vejledningen [...].

#### Vedr. rimeligt vederlag og erstatning for tab

Det gøres gældende, at sagsøger har krav på vederlag og erstatning, dels erstatning m.v. for overtrædelsen af Informationsaftalen, dels efter markedsføringslovens § 20.

Bilag 16 [...] belyser den omsætning, som DJEEO er gået glip af som følge af UCSJ's retsstridige adfærd. Kravet på vederlag (herunder afsætningstab) udgør den del af den mi-

stede omsætning af DJEEO Education, der udgøres af det mistede dækningsbidrag. Hertil skal lægges erstatning for markedsforstyrrelse.

Bilag 16 dokumenterer, at det fremsatte krav på 1,5 mio. kr. falder inden for rammerne af et rimeligt krav.

En alternativ måde at beregne mistet vederlag og afsætningstab er denne: Sagsøgte har i duplikken [...] oplyst, at der i 2015/16 er ca. 6.100 brugere. Hvis man overfører dette til DJEEO's prissætning, får man dette regnestykke:

$6.100 \text{ lærere/klasser} \times 25 \text{ elever} \times 19 \text{ kr. pr. elev} = \text{ca. } 2,9 \text{ mio. kr.}$

Dette er altså mistet omsætning pr. år. Hvis man ganger med 4 år (2014-2017) bliver det et samlet beløb på ca. 11,6 mio. kr.

Sagsøger har valgt ud fra et forsigtighedsprincip og af procesøkonomiske årsager at reducere det samlede krav til påstandsbeløbet på 1,5 mio. kr.

Kravet svarer til sagsøgtes egen angivelse af mistet fortjeneste, hvis der var blevet nedlagt et midlertidigt forbud mod Xplore2learn [...].

Hvad angår sagsøgers fald i omsætningen fra 2012/13 til 2013/14 [...] skyldes nedgangen, at man i 2012/13 solgte abonnementer af 3 års varighed. I 2013/14 skiftede firmaet strategi og solgte i stedet et-årige abonnementer med en deraf følgende lavere omsætning. Antallet af abonnementer og nytegning af kunder fortsatte i samme takt som året før.

Sagsøgers tab for markedsforstyrrelse hænger sammen med sagsøgtes salg i strid med reglerne om indtægtsdækket virksomhed, da der er tale om salg under reel produktionspris. UCSJ har ved sin adfærd og lave prissætning reelt udelukket DJEEO fra markedet fremover, da kunderne er væk. Tabet er blevet større, end hvis sagsøger havde fået nedlagt et midlertidigt forbud; sagsøgtes trussel om et krav om en sikkerhedsstillelse på 1,5 mio. kr. [...] umuliggjorde, at sagsøger forsøgte en sådan forbudsnedlæggelse."

For University College Sjælland er der i det væsentlige procederet i overensstemmelse med påstandsdokumentet af 11. april 2016, hvoraf bl.a. fremgår:

#### "Markedsføringsloven

DJEEO gør under sagen gældende, at UCSJ ikke har overholdt reglerne om indtægtsdækket virksomhed, og at dette udgør en overtrædelse af markedsføringslovens § 1, samt at UCSJ's produkt, Xplore2learn, udgør en ulovlig produktefterligning i strid med markedsføringslovens § 1. Jeg vil i det følgende redegøre for, hvorfor der ikke foreligger en overtrædelse af markedsføringslovens § 1.

#### Overholdelse af regler om indtægtsdækket virksomhed

UCSJ er reguleret ved Lov om professionshøjskoler for videregående uddannelser, LBK nr. 936 af 25/08/2014. UCSJ har i henhold til denne lov hjemmel til at udføre indtægts-

dækket virksomhed. I tillæg til lovgrundlaget er der udarbejdet Vejledning i indtægtsdækket virksomhed, [...] som præciserer de regler og bestemmelser, som institutionerne skal efterleve i forbindelse med udbydelse af indtægtsdækkede virksomhedsaktiviteter. UCSJ er således berettiget til at udvikle og sælge produkter, herunder digitale læremidler, i konkurrence med private firmaer, så længe dette sker i henhold til reglerne om indtægtsdækket virksomhed.

UCSJ har i forbindelse med udviklingen og salget af Xplore2learn overholdt regelsættet om indtægtsdækket virksomhed. Dette er fastslået af Styrelsen for Videregående Uddannelser, der hører under Uddannelses- og Forskningsministeriet. Som [...] er fremlagt en udtalelse af 27. oktober 2015 fra Styrelsen for Videregående Uddannelser, hvori Styrelsen, efter en vurdering af den konkrete sag og gennemgang af UCSJ's budgetter for Xplore2learn, konkluderer, at Xplore2learn ligger inden for rammerne af, hvad der kan gennemføres som indtægtsdækket virksomhed.

UCSJ forventer, at Xplore2learn inden for 4 år, som er tidshorisonten i henhold til Vejledning i indtægtsdækket virksomhed, vil akkumulere et overskud, hvilket understøttes af budgetterne for Xplore2learn, [...]. UCSJ har ved prissætningen af Xplore2learn undersøgt og forholdt sig til prisen for lignende produkter på markedet. Det bemærkes i den forbindelse, at Xplore2learn er den dyreste app af denne type på markedet. De øvrige sammenlignelige apps tilbydes enten gratis eller til maksimum USD 9,99 (cirka kr. 80), jf. ES195. Xplore2learn kan derfor ikke prismæssigt udkonkurrere de andre produkter, der er tilgængelige på markedet. Da DJEEO Education er et helt andet produkt, baseret på en anden teknologi, som bl.a. kræver særskilt hardware, er UCSJ ikke forpligtet til at tage prisen for DJEEO Education (eller andre produkter, baseret på anden teknologi end Xplore2learn) i betragtning ved prisfastsættelsen af Xplore2learn.

Efter modtagelse af udtalelsen fra Styrelsen for Videregående Uddannelser traf Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen den 10. november 2015 afgørelse om ikke at gå videre med sagen indbragt af DJEEO. I begrundelsen hedder det bl.a., [...]:

"Det fremgår ligeledes af svaret, at det regnskabsmateriale, som UC Sjælland har fremlagt over for Styrelsen for Videregående Uddannelser har været tilstrækkeligt til at fastslå, at prissætningen af Xplore2Learn er sket i overensstemmelse med reglerne om indtægtsdækket virksomhed. Det betyder, at UC Sjællands udvikling, produktion og salg såvel som prissætning af Xplore2Learn er sket i henhold til anden lovgivning []."

At UCSJ har overholdt reglerne om indtægtsdækket virksomhed, er endvidere lagt til grund af Deloitte, som foretager revision af UCSJ's årsrapporter. I revisionsprotokollat til årsrapporten for 2014, anføres det [...]:

"Udbud af kurser og andre aktiviteter som indtægtsdækket virksomhed er efter vores vurdering sket i overensstemmelse med bekendtgørelse."

På side 340 i revisionsprotokollatet, under afsnittet Revisions- og kontrolområde, pkt. 5, Indtægtsdækket virksomhed, ES193, bekræfter Deloitte bl.a., at UCSJ – efter revisors vurdering – afsætter sine produkter på vilkår, således at private udbydere ikke påføres ubillig priskonkurrence, og har i øvrigt ingen anmærkninger.

Såvel Styrelsen for Videregående Uddannelser, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen og Deloitte har således konkluderet, at UCSJ's udvikling, produktion og salg såvel som pris-sætning af Xplore2Learn er sket i overensstemmelse med gældende regler på området.

Styrelsen for Videregående Uddannelser fastslår endvidere, at aktiviteten er en naturlig udløber af den almindelige virksomhed for professionshøjskolens center for undervisningsmidler.

For så vidt angår UCSJ's ret og pligt til at udvikle læremidler kan i øvrigt henvises til § 5 i Lov om professionshøjskoler for videregående uddannelser [...]:

§ 5. Professionshøjskolen skal med udgangspunkt i sit uddannelsesudbud varetage praksisnære og anvendelsesorienterede forsknings- og udviklingsaktiviteter i tæt samspil med det aftagende arbejdsmarked, øvrige uddannelses- og videninstitutioner og det omgivende samfund.

Stk. 2. Forsknings- og udviklingsaktiviteterne har til formål at tilvejebringe ny viden og konkrete løsninger på udfordringer inden for de erhverv og professioner, som professionshøjskolens uddannelser er rettet mod.

Af bestemmelsen fremgår det udtrykkeligt, at professionshøjskolen skal varetage praksisnære og anvendelsesorienterede forsknings- og udviklingsaktiviteter med det formål at tilvejebringe ny viden og konkrete løsninger på udfordringer inden for de erhverv og professioner, som professionshøjskolens uddannelser er rettet mod. Tilsvarende fremgår dette af UCSJ's vedtægt, ES110. Professionshøjskolens uddannelser er bl.a. rettet mod grundskolen, idet professionshøjskolen udbyder læreruddannelser. Udviklingen af læremidler til grundskolen, herunder udviklingen af Xplore2learn, er derfor en naturlig udløber af professionshøjskolernes virksomhed.

Herudover kan der henvises til anbefalingerne fra arbejdsgruppen nedsat under Undervisningsministeriet, ES120, hvori professionshøjskolerne udtrykkeligt opfordres til at udvikle digitale læremidler. Der er således fra politisk side opbakning til udviklingsindsatser med udvikling af nye digitale læremidler ved uddannelsesinstitutionerne, herunder ved professionshøjskolerne.

Det er derfor grundløst, når DJEEO gør gældende, at UCSJ ved salget af Xplore2learn ikke har overholdt reglerne om indtægtsdækket virksomhed. Herudover afvises det, at en manglende overholdelse af reglerne om indtægtsdækket virksomhed i sig selv skulle udgøre en overtrædelse af markedsføringsloven, som påstået af DJEEO.

#### Ikke produktefterligning

#### Syn og skøn - bevisbyrde

Den part der gør gældende, at der foreligger en produktefterligning, har bevisbyrden herfor. Den sædvanlige måde at få belyst, hvorvidt der foreligger en ulovlig produktefterligning, er ved afholdelse af syn og skøn, hvor skønsmanden blandt andet vil sammenligne de to produkter, som sagen vedrører. Dette særligt i sager, hvor en påstået efterligning er svær at vurdere.

Sagsøger har til trods for at denne sag vedrører to produkter, der er meget vanskelige at sammenligne, valgt ikke at få afholdt syn og skøn. I stedet har sagsøger blot fremlagt nogle dokumenter udarbejdet af sagsøgers ejer, Michael Holstein, hvori denne redegør for hvorfor der, efter hans opfattelse, foreligger en efterligning. Dette må nødvendigvis komme sagsøger til skade, idet sagsøger herved ikke kan løfte bevisbyrden for, at der foreligger en produktefterligning.

#### Ikke slavisk eller nærgående efterligning

For at der foreligger en ulovlig produktefterligning efter markedsføringslovens § 1, skal der ifølge retspraksis være tale om en slavisk eller nærgående efterligning. Det er grundbetingelsen for at domsfælde for overtrædelse af markedsføringslovens § 1, jf. Erling Borch, *Produktefterligninger*, 2. udgave, side 183 [...].

Den markedsføringsretlige sammenligningsmetode er baseret på en helhedsvurdering af det fysiske sammenfald mellem originalproduktet og den påståede efterligning. Det er således fremtoningen af produktet, der skal sammenlignes, og ikke ideen bag produktet. Markedsføringsloven yder ikke og skal ikke yde idebeskyttelse, jf. "Markedsføringsloven" af Erling Borch og Frank Bøggild, 3. udgave, side 81 [...]. Se også U.1994.72H, [...] og U.1999.786H, [...].

Sammenligner man DJEEO Education og Xplore2learn, er det tydeligt, at Xplore2learn ikke er en slavisk eller nærgående efterligning af DJEEO Education. Som bilag [...], er fremlagt screendumps af henholdsvis DJEEO Education og Xplore2learn. Sammenligninger man bilag [...], kan man nemt konstatere, at udseendet, navnet, farvevalget, opbygningen og indholdet på produkterne er meget forskelligt.

De ligheder i elementer og betegnelser, som er mellem de to produkter, og som er fremhævet af DJEEO, skyldes udelukkende, at netop sådanne elementer og betegnelser er almindeligt udbredte i forbindelse med orienteringsløb eller i forbindelse med opgaver i folkeskolen. DJEEO har derfor ikke eneret til at benytte disse. Som eksempel kan nævnes, at begge spil er inspireret af det klassiske orienteringsløb. Det er derfor naturligt at bruge begreber og funktioner fra netop orienteringsløbet. Som eksempel kan henvises til idrætsbogen *Håndbog for lærere, Skoleidræt*, 1962, Jul. Gjellerups Forlag, E99, der beskriver hvordan man som lærer kan arbejde med at lave et orienteringsløb for elever og hvor der bruges betegnelser som "ruter", "poster" mv.

Ordet "base" er også et helt almindeligt anvendt ord i forbindelse med orienteringsløb, hvilket bl.a. fremgår af Dansk Orienterings-Forbunds hjemmeside, E94. Her anvendes ordet "base" som betegnelse for det sted, hvor man starter og slutter et orienteringsløb.

At der i Xplore2Learn bruges pins til at vise, hvor posterne er placeret skyldes, at dette er den mest almindelige måde at vise placeringer på et digitalt kort. Der kan her henvises til de største udbydere af digitale kort, nemlig Google Maps og Yahoo Maps, [...].

Programmet GeoQuestor, [...], der ligner Xplore2learn i både idé, opbygning og terminologi, bruger også meget af den samme terminologi, bl.a. pins, post og længde på løb.

Xplore2learn henvender sig ligesom DJEEO Education bl.a. til folkeskolen, hvor betegnelserne "bevægelse", "læring" og "motivation" er helt centrale, særligt efter implementeringen af den nye skolereform. Betegnelserne anvendes bl.a. af Undervisningsministeriet,



se udskrift fra Undervisningsministeriets hjemmeside, E38. Det er derfor ikke overraskende, at disse begreber går igen i begge spil. Det gælder også begreber som "fag" og "klasse-trin" i opgavebanken, som i DJEEO Education i øvrigt kaldes for "Univærelset" og i Xplore2learn for "Opgavebank".

Multiple choice-spørgeskemateknikken er også almindeligt kendt og anvendes hyppigt i forbindelse med e-læringsværktøjer, quizsystemer og online undersøgelsesskemaer. Multiple choice bruges også til spørgeskemaundersøgelser i SkoleIntra, [...]. Multiple choice-metoden er valgt til Xplore2Learn, da det er den mest egnede spørgemetode til et løb, der foregår udendørs, hvor eleverne kan afgive svar hurtigere end ved f.eks. tekstspørgsmål.

DJEEO anfører, at der i både DJEEO Education og Xplore2learn er samme designfejl, hvilket viser, at Xplore2learn er kopieret fra DJEEO Education. Dette er helt forkert. Der er ikke nogen designfejl i Xplore2learn. Designet i Xplore2learn er således, fordi UCSJ ønskede, at brugerne skulle foretage hele oprettelsen på én side og ikke skulle gå fra skærmside til skærmside. Hjemmesiden har et såkaldt responsivt design, dvs. at man kan oprette løb på smartphone, tablet eller computer, og indholdet tilpasses den valgte skærm. Det af DJEEO fremlagte screendump [...] er i øvrigt yderst misvisende, da det er taget ved en skærmopløsning på 1024x768, som kun anvendes af ca. 1 % af befolkningen, ES90. Tager man et screendump af et løb på Xplore2learn med en mere almindeligt anvendt opløsning, nemlig 1920x1080, [...] vil man ikke skulle scrolle ned, [...].

Samlet set er der så mange tydelige og væsentlige forskelle mellem DJEEO Education og Xplore2learn, at der ikke er tale om en slavisk eller nærgående efterligning.

#### Ikke risiko for forveksling

Såfremt der skal ske domfældelse for produktefterligning efter markedsføringslovens § 1, så skal der foreligge risiko for forveksling mellem produkterne. Hvis der ikke er risiko for, at den relevante kundegruppe forveksler produkterne, er der ikke tale om en produktefterligning efter markedsføringslovens § 1, jf. Ulrich Birch Eriksen, Markedsføringslovens § 1, [...].

Henset til de mange tydelige forskelle i fremtoningen af Xlore2learn og DJEEO Education, herunder navne, farvevalg, opbygning og markedsføring, er der ingen risiko for forveksling mellem produkterne. At der ikke er risiko for forveksling understøttes endvidere af det forhold, at de to produkter er baseret på helt forskellige teknologier, hvorfor de tilgås og anvendes på helt forskellige måder. DJEEO Education er baseret på GPS-sendere (selvstændigt hardware) og en webbaseret spilleplatform. I DJEEO Education indgår således både ekstern hardware og software. Til gennemførelse af et løb kræver DJEEO Education derfor en printer til at printe opgavemapper, som eleverne skal have med under løbet, GPS-sendere, at løbet udføres i grupper, at der sidder elever i et kontrolcenter, og at svar på opgaver indtastes i websystemet af eleverne i kontrolcenteret.

Xplore2learn er en app, som downloades til smartphones/tablets, der hvor orienteringsløbet afvikles. Der anvendes ikke ekstern hardware - kun smartphones/tablets. Allerede af denne grund er både udformningen og brugen af produkterne meget forskellige. I Xplore2learn bruges udelukkende en smartphone/tablet, alt er digitalt, der bruges ikke papir, opgaven præsenteres direkte på den mobile enhed i elektronisk digitalt format, og svaret foretages også direkte på enheden og skal ikke indtastes efterfølgende. Efter endt løb sendes data automatisk til serveren.

Fordi Xplore2learn er en app, har Xplore2learn da også langt flere ligheder med de øvrige orienteringsløbsapps, som allerede eksisterede da ideen til Xplore2learn opstod, end med DJEEO Education, se sammenligning af pris og egenskaber ved de mest sammenlignelige apps og ved DJEEO Education, [...].

Samlet set er der så mange tydelige og væsentlige forskelle mellem DJEEO Education og Xplore2learn, at der ikke foreligger risiko for forveksling.

#### Ikke renommésnyltning

Renommésnyltning i strid med markedsføringslovens § 1 forudsætter tilstedeværelsen af forveksling eller anden association med en anden virksomhed, og at forveksleligheden eller associeringen opfattes hos aftagerkredsen, jf. Ulrich Birch Eriksen, Markedsføringslovens § 1, [...].

Som redegjort for ovenfor, er der ikke nogen risiko for forveksling mellem Xplore2learn og DJEEO Education. Der foreligger heller ikke anden association mellem Xplore2learn og DJEEO Education eller mellem UCSJ og DJEEO. UCSJ har på ingen måde lagt sig op af DJEEO ved markedsføringen af Xplore2learn, og har ikke henvist til DJEEO eller på anden vis forsøgt at snylte på DJEEO.

Henset til at Xplore2learn er baseret på en helt anden og nyere teknologi end DJEEO Education, og at DJEEO er en lille ukendt virksomhed med en årlig omsætning på omkring 1 mio., der i øvrigt var faldende på det tidspunkt hvor Xplore2learn blev opfundet, så havde UCSJ da heller ingen grund til at snylte på DJEEO eller DJEEO Education. Der kan naturligvis kun forekomme renommésnyltning, hvis der er noget at snylte på.

Der foreligger således ikke renommésnyltning, som påstået af DJEEO.

#### Ikke retsstridig markedsfortrængning

DJEEO gør i øvrigt gældende, at UCSJ har handlet i strid med markedsføringslovens § 1 ved med salget af Xplore2learn retsstridigt og illoyalt at fortrænge DJEEO Education fra markedet.

En domfældelse efter markedsføringslovens § 1 kræver, at der skal være tale om en slavisk eller nærgående efterligning oftest udtrykt i konstateringen af risiko for forveksling, jf. Erling Borchert, Produkterfterligninger, [...]. Disse krav gælder også i sager om påstået markedsfortrængning.

Allerede fordi Xplore2learn ikke er en slavisk eller nærgående efterligning af DJEEO Education, og der ikke foreligger risiko for forveksling, foreligger der ikke en retsstridig eller illoyal markedsfortrængning efter markedsføringslovens § 1.

Herudover afvises det, at UCSJ ved at udbyde Xplore2learn skulle have ageret på en sådan dadelværdig måde, at der – uanset at der ikke er tale om en slavisk eller nærgående efterligning eller risiko for forveksling – skulle foreligge en overtrædelse af markedsføringslovens § 1.

Som redegjort for under afsnittet "Overholdelse af regler om indtægtsdækket virksomhed" har UCSJ ret til at udvikle digitale læremidler i konkurrence med private virksomheder. Xplore2learn blev udviklet, fordi skolerne manglede et orienteringsløbsspil baseret på smartphone-/tablet-teknologi målrettet skolerne. Da idéen til Xplore2learn opstod, brugte mange skoler og elever allerede de andre orienteringsløbsapps, som er på markedet, fordi apps er billige, lette og hurtige at bruge og ikke kræver særskilt hardware eller printede opgaver. Xplore2learn indgik derfor i et allerede eksisterende marked for apps med orienteringsløb, hvoraf de fem mest sammenlignelige er Woop, Geoquestor, Aris game, Endomondo og GPS Quiz, som Xplore2learn har flere ligheder med end DJEEO Education, jf. sammenligningsskemaet [...].

Da Xplore2learn blev lanceret i august 2014, var DJEEO Education allerede ved at blive udkonkurreret af disse andre apps, hvilket højst sandsynligt skyldes, at folk i dag foretrækker smartphones/tablets i langt højere grad end tidligere. Set i forhold til apps er DJEEO Education forældet teknologi. DJEEO's omsætning faldt da også ca. 25 % fra regnskabsåret 2012/13 til 2013/14, jf. årsrapport for DJEEO for 2013/14 [...], altså længe før Xplore2learn overhovedet var udviklet. Hvis DJEEO Education fortrænges fra markedet, så skyldes det, at produktet ikke er fulgt med udviklingen.

For så vidt angår prissætningen af Xplore2learn, så er denne sket i overensstemmelse med reglerne om indtægtsdækket virksomhed, jf. bl.a. Revisionsprotokollat udarbejdet af Deloitte [...], Udtalelse fra Styrelsen for Videregående Uddannelser [...] og afgørelse fra Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen [...], hvorfor prisfastsættelsen ikke kan medføre, at der foreligger retsstridig markedsfortrængning.

DJEEO anfører herudover, at CFU Sjælland har forhandlet DJEEO Education og fået fortrolig viden om DJEEO Education, hvilket gør at UCSJ's salg af Xplore2learn udgør en retsstridig og illoyal markedsfortrængning.

For det første har CFU Sjælland ikke forhandlet DJEEO Education. CFU Sjælland har udlånt og formidlet viden om DJEEO Education til skoler. Til brug herfor har CFU Sjælland indkøbt 4 eksemplarer af spillet samt 4 abonnementer af DJEEO Education. CFU Sjælland har ikke videresolgt disse eksemplarer eller i øvrigt tjent penge på udlånene. Det skal i den forbindelse bemærkes, at DJEEO Education er ét blandt flere tusinde læremidler, som CFU Sjælland udlåner og formidler viden om til skoler. CFU Sjælland har derfor ikke særligt fokus på eller særlig viden om DJEEO Education i forhold til de øvrige tusinde læremidler, som de formidler til skolerne.

For det andet er den viden, som nogle få medarbejdere hos CFU Sjælland har fået om DJEEO Education, yderst begrænset og består udelukkende af offentligt tilgængelig viden, som enhver bruger af DJEEO Education har eller kan få adgang til bl.a. via DJEEO's egen hjemmeside og introduktionsvideoer på Youtube. CFU Sjælland, herunder Mikael Scheby og Jacob Kielberg, har derfor ikke fået særlig fortrolig viden om DJEEO Education, som anført af DJEEO. Det skal i øvrigt bemærkes, at Jacob Kielberg først er tiltrådt den 1. august 2014, altså efter, at Xplore2learn var blevet udviklet og lanceret.

For det tredje bevirker det forhold, at CFU Sjælland har udlånt og formidlet viden om DJEEO Education til skoler ikke, at der for UCSJ opstår en forpligtelse til ikke at udvikle nye produkter, der måtte have en vis idémæssig lighed med DJEEO Education. Produkt-efterligningsbeskyttelsen kan ikke udvides til at omfatte produkter, der ikke i øvrigt fremstår som en nærgående efterligning eller som er forvekslelig med original produktet

uanset parternes samarbejde. I overensstemmelse hermed anføres det i Erling Borchers, Produkterferligninger, 2. udgave, side 195, [...]:

"Produkter, der har en reel fremtoningsmæssig distance til originalproduktet, må anses for lovligt uanset det tidligere samarbejde."

Der kan også henvises til U1986.39H, [...], hvor Sø- og Handelsretten fastslog, at der i en række henseender var betydelige forskelle mellem de to stole i sagen, hvilket gjorde, at "der ikke, selv når parternes samarbejdsforhold tages i betragtning, er fornødent grundlag for at fastslå, at sagsøgte ved sin produktion og markedsføring af "Sit"-stolen har handlet i strid med god markedsføringsskik." Dommen blev stadfæstet af Højesteret.

Endelig bemærkes, at de CFU centre, som har DJEEO Education (VIA, UCL, UC Syd, UCC, UCN), ikke har erstattet DJEEO Education med Xplore2learn. DJEEO Education formidles og udlånes stadig til skolerne via disse CFU centre, herunder CFU Sjælland, og CFU Sjælland alene betaler stadig årligt ca. kr. 32.000 i DJEEO Education abonnementer. Når lærerne/skolerne foretrækker at afvikle orienteringsløb med GPS-sendere og printede opgaver, så vælger de stadig DJEEO Education, og når de foretrækker at bruge elevernes smartphones, så vælger de Xplore2learn eller en af de andre orienteringsløbs apps på markedet. Xplore2learn har derfor ikke fortrængt DJEEO Education fra markedet.

Det skal derfor afvises, at UCSJ ved udviklingen af Xplore2learn skulle have foretaget en retsstridig markedsfortrængning af DJEEO Education eller i øvrigt handlet i strid med markedsføringslovens § 1.

### Informationsaftalen

#### Værnetingsklausul

Informationsaftalen indeholder en værnetingsklausul, der fastslår, at tvivlsspørgsmål vedrørende aftalens indhold og omfang skal afgøres af Fonden UndervisningsInformation (FUI), jf. aftalens afsnit "Øverste samarbejdsorgan", [...]:

"Som øverste samarbejdsorgan for de tre aftaleparter afgør Fonden UndervisningsInformation – FUI – tvivlsspørgsmål vedrørende aftalens indhold og omfang. Alle sager afgøres ved simpelt flertal."

Bestemmelsen er tilstrækkelig klar til, at den forpligter parterne til at henvise tvivlsspørgsmål omkring Informationsaftalen – som i dette tilfælde bestemmelsen omkring centrene produkter - til FUI. Se herom U1998.998Ø, hvor landsretten ikke gav sagsøger medhold i, at en voldgiftsklausul var uklar, utydelig og upræcis. Se også U.2002.681Ø, hvor retten i en tvist om en værntingsbestemmelse anførte: "Der er ikke ved det fremkomne grundlag for at antage, at det har været hensigten at give parterne adgang til umiddelbart at anlægge sag ved de almindelige domstole."

Sø- og Handelsretten har derfor ikke kompetence til at afgøre denne del af sagen, som skal afvises og henvises til FUI til behandling.

### Ikke misligholdelse

UCSJ bestrider, at den omhandlede bestemmelse i Informationsaftalen kan fortolkes som en konkurrenceklausul, der forbyder UCSJ, at sælge Xplore2learn, som påstået af DJEEO. Bestemmelsen i Informationsaftalen lyder som følger:

"Centrenes produktioner, der komplementerer og ikke konkurrerer med forlagenes undervisningsmaterialer er tilladt.", [...].

For det første er bestemmelsen for uklart formuleret til at udgøre en egentlig konkurrenceklausul. Såfremt bestemmelsen skulle være en konkurrenceklausul i normal forstand med de vidtgående konsekvenser, der følger af en sådan konkurrenceklausul, så måtte bestemmelsen være formuleret mere klart.

For det andet har det aldrig været intentionen med aftalen, at bestemmelsen skulle udgøre en egentlig konkurrenceklausul. En egentlig konkurrenceklausul ville forhindre CFU'erne (og professionshøjskolerne) at udvikle læremidler, som det sker i dag.

Herudover fremgår det af bestemmelsen, at det er "centrenes produktioner" der er omfattet, dvs. en produktion fra et CFU center. Dette understøttes af det faktum, at samarbejdet og aftalegrundlaget mellem BFU, Forlæggerforeningen og CFU'erne stammer fra en tid, hvor CFU'erne var selvstændige juridiske enheder og ikke var en integreret del af professionshøjskolerne. Da CFU'erne blev en del af professionshøjskolerne blev det ikke overvejet om aftalegrundlaget af denne grund skulle ændres. Xplore2learn er ikke en produktion fra et CFU center, idet produktet ikke ligger under eller er betalt af CFU Sjælland. Xplore2learn er således ikke omfattet af bestemmelsen.

Det fremgår i øvrigt af bestemmelsen, at produktioner der komplementerer forlagenes undervisningsmaterialer er tilladt. Da aftalen vedrører undervisningsmaterialer, må komplementere forstås således, at undervisningsmaterialerne godt kan vedrøre samme emne og fag, blot de supplerer hinanden. Xplore2learn komplementerer DJEEO Education. Som beskrevet ovenfor er Xplore2learn baseret på en helt anden teknologi end DJEEO Education. Nogle lærere foretrækker DJEEO Education, da man til det bruger GPS sendere og printede opgaver, og andre lærere foretrækker Xplore2learn, hvor man bruger elevernes smartphones. Fordi de to produkter er så forskellige, udelukker det ene produkt ikke det andet. Produkterne komplementerer hinanden.

At produkterne er komplementerende understøttes også af det forhold, at de efter en sædvanlig kategorisering af læremidler, jf. bogen Fælles mål og midler, Læremidler og læreplaner i teori og praksis af Thomas Illum Hansen [...], bliver kategoriseret forskelligt. Xplore2learn kategoriseres som et såkaldt funktionelt læremiddel, dvs. et redskab eller værktøj, der bruges til at formidle et indhold, som læreren eller instruktøren selv definerer, hvorimod DJEEO Education kategoriseres som et såkaldt didaktisk læremiddel, dvs. et fagligt læringsspil med didaktisk indhold.

UCSJ har af disse grunde ikke misligholdt Informationsaftalen ved salget af Xplore2learn.

### Ugyldighed

Såfremt bestemmelsen i Informationsaftalen må anses for at være en egentlig konkurrenceklausul, som forbyder UCSJ at fremstille og sælge konkurrerende produkter, så gøres det gældende, at bestemmelsen er i strid med Konkurrencelovens § 6, [...].

Konkurrencelovens § 6 forbyder aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for en sammenslutning af virksomheder og samordnet praksis mellem virksomheder, der direkte eller indirekte har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart.

Virksomhedsbegrebet i konkurrencelovens § 6 skal fortolkes bredt, jf. lovens § 2, stk. 1. Med økonomisk virksomhed menes virksomhed, der består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et bestemt marked, uanset i hvilken form virksomheden drives, og uanset om den drives med økonomisk gevinst for øje eller som et non profit foretagende.

Konkurrenceloven omfatter også sammenslutninger af virksomheder, herunder brancheorganisationer af enhver art, jf. konkurrencelovens § 6, stk. 3.

Eftersom såvel BFU, Forlæggerforeningen og professionshøjskolerne/CFU'erne alle udbyder undervisningsmidler på markedet for undervisningsmidler i Danmark, er der tale om erhvervsvirksomhed i lovens forstand.

Uanset om professionshøjskolerne/CFU'erne betragtes som en part eller flere selvstændige parter, er der tale om en aftale i konkurrencelovens forstand indgået mellem to brancheforeninger og en række professionshøjskoler og/eller CFU'er.

Eftersom der er tale om en horisontal aftale, dvs. en aftale mellem virksomheder, der konkurrerer på samme relevante marked, og hvorefter en af disse virksomheder skal afstå fra at markedsføre og sælge konkurrerende produkter, har bestemmelsen i Informationsaftalen såvel til formål som til følge at begrænse konkurrencen.

Idet klausulen begrænser produktion og salg, jf. konkurrencelovens § 7, stk. 2, nr. 2, finder de kvantitative bagatelgrænser i § 7 ikke anvendelse, jf. § 7, stk. 2.

Fordi klausulen således er i strid med konkurrencelovens § 6 er bestemmelsen ugyldig, jf. lovens § 6, stk. 5, [...].

#### DJEEOs erstatningskrav

Såfremt Sø- og Handelsretten måtte komme til det resultat, at UCSJ har handlet i strid med markedsføringsloven eller Informationsaftalen, bestrides DJEEO's erstatningsopgørelse.

Erstatningskrav efter markedsføringsloven skal opgøres på baggrund af skadelidtes tab og ikke skadevolders eventuelle fortjeneste, se "Markedsføringsloven" af Erling Borchert og Frank Bøggild, 3. udgave, side 540 [...].

Tabet skal dokumenteres som en omsætningsnedgang, som følge af den skadevoldende handling set i forhold til den forventede omsætning. Se "Markedsføringsloven" af Erling Borchert og Frank Bøggild, 3. udgave, side 543, [...]. Det skal i den forbindelse bemærkes, at DJEEO's omsætning før Xplore2learn blev lanceret var faldende og fra regnskabsåret 2012/13 til 2013/14 faldt ca. 25 % (fra 1.316.565 til kr. 987.726), jf. Årsrapport for DJEEO for 2013/14 [...]. Man må forvente, at DJEEO's omsætningsnedgang vil fortsætte fremover grundet den teknologiske udvikling. Folk foretrækker i dag smartphones og tablets, og DJEEO Education er i den henseende forældet. En eventuel omsætningsnedgang hos DJEEO efter lanceringen af Xplore2learn skal derfor ses i forhold til den allerede forven-

tede omsætningsnedgang, som ikke skyldes Xplore2learn, men den generelle konkurrence fra andre alternative produkter baseret på nyere teknologi.

DJEEO har ikke løftet bevisbyrden for at have lidt et afsætningstab som følge af Xplore2learn, ligesom DJEEO ikke har bevist eller sandsynliggjort, at der skulle være indtrådt nogen markedsforstyrrelse.

UCSJ skal derfor frifindes for DJEEO's erstatningskrav. Subsidiært skal erstatningen fastsættes til et betydeligt lavere beløb fastsat af Sø- og Handelsretten.”

## **Sø- og Handelsrettens begrundelse og resultat**

### *Markedsføringsloven*

Efter det foreliggende kan det lægges til grund, at de to produkter, DJEEO Education og Xplore2learn, har samme målgruppe og begge er orienteringsspil, der navnlig har til formål at kombinere fysisk aktivitet med læring, samarbejde og kommunikation mv. Særligt efter forklaringen fra Mikael Scheby, som også demonstrerede spillenes virkemåde i retten, kan det imidlertid samtidig lægges til grund, at spillene virker meget forskelligt og på en række afgørende punkter, også rent teknisk, ikke er sammenlignelige. Forklaringen fra vidnet Niels Askær om, at spillene minder om hinanden, har ikke betydning i denne sammenhæng, idet vidnet netop udtrykkeligt gjorde opmærksom på, at han ikke kender de konkrete produkter, men blot udtalte sig i generelle vendinger om denne type af spil.

Xplore2learn er herefter ikke en produktefterligning af DJEEO Education i markedsføringslovens forstand.

Efter oplysningerne om vidnet Mikael Schebys stilling i forhold til DJEEO og hans kendskab til spillet DJEEO Education er der ikke grundlag for at antage, at han skulle have udnyttet en særligt fortrolig viden om DJEEO Education til at udvikle Xplore2learn.

Med hensyn til reglerne om indtægtsdækket virksomhed bemærkes, at det må medgives, at nogle af tallene i UCSJ's regnskaber umiddelbart kan forekomme noget rodede, men efter de fremlagte oplysninger fra UCSJ's revisor Deloitte, herunder det seneste revisionsprotokollat,

og Styrelsen for Videregående Uddannelser, er der ikke grundlag for at statuere, at UCSJ skulle have tilsidesat gældende regnskabsregler.

#### *Informationsaftalen*

Informationsaftalen har karakter af en brancheaftale og indeholder en særskilt bestemmelse benævnt "Øverste samarbejdsorgan", hvorefter Fonden UndervisningsInformation (FUI) som øverste samarbejdsorgan for de tre aftaleparter afgør tvivlsspørgsmål vedrørende aftalens indhold og omfang.

Den bestemmelse, som tvisten i denne sag angår, lyder således: "Centrenes produktioner, der komplementerer og ikke konkurrerer med forlagenes undervisningsmaterialer er tilladt. I tvivlstilfælde kan en produktion forelægges til drøftelse i FUI."

Det kan lægges til grund, at denne sag ikke har været genstand for egentlige drøftelse eller beslutning i FUI, og at dette navnlig skyldes, at UCSJ på et tidligere tidspunkt modsatte sig, at sagen blev behandlet i FUI, hvilket UCSJ imidlertid nu har erklæret sig indforstået med. Det kan endvidere lægges til grund, at parterne er meget uenige om forståelsen og rækkevidden af den omtvistede bestemmelse, og at der ikke under rettens behandling af sagen er fremkommet nogen sikre fortolkningsbidrag hertil.

På denne baggrund findes det både nødvendigt og også mest hensigtsmæssigt for parterne, at sagen først drøftes og afgøres i parternes fælles samarbejdsorgan FUI i overensstemmelse med aftalen, og Sø- og Handelsretten afviser derfor at tage stilling til denne del af sagen.

UCSJ frifindes herefter i det hele for DJEEO's betalingspåstand.

#### *Sagsomkostninger*

Efter sagens udfald skal DJEEO betale sagsomkostninger til UCSJ, men dog alene delvist, idet UCSJ efter det oplyste om sagens baggrund og hidtidige forløb i vidt omfang selv har medvirket til, at tvisten om Informationsaftalen ikke er blevet løst internt i FUI, jf. ovenfor.



DJEEO skal således alene betale et beløb til dækning af advokatudgifter svarende til den del af sagen, der har angået påstanden om overtrædelse af markedsføringsloven. Dette beløb kan efter værdien af denne del af sagen samt sagens omfang og forløb fastsættes til 55.000 kr. De betalte retsafgifter relaterer sig kun til DJEEO's betalingspåstand, der angår overtrædelse af markedsføringsloven, og skal derfor endeligt bæres af DJEEO alene.

**Thi kendes for ret:**

University College Sjælland frifindes.

DJEEO A/S skal betale 55.000 kr. i delvise sagsomkostninger til University College Sjælland. Beløbet skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Flemming Bent Lindeløv

Lotte Wetterling

Lars Almbloom Jørgensen

(Sign.)

— — —

**Udskriftens rigtighed bekræftes**

**Sø- og Handelsretten, den**