

# ERSTATNING VED BRUDD PÅ MARKEDSFØRINGSLOVENS §§ 25, 28,29 OG 30



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 516

Leveringsfrist: 26.04.2011

(\* regelverk for masteroppgave på:

[www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg\\_emnebeskrivelse\\_masteroppgaver\\_JUR5030\\_5060.html](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html))

Til sammen 17.601 ord

25.04.2011



# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Oppgavens tema</b>	<b>1</b>
1.1.1	Innledning	1
1.1.2	Problemstilling	2
1.1.3	Videre disposisjon	2
<b>1.2</b>	<b>Kort om ansvarsgrunnlaget</b>	<b>3</b>
1.2.1	Markedsføringsloven § 28	3
1.2.2	Markedsføringsloven § 29	5
1.2.3	Markedsføringsloven § 30	6
1.2.4	Markedsføringsloven § 25	8
<b>1.3</b>	<b>Ansvarsgrunnlag og Culpa</b>	<b>10</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>ERSTATNINGSUTMÅLING</u></b>	<b><u>11</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Oversikt</b>	<b>11</b>
<b>2.2</b>	<b>Erstatningssanksjonen</b>	<b>12</b>
<b>2.3</b>	<b>Erstatning for økonomisk tap</b>	<b>14</b>
2.3.1	Omsetningstap	15
<b>2.4</b>	<b>Beregningsmåter</b>	<b>16</b>
2.4.1	Erstatningsberegning basert på krenkedes reduserte omsetning	17
2.4.2	Noen bevisspørsmål	19
2.4.3	Ren skjønnsmessig fastsetting basert på vederlagsprinsipper	25
2.4.4	Erstatningsberegning basert på krenkerens omsetning	26
2.4.5	Skjønnsmessig goodwill-tap	33
2.4.6	Interne utgifter	35
<b>2.5</b>	<b>Oppsummering og videre fremdrift</b>	<b>36</b>

<b><u>3</u></b>	<b><u>VEDERLAGSKRAV</u></b>	<b><u>37</u></b>
3.1	Rettslig grunnlag	38
3.2	Utmåling	44
<b><u>4</u></b>	<b><u>VINNINGSAVSTÅELSE</u></b>	<b><u>47</u></b>
4.1	Rettslig grunnlag	48
4.2	Utmåling	55
<b><u>5</u></b>	<b><u>FORHOLDET MELLOM DE TRE ERSTATNINGSTYPER</u></b>	<b><u>57</u></b>
5.1	Noen betraktninger om lønnsomhet	59
<b><u>6</u></b>	<b><u>LEMPING</u></b>	<b><u>60</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING</u></b>	<b><u>63</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>REGJERINGENS LOVENDRINGSFORSLAG 13. APRIL 2011.</u></b>	<b><u>64</u></b>
	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>65</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

### 1.1.1 Innledning

Denne avhandlingen vil dreie seg om erstatningsspørsmålet ved brudd på lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 9. januar 2009 nr 2 (markedsføringsloven). Bestemmelsene som utgjør ansvarsgrunnlaget er markedsføringslovens regler til beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Nedenfor skal jeg behandle generalklausulen om god forretningsskikk (§25), forbudet mot rettstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter og know-how (§28), tekniske hjelpemidler (§29), og produktetterlikningsvernet (§30). Bestemmelsene omhandler i stor grad rettsgoder av immateriell karakter. Der produktetterlikningsvernet og generalklausulen ligger tett opp mot immaterialretten ellers, vil også bedrifthemmelighetsvernet kunne gjøre det samme. Men de kan også ha en annen side gjennom generalklausulen. Eksempelvis nevnes det generelle forbudet mot illojale handlinger i arbeids og næringslivet.

Immaterielle rettsgoder er ikke like lett håndgripelig som verdier ellers i erstatningsretten. Utviklingen virker i stadig større grad å være fokusert rundt slike verdier. Dette kan være utvikling av produkter, forretningsmetoder, kunnskaper og tekniske ideer, løsninger, metoder og liknende. Det er snakk om verdier som ikke er beskyttet av eneretten i form av patent, opphavsrett, varemerkerett og mønsterrett. Immaterielle goder som ikke er beskyttet av enerettene, kan likevel tenkes å være det igjennom markedsføringsloven.

Det er spesielt viktig for de som nedlegger betydelige ressurser på utviklingen av disse verdiene, at det kan kreves erstatning ved eventuelt rettsbrudd. Dette er en sentral sanksjon ved brudd på disse bestemmelsene. Det kan imidlertid være en utfordring å påvise konkret erstatningsmessig tap i denne type saker. I de tilfellene dette lar seg gjøre, vil det følgelig ikke være lett å bevise omfanget av tapet.

### 1.1.2 Problemstilling

Formålet med avhandlingen er å redegjøre for de regler som gjelder for utmåling av erstatning ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser til beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Videre vil jeg forsøke å beskrive ulike beregningsmåter som er mulige innenfor rammene av disse reglene.

### 1.1.3 Videre disposisjon

Markedsføringsloven gir ikke hjemmel til å kreve erstatning. Adgangen følger av de alminnelige ulovfestede erstatningsreglene. I oppgavens hoveddel vil jeg gjøre rede for tre aktuelle former for erstatning og deres respektive utmålingsprinsipper. Ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser om illojale konkurransehandlinger er det ikke bare aktuelt å kreve vanlig tapsdekning, men det kan også være aktuelt å kreve vederlag eller berikelsen avstått. Hjemmel for erstatningsdekning følger av ulovfestet rett. I forhold til de to sistnevnte erstatningstyper beveger man seg her over mot erstatning for ikke-økonomisk skade, og således vil jeg drøfte hjemmelsgrunnet nærmere for slike krav.

## 1.2 Kort om ansvarsgrunnlaget

I det følgende skal jeg kort behandle bestemmelsene om illojale konkurransehandlinger i markedsføringsloven. Det er det forsettlige eller uaktsomme brudd på disse bestemmelsene som utgjør ansvarsgrunnlaget i sakene om erstatning.

I 2009 ble det vedtatt en ny lov om markedsføring som erstatter den gamle. Når det gjelder kapittelet om illojale konkurransehandlinger mellom næringsdrivende, er bestemmelsene i høy grad videreført med tilnærmet lik ordlyd som i den gamle loven. Dermed vil rettspraksis om de gamle bestemmelsene og forarbeidene fra disse også være relevante rettskilder.

Hovedfokuset for ansvarsgrunnlaget vil være disse fire bestemmelser inntatt i markedsføringsloven. Det finnes imidlertid også ytterligere regler som grenser til markedsføringsloven. I forhold til bedriftshemmeligheter nevnes straffeloven §294. Når det gjelder generalklausulen nevner jeg ulovfestede arbeidsrettslige lojalitetsregler og avtalefestede konkurranseklausler mellom partene i et arbeidsforhold.

### 1.2.1 Markedsføringsloven § 28

Mfl § 28 om bedriftshemmeligheter lyder slik:

*” Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste, tillitservervs eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte hemmeligheten i næringsvirksomhet.*

*Det samme gjelder den som har oppnådd kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet gjennom noens brudd på taushetsplikt eller gjennom noens rettsstridige handling ellers.”*

Mfl § 28 gir en bedrift eller selskap vern mot utnyttelse av informasjon av betydning for bedriften. Det følger av en naturlig språklig forståelse av ordlyden at ulike vilkår må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Det første vilkåret er at det må være en bedriftshemmelighet. Det er kunnskap om eller rådigheten over noe, som må anses for å være en bedriftshemmelighet. Videre må overtrederen ha fått kunnskap om denne på en bestemt måte. Følgelig må bruken av denne bedriftshemmeligheten være i næringsvirksomhet, og den må være rettsstridig.

Første ledd krever et visst forhold mellom den bedriften som har den beskyttelsesverdige hemmeligheten og personen som utnytter den. Andre ledd krever derimot ikke et tilknytningsforhold mellom disse.

For å utlede betydningen av begrepet bedriftshemmelighet kan man starte ved motsetningen. Almenn viten og kunnskap omfattes ikke av bestemmelsens ordlyd. Det fremgår av forarbeidene at de alminnelige kunnskaper og erfaringer som en ansatt tilegner seg under arbeidet, samt de av almenn og fagmessig art ikke er bedriftshemmeligheter<sup>1</sup>. Det kreves videre at viten er spesifikk for bedriften, og at den er av betydning for dens virksomhet. Det oppstilles også et vilkår i form av at bedriften selv må behandle informasjonen som hemmelig.

Forarbeidene gir uttrykk for at bedriften bør markere kravet på hemmelighold eller at det bør ligge klart i selve situasjonen. Det må avgjøres i en konkret helhetsvurdering hva som anses som en bedriftshemmelighet. Denne vurderingen er kompleks og har flere grensetilfeller som jeg ikke skal behandle nærmere her.

Videre taler bestemmelsen om et tilknytningsforhold til bedriften. Ordlyden tilsier i anledning av ”tjeneste, tillitsverv eller forretningsforhold”. Her kan nevnes blant andre

---

<sup>1</sup> Ot. prpr. Nr. 57 (1971-72) på s 24



arbeidstakere, styremedlemmer, konsulenter og personer som står i et kontraktsforhold til bedriften.

Følgelig inneholder bestemmelsen et krav om rettsstrid. Hva som ligger i denne reservasjon må avgjøres i en konkret vurdering.

Videre kan de aktuelle reelle hensyn være relevant i vurderingen. Her kan nevnes hensynet til vern om bedriftshemmeligheter og at ting skal holdes internt. De motstridende hensyn kan være sunn konkurranse, spredning av informasjon og arbeidstakeres mulighet til å gjøre karriere.

Når det gjelder begrepet ”utnytte” gir forarbeidene eksempler på handlinger som rammes av ordlyden<sup>2</sup>. Personen kan benytte hemmeligheten i egen virksomhet eller under ansettelse hos en annen arbeidsgiver. Det må videre være klart at informasjonen fortsatt kan karakteriseres som hemmelighet på det tidspunkt den ”utnyttes”. Et annet eksempel kan være at hemmeligheten blir solgt til andre. Følgelig må det gjøres i ”næringsvirksomhet”. Ordlyden tilsier altså her at den private bruk ikke rammes av bestemmelsen.

### 1.2.2 Markedsføringsloven § 29

Mfl § 29 om tekniske hjelpemidler lyder slik:

*” Den som blir betrodd tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler i anledning av et tjeneste, tillitsverv, eller forretningsforhold, må ikke rettstridig utnytte dem i næringsvirksomhet. Det samme gjelder*

---

<sup>2</sup> Ot. prpr. Nr. 57 (1971-72) på s 24

*den som har oppnådd rådighet over tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller og lignende tekniske hjelpemidler gjennom noens rettsstridige handling.”*

Bestemmelsen har store likhetstrekk med § 28 om bedriftshemmeligheter og de kan i visse tilfeller gli over i hverandre. Dette gjenspeiles i at objektet etter § 29 også kan være en hemmelighet etter § 28. I tilfellene det ikke er snakk om noen hemmelighet, men kun et objekt er det da bare § 29 som kommer til anvendelse.<sup>3</sup>

Mye av det som er nevnt om § 28 kan komme til nytte ved tolkningen av § 29.

Bestemmelsen utvider dog nedslagsområdet fra informasjon og lignende til helt konkrete objekter som kan utnyttes rettsstridig i næringsvirksomhet. Ordlyden tilsier at det dreier seg om hjelpemidler av teknisk karakter. I henhold til første ledd kreves det her som i § 28 et tillitsforhold mellom utnyttet og den som har gitt tilgang til hjelpemiddelet. Det samme gjelder rettsstridsvurderingen. I tillegg er det vilkår at hjelpemiddelet må være betrodd. Andre ledd regulerer det forhold at overtrederen har fått tilgang til hjelpemiddelet fra en tredjeperson som har oppnådd rådighet gjennom rettsstridig handling overfor eieren.

### 1.2.3 Markedsføringsloven § 30

Mfl § 30 om etterlikningsvern lyder slik:

*” I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende etterliknende kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på en slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling.”*

---

<sup>3</sup> Lunde, Mestad og Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer på s 168

Bestemmelsen oppretter et vern mot etterlikning av produkter. Hovedregelen og utgangspunktet kan sies å være det motsatte, nemlig at det er lov til å etterlikne andre. Dette er begrunnet i hensynet til den frie konkurranse. Bestemmelsen hjemler således et unntak fra hovedregelen.

Det fremgår av lovens ordlyd at forbudet gjelder anvendelse av ”etterliknende kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser”. For at dette vilkåret skal være oppfylt tilsier ordbruken her at originalprodusenten eller utvikleren må ha gjort en selvstendig innsats.

At prestasjonen har originalitet og særpreg vil være et moment i urimelighetsvurderingen. Ordet ”etterlikning” tilsier at etterlikneren har noe å etterlikne. Det ligger i ordets natur at det kreves kjennskap til originalen. Ubevisst etterlikning går altså loven ikke inn for å beskytte. Et eksempel kan være parallellfremstillinger hvor utvikler nummer to ikke har kjennskap til originalen.<sup>4</sup>

Videre krever mfl § 30 en fare for forveksling for at etterlikningen skal være ulovlig. Her kommer forholdet til generalklausulen inn. En etterlikningshandling som ikke medfører forvekslingsfare kan bare anses som ulovlig etter § 25 siden denne ikke krever forvekslingsfare. Ordlyden krever bare en fare for forveksling og ikke at forveksling faktisk har forekommet. Rt 2005s 1560 gir uttrykk for at ”kravet til faregraden kan neppe settes særlig strengt<sup>5</sup>”. Ordlyden tilsier i alle tilfeller en konkret helhetsvurdering. Hensynet til originalprodusenten og dens potensielle økonomiske, samt goodwill og renommé er viktig her.

Det kreves en fare for forveksling av etterliknerens utnyttelse med originalen, og i tillegg må det anses som en ”urimelig utnyttelse av andres innsats og resultater”. Her inviterer

---

<sup>4</sup> Lunde, Mestad og Michaelsen, Markedsføringsloven med kommentarer på s 174

<sup>5</sup> Rt 2005s 560 premiss 31

ordlyden til en helhetsvurdering. Det fremgår av forarbeidene at subjektive forhold kan tillegges vekt i det som i utgangspunktet er en objektiv vurdering<sup>6</sup>.

#### 1.2.4 Markedsføringsloven § 25

Mfl § 25 lyder slik:

*” I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom.”*

Denne bestemmelsen omtales som generalklausulen i kapittelet om beskyttelse av næringsdrivendes interesser. Ordlyden ”strider mot god forretningsskikk” inviterer til en bred vurdering og kan karakteriseres som en rettslig standard.

Innholdet av denne standarden vil kunne utpensles av flere rettskilder, hvor de mest aktuelle er rettspraksis, forarbeider og teori, men også reelle hensyn vil kunne være av vekt i vurderingen. Videre vil privates praksis som rettskildefaktor her være relevant i form av næringslivets praksis. Flere typer reelle hensyn vil være viktige. Hensynet til forutberegnlighet og hensynet til rimelighet i enkelttilfeller vil kunne stå opp i mot hverandre i mange saker. Hensynet til den frie konkurranse kan begrunne en myk håndheving. Videre vil hensynet til de næringsdrivendes interesser generelt også kunne spille inn.

Ordlyden ”God forretningsskikk” inviterer til en skjønnsmessig vurdering. Det følger av førstvoterendes votum i rt 1998 s 1315 at ”god forretningsskikk” henviser til en alminnelig

---

<sup>6</sup> Jf inst 1966 s 31

lojalitetsvurdering og at ved en slik vurdering kan både forhold av subjektiv karakter så vel som objektive kriterier i en sak være momenter av relevans.

Bestemmelsens ordlyd taler om god forretningsskikk ”næringsdrivende i mellom”. Dette tyder på at næringslivets oppfatning også skal være et moment i vurderingen. Et eksempel her kan være næringslivets konkurranseutvalg (NKU). Det er et utvalg sammensatt av jurister og representanter fra næringslivet. Disse tar stilling til om markedsføringsloven er brutt etter forespørsel fra partene i en konflikt. NKUs avgjørelser er ikke spesielt tungtveiende i forhold til rettspraksis, men kan spille inn i vurderingen.

At oppfatningen innen næringslivet ikke bare er et moment, men av sentral betydning, fremgår også av Rt 1998 s 1315<sup>7</sup>.

I vurderingen er ikke bare oppfatningen innen næringslivet av betydning. Retten må selv ta stilling til hva som er ”god forretningsskikk”. Dette fremgår av forarbeidene,<sup>8</sup> og Høyesterett har senere stadfestet forarbeidenes standpunkt i Rt 1998 s 1315<sup>9</sup>.

#### 1.2.4.1 Forholdet mellom § 25 og de andre bestemmelsene

Det går frem av forarbeidene at generalklausulen også kan dekke handlinger som rammes av spesialbestemmelser, i tillegg til at den er ment å supplere disse bestemmelsene<sup>10</sup>.

Videre følger det av Rt 1998 s 1315 at generalklausulen kan anvendes uavhengig av om tilfellet rammes av en spesialbestemmelse. I saken anførte selskapet Norsk Iskrem BA at Norges-Is AS måtte kjennes uberettiget til å bruke sitt firma som varekjennetegn for

---

<sup>7</sup> Rt 1998 s 1315 på s 1322

<sup>8</sup> Ot prp. 57 1971/72 s 8

<sup>9</sup> Rt 1998 s 1315 på s 1322

<sup>10</sup> Ot. prp. 57 71/72 s.9

iskremprodukter. Norsk Iskrem BA hevdet prinsipalt at det krenket det vern de hadde etter firmaloven sammenholdt med varemerkeloven for sitt firmanavn og slagordet ”Hele Norges iskrem”. Subsidiært hevdet de at registreringen og bruken av ”Norges-Is” var i strid med mfl §§ 1 og 8a (nå §§ 25 og 30). Høyesteretts flertall forkastet den prinsipale påstand, men kom til at bruken av Norges-Is som varekjennetegn var i strid med god forretningsskikk. Førstvoterende stadfester først forarbeidenes standpunkt om generalklausulen at den kan dekke forhold som også rammes av en spesialbestemmelse, og at den kan fungere som et supplement. Om forholdet mellom generalklausulen og de andre bestemmelser uttales det på s 1322:

*” Vurderingstemaet vil primært være om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse, og som hensynet til sunn konkurranse tilsier bør gis et vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen ”<sup>11</sup>*

### 1.3 Ansvarsgrunnlag og Culpa

Det følger av de alminnelige erstatningsregler at det må foreligge et ansvarsgrunnlag for å kunne bli holdt erstatningsansvarlig. Den aktør som bryter en bestemmelse om illojale konkurransehandlinger må gjøre det enten forsettlig eller uaktsomt.

I rettspraksis på de aktuelle bestemmelser er som regel skyld ikke omtvistet i særlig stor grad. Det omtvistede tema er som regel hvorvidt normen er brutt, og ikke om saksøkte har handlet med skyld. En årsak til dette kan være at uaktsomhet ikke er spesielt problematisk å bevise i slike saker. Produktetterlikning kan brukes som eksempel. De materielle vilkår i mfl § 30 er etterlikning og en urimelig utnyttelse av den andre parts innsats og resultater.

---

<sup>11</sup> Rt 1998 s 1315 på s 1322

Har man først kommet til at den angivelige krenker har begått dette, kan man i de fleste tilfeller nokså automatisk slå fast at vedkommende også har handlet forsettlig, eller i det minste uaktsomt.

Det grunnleggende vilkåret i en aktsomhetsvurdering er om skadevolder burde handlet annerledes. Har man først konstatert at en etterlikning innebærer en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater, ligger det jo i dette at etterlikneren burde handlet annerledes. Da er vilkåret om skyld oppfylt.

## **2 Erstatningsutmåling**

### **2.1 Oversikt**

Det fremgår av ulovfestet rett at en kan kreve erstatning for brudd på markedsføringsloven. Erstatning vil være hovedbetegnelsen for typen krav en kan fremsette ved slike brudd. Erstatning er en kompensasjon for økonomisk tap som står i årsakssammenheng med rettsbruddet. Men i noen tilfeller forekommer det andre former for erstatning som kompenserer for mer enn økonomisk tap. I den vanlige erstatningsretten som regulerer integritetskrenkelser kan oppreisning nevnes som eksempel her.

Sakene om brudd på de bestemmelsene i markedsføringsloven som her er tema, gjelder imidlertid noe helt annet enn integritetskrenkelser. Eksempelvis er bedriftshemmelighetsvernet og produktetterlikningsvernet ment å beskytte immaterielle rettsgoder. I slike tilfeller kan det være vanskelig å utmåle vanlig økonomisk tap fordi skaden ikke er like håndgripelig. Dette aktualiserer spørsmålet om det kan reises alternative typer krav som vederlagskrav og krav om at krenkeren avstår fra sin vinning. Dette omtales nærmere under 2.4. og 2.5. Når det gjelder vederlagskrav kan dette ofte sammenblandes

med erstatningskrav. Særlig gjelder dette tilfellene der vederlagskrav gis som en økonomisk kompensasjon når det ikke lar seg gjøre å bevise økonomisk tap. Man kan imidlertid si at der erstatningskravet tar sikte på å dekke et tap, tar vederlagskravet sikte på en økonomisk kompensasjon for bruken av en ting eller en rettighet.

Vinningsavståelseskravet skiller seg ut fra vederlag og erstatningskrav. Her blir spørsmålet om krenkede kan kreve krenkerens vinning eller berikelse utbetalt til seg uavhengig av om det er noe sammenheng mellom krenkerens berikelse og krenkedes tap.

## 2.2 Erstatningssanksjonen

I denne delen skal erstatningssanksjonen i sin helhet undersøkes nærmere. Det er flere hensyn som kan tillegges vekt ved spørsmål rundt erstatning ved overtredelse av markedsføringslovens bestemmelser om produktetterlikning, og vernet mot utnyttelse av bedriftshemmeligheter og know-how.

Krenkede skal kompenseres for det økonomiske tap han er påført ved krenkelsen, og dette er reparasjonshensynets oppgave<sup>12</sup>. Hensynet tar sikte på å gjenopprette følgene av et rettsbrudd. Et grunnleggende hensyn bak markedsføringslovens regler er ønsket om å stipulere nyskapning og kreativitet ved å beskytte investeringer og innsats mot illojal og urimelig utnyttelse<sup>13</sup>. Skal man med reglene fylle dette formål må de være effektive i den forstand at næringsdrivende må kunne legge til grunn at skader de lider som følge av andres krenkelser blir *reparert*, og at potensielle krenkere blir avskrekket fra å begå krenkelser. De såkalte ”reparasjons og prevensjonshensyn” er således sentrale.

---

<sup>12</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verdt? Festskrift til Peter Lødrup på s7.

<sup>13</sup> Mestad: lov og rett 2001 s 610.



Det kan hevdes at for å ivareta disse hensynene i tilstrekkelig grad, bør man også kunne få kompensert skade som er vanskelig å dokumentere<sup>14</sup>. Hensynet er både aktuelt der det er vanskelig å dokumentere økonomisk tap og under ikke-økonomisk skade. Sistnevnte kan eksemplifiseres med vederlagskrav og berikelseskrav, altså hvor det er aktuelt å bevege seg bort fra vanlig tapsdekning.

For å kunne kreve erstatning følger det av den alminnelige erstatningsrett at tre vilkår må være oppfylt. Det må foreligge ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og årsakssammenheng. I sakene om brudd på markedsføringslovens bestemmelser vil nettopp et forsettlig eller uaktsomt brudd på disse være ansvarsgrunnlaget. Videre må det være årsakssammenheng mellom det økonomiske tap og ansvarsgrunnlaget. I tilfellene ved illojale konkurransehandlinger byr økonomisk tap og årsakssammenheng på størst usikkerhet og problemer. Selv om det i disse sakene ofte er hovedanliggende hvorvidt det foreligger brudd på en bestemmelse, reiser erstatningsutmålingen og årsakssammenhengen som regel problemer. Årsaken til dette er at det ofte kan være vanskelig å bevise helt konkret at det har vært et økonomisk tap.

En tapspost som ofte fremstår som vanskelig i saker om overtredelse av markedsføringsloven kan for eksempel være omsetningstap og i forlengelsen av dette; goodwill-tap. En må prøve å finne ut i hvilken grad den ene parts markedsposisjon er skadet som følge av at den annen part har utnyttet bedriftshemmeligheter eller kopiert den andres produkt. Retten må spørre seg hvor mye part X ville tjent dersom part Y ikke hadde utnyttet Xs bedriftshemmeligheter i sin virksomhet eller kopiert Xs produkt.

Det må foreligge tilstrekkelige bevis for at retten skal kunne konstatere et tap og eventuelt tilkjenne erstatning. I utgangspunktet er kravet en sannsynlighetsovervekt på 51%. I mange situasjoner kan imidlertid disse kravene begrense og i noen tilfeller også helt utelukke erstatningsutmåling.

---

<sup>14</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verdt? Festskrift til Peter Lødrup på s11.

Når erstatningsutmålingen i mange tilfeller blir avgjort på et hypotetisk utviklingsforløp sier det seg selv at resultatet ofte blir en lav tapsberegning eller at retten ikke kommer til at det foreligger tap.

I en situasjon hvor det er sannsynliggjort at den krenkede har lidt et økonomisk tap vil domstolen ofte stå overfor en utfordring når den skal beregne tapet. I en slik situasjon vil grunnlaget for bevisvurderingen ikke være veldig håndfast og konkret. I mangel av faste holdepunkter vil retten da måtte fastsette et tap basert på skjønnsmessige vurderinger. Innledningsvis påpeker jeg det rettslige grunnlaget for tapsberegning basert på skjønnsmessige vurderinger. Rt 1964 s 65 ”Glamox” inneholdt riktignok en erstatningsutmåling med grunnlag i den gamle konkurranseloven, men det baseres på skjønnsmessige vurderinger<sup>15</sup>. I Rt 1997 s 199 ”Cirrus” var ansvarsgrunnlaget den gamle markedsføringslovens §§ 1 og 7. Her slår førstvoterende fast at erstatningsutmålingen må under enhver omstendighet ”i utpreget grad bli skjønnsmessig”<sup>16</sup>. I Rt 2005 s 1560 ”Rissekk”, som angikk den gamle markedsføringsloven § 8a, uttaler førstvoterende at ”en rekke usikkerhetsfaktorer gjør at vurderingene må bli skjønnsmessige”<sup>17</sup>.

### 2.3 Erstatning for økonomisk tap

I det følgende vil jeg gjøre rede for de forskjellige former for tap som er aktuelle i saker om brudd på bestemmelsene om illojale konkurransehandlinger i markedsføringsloven. Rettspraksisen rundt utmåling av økonomisk tap er ikke spesielt omfattende. Dette gjelder i forhold til alle bestemmelsene. Tapsposter som kan være aktuelle er tapt fortjeneste hos krenkede. Dette omtales også som omsetningstap. En annen form for omsetningstap er tap i

---

<sup>15</sup> Rt 1964 s 65 på s 71

<sup>16</sup> Rt 1997 s 199 på side 225. Dette med dissens 3-2. De to andre dommerne tilkjente ikke erstatning og kom således ikke inn på utmåling.

<sup>17</sup> Rt 2005 s 1560 i premiss (33)

markedsforstyrrelser. Som en utstrekning av dette tap nevnes også goodwill og renommétap. Markedsforstyrrelser kan redusere originalprodusentens goodwill og dette vil til slutt synes som en type indirekte omsetningstap. Videre finner man posten som jeg velger å kalle for interne utgifter. Her kan nevnes mottiltaksutgifter og utgifter til å avdekke krenkelsen. Hovedregelen fremgår av ulovfestet erstatningsrett, og utgangspunktet er at det kan kreves erstatning for det fulle økonomiske *tap som følge av rettsbruddet*. Dette gjelder enten det er originalprodusenten i etterlikningssakene, krenkede selskap i bedriftshemmelighetssakene eller tidligere arbeidsgiver i illojalitetssakene etter generalklausulen. Krenkede part skal stilles i samme økonomiske stilling som om han ville vært rettsbruddet foruten.

### 2.3.1 Omsetningstap

Omsetningstap er krenkedes reduserte omsetning som følge av krenkerens rettsstridige atferd. Det kan ha manifestert seg som en faktisk nedgang i omsetningen, men det kan også være at forventet økning er uteblitt eller blitt lavere enn den ville blitt om krenkelsen ikke hadde skjedd. For å finne frem til den reduserte omsetning må en ta utgangspunkt i krenkedes faktiske omsetning for så å tenke seg at det ikke har forekommet noen rettstridig atferd. Tapet blir med andre ord forskjellen mellom den virkelige omsetningen og den omsetningen han ville hatt dersom den rettsstridige atferd tenkes bort. Situasjonen etter krenkelsen må sammenliknes med hva situasjonen ville vært uten krenkelsen. Denne vurdering blir hypotetisk, og det kan bli vanskelig å bevise et erstatningsmessig tap. Det er ikke problematisk å konstatere hvilken omsetning krenkede har hatt, det vanskelige er å tenke seg til hvilken omsetning krenkede ville hatt uten krenkelsen.

Det fremgår av de alminnelige erstatningsregler at det må være årsakssammenheng mellom den erstatningsbetingede handling og det økonomiske tap. I disse saker blir det da et krav om årsakssammenheng mellom den reduserte omsetning og den rettstridige atferden. Krenkede part kan altså da kreve det økonomiske tap som er en følge av rettsbruddet.

Som en forlenget form for omsetningstap vil jeg også gjøre rede for det som kalles for goodwill-tap nedenfor i punkt 2.3.4. Etter mitt skjønn er goodwill en form for kompensasjon til krenkede som tar sikte på å erstatte for nedgang i omsetningen. Beregningsmåten som blir presentert nedenfor vil falle inn under kategorien omsetningstap.

## 2.4 Beregningsmåter

Det råder en generell usikkerhet rundt bevis av økonomisk tap, erstatningsutmåling og årsakssammenheng i sakene om illojale konkurransehandlinger.

Spesielt ofte er problemet kommet på spissen i produktetterlikningssakene. Det virker å være en bred enighet om at nivået på erstatningene er lavt i slike saker. I forbindelse med arbeidet med markedsføringsloven av 1972 ble det foreslått en særregel om erstatning av konkurranselovkomitéen. Regelen gikk ut på at skadelidte skulle tilkjennes en erstatning på kr 20 000 for tilfeller hvor det kunne *”antas at skade er lidt uten at tapets størrelse er bevist”*<sup>18</sup>

Departementet fant ikke tilstrekkelig grunn til å innta en slik regel i markedsføringsloven av 1972. Det ble lagt vekt på at vanskeligheter med å fastslå tapets størrelse ikke bare gjelder markedsføringsloven og at regelen ville kunne bli noe vilkårlig<sup>19</sup>.

Det finnes mange beregningsmåter som i ulike situasjoner kan gi grunnlag for å stipulere krenkedes økonomiske tap. I det følgende skal det med grunnlag i rettspraksis presenteres flere utgangspunkter for beregning av omsetningstap. Jeg vil dele de inn under to hovedkategorier. Den ene er beregningsmåter som er basert på krenkedes omsetning og den andre type kategori er basert på krenkerens omsetning.

---

<sup>18</sup> Utkast til § 9 tredje ledd inntatt i Innstilling fra konkurranselovkomiteen s 91, jf s 83-84

<sup>19</sup> Ot prp. Nr 57 ( 1971-72) s 6

## 2.4.1 Erstatningsberegning basert på krenkedes reduserte omsetning

Denne måten å beregne erstatning på henviser til krenkedes reduserte omsetning. Det må altså konstateres at krenkerens omsetning er blitt lavere enn den hadde vært uten krenkelsen. Det kan enten vise seg som en utflatning av omsetningen eller en nedgang. Det kan for eksempel være at krenkedes omsetning har en stigende kurve som på det tidspunkt krenkelsen starter, flater ut. Et annet eksempel kan være at krenkerens omsetning har en flat og jevn kurve, men når krenkelsen starter, går kurven nedover. Her kommer flere spørsmål om årsakssammenheng inn. Dette er spesielt aktuelt der det for eksempel anføres at grunnen til utflatningen eller nedgangen er et mettet marked.

### 2.4.1.1 Skjønnsmessig fastsetting med utgangspunkt i krenkedes reduserte omsetning

Det foreligger ofte tvil om hvor stor del av tapet som skyldes rettsbruddet og hvor stor del som skyldes andre faktorer. I slike situasjoner kan det være behov for en skjønnsmessig beregning.

Dette er en aktuell måte å fastsette tap på i forbindelse med illojale konkurransehandlinger etter generalklausulen. Et eksempel som kan nevnes er ansattes illojalitet overfor arbeidsgiver. Her kan det bli vanskelige grensdragninger mellom tapet hos krenkede som skyldes illojaliteten, og tap som skyldes lovlig aktivitet. Økonomisk tap i denne type saker er ikke noen mindre utfordring enn i etterlikningssakene.

I saker som gjelder illojal opptreden i strid med generalklausulen i § 25 blir det et viktig skille i forhold til årsakssammenheng. Som eksempel kan nevnes Rt 1990 s 607 ”Viking”. To ansatte som tok sikte på å slutte i bedriften for å begynne egen virksomhet, etablerte under ansettelsestiden en konkurrerende næringsvirksomhet. Deres etablering av en

konkurrerende bedrift i overgangsperioden ble ansett for å være illojal, og generalklausulen i mfl § 1 (nåværende § 25) kunne anvendes. Det ble lagt vekt på at de to var nøkkelpersoner i bedriften og at deres opptreden var i strid med den alminnelige og ulovfestede lojalitets og troskapsplikt i arbeidsforhold. Følgen av bruddet på deres lojalitets og troskapsplikt overfor arbeidsgiver ble at arbeidsgiveren mistet sin eneforhandlerposisjon for et produkt til dette nye selskapet opprettet av de tidligere ansatte. Krenkede bedrift ble tilkjent erstatning for tap som følge av at administrerende direktør og systemsjefen sa opp sine stillinger i bedriften og startet et konkurrerende selskap. Den tidligere arbeidsgiveren ble tilkjent tap som følge av illojaliteten, og ikke tap som følge av at viktige personer forlot virksomheten. Når det gjelder utmålingen fastslår førstvoterende innledningsvis at erstatning skal fastsettes etter rettens skjønn. Det konstateres at det oppsto en omsetningssvikt og at det var overveiende sannsynlig at den krenkede bedriften var påført et økonomisk tap. Videre avvises både beregningsmåtene for omsetningstap anført fra krenkedes side, og deres subsidiære anførsel på goodwill-tap på 1 million kr. Erstatningen fastsettes på skjønnsmessig grunnlag til kr 600 000 med en henvisning til den gamle tvistemålsloven § 192. Det vektlegges at utgangspunktet for beregningen er reduksjonen i omsetning. Dette som en følge av at krenkede mistet sin eneforhandlerposisjon på et produkt samtidig som det nye firmaet fikk en stor omsetning på dette produktet.

En annen sak som her er illustrerende er Rt 1964 s 65 ”Glamox”. I denne saken var det også tvil om tapets størrelse og erstatningen ble fastsatt skjønnsmessig. Saken gjaldt villedende reklame. Firmaet Glamox annonserte for sine belyningsarmaturer og i reklamen ble det påstått en enestående høy refleksjonskoeffisient på 96 %. Det kom senere for en dag at refleksjonskoeffisienten egentlig bare var på 82 %, som var omtrent det samme som andre armaturer. Her oppsto det tvil om nedgang i krenkedes omsetning og oppgang i krenkerens omsetning skyldtes rettsbruddet eller andre faktorer. Om dette uttaler førstvoterende etter først å ha konstatert krenkedes nedgang og krenkerens oppgang i omsetning med tilslutning fra flertallet (s71):

*“Det er imidlertid ganske klart at det her er en rekke faktorer som har spillet inn og at ankemotpartenes tilbakegang i omsetning - og Glamox' fremgang - ikke bare, og jeg tror ikke engang for den vesentligste del, har sin årsak i reklamen med 96 % refleksjon. Men en medvirkende faktor har den ulovlige reklame etter min oppfatning vært.”<sup>20</sup>*

## 2.4.2 Noen bevissspørsmål

### 2.4.2.1 Bevisbyrde for hypotetisk årsakssammenheng

Utgangspunktet er at krenkede har bevisbyrden for det faktiske grunnlaget for domstolens skjønsmessige tapsberegning. I produktetterlikningssakene er dette en naturlig hovedregel da originalprodusenten bør ha bevisbyrden for faktisk årsakssammenheng. Dette er utgangspunktet i den alminnelige erstatningsrett, og her som ellers er det skadelidte som har et tap, og er følgelig nærmest til å skulle dokumentere dette. Det er krenkede part som fører saken og bør følgelig ha ansvaret for å sikre bevis for en påstått produktetterlikning.

Men hvis saksøkeren først har godtgjort at omsetningen er blitt lavere enn forventet etter krenkelsen, oppstår spørsmålet om nedgangen ville blitt like stor uten krenkelsen. Det kan sies å være spørsmål om et hypotetisk utviklingsforløp. En ting er at omsetningsfallet bør bevises. En annen er hvilken part som bør ha bevisbyrden for at omsetningsnedgangen ikke skyldes etterlikningen, men ville ha oppstått uavhengig av dette. Spørsmålet her blir hvem som har bevisbyrden for hypotetiske skadeårsaker.

---

<sup>20</sup> Rt 1964 s 65 på s 71

En eventuell regel om skifte av bevisbyrde vil gå ut på at eksempelvis produktetterlikneren får bevisbyrden for faktisk årsakssammenheng. I et slikt tilfelle vil det holde for originalprodusenten å sannsynliggjøre nedgang i omsetning og fortjeneste. Følgelig vil det bli produktetterliknerens plikt å sannsynliggjøre at andre faktorer enn rettsbruddet er årsaken til omsetningsnedgangen.

Hovedregelen favoriserer etter mitt skjønn krenkeren. Når retten skal ta stilling til en eventuell skjønnsmessig beregning, kan denne bli lav i de tilfellene krenkede ikke i tilstrekkelig grad har klart å motbevise at tapet skyldes andre faktorer enn rettsbruddet.

Rt 1990 s 607 ”Viking” illustrerer dette. Krenkede krevde et tap påstått til kr 6,9 millioner kroner, men Høyesterett tilkjente kr 600 000 på skjønnsmessig grunnlag. Grunnlaget for den skjønnsmessige beregning kan synes å bygge på at det var krenkede Viking AS som hadde bevisbyrden. Krenkede krevde omsetningstap og viste til reduksjon av dekningsbidrag de to siste år. Høyesterett avviste dette og synes dermed å bygge på at tapet skyldtes andre faktorer. Det uttales på s 616:

*”Jeg anser ikke dette som noe realistisk grunnlag for erstatningsfastsettelsen. Foruten hva jeg allerede har nevnt, viser jeg til at IBM kom inn med sin egen mikrodatamaskin på markedet i Norge i 1983 med de følger dette fikk for konkurrentenes markedsandeler.”<sup>21</sup>*

Etter også å ha avvist et goodwill-krav fra krenkede fastsettes det et forholdsvis lavt beløp. Etter mitt syn kan det her se ut som at Høyesterett bygget på at tapet delvis skyldtes andre faktorer og lot krenkede ha bevisbyrden for dette. Da krenkede ikke klarte å bevise dette i tilfredstillende grad, ble beløpet fastsatt langt under det påståtte tap.

---

<sup>21</sup> Rt 1990 s 607 på s 616



Rt 1999 s 1725 ”Lundetangen” gjaldt krenkelse av varemerke. Spørsmålet for Høyesterett var om Aass’ markedsføring var en krenkelse av Ringnes’ varemerkerettigheter.

Høyesteretts flertall (3-2) svarte benektende på dette. Mindretallet svarte bekreftende og tilkjente omsetningstap. Aass anførte her en hypotetisk skadeårsak. De anførte at de ville lansert ølet under et annet merke om de ikke hadde lansert det som ”Lundetangen”.

Anførselen ble avvist med den begrunnelse at Aass ikke hadde sannsynliggjort dette.

Fremgangsmåten tyder på at krenkeren (Aass) hadde bevisbyrden for denne hypotetiske skadeårsaken og at den ikke var oppfylt.

Argumentet er hentet fra et mindretallsvotum og har således mindre rettskildemessig vekt. Resonnementet er uansett fornuftig etter mitt syn, og er et moment som taler for omvendt bevisbyrde for hypotetiske skadeårsaker.

I juridisk teori har det vært diskutert hvorvidt det er mulig å snu bevisbyrden når det gjelder erstatningsberegningen. Krenkede vil naturligvis ha bevisbyrden for plikten til å betale erstatning. Det åpnes altså for en omvendt bevisbyrde når det gjelder utmålingen. I en slik situasjon vil det holde at krenkede beviser sitt omsetningsfall mens krenkeren må prøve å bevise at dette ville ha oppstått uavhengig av krenkelsen.

Det er imidlertid på det rene at en slik praksis med omvendt bevisbyrde forekommer ellers i erstatningsretten. Dette er særlig aktuelt ved integritetskrenkelsener.

Nygaard<sup>22</sup> har i sin artikkel ”Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk skadeårsak” uttalt følgende:

*Når det gjeld den hypotetiske utviklinga, dvs. utviklinga utan skaden, er det som nemnt i punkt 4.3 lagt til grunn både i skalledommen i Rt-1997-883 og Stokke-dommen i Rt-1999-1473 og andre nyare dommar, at dersom skadevaldaren påstår at utviklinga heilt eller delvis ville vore den same som den faktiske, uavhengig av den ansvarlege skadeårsaka, har han tvilsrisikoen for dette.*

---

<sup>22</sup> Nygaard Lov og rett 2000 s 515, på s 540 Forfatteren bruker ordet ”tvilsrisiko” både ved bevis for faktum og ved underbygging av hypotese, jf s 517.

Mestad<sup>23</sup> gir uttrykk for at det kan være en åpning for at krenkeren vil kunne pålegges bevisbyrden for årsakssammenhengen for denne type situasjon og viser til Nygaards artikkel. Monsen er noe mer kritisk, men konklusjonen<sup>24</sup> er at det åpnes for omvendt bevisbyrde. Det uttales på side 77 :

*Under henvisning til bla. Rt 1960 s 1201 og Rt 1972 s 1350 uttaler NYGAARD at bevisbyrden kan slå over på skadevolder dersom hans handling var "klårt klandreverdig" eller dersom "skadevolder burde handla slik at dei konkrete bevisvanskene ikkje var oppstått". Selv om disse reglene er utviklet på basis av tilfeller av integritetskrenkelser, er det neppe noe prinsipielt i veien for å anvende reglene ved avgjørelsen av spørsmål om faktisk årsakssammenheng mellom økonomisk tap og krenking av immaterialrettigheter."<sup>25</sup>*

Etter mitt syn taler de ovennevnte kilder for en slik regel om omvendt bevisbyrde for hypotetiske skadeårsaker. De reelle hensyn taler både for og imot omvendt bevisbyrde. Et hensyn som taler i mot en slik regel er det generelle utgangspunkt i erstatningsretten om at skadevolder har et behov for trygghet mot å bli påført ansvar for tap som ikke skyldes hans eget rettsbrudd.

Et hensyn som taler for en slik regel er hensynet til krenkede. Et eksempel kan være der produktetterlikneren handler forsettlig og tar sjansen på at krenkede vil få bevisvansker. En kan her se på hovedregelen om at krenkede må bevise alt og problematisere det poeng at krenkeren her får en fordel. Hovedregelen gir i disse tilfeller produktetterlikneren en slags beskyttelse.

Høyesteretts fremgangsmåte i "Viking" er ikke et argument for at det finnes et unntak fra hovedregelen. Mindretallets votum i "Lundetangen" synes dog å bygge direkte på en slik

---

<sup>23</sup> Mestad Lov og rett 2001s 610 på s 613

<sup>24</sup> Monsen, Berikelsekrav på s 77

<sup>25</sup> Monsen, Berikelsekrav på s 77

regel om omvendt bevisbyrde. Både teori og reelle hensyn taler for at det er et grunnlag for en slik regel, og dette veier etter mitt syn tungt. Regelen bør i alle tilfeller anvendes med forsiktighet.

#### 2.4.2.2 Omvendt bevisbyrde ved spesielt klanderverdig atferd

Det er følgelig større grunn til å anvende omvendt bevisbyrde i tilfeller der krenkeren eller produktetterlikneren har handlet klanderverdig enn i tilfellene hvor han ikke kan klandres. Ovenfor nevnte jeg som et motargument det generelle erstatningsrettslige hensyn om at skadevolder har et behov for trygghet mot å bli påført ansvar for tap som ikke skyldes hans eget rettsbrudd. Dette gjør seg ikke like sterkt gjeldende når rettsbruddet er grovt og skadevolder er særlig klanderverdig.

Videre argumenterer Nygaard<sup>26</sup> for at bevisbyrden kan slå over når skadevolder er ”klårt klanderverdig”. Rognstad og Stenvik<sup>27</sup> uttaler at grov skyld kan føre til at ”bevisbyrden snus, slik at det blir skadevolders sak å dokumentere at noe tap ikke er lidet.”

De reelle hensyn taler også i sterkere grad for en slik regel ved særlig klanderverdig atferd. Mothensynene er færre ved skadevolders grove opptreden. Juridisk teori taler også for en regel om omvendt bevisbyrde ved grov skyld. Jeg legger vekt på reelle hensyn og de teoretiske standpunkter når jeg er kommet til det er grunnlag for en regel om omvendt bevisbyrde ved særlig klanderverdig atferd.

---

<sup>26</sup> Nygaard: Skade og ansvar 5. Utg 2000 på s 338

<sup>27</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verdt? Festskrift til Peter Lødrup på side 27

### 2.4.2.3 Dokumentasjonskrav

Det er ikke lett å føre bevis for økonomisk tap og herunder omsetningstap. I de fleste tilfeller hvor økonomisk tap ikke lar seg bevise, henvises det til en skjønnsmessig vurdering av tapet.

Rognstad og Stenvik<sup>28</sup> har i en artikkel om immaterialrettskrenkelser generelt uttalt:  
*” Den utbredte oppfatning at immaterialkrenkelser ofte lønner seg, må antas å ha nær sammenheng med tendensen i domstolene til å stille for strenge beviskrav ”*<sup>29</sup>

Etter mitt skjønn er dette delvis riktig. I veldig mange saker om brudd på markedsføringsloven blir det stilt strenge krav, og dette går utover skadelidte. Etter mitt syn taler uttalelser fra Høyesterett for at beviskravene er moderert i skadelidtes favør. I tilfeller med skjønnsmessig beregning kan ikke beviskravene være like strenge som ellers. Høyesterett uttaler i Rt 1965s 64 ”Glamox” på s 71 som gjaldt den gamle konkurranselov, men er aktuell i forhold til skjønnsmessig utmåling:

*“Det forhold at erstatningsberegningen er vanskelig og forbundet med usikkerhet, kan imidlertid ikke føre til at erstatning nektes når det ansees godtgjort at tap foreligger ”*<sup>30</sup>

Høyesterett gir videre i Rt 2005 s 1560 ”Rissekk” direkte uttrykk for at *”det ikke kan stilles særlig strenge krav”*<sup>31</sup> til krenkedes dokumentasjon.

---

<sup>28</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verdt? Festskrift til Peter Lødrup på side 11.

<sup>29</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verdt? Festskrift til Peter Lødrup på side 11

<sup>30</sup> Rt 1965 s 64 på s 71

<sup>31</sup> Rt 2005 s 1560 (premiss 33)

### 2.4.3 Ren skjønnsmessig fastsetting basert på vederlagsprinsipper

I de fleste saker som gjelder brudd på de illojale konkurransehandlinger blir erstatningen fastsatt skjønnsmessig. Men dette blir gjerne gjort med utgangspunkt i enten krenkerens fortjeneste, krenkedes tap eller en kombinasjon av de to. Noen av beregningsmåtene det er gjort rede for overfor illustrerer dette. I noen situasjoner blir det derimot vanskelig å velge noe utgangspunkt for beregningen, og da blir beregningen i større grad skjønnsmessig.

Rt 1997 s 199 "Cirrus" illustrerer dette. Dommen gjaldt krav om erstatning for bruk av en teknologi og tegninger ved utviklingen av en luftputekatamaran. Fra begynnelsen var det et ingeniørfirma og et båtbyggerfirma som samarbeidet om utviklingen, og etter hvert kom også et rederi inn på finansierings og salgssiden. Etter at det var kontrahert 15 båter, sa båtbyggerfirmaet opp samarbeidsavtalen, og startet utviklingen av en konkurrerende "annen generasjon" av båten sammen med rederiet. Ingeniørfirmaet fikk medhold (dissens 3-2) i at utnyttelsen av tegninger, forsøksdata og spesifikasjoner var i strid med generalklausulen i § 1 og § 7 om bedriftshemmeligheter.

I forhold til utmålingen uttaler førstvoterende på s 225: "*En inngangsvinkel er å vurdere hva ville utgjøre et rimelig vederlag for Cirrus-teknologien*" "*under enhver omstendighet må erstatningsutmålingen i utpreget grad bli skjønnsmessig. Hensyn tatt til at Cirrus allerede hadde fått betalt for teknologien over flere år, og at markedet synes å ha fremstått som usikkert, settes erstatningen til 2 mill kroner.*"

Begrunnelsen er ikke særlig omfattende verken når det gjelder grunnlaget for vederlagskravet eller selve utmålingen. Men det som virker sikkert er at det er tillatt å basere seg på vederlagsbetraktninger når man skal utmåle erstatningen.

## 2.4.4 Erstatningsberegning basert på krenkerens omsetning

### 2.4.4.1 Hypotetisk andel av krenkerens salg multiplisert med krenkedes nettotap

Dersom en ikke har andre holdepunkter for å fastslå hvor stort fall i den krenkedes omsetning som krenkelsen har medført, kan et naturlig utgangspunkt synes å være hvor mange eksemplarer det er solgt av *krenkerens* produkt. Dette er dog noe usikkert, men etter mitt syn en fornuftig beregningsmåte. Det er selvfølgelig ikke gitt at den krenkede ville solgt like mange produkter som krenkeren fikk solgt dersom kopiproduktet ikke hadde blitt lansert på markedet. Man må se på flere sider av vurderingen.

I tilfeller med få aktører og liten konkurranse vil en etterlikning gjøre tydeligere utslag enn i tilfeller med mange aktører og stor konkurranse. Her kan det være nyttig med en sammenlikning av krenkede og krenkeren som markedsaktører. Dersom det er store forskjeller mellom de to kan det tale i mot en sammenlikning. Krenkeren kan for eksempel ha flere utsalgssteder og legge seg på en lavere pris. Det vil alltid være usikkerhet i forhold til en slik vurdering. Utgangspunktet for beregningen vil være alt det salget krenkeren har hatt i perioden det har forekommet ulovlig etterlikning. En kan følgelig ikke automatisk slå fast at alle produktene som er solgt er en følge av etterlikningen. En presumsjon for at 100 % av krenkerens salg er en følge av rettsbruddet vil bare ytterst sjelden tilfredstille kravet til årsakssammenheng. Det kan bli vanskelig å konkludere med at krenkede ville solgt like mange produkter som krenkeren har gjort.

En må tenke seg krenkedes omsetning under forutsetning av at krenkerens kopiprodukt og omsetning ikke hadde eksistert i det hele tatt. Fremgangsmåten går ut på å se på antall produkter som er solgt av kopiproduktet og anta at en andel av disse ville blitt solgt som krenkedes produkt i en situasjon hvor krenkerens produkt ikke hadde eksistert. Dette bygger på et hypotetisk utviklingsforløp. Det konstateres først nedgang i omsetning hos krenkede. Deretter ser man på krenkerens salg og antar at en prosent av dette salg står i

direkte årsak til krenkedes omsetningsnedgang. Videre ser man på krenkedes fortjeneste per solgte produkt. Dette er dekningsbidraget eller avansen, altså utsalgspris minus variable kostnader. Til slutt slås krenkedes tapte dekningsbidrag pr produkt fast som hans nettotap pr solgte produkt hos krenkeren. Beregningsmåten det er snakk om i det følgende tar altså på skjønnsmessig grunnlag utgangspunkt i en andel av krenkerens salg.

Borgarting lagmannsretts dom inntatt i RG 1988 s 277, ”Maglite” er et eksempel på denne beregningsmåte. Saken gjaldt to lommelykter som Biltema produserte. Disse ble ansett som ulovlige etterlikninger av Maglites produkter, og Mag fikk medhold i at markedsføringen og salget var i strid med mfl § 8a og § 1. Det ble tilkjent erstatning for økonomisk tap og goodwill. I utmålingen tar lagmannsretten utgangspunkt i Mags nettotap for hvert solgte produkt fra Biltema, og baserer seg så på Biltemas antall solgte produkter i det aktuelle tidsrom. Så antar retten på skjønnsmessig grunnlag at hver tredje kjøper av Biltemas lykt ville kjøpt en Maglite om ikke Biltemas lykt hadde eksistert og foretar en beregning basert på dette.<sup>32</sup>

*”Retten tar utgangspunkt i Mags egen opplysning om at nettotapet pr. lykt utgjør 50 kroner for Mini Maglite og 30 kroner for Solitaire. I mangel av dokumenterte oppgaver må også Biltemas anslag over solgte lykter legges til grunn”.*

Retten ser da altså på Maglites nettotap per solgte produkt og fastsetter tapet skjønnsmessig på en tredjedel av det samlede salget til krenkeren.

Utgangspunktet er antall solgte produkter som krenkeren har hatt i perioden med ulovlig etterlikning. Deretter legges krenkedes opplyste nettotap pr solgte kopiprodukt til grunn.

Denne saken er et eksempel på et tilfelle med mange markedsaktører. Lommelykter produseres av veldig mange selskaper og det fremgår av sakens faktum at Maglite hadde fremsatt krav mot et betydelig antall aktører hvor det ble påstått etterlikning. I slike tilfeller

---

<sup>32</sup> Rg 1999 s 277

kan man ikke legge seg på en høy andel av krenkerens solgte produkter fordi det er mindre sannsynlighet for årsaksammenheng.

En annen sak hvor denne beregningsmåte legges til grunn er Drammen tingretts dom fra 2010 i sak om peisovner. Saken gjaldt produktetterlikning. Nordpeis sin peismodell ”Trio peis” ble ansett som en ulovlig etterlikning av Jøtuls modell. Retten kom til at Nordpeis hadde opptrådt i strid med god forretningsskikk jf mfl § 25 og tilkjente Jøtul erstatning for omsetningstap. I utmålingen legger retten til grunn Jøtuls tapsberegninger som følge av Trios ovn. Det fremgår av sakens opplysninger at Nordpeis sin modell hadde solgt til sammen 1862 ovner siden lanseringen. Retten legger her til grunn Jøtuls påstand om at de har hatt et mindresalg av 1500 ovner på grunn av Trio-ovnen. Dette er altså et langt høyere antall (80,5%) enn det lagmannsretten skjønnsmessig la til grunn i Maglite-saken hvor de antok at hver tredje kjøper av krenkerens produkt ville kjøpt krenkedes produkt om førstnevnte ikke hadde eksistert. Retten multipliserer tapte dekningsbidrag pr ovn hos Jøtul med 1500 og fastsetter da tapet til 6,4 mill, men tar utgangspunkt i Jøtuls egen begrensning på 6 mill på grunn av usikkerheten.

Rt 1999 s 1725 ”Lundetangen” gjaldt krenkelse av varemerke. Bryggeriet Aas hadde i 1997 tatt i bruk varemerket ”Lundetangen”, som var Ringnes’ innarbeidete varemerke. Ringnes hadde avsluttet virksomheten med Lundetangen-øl i 1986. Spørsmålet for Høyesterett var om Aass’ markedsføring var en krenkelse av Ringnes’ varemerkerettigheter. Høyesteretts flertall (3-2) svarte benektende på dette. Mindretallet svarte bekreftende og tilkjente omsetningstap. De måtte finne frem til hvor stor omsetning Ringnes ville fått dersom Aas ikke hadde lansert Lundetangen-ølet i strid med Ringnes’ varemerkerettigheter. Annenvoterende uttaler på side 1740 i dommen:

*Jeg er imidlertid enig med Aass når man, så vidt jeg forstår som ny anførsel for Høyesterett, hevder at det er Ringnes tapte salgsvolum som skal erstattes. Markedssjef Hartvig Johannson i Ringnes har i bevisopptak for Høyesterett forklart at « etter lanseringen av Lundetangen, har Ringnes hatt et salgstap i liter på ca 3/4 av det oppgitte*



*salgsvolumet for Lundetangen.» Jeg har - slik saken er opplyst for Høyesterett - ikke grunnlag for å bygge på at det relevante salgstapet er større enn dette<sup>33</sup>.*

Erstatningen ble fastsatt på grunnlag av dekningsbidragsmetoden, altså pris per solgte enhet med fratrekk for de variable kostnader. Lagmannsretten baserte sin beregning på dekningsbidraget til Ringnes multiplisert med *alle* Aass' solgte enheter. Høyesteretts mindretall la seg altså på tre fjerdedeler.

Mens retten i Maglite-saken setter den hypotetiske andel av krenkers salg til beskjedne 33%, er tilfellet et annet i peis-saken hvor det settes til 80%. I forhold til vurderingen av årsakssammenheng vektlegges ikke usikkerheten i like stor grad i peis-dommen. En ting er at salget av krenkedes peis hadde gått ned begge årene. Dette også i større antall enn det var solgte av krenkerens peis. Her blir det spørsmål om hvilke faktorer som er årsaken til nedgangen. Høyesteretts mindretall i "Lundetangen" legger seg på 75%.

Det gjelder et krav om årsakssammenheng mellom etterlikningen og krenkedes økonomiske tap. Nedgang i omsetning som skyldes andre faktorer skal utelukkes i beregningen. Problemet blir å slå fast om nedgangen i salget skyldes krenkelsen eller de andre faktorer. En naturlig anførsel fra krenkeren er at nedgangen i salg skyldes de andre faktorer og ikke krenkelsen. Videre blir spørsmålet hvem av partene som skal ha bevisbyrden for de hypotetiske årsaksfaktorer, altså de andre faktorene. Her viser jeg til drøftelsen ovenfor i 2.4.2.1. Jeg skal her nøye meg med å påpeke at en regel om omvendt bevisbyrde ble anvendt hos mindretallet i Rt 1999 s 1725 "Lundetangen". En unntaksregel om omvendt bevisbyrde i denne type saker vil få konsekvenser. I et slikt tilfelle vil det bli opp til krenkeren å bevise at salget skyldes andre faktorer. Rimelighetshensyn kan anføres i mot. Det er mest rimelig at krenkede som skadelidt skal dokumentere sitt fortjenestetap. På den andre side kan prevensjonshensynet tale for. En potensiell krenkers viten om en slik regel kan føre til at vedkommende ikke like ofte velger å etterlikne. Det er tvilsomt om en

---

<sup>33</sup> Rt 1999 s 1725 på s 1740

slik regel kan oppstilles de lege lata, men det kan etter mitt syn åpnes for det i noen tilfeller som her.

Innledningsvis i avsnittet tok jeg opp spørsmålet om det kan presumeres at produktetterliknerens økte omsetning kan tilsvare originalprodusentens nedgang i omsetning. Hvis man legger dette til grunn kan det få den følge at krenkeren ikke trenger å dokumentere sin nedgang i omsetning som følge av rettsbruddet. I så måte vil beregningen bli resultatet av alle solgte produkter hos krenkeren multiplisert med krenkedes fortjenestemargin. En presumsjonsregel for at 100% av krenkerens salg skal ses som krenkedes tap kan bli vanskelig å forene med kravet til årsakssammenheng. Jeg kan heller ikke se at denne beregningsmåte er blitt anvendt i rettspraksis om markedsføringsloven. Dette kan være aktuelt i saker om produktetterlikning. Selv om det lar seg gjøre å bevise nedgang i omsetning hos krenkede, må det også bevises at det ikke skyldes andre faktorer enn produktetterlikningen. Årsakssammenhengen må relateres til rettsbruddet, altså etterlikningen. Under beregningsmåten ovenfor må det være sammenheng mellom krenkerens salg og krenkerens tap for at beregningsmåten skal kunne anvendes. Beregningsmåten viser til en hypotetisk andel av krenkerens salg. Denne andelen må være i sammenheng med krenkerens tap. Det kan vanskelig la seg gjøre å legge til grunn at krenkeren hypotetisk ville solgt like mange produkter som etterlikneren har solgt slik at hele salget kan tilkjennes. Derfor kan det mer eller mindre fastslås at andelen aldri kan være 100%.

Det må utredes hvorvidt det kan finnes unntak fra dette utgangspunktet. Dette vil være situasjoner der det faktisk kan være full årsakssammenheng mellom krenkerens fortjeneste og krenkedes tap. Dette er altså situasjoner der man tenker seg krenkelsen borte, og slår fast at krenkede hypotetisk sett ville hatt akkurat den samme fortjenesten som det krenkeren viser seg å ha hatt. Man regner altså ut krenkerens salg og anslår at krenkede i en hypotetisk situasjon uten krenkelsen ville hatt alt eller tilnærmet alt av dette salget. Grunnlaget for erstatningsutmålingen vil da være en konstatering av full

årsakssammenheng og normen vil være at 100% av krenkerens salg ville tilhørt krenkede om det ikke hadde vært for rettsbruddet.

For å illustrere problemstillingen rundt unntaket skal jeg nevne to eksempler.

Eksempelvis kan man tenke seg et tilfelle hvor det er et knapt marked, og objektet er noe markedet må ha. Et eksempel kan være et legemiddel. Forholdet kan være at det sprer seg en folkesykdom som det bare finnes et legemiddel mot, og et legemiddelselskap misbruker et annet selskaps bedriftshemmeligheter til å skaffe seg markedsføringstillatelse for legemiddelet. I et slikt tilfelle vil man kunne legge til grunn at alle kundene nok ville kjøpt legemiddelet fra originalprodusenten dersom krenkeren ikke hadde vært på markedet. Omsetningsnedgangen til krenkede vil her skyldes nettopp etterlikningen og krenkerens handlinger.

Det andre eksempel som nevnes er anbudskonkurransen. I denne situasjonen har en av aktørene brutt bestemmelsen om bedriftshemmeligheter og benytter seg av denne informasjonen. Denne aktøren vinner så anbudskonkurransen og får kontrakten. I ettertid vil her hele den krenkede aktørs tapte omsetning være en følge av krenkerens rettsbrudd. I dette tilfellet vil hele krenkers omsetning stå i årsakssammenheng med rettsbruddet.

#### 2.4.4.2 Andel av krenkerens merfortjeneste

Beregningsmåten går ut på å gi krenkede en andel av krenkerens nettofortjeneste.

Det tas utgangspunkt i krenkerens merfortjeneste. Videre beregnes det på skjønnsmessig grunnlag en andel av krenkerens nettofortjeneste. Dette kan være en fornuftig løsning i tilfeller der krenkedes omsetningsnedgang er betydelig større enn krenkerens salg og fortjeneste, og det er sannsynlig at denne også skyldes andre forhold enn krenkelsen.

Rt 2005 s 1560 ”Rissekk” illustrerer denne beregningsmåte. Saken gjaldt et erstatningskrav på grunn av etterlikning av varekjennetegn på rissekker i strid med gamle mfl § 8a . Både

tingretten, lagmannsretten og Høyesterett kom til at et firma hadde overtrådt produktetterlikningsvernet ved et ulovlig varekjenntegn på rissekkene de solgte. Konklusjonen var at dette nye produktet var en ulovlig etterlikning av et annet ris-merke som hadde vært i salg i flere år.

Krenkede anførte prinsipielt erstatning for omsetningstap. Førstvoterende påpeker innledningsvis usikkerheten og vanskelighetene ved å føre bevis for et omsetningstap. Videre uttales det på prinsipielt grunnlag at det som skal dekkes er det tap krenkede har hatt på grunn av forvekslingen mellom produktene som følge av krenkerens etterlikning eller kopiering. Det finnes flere måter å beregne dette tapet på og usikkerheten som råder gjør at førstvoterende nærmest som et obiter dictum uttaler at vurderingene må bli skjønnsmessige. Om erstatningsutmålingen uttaler førstvoterende i premiss 37:

*“Som nevnt er både tingretten og lagmannsretten kommet til at den beste beregningsmåten er å ta utgangspunkt i det mersalget som Hong kan antas å ha hatt som følge av forveksling av Royal Umbrella og Royal Pyramid. Hongs nettofortjeneste på salget av Royal Pyramid i 2002 er oppgitt til vel 176.000 kroner og nettofortjenesten per sekk til 45 kroner minus merverdiavgift. Det innebærer at erstatningen på 90 000 kroner svarer til nettofortjenesten på noe over halvparten av salget av Royal Pyramid. Jeg kan ikke se at dette gir en for lav erstatning av Viet Thais tap.”*

Denne uttalelsen må tolkes slik at retten begrunner beløpet på rundt halvparten med at denne andelen var det som kunne tilbakeføres til forvekslingen av originalproduktet og etterlikningen. Det må med andre ord bety at den delen av krenkerens omsetning som kan kreves erstattet er fortjenesten som stammer fra salget som er en følge av etterlikningen.

Som førstvoterende påpeker innledningsvis er det usikkerhet forbundet med en slik vurdering. Usikkerheten viser seg når utgangspunktet i krenkerens merfortjeneste er tatt i mangel av andre gode holdepunkter. Videre fremgår det av faktum at det er en stor forskjell mellom krenkedes omsetningsnedgang og krenkerens salg det samme år. Krenkedes

salgsnedgang dette året var på 11 405 rissekker, mens krenkerens salg var på 4400. I slike situasjoner kan en andel av krenkerens merfortjeneste kan være en fornuftig måte å beregne tapet på.

Rissekkdommen gir også grunnlag for en beslektet beregningsmåte som tar utgangspunkt i krenkerens berikelse. Det fremgår av dommen at førstvoterende tar utgangspunkt i krenkerens merfortjeneste. I dommen blir erstatningen beregnet til en andel av denne fortjenesten. Berikelse som beregningsmåte tar sikte på at krenkeren skal avgi sin berikelse. Men dette er ikke noe berikelsekrav, men en beregningsmåte for økonomisk tap. At det er en beregningsmåte for tapsdekning kan underbygges med Høyesteretts uttalelse om at det er et krav til årsakssammenheng som gjør at tapet blir det krenkede har hatt som en følge av forvekslingen. Berikelsekrav vil bli behandlet grundigere nedenfor i punkt 2.5.

#### 2.4.5 Skjønnsmessig goodwill-tap

Kanskje særlig i tilfeller hvor en dårligere kopi er ute på markedet, kan det være nokså åpenbart at de som kjøper kopien neppe hadde kjøpt originalproduktet om kopien ikke hadde vært der, men hvor kopien likevel sannsynligvis fører til et omsetningsfall for originalprodusenten fordi den svekker originalprodusentens renommé. Da er vi over i goodwill-tap, som også er en aktuell tapspost i disse sakene. Dette er en salgs avledning av omsetningstap da svekkelse av goodwill og renommé til slutt vil fremstå som tap av omsetning.

Veldig mange produsenter eller foretak investerer mye i oppbygging av merkevarebevissthet og kundelojalitet. Det er nokså klart en slik merkevare vil kunne tape på at et renommé svekkes. utfordringen blir å fastsette en størrelse på det økonomiske tapet forårsaket av denne krenkelsen. Rettspraksis ser ut til å legge seg på en ren skjønnsmessig utmåling.

I RG 1998 s 287 ”Maglite” var det ikke påvist at kopilyktene var av dårligere kvalitet, men retten påpekte at de fikk inntrykk av dette. Retten viste så til forvekslingsfaren som forelå og konkluderte med at kvalitetsforskjellen kunne føre til omsetningstap for Maglite. Retten utmålte ikke tapet, men aksepterte Maglites fastsetting på kr 20 000.

Skjønnsmessig renométap ble også utmålt i RG 2000 s1355 ”OSRAM”. Forholdet var at et postordrefirma hadde solgt billige sparelyspærer gjennom postordrekataloger under navnet ”Osolux”. Lagmannsretten konstaterte varemerkekrenkelse og kom til det forelå brudd på varemerkelovens § 4, samt markedsføringsloven § 1 og 2. Retten tilkjente vederlagskrav i form av rimelig lisensavgift, erstatning for utgifter til motkampanje og renommétap. Retten la vekt på at koblingen mellom billigpærene og det kjente Osram-merket hadde skadet Osrams renommé, og fastsatte skjønnsmessig til kr 300 000.

Dansk høyesterett avsa nylig en dom<sup>34</sup> om erstatning ved varemerkekrenkelse, UFR 2009 s 1018 ”Burberry”. Saksforholdet var at et firma produserte og solgte lommebøker med en kopi av Burberrys kjente mønster, og dette var en krenkelse av Burberry’s varemerkerettigheter. Krenkerens billigkopi hadde en utsalgspris på DKK 20, mens krenkedes originale lommebok var prissatt til DKK 2000. Begrunnelsen for at krenkede ikke fikk erstatning for omsetningstap, var at de to lommebøker ble antatt å ha så forskjellige målgrupper at det hadde formodningen mot seg at salget av billigkopiene (17 000 eksemplarer) ville kunne utgjøre et substitutt for salget av krenkedes eksklusive lommebok. I stedet for å beregne omsetningstap med utgangspunkt i antall solgte kopier hos krenkeren, ble det her utmålt skjønnsmessig tap for markedsforstyrrelser. Dansk Høyesterett uttaler:

*“Højesteret finder endvidere, at den store spredning af krænkende punge har medført en sådan eksponering, at Burberry har krav på erstatning for markedsforstyrrelse. På denne*

---

<sup>34</sup> Ugeskrift for retsvæsen (UFR 2009 s1018)

*baggrund fastsættes vederlag og erstatning skønsmæssigt til i alt 100.000 kr.”*

Dommen er fra dansk rett og er således ikke direkte relevant, men likevel interessant. Beregningsmåten er etter mitt syn fornuftig og kan sies å ha overføringsverdi til norsk rett og erstatningsutmåling ved brudd på markedsføringsloven § 30. Dette er særlig aktuelt ved markedsforstyrrelser hvor krenkede og krenkeren er så forskjellige aktører at en hypotetisk antakelse av omsetningstap ikke lar seg forsvare.

#### 2.4.6 Interne utgifter

Andre tapsposter som er aktuelle er krenkedes utgifter i forbindelse med å konstatere om det har forekommet krenkelse og egne tiltak for å begrense skaden. Dette kaller jeg interne utgifter. Dette er de direkte utgifter til å finne ut om det foreligger brudd på markedsføringsloven. Dette kan for eksempel være utgifter til å undersøke produktet som påstås å være ulovlig kopiering og til motkampanje i form av forsvarsannonsering. Ovenfor omtalte<sup>35</sup> RG 2000 s 1355 ”Osram” er illustrerende også her. Saken gjaldt varemerkekrenkelser. Retten fant det uproblematisk å tilkjenne krenkede erstatning for utgiftene til motkampanje og forsvarsannonsering. Det ble påpekt at forsvarsannonseringen inneholdt et element av egenreklame, men at det uansett var en adekvat reaksjon på krenkelsen. Retten uttaler<sup>36</sup> på prinsipielt grunnlag at det må være opp til skadelidte selv å vurdere hvordan han mest hensiktsmessig vil begrense skaden og hvilke tiltak som da eventuelt synes mest nødvendige.

---

<sup>35</sup> Se punkt. 2.4.5.

<sup>36</sup> RG 2000 s 1355 på s 7 i dommen

Disse poster er naturligvis enklere å bevise en omsetningstap og goodwill-tap. Følgelig er dette en erstatningspost som ikke er spesielt problematisk. En slik intern utgift bør kunne kreves dekket såfremt den har vært nødvendig for å avdekke en eventuell krenkelse av markedsføringsloven.

## 2.5 Oppsummering og videre fremdrift

Ovenfor har jeg presentert ulike regler som gjelder for erstatningsutmålingen og beregningsmåter som kan utledes av rettskildematerialet som foreligger.

Til nå har det omhandlet alminnelige erstatningsrettslige prinsipper som bygger på at det må påvises et økonomisk tap. I det følgende skal jeg gjøre rede for to andre typer erstatning som er aktuelle å kreve ved brudd på markedsføringsloven. Vederlagskravet og berikelseskravet, som etter sin art ikke forutsetter at det kan bevises noe tap.

Jeg vil i tillegg til å gjøre rede for utmålingsprinsipper også gjøre nærmere rede for om det er hjemmelsgrunnlag for denne type erstatningskrav når ansvargrunnlaget er oppfylt.



### 3 Vederlagskrav

Vederlag kan sies å være en annen form for økonomisk kompensasjon enn erstatning for økonomisk tap. Denne type krav vil likevel være en beslektet type krav i forhold til erstatningskrav. Et erstatningskrav tar sikte på å gjenreise skadelidtes økonomiske tap som følge av skaden. Et vederlagskrav tar sikte på at en som har utnyttet en annens rettighet eller ting uten å betale for dette, skal betale en kompensasjon i form av vederlag. Den naturlige språklige forståelse av ordet vederlag er etter mitt syn en form for betaling eller godtgjørelse for noe. Det ligger likevel nære et erstatningskrav og det kan diskuteres hvor store forskjeller det egentlig er.

I noen tilfeller kan et vederlagskrav ende opp med å bli gitt i stedet for et erstatningskrav. Dette er ofte aktuelt under brudd på immaterielle rettigheter. Etter slike krenkelser er det ofte vanskelig å fastsette et økonomisk tap og da kan vederlag for bruken fremstå som et godt substitutt.

Vederlag beskrives av Monsen som: ” *plikt til å betale godtgjørelse, eller vederlag for sin rettsstridige utnyttelse av annen manns ting eller rettighet uten hensyn til om utnyttelsen har påført den krenkede noe økonomisk tap*<sup>37</sup>”.

I forhold til hensynene bak en slik type erstatning kan det nevnes det grunnleggende rettferdighetshensyn. Disse vektlegges også av Monsen som peker på tanken at krenkeren skal overgi sin rettsstridige vinning til krenkede<sup>38</sup>. Krenkeren bør ikke tjene på urettmessig å benytte seg av andres ting eller rettighet i forhold til å opptre rettmessig gjennom betaling av vederlag til eieren. Det skal med andre ord ikke lønne seg å bryte loven i forhold til å respektere den.

---

<sup>37</sup> Monsen: Berikelseskrav s 48

<sup>38</sup> Monsen: Berikelseskrav s 48

### 3.1 Rettslig grunnlag

Markedsføringsloven hjemler ingen bestemmelse om vederlagsretstatning. Heller ikke i forarbeidene kan det utledes noe. Dette må dermed utledes på basis av andre rettskilder. Spørsmålet om hjemmel må anses som noe usikkert, men i senere tid er det mye som tyder på at en hjemmel for vederlagskrav etter markedsføringsloven er etablert.

Høyesterett har så vidt berørt spørsmålet i flere saker, men ikke uttrykkelig i flertall konkludert med at det er grunnlag for det. Rettstilstanden er med andre ord ikke avklart.

Rt 2005 s 1601 ”Findexa” gjaldt urettmessig bruk av varemerket ”Gule sider”, hvor flertallet tilkjente vederlagsretstatning i medhold av vml § 38. Flertallet konkluderte altså med varemerkeinngrep, mens mindretallet avviste dette og konkluderte med brudd på etterlikningsvernet i mfl § 8a jf § 1. Etter å ha konstatert bruddet uttaler mindretallet i avsnitt 118:

*”Selv om Findexa AS ikke har påvist å ha lidt noe økonomisk tap, mener jeg at Firmakatalogen AS må pålegges å betale et vederlag for denne utnyttelsen. Dette vederlaget finner jeg skjønnsmessig kan settes til kr 400 000.”*<sup>39</sup>

Det skal sies at den rettskildemessige vekten av en slik uttalelse ikke er spesielt tungtveiende da dette er et mindretall. Men det konkluderes med vederlagskrav etter markedsføringsloven uten noen særlige betenkeligheter, og dette taler etter mitt syn for at det finnes hjemmel for vederlagskrav.

---

<sup>39</sup> Rt 2005 s 1601 Premiss 118

Videre fremgår det i avsnitt 35 at saksøkte part i sin påstand for Høyesterett ved eventuell konklusjon på brudd på markedsføringsloven, aksepterer at det er grunnlag for vederlagsersstatning ”dersom bruddet ligger nær et immaterialrettsbrudd.”<sup>40</sup>

I rissekkdommen ble det utmålt tapserstatning, men det ble subsidiært anført vederlagskrav. Dette ble avvist. Erstatningsbeløpet som ble tilkjent var kr 90 000. Her avviser førstvoterende et vederlagskrav fordi dette ”ikke under noen omstendighet”<sup>41</sup> kunne føre til høyere kompensasjon enn det krenkede fikk tilkjent.

Denne siste uttalelsen kan reise spørsmål om det foreligger grunnlag for vederlagskrav ved overtredelse av markedsføringsloven. Men det skal påpekes at Høyesterett ikke uttrykkelig tar stilling til det eventuelle rettslige grunnlaget siden det ikke var behov for dette.

I Rt 1997 s 199 ”Cirrus” uttaler førstvoterende på s 225: ” *En inngangsvinkel er å vurdere hva ville utgjøre et rimelig vederlag for Cirr-teknologien* ” ”*under enhver omstendighet må erstatningsutmålingen i utpreget grad bli skjønnsmessig. Hensyn tatt til at Cirrus allerede hadde fått betalt for teknologien over flere år, og at markedet synes å ha fremstått som usikkert, settes erstatningen til 2 mill kroner.* ”<sup>42</sup>

Her kan man reise spørsmål om det er oppstilt et rettslig grunnlag for vederlagskrav ved brudd på markedsføringsloven. Heller ikke her gir Høyesterett direkte uttrykk for at dette foreligger. Det kan diskuteres om Høyesteretts fremgangsmåte ved å bruke vederlagsbetraktninger som inngangsvinkel faktisk hjemler en rett til vederlag eller om dette bare er en måte å beregne erstatning for økonomisk tap på skjønnsmessig grunnlag. I litteraturen er det uenighet om dette, Mestad argumenterer for førstnevnte standpunkt,<sup>43</sup> mens Monsen argumenterer for sistnevnte<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Rt 2005 s 1601 Premiss 35

<sup>41</sup> Rt 2005 s 1560 ( premiss 39)

<sup>42</sup> Rt 1997 s 199 på s 225

<sup>43</sup> Mestad: Lov og rett 2001 s 610 på s 621

Etter mitt syn er dette et argument for statuering av hjemmel for vederlagskrav ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser. Det er dog viktig å presisere at det er et argument og ikke en hjemmel. Det at det brukes som utgangspunkt ved utmåling, antyder at det finnes gehør for vederlagskrav. Når Høyesterett bruker vederlagsprinsipper, sier de etter mitt syn implisitt at vederlag er en tillat måte å beregne erstatningen på. Dette taler for at det er grunnlag for å utmåle vederlag ved brudd på markedsføringslovens bestemmelser.

I rettspraksis finnes det også dommer på andre rettsområder hvor det tilkjennes vederlag for urettmessig bruk av andres ting eller rettighet.

Rt 1940 s 48 ”Arkitekttegningsdommen” omhandler rettstridig bruk av arkitekttegninger og her utmålte retten et vederlag. I denne saken uttaler ikke flertallet noe om tegningene var opphavsrettsbeskyttet, men baserer vederlaget bare på at bruken var rettstridig. Forholdet var at krenkede hadde tilbudt krenkeren arkitekttjenester og fått avslag. Krenkeren hadde i ettertid likevel brukt krenkedes tegninger. Om krenkeren uttaler førstvoterende på s. 49 at han: ” ved denne uberettigede benyttelse skaffet seg vesentlig økonomisk fordel som han måtte vite at Coil ikke ville overlate ham vederlagsfritt. Når en på denne måten ved en uberettiget forføyning utnytter en annens arbeid til sin egen fordel, tilsier rett og rimelighet at det blir ytet vederlag for utnyttningen.”<sup>45</sup>

Den siste setningen er mer generelt utformet og gir etter mitt syn grunnlag for å anta at det foreligger et slags prinsipp for vederlag ved urettmessig utnyttelse av andres ting og rettighet.

I Rt 2009 s 1568 ”Snøbrettbilde” blir det også utmålt vederlagsersättning som økonomisk kompensasjon. Flertallet (4-1) konkluderte med at bruken av bilde av en snøbrettkjører ikke ble rammet av åndsverkloven § 45. Som grunnlag viste Høyesteretts flertall til det ulovfestede personvernet og uttaler:

---

<sup>44</sup> Monsen: ”Nyere dommer” på s 327

<sup>45</sup> Rt 1940 s 48 på s 49

*“Spørsmålet om det er grunnlag for vederlag for krenking av retten til egne fotografisk bilete, må etter mitt syn avgjerast ut frå alminnelege rettsgrunnsetningar. Etter mitt syn er det grunnlag for vederlag i ei sak som den aktuelle. Det må då også kunne leggjast vekt på at ei slik ordning høver godt med vanlege prinsipp i opphavsretten. Til samanlikning kan det dessutan visast til varemerkelova § 38 og patentlova § 58, som har reglar om vederlag ved urettkomen bruk. Og sjølv om det kan seiast at retten til egne fotografisk bilete dels er ein personvernregel, er det nok slik at retten til eit bilete av ein idrettsutøvar i ein konkurransesituasjon, først og fremst er eit kommersielt objekt.” (premiss 50)<sup>46</sup>*

Saken gjelder ikke inngrep etter det markedsføringsrettslige vernet. Dette taler imot overføringsverdi. Når det er sagt er det mye som taler for overføringsverdi til spørsmålet om vederlagsstatning etter brudd på markedsføringsloven. Det vises for det første til alminnelig rettsgrunnsetninger. Dette tyder på at grunnlaget for vederlagskrav står sterkt i rettbevisstheten. Bruken av begrepet alminnelig rettsgrunnsetning taler for at det finnes en generelt prinsipp for vederlag ved urettmessig bruk av andres ting eller rettighet. Dette kan etter mitt skjønn tolkes som en indirekte og implisitt bekreftelse av uttalelsen i Rt 1940 s48. Dette taler etter mitt syn for at det foreligger hjemmel også innenfor markedsføringslovens område.

Videre vektlegges det i resonnetet at vederlagskrav eksisterer på opphavsrettens område. Det foretas her en sammenlikning av en personvernregel og opphavsretten, og det vises til at det er et kommersielt objekt. I vårt tilfelle er det snakk om etterlikningsvern og bedriftshemmelighetsvern etter markedsføringsloven. Etter mitt skjønn kan dette sammenliknes med personvernregler. Nå er det sterkere hensyn som begrunner personvern i seg selv, men når det er snakk om et utpreget kommersielt objektet slik som i denne saken, kan det sammenliknes med etterlikningsvernet. Objektet det er snakk om under

---

<sup>46</sup> Rt 2009 s 1568 Premiss 50

markedsføringsloven er originalprodusentens produkt i etterlikningssakene og bedriftshemmeligheten i disse sakene. Dette er utvilsomt kommersielle objekter.

Etter dette er jeg kommet til at Høyesteretts rettskildebruk i denne saken har overføringsverdi til markedsføringslovens område. Argumentet med alminnelige rettsgrunnsetninger og opphavsrettens overføringsverdi til beskyttelse av kommersielle objekter veier tungt for å kunne anvende regelen også under markedsføringsloven.

Det finnes lovgivning i beslektede kategorier som omtaler vederlagskrav. Dette er i hovedsak fra immaterialrettslig spesiallovgivning, og spørsmålet blir således om disse kan anvendes analogisk på markedsføringslovens område. Her kan det nevnes vml § 58 (1) som lyder: ” *vederlag svarende til rimelig lisensavgift*”. Videre finnes patentl § 58 (1) som nevner ” *erstatning for utnyttelsen*”. I designlovens § 40 fremgår det : ” *Den som forsettlig eller uaktsomt utnytter en design i strid med loven her, skal gi den forurettede et vederlag som svarer til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen, samt erstatning for ytterligere skade som utnyttelsen må ha medført.* ”

Analogibetraktninger bør i henhold til alminnelig rettskildelære ha gode grunner for seg. Et argument for analogi er at bestemmelsene om bedriftshemmeligheter og produktetterlikning er av immateriell karakter og har således likhetstrekk med immaterialretten ellers. Videre viser jeg til Høyesteretts analogibetraktninger i Rt 2009s 1568 ” Snøbrettbilde”. Her benytter Høyesterett seg av opphavsrettslige prinsipper, samt gamle vml § 38 og patentl § 58 når vederlag tilkjennes etter brudd på det ulovfestede personvern. Når det gjelder overføringsverdien fra fotografi som kommersielt objekt og markedsføringslovens bestemmelser vises det til drøftelsen ovenfor. Etter mitt syn er det ikke noen grunn til å skille på disse og dommen taler således for analogibetraktninger fra immaterialrettslig spesiallovgivning til markedsføringsloven.

I juridisk teori har det vært argumentert for at det finnes hjemmel for vederlagskrav ved brudd på markedsføringsloven. Her vises det til Mestads artikkel som konkluderer<sup>47</sup> med at det er grunnlag for vederlagsstatning ved brudd på bestemmelsene som beskytter immaterielle verdier. Det legges her vekt på analogibetraktninger fra immaterialretten, reelle hensyn og rettspraksis.

Monsen konkluderer også med at det foreligger grunnlag for vederlagskrav, og gir uttrykk for at dette ”ikke er særlig tvilsomt” på side 208:

” Konklusjonen er med andre ord at det *i prinsippet* er rom for vederlagskrav i tilfeller av forsettlig eller uaktsomt inngrep i etterlikningsvernet.”<sup>48</sup>

Når jeg i det følgende skal harmonisere de ovennevnte rettskildene jeg har redegjort for, er utgangspunktet at en eventuell regel om vederlagskrav ikke er forankret i lov. Spørsmålet blir hvor mye det taler i mot at det ikke finnes positiv lovhjemmel. Som det fremgår ovenfor har heller ikke Høyesterett i flertall anerkjent en vederlagsregel ved brudd på markedsføringsloven. Etter mitt syn taler derimot Høyesteretts praksis ellers for at det finnes grunnlag for vederlag. Ikke bare at det er blitt anerkjent i mindretall i ”Findexa”, men også flertallets vage uttalelser i ”Cirrus” og ”Rissekk” taler for dette. Videre er analogibetraktningen også et argument som taler for vederlagsregelen. Likhetsargumentet med immaterialretten ellers er påpekt. Både ”Arkitekttegner” og spesielt ”Snøbrettbilde” veier tungt for analogibetraktningen. Snøbrettbilde viser også til ”alminnelige rettsgrunnsetninger”. Dette er et argument for en ulovfestet regel. Til slutt påpekes det at i teorien har både Mestad og Monsen argumentert positivt for vederlagsregelen.

Jeg er etter dette kommet til at utenom det faktum at vederlagskrav ikke har positiv lovhjemmel, taler det øvrige rettskildet for en slik ulovfestet regel.

---

<sup>47</sup> Mestad: Lov og rett 2001 s 610 på s 623

<sup>48</sup> Monsen: Berikelseskrav på s 208

Regjeringen offentliggjorde den 13.04.2011 et lovendringsforslag. Her vises det til punkt 8 nedenfor. Forslaget til et nytt annet ledd i mfl § 30 lyder slik: *”Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelsen i første ledd, skal betale vederlag eller erstatning til den forurettede.”*

Regjeringen går altså her inn for å hjemle adgang til å kreve vederlag ved brudd på mfl § 30. Dette er bare et forslag og således er ingen lov vedtatt. Som jeg er kommet til ovenfor, er det etter min mening ulovfestet adgang til å kreve vederlag. Ut i fra den foreløpig vedtatte begrunnelsen, er det ikke klart om forslaget er ment som en kodifisering av gjeldende rett.

### 3.2 Utmåling

Det finnes flere utgangspunkter for utmåling av vederlag. Et synspunkt synes å være en skjønnsmessig beregning. I Rt 2009s 1568 ”Snøbrettbilde” som gjaldt urettmessig bruk av et fotografi, uttaler førstvoterende om utmålingen:

*”Vederlaget bør setjast til det som er eit rimelig vederlag for bruken.” (premiss 51)*

Monsen<sup>49</sup> gir også uttrykk for at det overordnede siktemål for utmålingen er rimelig vederlag for utnyttelsen. Han viser til belønningshensynet når han påpeker at dekningsformålet og verdsettelsen bør relateres til ”utnyttelsen av originalprodusentens innsats eller resultater”.

---

<sup>49</sup> Monsen: Berikelsekrav s 244



Når det gjelder hva som utgjør ”rimelig vederlag” er det nærliggende å se hen til markedspris eller hva en potensiell avtalepart ville betalt for det. RG 2000 s 1355 ”Osram” er illustrerende:

*” Inngriperen skal således betale det som ville være rimelig etter vanlig bransjeoppfatning for den bruk som er gjort, og vederlaget skal da settes slik man tenker seg at partene ville ha avtalt dersom patentinneholderen hadde samtykket til bruken.”<sup>50</sup>*

For å illustrere hva som kan utgjøre vanlig markedspris, fremgår det av denne dommen at både bransjeoppfatning og hva en potensiell avtalepart ville betalt er relevante momenter. Dette kan bli noe motstridende da bransjeoppfatningen er et objektivt element, mens en hypotetisk vurdering av hva avtalepartene ville betalt er subjektivt. Det vanskelige med avtalemomentet illustreres også i dommen når det konstateres<sup>51</sup> at krenkede aldri ville gitt tillatelse, og at krenkeren heller aldri var innstilt på å betale et vederlag i den størrelsesorden krenkede forutsatte. Dette viser at det kan være vanskelig å finne frem til et slikt hypotetisk vederlag. Bransjeoppfatningen er et objektivt vurderingsmoment og er i tillegg lettere å bevise. Således er bransjeoppfatningen etter mitt syn et mer hensiktsmessig utgangspunkt for å beregne markedspris. Rognstad og Stenvik<sup>52</sup> argumenterer for bransjeoppfatningen som utmålingsregel. De påpeker på s 17 at den ”trolig ofte vil gi gode resultater, både fordi den varetar kompensasjonshensynet, og fordi den rent utmålingsteknisk som regel vil være enkel å håndtere.”

Monsen fremhever også bransjeoppfatningen som utmålingselement når han konkluderer med at vanlig markedspris gjelder som utmålingsforutsetning<sup>53</sup>.

Mestad<sup>54</sup> gir uttrykk for at det bør tas utgangspunkt i hva som ville ha utgjort et rimelig vederlag for den urettmessige utnyttelsen dersom avtale hadde vært inngått.

---

<sup>50</sup> RG 2000 S 1355 på s 1361

<sup>51</sup> RG 2000 s 1355 på s 1362

<sup>52</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verd? Festskrift til Peter Lødrup på s 17

<sup>53</sup> Monsen: Berikelseskrav på s 248

<sup>54</sup> Mestad: Lov og rett 2001 s 610 på s 622

Det kan også argumenteres for analogisk bruk av enten designlovens § 40, vml § 38 eller patentl § 58. Bestemmelsene taler om en ”rimelig lisensavgift for utnyttelsen”. Dette er også synspunktet i Rt 1981 s 1215<sup>55</sup> ”Trollheimen”. Dette er en beregningsmåte som også viser til det vide begrepet ”markedspris”. Analogisynspunktet har jeg gjort rede for ovenfor under hjemmelsspørsmålet og dette har rettskildemessig verdi også i forhold til utmålingen. Beregningsmåten blir i så fall hva produktetterlikneren ville betalt i lisensavgift dersom det hadde vært en lovlig avtale med originalprodusenten. Da blir utfordringen å konstatere hva som tilsvarer markedspris.

RG 2006-1302 ”Olav-skulptur” gjaldt krenkelse av opphavsrett, men beregningsmåten for vederlaget kan ha overføringsverdi til produktetterlikningssaker. Retten kom til at en figur av Kong Olav på ski med en hund krenket opphavsretten til en annen skulptur, ”Skiglede”. Ved utmålingen viste retten til dokumentert lisensieringspraksis for enkeltstående produksjonsserier og vederlaget ble utmålt til 10 % av utsalgsprisen hver enkelt av de produserte figurer.

I dette tilfellet var det en etablert markedspris for den slags type utnyttelse og dette gir god veiledning for beregningen av vederlaget. Hvis det ikke lar seg gjøre å finne slik dokumentasjon er man igjen henvist til skjønn for å kunne fastlegge både markedspris og endelig vederlag. Monsen<sup>56</sup> argumenterer for en konkret skjønnsmessig vurdering, og siden det ofte ikke lar seg gjøre å finne lisensieringspraksis som gir uttrykk for markedspris, fastslås det at dette blir den praktiske hovedregelen.

Når det ikke foreligger lisensieringspraksis eller nok holdepunkter for markedspris, er retten tvunget til å beregne vederlaget skjønnsmessig. Det ble lagt til grunn en konkret skjønnsmessig beregning av vederlaget i den ovenfor nevnte Osram-dommen i RG 2000 s

---

<sup>55</sup> Rt 1981 s 1215 på s 1227

<sup>56</sup> Monsen: Berikelseskrav på s 249

1355. Lagmannsretten viste til på s 1362 at det ”ikke er utviklet klare bransjeoppfatninger eller praksis for lisensavtaler for varemerker”.

Det er begrenset å hente fra rettspraksis når det gjelder veiledning for skjønnet. I ovennevnte dom Rt 1997 s 199 gir Høyesterett uttrykk for at erstatningen i ” utpreget grad” må ”bli skjønnsmessig”<sup>57</sup>. Det gis ikke noen spesiell begrunnelse for beløpet på kr 2 mill. I Rt 2009 s 1568 påpekes vanskelighetene med fastsettingen innledningsvis<sup>58</sup>. Retten utmåler følgelig ”rimelig vederlag” og tilkjenner kr 80 000.

I regjeringens nylig publiserte lovendringsforslag<sup>59</sup> foreslås lisensieringsbasert vederlag som alternativ utmålingsregel. I forslaget til ny § 30 annet ledd fremgår det av alternativ a) at det kan kreves ”*et vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen*”. Etter mitt syn forandres ikke rettstilstanden her nevneverdig. I henhold til drøftelsen ovenfor vil det være ulovfestet adgang til skjønnsmessig beregning i tilfellene hvor det ikke lar seg gjøre å finne rimelig lisensavgift.

#### **4 Vinningsavståelse**

Vinningsavståelse er et annet type krav enn vederlag. Med vederlagskrav siktes det som nevnt ovenfor til vederlagsbetaling som følge av urimelig utnyttelse.

---

<sup>57</sup> Rt 1997 s 199 på s 225

<sup>58</sup> Rt 2009 s 1568 premiss 53

<sup>59</sup> Se punkt 8 nedenfor

Vinningsavståelse henviser til at krenkeren skal avlegge sin berikelse eller netto vinning som følge av krenkelsen. Det kan for eksempel være at produktetterlikneren må avlegge sin nettovinning til originalprodusenten. Vinningsavståelseskravet har altså et subjektivt element i seg i form av at det dreier seg om vinning på krenkerens hånd. Dette er typisk alle inntektene en eventuell produktetterlikner har hatt ved det ulovlige salget.

Monsen<sup>60</sup> definerer vinningsavståelse som ”plikt til å avstå vinning oppebåret ved rettstridig atferd.”

I Rt 2007 s 817 ”Konkurransesklausul” ble det krevd vinningsavståelseskrav i forbindelse med overtredelse av en konkurranseklausul. Om denne typen krav uttaler førstvoterende i premiss 51: ” *Et slikt krav kjennetegnes ved at oppmerksomheten flyttes fra skadelidtes tap – som i erstatningsretten - til skadevolders gevinst ved den urettmessige handlingen.*”

Der erstatningskravet tar sikte på å gjenopprette skaden krenkede er påført og kompensere tapet, er berikelseskrav direkte fokusert på frata krenkerens berikelse som er en følge av rettsbruddet. En kan spørre seg om dette har et sterkere element av prevensjon i seg. Den eventuelle preventive effekt synes der berikelseskravets eksistens i seg selv kan skremme en potensiell produktetterlikner fra å gjennomføre rettsbruddet. Det er gjerne et økonomisk perspektiv som legger grunnlaget for gjennomføringen av en produktetterlikning. Risikoen for en økonomisk sanksjon i form av vinningsavståelse vil kunne være et viktig moment i en næringsdrivendes overveielser. Når en da risikerer hele berikelsen avstått har dette etter mitt syn en mer preventiv effekt enn om man bare risikerte erstatning eller vederlagskrav.

#### 4.1 Rettslig grunnlag

---

<sup>60</sup> Monsen: Berikelskrav på s 53

På samme måte som med vederlag finnes det ingen positiv hjemmel for vinningsavståelseskrav i markedsføringsloven. Dette må eventuelt utledes av andre rettskilder og fremstår som usikkert om det finnes hjemmel.

I opphavsretten finnes det hjemmel i åvl § 55 (2) for å tilkjenne opphavsmannen den netto fortjeneste krenkeren har hatt ved sin ulovlige handling.

Den lyder slik: *”Selv om gjerningsmannen har handlet i god tro, kan den fornærmede uansett skadens størrelse kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handling.”*

Denne regelen er objektiv og forutsetter således ikke skyld. Etter mitt syn kan regelen virke noe streng og det er her heller ikke behov for en slik objektivisering i en eventuell ulovfestet regel ved brudd på markedsføringsloven. En eventuell analogisk slutning av denne regel bør da i det minste kreve uaktsomhet hos krenkeren. Et krav om uaktsomhet ved berikelseskrav sammenfaller også med kravet om uaktsomhet i ansvarsgrunnlaget i markedsføringsloven.

I Rt 2005 s 1560 ”Rissekk” unnlater Høyesterett å ta stilling til krenkedes krav om avståelse av berikelsen. Retten utmåler tapserstatning og tar utgangspunkt i produktetterliknerens merfortjeneste. Det interessante her er altså at Høyesterett ” i mangel av andre gode holdepunkter” tar utgangspunkt krenkerens merfortjeneste. Det er en noe vag uttalelse som ikke sier noe konkret om berikelseskrav, men det er fremgår at beregningsmåten er beslektet med vinningsavståelse.

Høyesterett påla krenkeren bare å betale ca halvparten av berikelsen fordi retten fant at tapet for den krenkede neppe var høyere. En kan således spørre om dette utelukker hjemmel for å tilkjenne den krenkede hele krenkerens berikelse, med mindre den krenkede kan godtgjøre å ha lidt et tap som er minst like stort. Høyesterett uttaler i premiss 38:

*“Denne beregningsmåten har prinsipielt tatt sikte på å erstatte Viet Thais tap, men i mangel av andre gode holdepunkter er det altså tatt utgangspunktet i Hongs*

*merfortjeneste. Det ligger i dette at det subsidiære kravet om at Hong skal avgi sin berikelse, ikke gir et bedre resultat for Viet Thai enn denne erstatningsberegningen”.*<sup>61</sup>

Her må man spørre seg om Høyesterett i den siste setningen fastslår et krav til årsakssammenheng mellom berikelsen og forvekslingen. Dette er uansett en god forklaring på påstanden om at et berikelseskrav her ikke ville ført til noe bedre resultat.

Det eventuelle rettslige grunnlaget for å få hele berikelsen vil være et berikelseskrav. Etter mitt skjønn tar erstatningsutmålingen utgangspunkt i berikelse som beregningsmåte for økonomisk tap. Dette har jeg gjort rede for ovenfor.<sup>62</sup> En slik beregningsmåte krever årsakssammenheng mellom salget og forvekslingen. Derfor tilkjenner Høyesterett bare halvparten da kun dette står i årsakssammenheng med forvekslingen.

Et rent berikelseskrav er annerledes. Poenget her er at den krenkede skal få krenkerens fortjeneste uavhengig av om krenkede kan sannsynliggjøre et tap i denne størrelsesorden.

Det fremgår av krenkedes påstand<sup>63</sup> at han krever “erstatning beregnet ut fra krenkerens berikelse”. Videre vises det til at et berikelseskrav kan forankres ut i fra åvl § 55 (2) og ulovfestet rett. Hvis vi går ut i fra at Høyesterett tolker den subsidiære påstand som et rent berikelseskrav, er dommen et argument mot at det finnes hjemmel for dette. Høyesterett avviser å tilkjenne berikelsen, og når de sier at det ikke vil føre til noe bedre resultat sies det implisitt at det kreves årsakssammenheng til et berikelseskrav. Dette taler således mot å tilkjenne hele berikelsen. Dette er en måte å avvise at det er rom for et rent vinningsavståelseskrav fordi det ikke kan tilfredsstille kravene til årsakssammenheng mellom krenkerens salgsinntekter og rettsbruddet.

---

<sup>61</sup> Rt 2005 s 1560 premiss 38

<sup>62</sup> Se punkt 2.1.3.4.

<sup>63</sup> Rt 2005 s 1560 premiss 14

Monsen<sup>64</sup> konkluderer med at Høyesterett her tar feil når de legger til grunn at bare salgsinntekter som kan føres tilbake til forveksling, er relevante ved utmålingen av vinningsavståelseskravet. Monsen påpeker at uavhengig av om en forveksling har funnet sted, at det kan tenkes en virkningssammenheng mellom rettsbruddet og salgsinntekter på krenkerens hånd. Han fastslår<sup>65</sup> at hvert eneste salg som står i strid med mfl § 30, fører med seg inntekter som står i virkningssammenheng med rettsbruddet. Videre er konklusjonen at forveksling mellom originalproduktet og etterlikningen ikke er en nødvendig betingelse for å kunne konstatere faktisk og historisk virkningssammenheng mellom rettsbruddet og salgsinntektene. Salgsinntektene utgjør utgangspunktet for beregningen av vinningsavståelseskravet. Dette er uansett en bruttostørrelse, antakelig er det netto vinning som kan kreves avstått<sup>66</sup>. Høyesterett synes å forkaste anførselen om berikelseskrav med henvisning til at ikke alle inntektene som er en følge av overtredelsen kunne kreves avstått. I henhold til Monsen kan nettopp alle inntektene som er en følge av overtredelsen kreves avstått. Det kan se ut som at Høyesterett misforstår vinningsavståelseskravet når det kreves årsakssammenheng i form av at bare berikelsen som er en følge av forvekslingen kan avstås.

Jeg er enig med Monsen her. Et vinningsavståelseskrav etter mfl § 30 er således ikke betinget av årsakssammenheng mellom berikelsen og forvekslingen. Utgangspunktet for beregningen er altså alle inntektene av det rettsstridige salget. Et teoretisk standpunkt er i utgangspunktet ikke like viktig som en Høyesterettsdom. Høyesterett i flertall er en meget viktig rettskildefaktor, men slik saken er lagt opp gir den ikke avgjørende veiledning for hjemmelsspørsmålet. Den kan således ikke tillegges nevneverdig vekt. Det kan se ut som Høyesterett her viker tilbake fra å ta stilling til berikelseskrav. Begrunnelsen er etter Monsens syn feil, og jeg slutter meg her til hans syn. Det at det ikke tas stilling til det, kan her ikke anføres mot berikelseskravets eksistens.

---

<sup>64</sup> Monsen: berikelseskrav s 443

<sup>65</sup> Erik Monsen: berikelsekrav på s 444

<sup>66</sup> Se punkt 4.2.

I Rt 2009 s 1568 ” Snøbrettbilde” tok flertallet i (premiss 46) utgangspunkt i åndsverkloven § 55 (2) om vinningsavståelseskrav på objektiv grunnlag. Følgelig påpekes det at krenkeren her ikke hadde noen nettofortjeneste.

Førstvoterende uttaler<sup>67</sup> videre: ” Når det ikkje ville vore grunnlag for kompensasjon bygd på vinningsavståing innanfor det lovfesta ansvaret etter § 45c, kan det heller ikkje vere det på uovfesta grunnlag.” Det at krenkeren her ikke hadde noen nettofortjeneste førte til at regelen ikke ble anvendt på ulovfestet grunnlag. Spørsmålet er om Høyesterett i et tilfelle hvor krenker hadde fått fortjeneste ville anvendt en regel liknende den i åvl § 55(2) på ulovfestet grunnlag. Dette finnes det ikke noe svar på, men etter mitt skjønn omtaler her Høyesterett en eventuell ulovfestet regel med utgangspunkt i åvl § 55. Det slås fast at krenkeren ikke oppfylte skyldkravet om forsett eller grov uaktsomhet i åvl § 55(1)<sup>68</sup>. Dette kan tyde på at kravet til skyld er begrenset. Her kan det etter mitt syn argumenteres for at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig.

I Rt 1981 s 1215 ” Trollheimen” ble det tilkjent vederlag til grunneierne for noen samers urettmessige reinbeite. Førstvoterende uttaler i denne forbindelse etter å ha tilkjent vederlag på s 1227: ” *I hvilken utstrekning eieren vil kunne kreve et høyere beløp, basert på den økonomiske vinning som brukeren har hatt, tar jeg ikke standpunkt til, i det et slikt krav ikke er fremsatt.* ”

Dette utelukker ikke at en rett til krenkerens vinning eksisterer. Høyesterett tar dog ikke stilling om det er grunnlag for en slik regel. En stadfesting fra Høyesterett om en ulovfestet regel kan etter det jeg kan se, ikke sies å foreligge.

Teorien og underrettspraksis begrunner ofte sin negativitet til om det finnes ulovfestede regler om vinningsavståelseskrav med manglende positiv lovhjemmel.

---

<sup>67</sup> Rt 2009 s 1568 (premiss 46)

<sup>68</sup> Rt 2009 s 1568 (premiss 45)



Det er naturligvis et argument i mot at det ikke finnes en forankring i positiv lov. Rimelighetsyn kan imidlertid også tale i mot en slik regel. En kan spørre seg om det er rimelig at krenkede skal få hele krenkerens fortjeneste når han ikke kan dokumentere et tap i tilsvarende størrelsesorden. Dette er etter mitt skjønn betenkelig. Samtidig kan prevensjonshensynet spille inn her. Dette kan skape en frykt for at krenkede ikke bare må avgi berikelsen, men også at den går til konkurrenten. Dette kan gi originalprodusenten en fordel.

Monsen<sup>69</sup> konkluderer med at det at det foreligger tilstrekkelig grunnlag for en regel om vinningsavståelseskrav ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterlikningsvernet. Denne regel er basert på et subjektivt grunnlag, altså at det foreligger forsett eller uaktsomhet. Regelen kommer til uttrykk på s 421:

*” Den som forsettlig eller uaktsomt etterlikner en annens prestasjon i strid med det markedsføringsrettslige etterlikningsvernet etter mfl §§ 8a jf. 1, plikter å avstå til krenkede vinning som han har oppebåret ved rettsbruddet. Dette gjelder imidlertid ikke dersom originalprodusenten, på forespørsel fra produktetterlikneren, ville ha samtykket til bruken.*

Forfatteren forkaster en tilsvarende regel for de tilfeller krenkeren ikke har utvist skyld<sup>70</sup>.

Rognstad og Stenvik<sup>71</sup> argumenterer også for at det finnes en ulovfestet regel om berikelseskrav. Forfatterne vektlegger blant annet de legislative hensyn, prevensjonshensynet og hensynet til rimelighet. Forfatterne vektlegger spesielt de to sistnevnte hensyn når de argumenterer for et vilkår om skyld, og på s 23 uttaler de:  
*” Men der det foreligger skyld har altså berikelsesregelen sin berettigelse, iallfall der inngriperen er mer enn lite å bebreide.”*

---

<sup>69</sup> Erik Monsen: berikelsekrav på s 413

<sup>70</sup> Erik Monsen: Berikelseskrav på s 406

<sup>71</sup> Rognstad og Stenvik: Hva er immaterialretten verdt? Festskrift til Peter Lødrup på s 21

Det kan synes som at rettskildematerialet ovenfor taler mot å analogisere en slags objektiv regel fra åvl § 55. Det kan begrunnes med at det muligens ikke passer inn med en ren objektiv regel om vinningsavståelse når markedsføringslovens bestemmelser krever en form for skyld. Når dette er sagt taler standpunktene til Monsen og Rognstad/Stenvik for en regel om vinningsavståelseskrav. Dette på subjektivt grunnlag og etter mitt syn bør det her kreves i hvert fall uaktsomhet. En konstatering av brudd på markedsføringsloven krever i alminnelighet uaktsomhet. Således er regelen håndterbar for denne typen rettsbrudd. Flere hensyn taler for en slik regel. Et eksempel er bevishensynet. Det er lettere å bevise krenkerens vinning enn å bevise krenkedes hypotetiske økonomiske tap. Man kan aldri helt sikkert vite hva krenkede har gått glipp av, mens det er uproblematisk å se på hva krenkeren har tjent. Hvis en potensiell krenker overveier å etterlikne, men er klar over at en potensiell sanksjon er at han må tilbakebetale all vinning, kan dette føre til han avstår fra krenkelsen. Regelen kan således ha en preventiv effekt. Et slikt beløp vil kunne bli betydelig høyere enn et vanlig erstatningskrav eller vederlagskrav.

Under vederlagskrav finnes eksempler fra Høyesterett på at dette er blitt tilkjent. Videre ble det henvist til en generell ulovfestet regel i Rt 2009 s 1568 ”Snøbrettbilde” . Dette er ikke tilfelle under berikelseskrav.

Høyesterett har ikke tatt eksplisitt stilling til om det foreligger grunnlag, og heller ikke tilkjent et berikelseskrav. Således er den rettskildemessige situasjonen uavklart. Flere reelle hensyn taler imidlertid for en berikelseskravregel etter markedsføringsloven. Videre taler juridisk teori også for en slik regel. Kvalifiserte teoretiske standpunkt på et lovtomt område må være en viktig faktor når en skal ta stilling til en ulovfestet regel. Videre veier også prevensjonshensyn etter mitt syn for en regel om vinningsavståelse.

Jeg finner det dog tvilsomt om det kan oppstilles de lege lata en ulovfestet regel. Den vil i mange tilfeller være særlig inngripende for krenkeren, og her vil hensynet til rimelighet kunne tilsi at det bør kreves positiv lov eller eksplisitt anerkjennelse av Høyesterett.

På den andre side er manglende anerkjennelse fra lovgiver i utgangspunktet ikke et sterkt argument mot at det finnes en ulovfestet regel. At det forblir uhjemlet trenger ikke å bety at det ikke er ulovfestet rett.

Jeg er etter dette kommet til at det antakelig er grunnlag for en vinningsavståelsesregel. Skyldkravet i en slik regel bør sammenfalle med ansvarsgrunnlaget, altså at det i det minste forutsetter uaktsomhet.

Det ble offentliggjort et høringsnotat i april av lovavdelingen med et forslag til endring av markedsføringsloven § 30. Her vises det til punkt 8 nedenfor. I forslaget til et nytt annet ledd med sanksjoner blir det som alternativ c) foreslått en adgang til å kreve ”vederlag svarende til fortjenesten som er oppnådd ved overtredelsen”. Etter mitt syn kan den naturlige språklige forståelsen av dette tyde på at det er et vinningsavståelseskrav det er snakk om. Det at lovgiver går inn for en konkret hjemmel kan tyde på at gjeldende rett ikke er klar. Det skal uansett sies at dette er et helt nytt forslag og at ingen lov er vedtatt ennå. Det at det åpnes for en positiv lovhjemmel kan tyde på betenkelighetene med en slik type krav ikke er så fremtredende som en skulle tro.

## 4.2 Utmåling

Utmålingens hensikt er at krenkeren skal avstå sin vinning som følge av rettsbruddet. Da bør følgelig utgangspunktet være at det skal finnes frem til den netto vinning krenkeren har fått ved rettsbruddet.

I Borgarting lagmannsrett dom av 2007 ( LB-2006-8527) ” Trål-dommen” ble det tilkjent et vinningsavståelseskrav som følge av urettmessig bruk av en patentbeskyttet trålanordning. Retten anvender patentl § 58 som ansvarsgrunnlag og utmålingen tar

utgangspunkt i avståelse av salgsinntektene. Dette kan tyde på at det gjelder et prinsipp om at netto vinning skal avstås.

Monsen<sup>72</sup> konkluderer i sin bok med et nettoprinsipp. Videre gjentar han synspunktet i ”nyere dommer” på s 340 hvor det presiseres at siktemålet må være å finne frem til netto vinning:

*”I korte trekk innebærer et slikt nettoprinsipp at det i utgangspunktet må gjøres fradrag i bruttoinntekter ( brutto vinning) for ressurser som har blitt (for) brukt i forbindelse med inntjeningen av brutto vinning.”<sup>73</sup>*

I det følgende skal jeg bare kort behandle hvordan utmålingsreglene anvendes.

I spørsmålet om hvordan nettoprinsippet skal anvendes oppstiller Monsen en retningslinje på s 475 som går ut på at ”det kan gjøres fradrag for arbeid og kapital som har bidratt til inntjeningen av brutto vinning”. Fradrag er således betinget av virkningssammenheng mellom ressursforbruket og brutto vinning.

Kravet om årsakssammenheng vil sette skranke for erstatningsutmålingen. Dette vil si at det er de økonomiske fordeler som er en følge av rettsbruddet som krenkeren skal avstå. Andre inntekter i krenkerens næringsvirksomhet kan altså ikke være i årsakssammenheng med rettsbruddet. Det er altså et krav at inntektene er et resultat av overtredelsen. Monsen<sup>74</sup> gir uttrykk for at virkningssammenheng foreligger ”dersom aktuelle salgsinntekter ikke ville ha blitt oppebåret om rettsbruddet tenkes borte.”

Når det gjelder produktetterliknings sakene, vises det til punkt 4.1<sup>75</sup> ovenfor. Her omtales min enighet i Monsens syn på at en eventuell beregning av vinningsavståelsen tar

---

<sup>72</sup> Monsen, Berikelsekrav på s 433

<sup>73</sup> Monsen: Nyere norske dommer om berikelseskrav på immaterialrettens område (NIR-2007-323) på s 340

<sup>74</sup> Monsen, Berikelsekrav på s 445

<sup>75</sup> Punkt 4.1. I avsnitt nr 11.

utgangspunkt i hele fortjenesten som er en følge av rettsbruddet, og ikke bare i delen som kan relateres til forvekslingen.

## **5 Forholdet mellom de tre erstatningstyper**

I mange tilfeller kan et vederlag fungere som et substitutt for vanlig erstatningsutmåling. Dette er aktuelt i et tilfelle hvor det ikke lar seg gjøre å beregne noe økonomisk tap. Her kan altså kompensasjon i form av vederlag for krenkelsen være det beste alternativ for å kompensere krenkedes økonomiske tap. En kan følgelig spørre seg om det går an å kreve dekning for økonomisk tap kombinert med vederlagskrav. Utgangspunktet må være at det ikke kan kreves erstatning to ganger for samme skade. Det er krenkelsen det kreves erstatning for. Det er to forskjellige ting å kreve vederlag for krenkelsen i form av urettmessig bruk og kreve erstattet ditt omsetningstap som følge av krenkelsen.

Undertiden blir det et aktuelt spørsmål om de forskjellige kravstyper kan kumuleres. Her er det viktig å ha for seg utgangspunktet om at skadelidte ikke skal ha dobbel dekning

I forhold til det å kunne kumulere et erstatningskrav med et vederlagskrav må en se hen til formålet. Formålet med et vederlagskrav og et erstatningskrav er det samme, nemlig å erstatte krenkedes økonomiske tap. Forskjellen er at vederlagskravet tar utgangspunkt i en objektiv beregning hos krenkeren. Vederlaget tar sikte på at krenkeren ut i fra en objektiv målestokk skal betale rimelig vederlag for bruken. Erstatningskravet beregnes ut i fra krenkedes tap. Sånn sett skulle det etter mitt syn ikke være noe i veien for at kravene kan kumuleres så lenge vederlagskravet ikke kompenserer for det samme som erstatningskravet.

Saken inntatt i RG 2000 s 1355 ” Osram” gjaldt varemerkekrenkelse, men illustrerer kombinasjonen av de to krav. Her tilkjente lagmannsretten vederlagskrav i form av rimelig lisensavgift i kombinasjon med erstatning for mottiltaksutgifter. Osram ble her tilkjent utgifter til en forsvarsannonseringskampanje og retten problematiserte ikke kombinasjonen av de to krav. Etter mitt syn er dommen et eksempel på at det ikke er problematisk å tilkjenne vederlagsstatning og erstatning for mottiltaksutgifter sammen så lenge de to postene tar sikte på å kompensere forskjellige deler av tapet. I et slikt tilfelle vil et vederlag for bruken og en forsvarsannonseringskampanje fremstå som adskilte tapsposter. Spesielt sistnevnte er uproblematisk å tilkjenne i forhold til årsakssammenheng, da dette utvilsomt er en følge av krenkerens rettsbrudd.

Monsen<sup>76</sup> konkluderer med at de to krav i prinsippet kan kumuleres med den klare begrensning at krenkede ikke kan kreve erstattet tap som blir kompensert gjennom vederlaget. Som eksempel på erstatningskrav som kan kreves i kombinasjon med vederlagskrav basert på markedspris, nevner han mottiltaksutgifter og utgifter til å avdekke krenkelsen.

Når det gjelder kumulasjon av vederlagskrav og vinningsavståelseskrav blir det annerledes. Det vil kunne ha et lite element av dobbeltstraff i seg når krenkeren ikke bare må gi fra seg gevinsten, men i tillegg må betale vederlag for bruken. Monsen<sup>77</sup> konkluderer med at disse ikke kan kumuleres. Han vektlegger det pønale og påpeker at en subjektiv og objektiv avståelse på krenkerens side vil kunne få en uheldig dobbel effekt. Videre argumenterer han for at vinningsavståelseskrav og erstatningskrav heller ikke bør kumuleres<sup>78</sup>. Et argument som anføres i mot kombinasjonen av erstatningskravet og berikelseskravet, er at de ikke har de samme formål. Der tapsdekning er fokusert på å kompensere krenkedes tap er vinningsavståelse mer fokusert på krenkerens avståelse av berikelse. En kombinasjon av

---

<sup>76</sup> Monsen, Berikelseskrav s 515

<sup>77</sup> Monsen, Berikelseskrav s 515

<sup>78</sup> Monsen, Berikelseskrav s 515-519

disse vil kunne føre til en kompensasjon som både overgår tapsdekningens formål og berikelseskravets formål og føre til et resultat som vanskelig kan forsvares etter norsk rett.

## 5.1 Noen betraktninger om lønnsomhet

I noen tilfeller kan det tenkes at det kan være mer å hente ved å kreve erstatning enn vederlag eller berikelseskrav. Et slikt tilfelle vil være der det er konstatert et stort omsetningsfall hos krenkede etter at krenkelsen har startet og krenkedes omsetningsfall er betydelig høyere enn krenkerens fortjeneste. Krav om erstatning i et slikt tilfelle vil ofte bli møtt med motargumentet om at krenkedes tap skyldes andre faktorer enn krenkelsen. Dette kan være et mettet marked eller andre faktorer. Men noen ganger kan man konstatere årsakssammenheng. La oss tenke oss et marked med kun én aktør. Etter hvert kommer det inn en ny aktør som etterlikner med et meget dårlig produkt. Dette produktet er ikke bare en dårlig kopi, men en helsefarlig kopi. Dette gjør at forbrukerne velger å ikke kjøpe hverken originalproduktet eller kopien. Produktene er så like at det hersker tvil om hvilket som er farlig eller ikke. Dette gjør at originalprodusenten har en omfattende omsetningsnedgang på grunn av rettsbruddet. Samtidig på krenkerens side er vinningen liten på grunn av det mislykkede markedsfremstøtet. Det blir dårlig publisitet rundt produktet generelt. Etterlikningen er altså her årsaken til at folk heller ikke kjøper originalproduktet. I slike tilfeller kan tapet bli stort og adekvansen vil være en begrensning for hvor stor tapsutmålingen kan bli. Etter dette kan det altså være tilfeller der erstatning for økonomisk tap er større enn det en utmåling av vederlag for bruken eller berikelseskrav hos krenkeren ville blitt.

Det kan naturligvis tenkes at lempingsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2 kan komme til anvendelse. Dette i et tilfelle hvor krenker kunne være lite å legge til last eller hvor erstatningssummen kan bli svært høy.

Et annet eksempel kan illustrere et tilfelle der vederlagskrav eller berikelseskrav kan lønne seg fremfor erstatningskrav. La oss ta et tilfelle med produktetterlikning. Igjen tenker vi oss et tilfelle med få aktører. Det er et lite marked. Så blir det en plutselig merkbar interesse for dette produkt og en ny markedsaktør bestemmer seg for å lansere et produkt for å bli med på oppgangen. Sistnevnte velger å etterlikne og oppnår en betydelig markedsandel. Inntil det tidspunkt krenkelsen starter har krenkede en bestemt omsetning. Denne forblir uendret etter at krenkelsen har startet. Det blir med andre ord ikke noe omsetningsfall hos krenkede. Her vil krenkede ikke kunne dokumentere noe økonomisk tap i form av tapt fortjeneste. Det eneste som vil kunne kreves dekket er interne utgifter. Det konstateres brudd på markedsføringsloven § 30 og krenkeren har suksess med sitt kopiprodukt. En slik suksess vil da ikke bare skyldes rettsbruddet men også krenkerens innsats for å skape en markedsandel som ikke lå der før hans inntreden. Det vil uansett være virkningssammenheng mellom rettsbruddet og hans salgsinntekter<sup>79</sup>. I et slikt tilfelle vil en avståelse av berikelsen til fra krenkede til krenker føre til en høyere sum en et vanlig erstatningskrav.

## 6 LEMPING

Et moment for den videre drøftelse i forhold til erstatningsutmålinger er lempingsregelen i skadeserstatningsloven § 5-2. Denne regel gjelder erstatningskrav generelt, og er aktuell å trekke inn i de sakene hvor krenkeren ikke er spesielt klanderverdig. Dette er særlig aktuelt i de sakene hvor krenkerens uaktsomhet er spesielt mild og det på grunn av skyldforholdet vil være urimelig å holde han fullt ansvarlig. Det kan for eksempel være i tilfeller hvor det

---

<sup>79</sup> Se punkt 4.1. avsnitt nr. 11



foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse. Dette er en aktuell lempingshjemmel under alle de forskjellige ansvarsbestemmelser. I sakene om produktetterlikning er det imidlertid særlig aktuelt å anføre det som grunnlag for avkortning av erstatningen. I disse sakene er det ofte vanskelig å vite om bestemmelsen er overtrådt, og da ligger terskelen høyere for å statuere uaktsomhet hos krenkeren.

Dette kan være aktuelt i sakene hvor det forut for erstatningssaken har falt dom om forståelsen av markedsføringsloven enten i foregående forføyningssak i tingretten eller NKUs avgjørelse.

I en del saker kan det imidlertid hende at krenkeren vil hevde at krenkelsen skyldes at han feilvurderte hvor den rettslige grensen for for eksempel en tillatt etterlikning går, og at denne rettsvillfarelsen ikke var uaktsom. En sak som illustrer dette er Drammen tingretts dom<sup>80</sup> i saken om peisovner. Nordpeis' peismodell "Trio peis" ble ansett som en ulovlig etterlikning av Jøtuls modell. Retten kom til at Nordpeis hadde opptrådt i strid med god forretningsskikk jf mfl § 25 og tilkjente Jøtul erstatning for omsetningstap

I saken anførte Nordpeis at erstatningsansvaret skulle lempes etter skl § 5-2 da de var lite å bebreide i saken. I den foregående forføyningssak mellom de samme parter om de samme ovner hadde tingretten kommet til at det ikke forelå brudd på markedsføringsloven. Retten klandrer her ikke Nordpeis for ikke å ha trukket ovnen fra markedet. Men når NKU noen måneder senere kommer til at det foreligger brudd på markedsføringsloven velger Nordpeis heller ikke da å trekke ovnen fra markedet. Retten velger her å klandre Nordpeis for ikke å ha trukket ovnene på dette tidspunkt med den begrunnelse at avgjørelsene i NKU bare i sjeldenhet ikke blir fulgt. Retten gir uttrykk for at det ikke var unnskyldelig av Nordpeis å ikke trekke ovnene på dette tidspunktet.

Retten tar anførselen om lemping bare delvis til følge. Det går frem av dommen at retten tok hensyn til de ovennevnte momenter når den skjønnsmessig fastsatte erstatningsansvaret

---

<sup>80</sup> TDRAM-2009-153395

til 4 mill, 2 millioner lavere enn kravet fra Jøtul, som var beregnet ut fra en påstand om at Nordpeis' salg hadde ført til at Jøtul hadde solgt 1500 færre ovner, og at tapet pr ovn var kr 4.294. Dommen er etter min mening noe streng da en ikke kan kritisere Nordpeis særlig mye. Det blir usikkerhet når tingretten frikjenner i forføyningsaken, mens NKU kommer til det motsatte, og da kan det ikke være kritikkverdige å forholde seg til tingrettens kjennelse.

Spørsmålet videre er om det er adgang til å lempe et *vederlagskrav*. En slik adgang vil kunne være aktuell i samme tilfelle som ovenfor, altså når det bare er lite å legge krenkeren til last. Både patentl § 58, vml § 58 og designloven § 40 inneholder hjemmel for å lempe på betalingsplikten hvis det bare er lite å legge krenkeren til last. Dette taler for å anvende samme regel ved spørsmål om lemping av produktetterliknerens vederlagsplikt. Disse regler taler om "rimelig lisensavgift". Altså gjelder dette tilfellene der det foreligger lisensieringspraksis.

Det er imidlertid ganske sjelden at dette foreligger, og som regel vil retten basere seg på skjønn. Et argument som kan føres i mot, er at det i tilfellene hvor utmålingen bygger på et skjønn, ikke er behov for en lempingsregel. I slike tilfeller kan retten justere skjønnet slik at en eventuell hjemmel for lempingsadgang ikke er nødvendig.

Monsen vektlegger at de ovenfor nevnte regler fra spesiallovgivningen er i strid med direktiv 2004/48/EF art. 13 b) når han konkluderer<sup>81</sup> med "det ikke er hjemmel for lemping av produktetterliknerens plikt til å betale vederlagskrav." Det ble antydning i 2007 at de ovennevnte reglene fra immaterialrettslig spesiallovgivning antakelig ville bli opphevet<sup>82</sup>. Den nye § 58 (2) inntatt i varmemerke-loven av 2010 inneholder fortsatt en lempingsadgang for vederlagskrav, så regelen er altså ikke opphevet.

---

<sup>81</sup> Monsen: Berikelseskrav på s 216

<sup>82</sup> Boken er utgitt i 2007

Etter mitt syn er det ikke behov for en konkret hjemmel for lemping av vederlagskrav. I tilfellene for brudd på markedsføringsloven kan retten bygge på skjønn når den skal utmåle vederlaget. Støtte for dette finnes i Rt 1997 s 199 ”Cirrus”. I et slikt tilfelle kan dommeren justere på skjønnen hvis krenkeren er lite å legge til last.

Når det gjelder lemping av vinningsavståelseskrav er den eventuelle hjemmel tvilsom. Monsen<sup>83</sup> påpeker at det neppe er grunnlag for analogi fra skl § 5-2. Det ligger etter mitt syn i vinningsavståelseskravets natur at hele berikelsen skal avstås. Denne regelen danner grunnlaget for vinningsavståelse og står således sterkt. Spørsmålet er om det kan åpnes for en snever lempingsadgang i tilfellene som rammer krenker hardt. Monsen<sup>84</sup> argumenterer positivt for dette og viser til en ”bred rimelighetsvurdering om og i tilfelle i hvilken utstrekning lemping skal finne sted”. Etter mitt syn taler også rimelighetshensyn for dette i tilfeller der krenkeren vil bli rammet særlig hardt. Etter dette er jeg kommet til at det er grunnlag for en snever unntaksregel.

## 7 Oppsummering

Ovenfor har jeg gjort rede for flere typer erstatningsregler og herunder utmålingsprinsipper. Etter mitt syn er det på ulovfestet grunnlag bred adgang til å kreve erstatning etter brudd på markedsføringsloven. Krenkede har flere alternativer. Under generell tapsdekning finnes det flere beregningsmåter å basere et erstatningskrav på. Videre er det etter min mening også adgang til å kreve de alternative formene for erstatningskrav i vederlag og vinningsavståelse.

---

<sup>83</sup> Monsen: Berikelseskrav på s 503

<sup>84</sup> Monsen: Berikelseskrav på s 503

## 8 Regjeringens lovendringsforslag 13. april 2011<sup>85</sup>.

Regjeringen offentliggjorde i april ”Styrking av lovgivningen om håndhevingen av industrielle rettigheter mm.”. Dette er et forslag til endringer av bla. sanksjonsreglene i markedsføringslovens kapittel om næringsdrivendes interesser. Det påpekes at etterlikningsvernet skiller seg fra de immaterielle rettigheter ellers ved at vernet beror på en utpreget skjønnsmessig vurdering. Det argumenteres for en styrking av det erstatningsrettslige vernet og på s 106 fremgår det et forslag til endring i markedsføringsloven § 30:

*“I lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. skal § 30 nytt annet ledd lyde:*

*Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelsen i første ledd, skal betale vederlag eller erstatning til den forurettede. Vederlaget eller erstatningen skal utmåles på det av følgende grunnlag som er gunstigst for den forurettede:*

- a) et vederlag svarende til en rimelig lisensavgift for utnyttelsen, samt erstatning for eventuelt ytterligere tap som overtredelsen har medført og som ikke ville oppstått ved lisensiering til den aktuelle utnyttelsen,*
- b) erstatning svarende til det økonomiske tapet som den forurettede har lidt som følge av overtredelsen, eller*
- c) et vederlag svarende til fortjenesten som er oppnådd ved overtredelsen.”*

---

<sup>85</sup> [http://www.regjeringen.no/pages/16272158/Horingsnotat\\_Industrielle\\_Rettigheter.pdf](http://www.regjeringen.no/pages/16272158/Horingsnotat_Industrielle_Rettigheter.pdf)

Notatet er utgitt av lovavdelingen med saksnummer: 201102995

Lovforslaget gir krenkede et vidt spillerom og fleksibilitet i forhold til erstatningskravet. Grunnlaget for utmåling som krenkede finner gunstigst kan velges. Dette er positivt for krenkede part. Det foreslås en uttrykkelig lovfesting av både erstatningskrav og vederlagskrav. Videre gis det i litra c) en erstatningsregel om et vederlag tilsvarende fortjenesten som er oppnådd ved krenkelsen. Dette er etter mitt syn i realiteten å anse for et vinningsavståelseskrav. De alternative typer krav er kumulative og kan således ikke kombineres.

### **Litteraturliste**

- Lunde, Tore, Mestad, Ingvild og Michaelsen, Terje Lundby, *Markedsføringsloven med kommentarer*, (Oslo 2010)
- Mestad, Ingvild, *Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier*, Lov og Rett 2001 s 610 (LOR-2001-610)
- Monsen, Erik, *Berikelseskrav*, (Oslo 2007)
- Monsen, Erik, *Nyere, norske dommer om berikelseskrav på immaterialrettens område*, Nordisk immaterielt rettskydd, nr 4 2007, s 323 – (NIR-2007-323)
- Nygaard, Nils, *Skade og ansvar*, 5. utgåve (Bergen 2000)
- Nygaard, Nils, *Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak*, Lov og Rett 2000 s 515 (LOR-2000-515)
- Rognstad, Ole Andreas og Stenvik, Are, *Hva er immaterialretten verd? Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser*, i festskrift til Peter Lødrup (Oslo 2002)

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>

