

Forbudssanksjonen ved illojale konkurransehandlinger etter markedsføringsloven

Kandidat: 113

Veileder: Aase Gundersen:

Lvert: 15. januar 2007:

Antall ord: 39852

Dato: 09.07.2007

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Skissering av tema.....	1
1.2	Terminologi.....	3
1.3	Rettskilder.....	5
2	GRUNNLEGGENDE FORSKJELLER OG LIKHETER MELLOM VERNET ETTER ENERETTSLOVGIVNINGEN OG VERNET MOT ILLOJALE KONKURRANSEHANDLINGER	9
2.1	Utviklingslinjer og særpreg ved de immaterielle eiendomsrettigheter.....	9
2.2	Utviklingslinjer og særpreg ved vernet mot illojale konkurransehandlinger.....	11
2.3	Nærmere om forholdet mellom regelsettene.....	12
2.4	Forholdet mellom markedsføringslovens beskyttelsessubjekter.....	14
2.5	Markedsføringslovens karakter av supplerende vern.....	15
3	HOVEDTREKK I DET IMMATERIALRETTLIGE VERN	19
3.1	Åndsverkloven.....	19
3.2	Patentloven.....	20
3.3	Varemerkeloven.....	21
3.4	Designloven.....	22
3.5	Foretaksnavneloven.....	24

4	MARKEDSFØRINGSLOVENS BESTEMMELSER TIL VERN OM IMMATERIELLE VERDIER	25
4.1	De relevante bestemmelser	25
4.2	Bedriftshemmeligheter (mfl. § 7).....	26
4.3	Tekniske hjelpemidler (mfl. § 8)	29
4.4	Etterligning av annens produkt (mfl. § 8a)	30
4.5	Villedende forretningsmetoder (mfl. § 2)	34
4.6	Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin.....	36
4.7	Generalklausulen (mfl. § 1) og forholdet til spesialbestemmelsene.....	37
5	SANKSJONENE.....	42
5.1	Sanksjonstrusselen som styringsmiddel	42
5.2	De ulike sanksjoner	44
5.3	Proessen	46
6	FORBUD.....	47
6.1	Innledning	47
6.2	Forbudssanksjonens hjemmel	48
6.3	Markedsføringslovens og enerettslovgivningens utforming	49
6.4	Endelige og midlertidige forbud.....	50
7	DEN PROSESSUELLE PRØVELSE	53
7.1	Kort om forholdet mellom fullbyrdelsessøksmål og fastsettelsessøksmål	53
7.2	Fullbyrdelsesdom.....	55

7.3	Fastsettelsesdom	56
7.4	Partenes tilknytning til søksmålgjenstanden	59
8	DEN MATERIELLE PRØVELSEN.....	60
8.1	Den materielle prøvelsens to sider	60
8.2	Krenkelsesvurderingen	61
8.2.1	Subjektiv klanderverdighet som vilkår for forbud?	61
8.2.2	Krenkelsesvurderingens retrospektive og prospektive elementer.....	63
8.2.2.1	Innledning.....	63
8.2.2.2	Det retrospektive element.....	64
8.2.2.3	Det prospektive element.....	66
8.3	Konsekvensvurderingen.....	69
8.3.1	Innledning.....	69
8.3.2	Konsekvensvurderinger i forføyningssak	72
8.3.3	Konsekvensvurderingenes betydning i ordinær forbudssak	77
8.3.4	Systematisering av innholdet i konsekvensvurderingen	81
8.4	Sannsynlighet og beviskrav.....	82
8.4.1	Innledning.....	82
8.4.2	Forskjellige beviskrav i ordinær sak og forføyningssak?	82
8.4.3	Særskilte regler om sannsynliggjøring i forføyningssak.....	84
9	FORBUDETS INNHOLD OG UTSTREKNING	86
9.1	Innledning	86
9.2	Hva kan forbudet gå ut på?	87
9.2.1	Partenes påstander	87
9.2.2	Typiske formuleringer av forbudet	87
9.2.3	Forbudets effektivitet.....	89
9.2.4	Forbudets subjektive utstrekning	91
9.2.5	Forestående krenkelser og betingede rettsforhold	93
9.2.5.1	Innledning.....	93
9.2.5.2	Er det mulig å få forbud mot forestående krenkelser?.....	94

9.2.5.3	Muligheten for å få forbud der en rett er betinget.....	98
9.2.5.4	Andre varianter av krenkelsen.....	101
9.2.5.5	Konklusjon	105
9.3	Forbudets tidsmessige utstrekning.....	105
9.3.1	Problemstillingen.....	105
9.3.2	Forføyningssak	106
9.3.3	Ordinær forbudssak	108
10	TVANGSFULLBYRDELSE OG STRAFFERETTLIGE KONSEKVENSER VED HANDLINGER I STRID MED NEDLAGTE FORBUD	114
10.1	Tvangsfullbyrdelse	114
10.2	Strafferettslige konsekvenser ved handlinger i strid med dom	115
11	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	116
12	KILDEOVERSIKT	118

1 Innledning

1.1 Skissering av tema

I denne oppgaven vil jeg undersøke forbudssanksjonen ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser om illojale konkurransehandlinger. Selv om avhandlingens tema tar utgangspunkt i markedsføringslovens bestemmelser, vil det likevel være de immaterialrettsliknende aspekter ved de markedsrettslige regler som står i sentrum. Det er derfor bare de av markedsføringslovens bestemmelser som potensielt kan komme inn som supplement ved manglende eller ufullstendig enerettslig beskyttelse som skal behandles. Siden oppgaven inneholder både et markedsrettslig perspektiv og et immaterialrettslig perspektiv vil jeg begynne med å si noe utviklingslinjene på de to rettsområder. Fordi det kan være en viss vekselvirkning mellom det materielle norminnhold og sanksjonene, vil jeg videre kort gjøre rede for de ulike enerettigheters materielle innhold, for så å vise hvordan de aktuelle bestemmelser i markedsføringsloven kan tenkes å komme supplerende inn ved krenkelse av immaterielle verdier. Deretter vil jeg si noe om de ulike sanksjoner som er tilgjengelige, før jeg går inn på den sanksjon jeg skal befatte meg med, nemlig forbudssanksjonen. Her vil jeg grovt sett dele opp oppgaven i to hoveddeler hvor jeg først undersøker vilkår for forbud og deretter forbudets innhold og utstrekning. Både materielle og prosessuelle vilkår vil bli vurdert. Ved den materielle forutsetningsprøvelse, står sondringen mellom krenkelsesvurderingen og konsekvens- og proporsjonalitetsvurderinger sentralt. Når det gjelder forbudets innhold og utstrekning vil jeg ta opp enkelte særskilte spørsmål, for eksempel hva forbudet kan gå ut på og hvor lenge forbudet skal vare. Selv om det i utgangspunktet legges opp til en separat drøftelse av vilkårene for forbud og forbudets innhold og utstrekning, vil temaene fort gli over i hverandre. Dette vil nok særlig skinne igjennom ved behandlingen av disse særskilte spørsmålene. I grove trekk er dette den systematikk jeg vil legge opp til, men også enkelte andre spørsmål av interesse for forbudssanksjonen vil bli vurdert. Flere av de retts spørsmål

jeg vil befatte meg med er uavklarte i norsk rett, og rettskildesituasjonen oppfattes i mange tilfeller som tynn. Det er da heller ikke min ambisjon å komme med klare svar på de spørsmål jeg reiser, men kanskje kan jeg bidra til en viss klargjøring og systematisering av viktige rettsspørsmål på området, som bare i liten grad har vært gjenstand for oppmerksomhet.

Som antydnet vil det bli lagt opp til en viss sammenligning mellom den enerettsbaserte beskyttelse og markedsføringslovens beskyttelse, både når det gjelder de konkrete materielle regler og selve sanksjonssystemet. Siden enerettsbeskyttelsen materielt sett er bygget opp på en annen måte, og til dels hviler på andre hensyn enn markedsføringsloven, vil det naturlig nok gjøre seg gjeldende visse grunnleggende forskjeller som i sin tur vil virke inn på den enkelte sanksjon. I den grad det er interessant, vil jeg i løpet av oppgaven komme inn på og problematisere disse forskjellene. Til tross for visse grunnleggende forskjeller i det vern som ytes etter henholdsvis enerettslovgivningen og markedsføringsloven, vil man nok oppleve at flere av hensynene bak reglene i stor grad er sammenfallende, hvilket gjør det interessant å se hen til de løsninger som er valgt i enerettslovgivningen hvor sanksjonssystemet er bedre utbygget. Jeg vil likevel ikke bare bruke enerettslovgivningen som sammenligningsgrunnlag for å påpeke og vurdere eventuelle forskjeller, men også direkte trekke vekslers på de løsninger som er valgt i enerettslovgivningen og den rettspraksis som er tilknyttet dette rettsområdet. Et hovedsiktemål med avhandlingen vil dessuten være å vise samspillet mellom regelsettene. De rettsspørsmål som reiser seg vil etter tradisjonell rettsdogmatisk metode bli vurdert og redegjort for i lys av de tilgjengelige rettskilder på området. Jeg vil også til en viss grad se hen til de løsninger som er valgt i andre nordiske land.

1.2 Terminologi

En del av de begreper, ord og uttrykk jeg kommer til å bruke i denne avhandlingen vil det være nødvendig å gi en forklaring på eller definisjon av underveis i avhandlingen. Likevel anser jeg det hensiktsmessig å klargjøre visse sentrale ord og begreper allerede her. Jeg vil derfor kort gjøre rede for visse ord og begreper jeg anser viktige for forståelsen av avhandlingen, eller som er det kan være tvil om forståelsen av. I stor grad legger jeg til grunn min egen forståelse av disse ord og begreper, men denne divergerer neppe mye fra den alminnelig oppfatning i juridisk teori.

Markedsrett: I litteraturen anvendes undertiden begrepet markedsrett som en fellesbetegnelse for de regler som regulerer markedsatferden, herunder den tradisjonelle immaterialrett. I denne oppgaven vil jeg imidlertid legge en snevrere forståelse av begrepet til grunn, begrenset til lovreguleringen av den illojale konkurranse som følger av markedsføringsloven.

Enerettslovgivningen: Dette begrepet vil jeg bruke som en samlebetegnelse for de immaterialrettslige lover.

Forbudssanksjonen: Terminologisk er det kanskje ikke helt presist å omtale forbudet som en sanksjon siden forbudets funksjon primært er å stoppe en viss atferd, ikke sanksjonere den. Likevel er det vanlig å omtale forbudet som en sanksjon, noe jeg også vil gjøre her. Dette vil jeg også gjøre i forhold til de midlertidige forbud, selv om disse egentlig er prosessuelle virkemidler.

Rettsstridig (og liknende begreper som ”ulovlig” og ”urettmessig”):

Rettsstridighetsbegrepet og liknende formuleringer vil i denne oppgaven bli brukt som et hjelpebegrep som henviser til atferd som er i strid med en rettslig norm. Hvorvidt atferden pådrar rettslig ansvar er imidlertid et annet spørsmål som må vurderes konkret i forhold til de enkelte sanksjoner. Jeg vil komme nærmere inn på innholdet i rettsstridighetsbegrepet senere i oppgaven.

Krenkelse og inngrep: Disse begrepene vil bli brukt om hverandre, men betegner begge den situasjon hvor en materiell norm er overtrådt. Begrepene brukes felles for overtredelse av enerettslovgivningen og markedsføringsloven.

Immaterielle verdier: For å tydeliggjøre at det bare er enerettslovgivningen som beskytter etablerte immaterielle *rettigheter*, vil jeg av og til anvende begrepet immaterielle *verdier* der beskyttelsen like godt kan følge av markedsføringsloven. I markedsføringsloven beskyttes de immaterielle verdier gjennom reglene om illojale/urimelige konkurransehandlinger. I det følgende kommer jeg til å anvende begrepet ”illojale konkurransehandlinger” som en fellesbetegnelse på handlinger som strider mot de av markedsføringslovens bestemmelser som beskytter næringsdrivende mot illojale handlinger fra konkurrenter.

(Den materielle) forutsetningsprøvelse: Begrepet brukes som en fellesbetegnelse for prøvelsen av om vilkårene for å få et forbud både er til stede og omfatter både krenkelsesvurderingen og konsekvensvurderingen.¹

Konsekvensvurderingen: Begrepet bruker jeg om den siden av den materielle forutsetningsprøvelse som angår konsekvensene av at et forbud nedlegges eller nektes. I vid forstand omfatter begrepet også den proporsjonalitetsvurdering som ofte foretas ved avgjørelsen av om et forbud skal nedlegges eller ikke.

Aktuell krenkelse og forestående/fremtidig krenkelse: Betegnelsen aktuell krenkelse bruker jeg som en samlebetegnelse for tilfellene der krenkelse har skjedd, men er stoppet, og der krenkelsen er pågående. Begrepet forestående/fremtidige krenkelser vil jeg forbeholde de situasjoner hvor det ikke allerede har skjedd en krenkelse, men det er sannsynlig at en slik vil inntre.

¹ Det er mulig at bruken av begrepet ”forutsetning” er noe misvisende, men her bruker jeg begrepet i betydningen ”vilkår”.

1.3 Rettskilder

Avhandlingens tema må selvsagt ta utgangspunkt i den norske markedsføringslov. Et av lovens hovedsiktemål er å sikre rimelig og rettferdig konkurranse og markedsføring næringsdrivende i mellom. Det er også først og fremst denne siden av markedsføringsloven som har front mot immaterialretten, og det vil derfor også være nødvendig å se hen til den immaterialrettslige spesiallovgivning. Det finnes her en rekke lover, men i denne avhandlingen vil jeg spesielt konsentrere meg om de største og viktigste enerettslover som varemerkeloven, patentloven og åndsverkloven. I praksis viser det seg også at det er spesielt i forhold til disse lovene at markedsføringslovens bestemmelser kan tenkes å komme supplerende inn. Selv om rettspraksis tilknyttet designloven er sparsom vil også denne kunne være interessant i denne sammenheng. Foretaksnavneloven er også en viktig lov på immaterialrettens område. Man skal nok likevel være noe forsiktig med å trekke direkte analogier fra enerettslovgivningen, vil det kunne være interessant å bruke denne lovgivningen og praksis tilknyttet den som grunnlag for sammenligning, og for å klargjøre de problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med forbudssanksjonen på immaterial- og markedsrettens område. På sanksjonssiden vil det dessuten være betydelige kontaktflater mot sivil- og strafferetten og den tilhørende prosesslovgivning. Dette betyr at blant annet tvistemålsloven,² tvangsfylldelsesloven og straffeloven³ må trekkes inn i fremstillingen. Foruten den veiledning som fremgår direkte av disse lovenes bestemmelser, vil det selvsagt være nødvendig å se hen til de respektive lovers forarbeider for en bedre forståelse av de enkelte regler. Dette gjelder også forarbeider til tidligere lover på området, så sant den nyere lovgivning viderefører rettstilstanden etter de tidligere bestemmelser, for eksempel bestemmelser i Konkurranseloven av 1922 og Tvangsfylldelsesloven av 1915.

² Ny tvistelov (17. juni 2005 nr. 90) er enda ikke trådt i kraft, men vil i en viss grad føre til endringer i forhold til reglene om søksmålgjenstand, partstilknytning og søksmålsituasjon. Det er også verdt å merke seg at tvangsfylldelseslovens regler om midlertidig forføyning vil bli inntatt i ny tvistelov. Ved min behandling av forbudssanksjonen vil jeg i den grad det måtte være interessant komme inn på disse endringene i rettsituasjonen. Jeg kommer likevel bare til å referere til gjeldende lovers bestemmelser.

³ Jeg sikter her til den Almindelige borgerlige Straffelov (22. mai 1902 nr. 10)

Domstolenes tolkning og anvendelse av de aktuelle materielle og prosessuelle regler vil selvsagt utgjøre viktige bidrag til forståelsen av lovverket. Selv om forbudssanksjonen har et generelt anvendelsesområde, vil det finnes særtrekk på det immaterialrettslige og markedsrettslige område, slik at jeg først og fremst vil konsentrere meg om rettspraksis i tilknytning til de immaterialrettslige og markedsrettslige bestemmelser. I forhold til mange av de sentrale problemstillinger som tas opp i denne avhandlingen, finnes ingen eller svært begrenset rettspraksis fra Høyesterett. Dette innebærer at det vil kunne være interessant å se hen til avgjørelser fra lavere rettsinstanser, selv om disse avgjørelsene i utgangspunktet har begrenset vekt. Uansett hvilken vekt slik underrettspraksis kan sies å ha i det konkrete tilfelle, vil det kunne være interessant å bruke slike rettsavgjørelser ved eksemplifiseringen av de problemer og typesituasjoner som kan oppstå. Det er primært opp til de næringsdrivende om, og eventuelt i hvilke former, de ønsker å løse en tvist etter markedsføringsloven.⁴ I tillegg til de ordinære domstoler har derfor de såkalte responsa- og konkurranseutvalg spilt en viktig rolle for forståelsen av loven på dette området. Tidligere spilte uttalelsene fra Norges Industriforbunds konkurranseutvalg og Markedsføringsforbundets Timannsutvalg en vesentlig rolle, men i 1970 ble disse avløst av Næringslivets Konkurranseutvalg (NKU). Selv om dette organet kun gir rådgivende uttalelser om god forretningsskikk er det fastslått i rettspraksis at det etter omstendighetene vil være naturlig å tillegge uttalelsene betydelig vekt.⁵ Slike uttalelser vil nok fremdeles ha rettskildemessig vekt, men det er grunn til å tro at vekten reduseres i takt med det voksende rettskildemateriale på området. Utvalget befatter seg imidlertid bare med markedsføringslovens materielle innhold og har ikke kompetanse til å nedlegge forbud eller påbud, eller utmåle erstatning eller tilkjenne saksomkostninger, jfr. NKUs vedtekter § 3

⁴ Markedsføringsloven er bygget opp slik at håndhevingen av forbrukernes rettigheter ivaretas av forvaltningsorganene Forbrukerombudet og Markedsrådet gjennom nedleggelse av forbud. Disse organene har imidlertid plikt til avvise saker hvor overtredelsen kun berører næringsdrivende jfr. Løchen/Grimstad s. 203.

⁵ Se Rt. 1984.248.

siste ledd.⁶ Dette betyr blant annet at utvalget ikke kan komme med rådgivende uttalelser om sanksjoner, og slik responsa har derfor liten betydning for denne oppgavens hovedtema.

Norge er et lite land i juridisk sammenheng og vil være påvirkelig av internasjonale strømninger. På immaterialrettens og markedsrettens område finnes stor grad av rettsenhet innenfor de nordiske land.⁷ Det er derfor relevant å se hen til rettsituasjonen i disse og andre land der rettsspørsmålene er regulert på lik måte. Når dette er sagt, finnes flere nasjonale særreguleringer, spesielt på sanksjonssiden. For forståelsen av systemet kan det imidlertid være like fruktbart å løfte frem ulikhetene som likhetene. For eksempel bygger ikke reguleringen av de midlertidige forbud på noen samnordisk utredning, men til tross for visse forskjeller, er det stort sett de samme grunntanker og hensyn som begrunner utformingen av reglene i de respektive land. Norge har også påtatt seg visse forpliktelser gjennom internasjonale avtaler, som dermed direkte påvirker den norske lovgivning og rettsanvendelse på området gjennom krav til inkorporering og konform fortolkning. TRIPS-avtalen (Agreement on Trade Aspects of Intellectual Property Rights), inngår som et vedlegg til WTO-avtalen, og er sentral på immaterialrettens område. Den 1. januar 1995 trådte denne avtalen i kraft for Norges vedkommende. Det sentrale ved TRIPS-avtalen er at den stiller visse minimumskrav til det vern av immaterielle rettigheter som medlemsstatene plikter å innarbeide i sin lovgivning. Avtalen oppstiller minimumskrav til nasjonal beskyttelse på de fleste områder innenfor immaterialretten, herunder konkrete krav til håndheving og prosess. Et viktig spørsmål er hvor relevant denne avtalen er for beskyttelsen av konkurranseposisjoner etter markedsføringsloven. Det er på det rene at det i TRIPS-avtalen opereres med et videre immaterialrettsbegrep enn i tradisjonell norsk rett, og både fortrolige opplysninger og uriktige geografiske betegnelser beskyttes.⁸ Den 29. april 2004 ble det vedtatt et EU-direktiv (2004/48/EF) (håndhevelsesdirektivet) om

⁶ Selv om det er lite praktisk åpner vedtektene for avtale om at NKU skal fungere som voldgiftsrett. I følge Lunde s. 96 er det uklart om bestemmelsene i § 3 kan tolkes innskrenkende i slike tilfeller.

⁷ Se Kocktvedgaard (2005) s. 44 for immaterialrettens vedkommende og Innst. 1966 s. 20 for markedsrettens vedkommende.

⁸ Jfr. særlig TRIPS-avtalen art. 22, 23 og 39.

beføyelser, prosedyrer og sanksjoner for å sikre håndhevingen av immaterielle rettigheter. Direktivet søker å harmonisere de respektive medlemslands håndhevings- og sanksjonssystemer, og innebærer derfor noe nytt i forhold til den tradisjonelle regulering, som hovedsakelig har befattet seg med vernets materielle sider. Direktivet stiller på visse punkter strengere krav enn det TRIPS-avtalen gjør, og noe av poenget med reguleringen har nettopp vært å styrke det immaterielle rettsvern og stramme inn praksisen på det indre marked.⁹ Foreløpig har ikke EØS-komiteén tatt stilling til om direktivet er EØS-relevant, med andre ord om det er nødvendig at EØS-statene implementerer direktivets bestemmelser i nasjonal rett. Det er imidlertid kommet signaler som kan tyde på at komiteén ikke anser det nødvendig å implementere direktivet, fordi det primært gir prosessuelle regler, og dermed faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.¹⁰ Uansett vil direktivet kunne kaste lys over sentrale hensyn og de generelle problemer som er knyttet til håndhevelsen av immaterielle verdier. Som part i EØS-avtalen er Norge ikke bare under påvirkning av EUs lovgivning. Også de rettsavgjørelser som avsies av EF-domstolen vil kunne være relevante rettskilder ved tolkning av retts spørsmål på immaterial- og markedsrettens område.

Foruten de rettskilder som her er nevnt vil reelle hensyn gjøre seg gjeldende i flere relasjoner. Reelle hensyn vil kunne komme inn på forskjellige stadier i en tolkingsprosess. De kan være relevante ved tolkningen av de øvrige rettskildefaktorer, men også som selvstendige momenter der rettskildesituasjonen er tynn eller uklar. Vekten av de reelle hensyn vil selvsagt være avhengig av momentenes kvalitet, men også den øvrige rettskildesituasjon. De reelle hensyn utgjør en sammensatt og noe uklar gruppe med rettslig relevante tolkningsmomenter, og i denne avhandlingen inkluderer jeg ikke bare generelle

⁹ Jfr. Monsen i NIR 1/2006 s. 66-83.

¹⁰ I NIR 1/2006 s. 66-83 forutsetter Monsen at direktivet er EØS-relevant, blant annet under henvisning til at direktivets overskrift selv sier det. Monsen mener uansett at direktivet kun omfatter de tradisjonelle intellektuelle eiendomsrettigheter, men peker på at direktivet åpner for at medlemslandene ved behov utvider bestemmelsene til også å gjelde ”den illoyale konkurrence, herunder piratkopiering og tilsvarende aktiviteter” jfr. fortalens pkt. 13.

rimelighets- og godhetsvurderinger, men også de mer særskilte hensyn som ligger bak rettsreglene. Det er en flytende overgang mellom formålsbetraktninger med grunnlag i en lov eller lovbestemmelser og mer frittstående reelle hensyn. Kategoriseringen av disse hensyn er imidlertid ikke viktig. Poenget er at det både i relasjon til tolkningen av de rent materielle bestemmelser, og ved anvendelsen av den enkelte sanksjon, vil være viktige hensyn som må tas i betraktning. Innholdet i disse vil jeg komme nærmere inn på, men det bør nevnes at det ved tolkningen av de materielle bestemmelser i både markedsføringsloven og enerettslovgivningen, blant annet vil være viktig å ta i betraktning både hensynet til den som har ytt en innsats, og hensynet til utvikling og konkurranse. På tilsvarende måte finnes enkelte sentrale hensyn som må tas i betraktning ved anvendelse av sanksjoner. I forhold til forbudssanksjonen er spesielt hensynene til effektivitet og proporsjonalitet viktige. Slike hensyn vil ikke bare kunne spille inn ved vurderingen av *om* en krenkelse skal sanksjoneres, men også ved vurderingen av hvordan, og i hvilken grad den skal sanksjoneres.

2 Grunnleggende forskjeller og likheter mellom vernet etter enerettslovgivningen og vernet mot illojale konkurransehandlinger

2.1 Utviklingslinjer og særpreg ved de immaterielle eiendomsrettigheter

Retten til eiendom har gjennom historien vært gjenstand for atskillig konflikt og debatt, og til visse tider og i enkelte samfunn, har det vel heller ikke vært særlig treffende å snakke om en ”rett” til eiendom. I dagens vestlige kulturer må imidlertid eiendomsretten sies å stå relativt sterkt, selv om den til stadighet er gjenstand for inngrep både fra private og det offentlige. Eiendomsrettens posisjon og status vil dessuten langt på vei være bestemt av det meningsinnhold vi til enhver tid tillegger den, og eventuelle skranker for dens utfoldelse. Med fremveksten av det industrielle samfunn, og ikke minst det moderne informasjonssamfunn og den medfølgende teknologiske og økonomiske utvikling, har verdien av de immaterielle prestasjoner fått en stadig mer betydningsfull plass i lovgivers

bevissthet. For den som står bak slike prestasjoner vil det kunne være av stor betydning å verne om sine immaterielle verdier på lik linje med materielle verdier. Internasjonalt er det vanlig å bruke begrepet "intellectual property rights" som viser at også intellektuelle prestasjoner er beskyttet av eiendomsretten, og således inngår som en del av den generelle formuesrett. Også formelt må intellektuelle prestasjoner og liknende sies å ha et sterkt vern. Det kan for eksempel nevnes at immaterielle rettigheter etter omstendighetene omfattes av eiendomsbegrepet i EMK P1 art. 1.¹¹ I dag må i det hele tatt vernet av immaterielle eiendomsrettigheter kunne sies å være godt utbygd både nasjonalt og internasjonalt i den vestlige verden, med et tiltakende samarbeid over landegrensene regionalt så vel som globalt. Likevel har oppmerksomheten internasjonalt stort sett vært rettet mot lovgivningenes materielle innhold og ikke sanksjonssiden. I den senere tid har man imidlertid innsett at en effektiv beskyttelse er avhengig av et fungerende sanksjonssystem, noe som kommer klart til uttrykk både i TRIPS-avtalen og i EUs håndhevelsesdirektiv. Til tross for at immaterielle verdier i dag i stor grad er vernet på lik linje med materielle verdier, er det knyttet særlige utfordringer til beskyttelsen av immaterielle rettigheter. Det har sammenheng med at de immaterielle rettigheter fremstår som noe u håndterlige og abstrakte i forhold til fysiske ting, noe som spesielt manifesteres ved fastleggelsen av rettighetenes gjenstand og innhold, men også ved anvendelsen av sanksjoner mot rettsbrudd.

De immaterielle rettigheter er en til dels uensartet gruppe rettigheter, både i innhold og legislativ begrunnelse, men det finnes også gjennomgående fellestrekk som forsvarer en kategorisering av disse rettighetene. Grovt sett kan det sondres mellom rettigheter knyttet til intellektuell eller kunstnerisk innsats, såkalte åndsprodukter,¹² og rettigheter tilknyttet individualiseringsmidler og kjennetegn.¹³ En annen sontring som er vanlig å operere med er sontringen mellom opphavsrett og industriell rettsbeskyttelse. Den rettspolitiske begrunnelse for beskyttelse av åndsproduktene er først og fremst knyttet til hensynet til

¹¹ Møse s. 501.

¹² Se spesielt åvl., dsl. og patl.

¹³ Se spesielt vml. og ftnavn.

kunstnerisk og teknisk utvikling og innovasjon, som igjen vil kunne gavne samfunnet økonomisk og kulturelt. Bak beskyttelsen av rettigheter knyttet til kjennetegn og liknende ligger først og fremst hensynet til lojal næringsvirksomhet, både overfor konkurrerende markedsaktører og forbrukere. Dessuten spiller selvsagt også økonomiske hensyn inn her. Immaterialrettighetenes individuelle karakter gjør det imidlertid vanskelig å oppstille noen allmenn rettspolitisk begrunnelse. Beskyttelsen kan til dels begrunnes på flere måter. På denne bakgrunn finnes en rekke lover som hver for seg regulerer vernet av de individuelle rettigheter. Samtidig ser man at de bakenforliggende hensyn overlapper hverandre. I stor grad ytes også et supplerende vern, slik at den enkelte enerett kan være beskyttet av flere lover samtidig. Selv om rettighetene generelt fremstår som uensartet i karakter er det dessuten viktig å fremheve enerettslovgivningens kollektive formål om å beskytte et individs eller en juridisk persons (personlige) innsats mot inngrep.¹⁴ Til dette kommer at næringsdrivende kan være vernet gjennom annen lovgivning, som markedsføringsloven og straffeloven, og dessuten gjennom alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper om kontraktsbrudd. Sistnevnte vern faller imidlertid utenfor denne oppgavens tema.

2.2 Utviklingslinjer og særpreg ved vernet mot illojale konkurransehandlinger

I den vestlige verden står prinsippet om fri konkurranse sterkt. Like fullt har det vært anerkjent at markedsaktørenes atferd bør reguleres for at markedet skal fungere på en tilfredsstillende måte. Utviklingen av et vern mot illojal konkurranse må derfor ses i sammenheng med den generelle regulering av markeds konkurransen, som i stor grad har vært påvirket av det gjeldende politiske klima. Reguleringen har imidlertid hatt et dobbelt siktemål. På den ene siden finner vi lovgivningen mot konkurransebegrensninger som tar sikte på å øke konkurransen på markedet. På den annen side finnes lovgivningen mot utilbørlig konkurranse som derimot har som siktemål å holde konkurransen innenfor visse rammer. I denne avhandlingen er det sistnevnte side av markedsreguleringen som vil være gjenstand for oppmerksomhet. Vår første lov om utilbørlig konkurranse av 7.juli 1922 nr.11 bygget på europeiske strømninger, og var først og fremst begrunnet i behovet for

¹⁴ Stuevold Lassen s. 505.

regulering av forholdet mellom konkurrentene i næringslivet. Samtidig som det utkrystalliserte seg et behov for en nærmere regulering av forholdet mellom næringsdrivende, så man særlig i USA, at det utviklet seg en mer helstøpt forbrukerbeskyttelse. Disse forhold utgjorde opptakten til dagens markedsføringslov som ved siden av hensynet til rettferdig og lojal konkurranse, i sterkere grad enn den tidligere konkurranselov, ivaretar forbrukerhensyn og mer generelle samfunnshensyn. Vernet mot illojal konkurranse ble ved den nye markedsføringslov grundigere regulert ved et mer omfattende sett av særregler som supplement til generalklausulen som i stor grad fremstår som en videreføring av generalklausulen av 1922. Markedsføringslovens bestemmelser har ikke vært upåvirket av internasjonale strømninger og reguleringer. Når det gjelder sanksjoneringen av lovens bestemmelser om illojale konkurransehandlinger, er likevel mitt inntrykk at den markedsrettslige beskyttelse har kommet noe i skyggen. For eksempel kan nevnes at TRIPS-avtalen og EUs lovgivning på området i stor grad har vært konsentrert om vernet av de tradisjonelle immaterielle rettigheter.

2.3 Nærmere om forholdet mellom regelsettene

Kategorisering av rettsområder er et klassisk problem, og det vil nødvendigvis være slik at også immaterialretten flyter over i, eller suppleres av, andre rettsområder. Et av disse områdene er markedsretten hvor det oppstår til dels ganske stor grenseflater. Det er blitt påpekt, blant annet av Kocktvedgaard, at immaterialretten er konkurransepreget.¹⁵ Dette viser seg først og fremst gjennom den tilsynelatende spenning som oppstår mellom den monopolsituasjon som enerettslovgivningen i realiteten etablerer, og behovet for et velfungerende marked med konkurransefrihet. På den ene siden er det riktig at den som skaper noe, skal få nyte godt av avkastningen av sitt verk. Samtidig taler gode grunner for at ikke rettighetene i unødvendig grad bindes opp, slik at samfunnet som helhet går glipp av den verdiskapning, utvikling og progresjon, produksjonen av immaterielle verdier ofte kaster av seg. Fra et markedsrettslig perspektiv kan man kanskje på den andre siden si at markedsretten har til dels ganske store innslag av immaterialrettslig regulering. Likevel er

¹⁵ Kocktvedgaard (1965) s. 4.

enerettslovgivningen og markedsretten i prinsippet to forskjellige konstruksjoner som beskytter de immaterielle verdier ut i fra forskjellige vurderingsnormer. Også hensynene bak beskyttelsen etter de respektive lover vil til dels være forskjellig. En sentral forskjell er at enerettslovgivningen verner resultatet av den personlige innsats som sådan, mens markedsføringsloven beskytter mot snylting på innsats. Enerettslovgivningen søker først og fremst å sikre de kreative og nyskapende gode vilkår uansett om dette gjelder privatpersoner eller større bedrifter. Den primære funksjon for reguleringen av illojale konkurransehandlinger er å sikre en sunn og rettferdig konkurranse. Markedsføringsloven oppstiller med andre ord et generelt vern mot illojale og urimelig handlinger næringsdrivende imellom.

Det er også en fundamental retts teknisk forskjell mellom beskyttelsessystemene. Immaterialrettene er utformet som eneretter, mens de markedsrettslige regler er handlenormer. Handlenormene tar sikte på å eksemplifisere gjeldende rett ved at innholdet og rekkevidden av en skjønnsmessig regel forsøkes klarlagt ved oppstilling av forskjellige praktiske typetilfeller. Markedsføringsloven beskytter i motsetning til enerettslovgivningen ikke rettigheter eller posisjoner, den beskytter bare mot nærmere angitte handlinger. Mens enerettslovgivningen beskytter mer eller mindre bestemte og enkeltstående fenomener etter et arts kriterium, beskytter markedsføringsloven virksomhetenes allmenne markedsposisjon etter et atferdskriterium.¹⁶ Det betyr at markedsføringsloven, i motsetning til de enkelte enerettslover, ikke tar utgangspunkt i en type enerett og spesifiserer og avgrenser rettsvirkningene av denne. Rent terminologisk vil det derfor være lite presist å si at markedsføringslovens vern oppretter en eksklusiv posisjon for den vernede, den yter i stedet en konkret vern mot handlinger rettsordenen har ansett for illojale. Likevel er ikke forskjellene alltid like åpenbare, også markedsføringslovens bestemmelser kan i visse henseender sies å etablere en slags beskyttet ”posisjon”, særlig gjelder dette mfl. § 8a som kanskje har de største likhetstrekk med den immaterialrettslige etterlikningsbeskyttelse. Dessuten vil konkurranserelasjonen etter omstendighetene kunne ha betydning for hvordan

¹⁶ Madsen s. 222.

omfanget av den enerettslige beskyttelse fastlegges. En annen forskjell er imidlertid at markedsføringslovens bestemmelser i større grad er utformet som avveiningsnormer, som etterlater større rom for skjønn, mens enerettslovgivningen oppstiller mer tekniske vurderingstemaer. Utover dette bør nevnes at markedsføringsloven ikke bare regulerer konkurransen mellom næringsdrivende, men også forholdet mellom næringsdrivende og forbrukere. Markedsføringsloven er altså generelt utformet, og har som siktemål å sørge for redelig og rimelig oppførsel i markeds konkurransen, så vel overfor forbrukere som andre aktører på markedet. Til tross for de nevnte forskjeller, vil man nok ofte se at de bærende hensyn bak beskyttelsen av enerettsposisjonen et stykke på vei er de samme enten forholdet bedømmes etter enerettslovgivningen eller markedsføringsloven. For eksempel ser man at begge regelsett bygger på en rettferdighetstanke om at den som sår også skal få høste. Et viktig siktemål er med andre ord å hindre snylting. Dessuten kan man si at både enerettslovgivningens og markedsføringslovens regler søker å fremme og skape rom for både teknologisk, økonomisk og kulturell utvikling.

2.4 Forholdet mellom markedsføringslovens beskyttelsessubjekter

At markedsføringsloven både regulerer forholdet mellom næringsdrivende og forbrukere og mellom næringsdrivende innbyrdes, utgjør et grunnleggende systematisk skille i loven. Dette betyr imidlertid ikke at de næringsdrivendes og forbrukernes interesser ikke kan være sammenfallende. Ofte vil de markedsføringstiltak som markedsføringsloven retter seg mot fremstå som utilbørlige både for forbrukere og næringsdrivende.¹⁷ Her er markedsføringslovens § 2 et godt eksempel, i den forstand at villedende fremstillinger i reklame rettet mot forbrukere, ofte også vil innebære illojal konkurranse. Et annet eksempel er den dobbelfunksjon som kan sies å ligge i markedsføringslovens etterligningsvern; på den ene siden beskyttes næringsdrivende mot urimelig etterlikning, på den andre siden beskyttes forbrukerne mot kopiprodukter, ofte av dårligere kvalitet. Også på sanksjonssiden er det visse forskjeller avhengig av om det er snakk om å beskytte forbruker- eller ervervsinteresser. Dette viser seg blant annet ved at det i prinsippet er

¹⁷ Gundersen/Bernitz s. 405.

forskjellige organer som håndhever markedsføringslovens regler,¹⁸ og at sanksjonene kan være ulike. Det er med andre ord to forskjellige grupper av beskyttelsessubjekter etter loven. I utgangspunktet skaper ikke markedsføringslovens doble formål om beskyttelse av både næringsdrivende og forbrukere noen problemer, men tolkningen av lovens regler vil nødvendigvis være farget av om det er snakk om et konkurranseforhold eller et forbrukerforhold.

I tillegg til å ivareta slike forbruker- og næringsinteresser, inneholder loven en avbalansering av mer generelle samfunnsinteresser. På samme måte som forbruker- og konkurransehensyn vil være relevante ved tolkningen av loven, vil derfor også for eksempel samfunnsøkonomiske hensyn være relevante ved tolkningen. I denne oppgaven er det likevel forholdet mellom næringsdrivende som vil være fremtredende, da det er denne siden som spesielt har front mot immaterialrettens område. På dette området kommer også de konkurransestyrende aspekter klart frem. Et sentralt formål med markedsføringsloven er å styre konkurransen inn i etiske former, akseptert og utviklet av de næringsdrivende selv. Samfunnet ønsker med andre ord å hindre den type konkurranse som går ut på å hindre eller vanskeliggjøre andres næringsvirksomhet (maktkonkurranse).¹⁹

2.5 Markedsføringslovens karakter av supplerende vern

Det immaterialrettslige enerettssystem utgjør et omfattende vern mot utnyttelse av kjennetegn eller resultatet av kvalifiserte prestasjoner uten tillatelse. Dette vernet er imidlertid ikke absolutt eller uten hull. Både på grunn av frembringelsenes form og innhold, og på grunn av hurtigheten i utviklingen og utnyttelsen av de økonomiske verdier, vil de immaterielle verdiene ikke alltid være beskyttet gjennom enerettene. Et alminnelig forbud mot å benytte seg av og bygge videre på, andres prestasjoner i det økonomiske liv eller åndelig virksomhet, ville føre altfor langt og virke lammende på handlings- og

¹⁸ Henholdsvis Forbrukerombudsmannen, Markedsrådet eller domstolene eller Næringslivets Konkurransautvalg og domstolene.

¹⁹ Gundersen/Bernitz s. 402.

bevegelsesfriheten, derigjennom også på konkurransen og samfunnsutviklingen. Tvert i mot er slike nye ideer, produkter og markedsføringstiltak som regel et allmenngode som det store flertall av bedrifter i en bransje utnytter best mulig. På den andre siden vil uhemmet snylting, etterligning og annen slett forretningskikk for øvrig kunne føre til stagnasjon i initiativ og virkelyst.²⁰ Dessuten vil det, for den som har brukt tid og krefter på å skape noe, kunne føles håpløst og urettferdig dersom loven ikke ga tilstrekkelig vern. I likhet med enerettslovgivningen bygger markedsføringsloven nettopp på en balansering av disse hensynene etter en rettspolitisk vurdering av hvordan markedet og samfunnet bør organiseres. Mens denne avbalansering i enerettslovgivningen først og fremst kommer til uttrykk gjennom begrenning av vernet i utstrekning og tid, er avbalanseringen i markedsføringsloven ivaretatt gjennom skjønnsmessig utformede regler. Lovgivningen overlater på denne måten et stort ansvar til domstolene som er satt til å balansere slike hensyn ved anvendelsen av reglene.

Det sentrale spørsmål blir i denne sammenheng, på hvilken måte, og i hvilken grad markedsføringsloven supplerer spesiallovgivningen. Spørsmålet reiser seg der opphavsmannen, oppfinneren, varemerkeinnhaver eller liknende av en eller annen grunn ikke ytes beskyttelse mot inngrep under den respektive enerettslov. Markedsføringslovens supplerende vern har altså først og fremst sin funksjon der det av en eller annen grunn ikke er etablert, eller kan etableres, vern etter enerettslovgivningen, eller der dette er falt bort jfr. Rt.1998.1315 (Iskremdommen).²¹ Det er særlig tre situasjoner som er aktuelle. Den første foreligger der de materielle vilkår for enerettsbeskyttelse ikke er oppfylt. Det er jo nettopp når man er utenfor den sfære enerettslovgivningen beskytter at det vil være størst behov for beskyttelse ut ifra en annen vurderingsnorm. Det kan for eksempel dreie seg om manglende verkshøyde etter åndsverkloven (Rt.1997.199 (Cirrus)), utilstrekkelig innarbeidelse av

²⁰ Kockvedgaard (1965) s. 356.

²¹ Det er imidlertid ingenting i veien for at det utelukkende påberopes brudd på markedsføringsloven selv om enerettsbeskyttelse isolert sett fremstår som mulig, men som regel vil man være bedre tjent med at det konstateres et brudd på enerettslovgivningen, da dette vernet er mer konkret og sanksjonsmulighetene er større.

uregistrert varemerke, eller det kan være at et innovativt produkt ikke har tilstrekkelig grad av teknisk nyvinning eller formmessig særpreg til å oppnå patent- eller designbeskyttelse. Den andre typesituasjon er den hvor nødvendig registrering ikke foreligger, selv om den i og for seg kunne vært oppnådd. Registrering kan være bevisst unnlatt, men det kan også være at rettighetshaveren rett og slett ikke er klar over at han aktivt må søke å beskytte sin rett. Den siste situasjon er den hvor vernetiden til et patent eller rettsbeskyttet design er utløpt jfr. Rt.1994.1584 (Tomy Train/Lego).

Rent rettspolitisk kan man spørre om den immaterialrettslige lovgivning bør utgjøre et eksklusivt vern mot etterligning og kopiering. Det kan kanskje hevdes at et bekreftende svar best ivaretar hensynet til forutberegnelighet og klarhet i den rettslige situasjonen, og dessuten at en eksklusiv enerettslig beskyttelse best sikrer handlefrihet blant markedsaktørene. På den andre siden ser man at enerettslovgivningen inneholder en del stive grenser og lakuner, samt at snylting på andres prestasjoner eller markedsføring av produkter med forvekslingsfare kan fremstå som så utilbørlig at den ikke lar seg forsvare, selv om fremgangsmåten i og for seg ikke strider mot immaterialrettslige regler.²² Både Høyesterett og Næringslivets Konkurransautvalg har i flere saker uttalt seg prinsipielt om forholdet mellom spesiallovgivningen og markedsføringsloven, og i dag kan trolig markedsføringsloven i prinsippet kan komme supplerende inn i alle slags saker om immaterielle rettigheter.²³ I Iskremdommen (Rt.1998.1315) finnes enkelte prinsipielle uttalelser om forholdet mellom markedsføringsloven og enerettslovgivningen.²⁴ Retten fremholdt her at generalklausulen ikke bare supplerer spesialbestemmelsene i markedsføringsloven, men også ”andre lover av konkurranserettslig betydning”. Bruken av dette begrepet kan kanskje virke noe misvisende, men det må være klart at den voterende her først og fremst tenkte på bestemmelser i enerettslovgivningen. Etter rettens mening må det avgjøres konkret om det er rom for generalklausulen. Vurderingstemaet her vil primært

²² Gundersen/Bernitz s. 448.

²³ Løchen/Grimstad s. 17.

²⁴ Dommen sier også noe om det innbyrdes forhold mellom spesialbestemmelsene i markedsføringsloven og generalklausulen, dette kommer jeg nærmere inn på i punkt 4.7.

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. Riktignok dreide denne saken seg om forholdet mellom generalklausulen og spesialbestemmelsene, men det finnes også flere eksempler på at andre bestemmelser i markedsføringsloven er blitt anvendt som supplement til immaterialrettslige regler. Foruten de tidligere nevnte avgjørelser i Rt. 1997.199 (Cirrus) og Rt.1994.1584 (Tomy Train/Lego), kan nevnes Rt. 1995.1908 (Mozelldommen). I Norge har man i det hele tatt sett en klar tendens til at spesiallovgivningens vern suppleres med den beskyttelse som ytes gjennom markedsrettslige regler. Rettspraksis viser at det er vanlig at markedsføringslovens regler påberopes subsidiært, og da gjerne både spesialbestemmelsene og generalklausulen. Dette gjøres nettopp som en ekstra sikring dersom retten i det konkrete tilfelle finner at den aktuelle prestasjon ikke ytes enerettslig vern. Dette betyr imidlertid ikke at markedsføringslovens bestemmelser brukes ukritisk av norske domstoler. Det må i alle tilfeller gjøres en konkret bedømmelse av lovens selvstendige vilkår.

Nettopp fordi markedsføringslovens bestemmelser kan komme supplerende inn der enerettslovgivningens regler kommer til kort, eller det ikke er sørget for rettsvern, er de markedsrettslige regler interessante i et immaterialrettslig lys. Forbud etter markedsføringsloven vil som sagt være aktuelt i saker hvor det ikke er etablert noen enerettsposisjon, men hvor det likevel vil være grunn til å beskytte den næringsdrivendes "posisjon", fordi en konkurrent benytter seg av illojale og urimelige midler for å bedre sin stilling på bekostning av konkurrentene. Selv om hovedfokus vil være rettet mot sanksjonssiden, vil jeg først si noe om hva slags materielt vern den enkelte lov yter, for bedre å forstå hva slags krenkelser det er aktuelt å reagere overfor. Dessuten vil det som nevnt kunne være en viss vekselvirkning mellom norminnhold og sanksjoner mot normbrudd. Jeg vil også forsøke å løfte frem likheter og forskjeller mellom de respektive lovers systemer der dette kan være interessant. I det følgende vil jeg derfor se nærmere på enerettslovgivningens innhold og hvordan markedsføringslovens bestemmelser konkret kan tenkes å supplere enerettslovgivningen.

3 Hovedtrekk i det immaterialrettslige vern

3.1 Åndsverkloven

Opphavsretten fremstår i dag som en meget vidtfavnende disiplin, og ifølge åvl. § 1 beskyttes litterære, vitenskapelige og kunstneriske verk av enhver art, og uansett uttrykksmåte og uttrykksform. Videre følger en ikke uttømmende eksemplifisering av typer av verk som omfattes av loven. Denne vide ordlyden gir lovteksten en dynamisk dimensjon som gjør loven tilpasningsdyktig i forhold til rettsområdets rivende utvikling. Alt fra rettigheter knyttet til klassiske musikkverk til datamaskinprogrammer nyter altså vern etter loven, men felles er at verkene er et resultat av et visst minimum av individuell skaperinnsats (originalitet/verkshøyde).²⁵ Rettighetene knyttet til åndsverket oppstår umiddelbart i kraft av den skapende innsats uten formelle krav til for eksempel registrering. Opphavsretten innebærer altså ingen prioritetsbeskyttelse, kun et vern mot etterligning og uberettiget offentliggjørelse.²⁶ På grunn av opphavsrettighetenes karakter av åndsprodukter er det vanskelig å fastlegge deres gjenstand og innhold. For å kunne håndtere rettighetene er det i dag vanlig å knytte dem til materielle omstendigheter som kan fremkalle opplevelsen av verket. Dette betyr at opphavsmannens rett gjøres til en enerett til bestemte handlemåter, i første rekke eksemplarframstilling og fremføring, jfr. § 2. I tillegg kommer de såkalte ideelle rettigheter (droits moral) som knesettes i § 3, og som først og fremst innebærer en rett til navngivelse og ellers respektfull omgang med verket.²⁷

Med dette er imidlertid ikke spørsmålet om hvor langt eneretten rekker besvart. Som utgangspunkt kan man si at eneretten rekker så langt som den originale innsats rekker. En viss pekepinn på hvor grensen går følger av en tolkning av §§ 2 og 4 i loven, men hvorvidt åndsverket i det enkelte tilfelle er beskyttet, eller om rettighetene til åndsverket er krenket, beror på en sammensatt vurdering. Det er verket i sin konkrete form som beskyttes, ikke verkets motiv, idé eller grunnleggende prinsipper. Videre finnes det en del regler som gjør

²⁵ Stuevold Lassen s. 507.

²⁶ Kocktvedgaard (2005) s. 54.

²⁷ Sijthoff Stray s. 65.

innhogg i opphavsmannens enerett. Blant annet finnes bestemmelser om fri utnyttelse til privat bruk og bestemmelser om frivillige og tvungne lisensordninger. Viktige er også de tidsmessige grenser for opphavsmannens utnyttelse av verket, dog er de ideelle rettigheter med enkelte begrensinger evigvarende. De såkalte konsumpsjonsregler jfr. §§ 19 og 20 kan også sies å representere en viktig modifikasjon i enerettens innhold.

3.2 Patentloven

Mens opphavsmannens innsats først og fremst ligger på det kunstneriske og vitenskapelige plan, ligger oppfinnerens innsats på det tekniske felt, selv om det nok ikke kan trekkes klare skillelinjer. Det er ideen, ikke dens ytre form som ytes beskyttelse.²⁸ Selv om oppfinnelsesbegrepet ikke defineres i patentloven, inneholder loven en rimelig omfattende negativ avgrensing, som gir en ide om hva som omfattes av oppfinnelsesbegrepet. Som antydnet kan ikke kunstneriske frembringelser patenteres. Videre er det viktig at oppdagelser ikke kan patenteres, det kreves med andre ord en nyskapende innsats, selv om det også her kan oppstå vanskelige grensespørsmål. Nettopp dette kravet til nyhet står sentralt i patentretten, jfr. § 2. Det kan synes uklart hva som ligger i begrepet, herunder hvorvidt det er en subjektiv eller objektiv vurdering som skal legges til grunn, og om det gjelder noen territoriale begrensinger. Bestemmelsen gir til en viss grad veiledning her, og det må i dag kreves en objektiv global nyhet.²⁹

Kravet om nyhet må imidlertid ses i sammenheng med kravet om oppfinnelseshøyde. Dette innebærer at oppfinnelsen må atskille seg i vesentlig grad fra det som tidligere var kjent. Det er imidlertid ikke meningen at kravene i unødvendig grad skal hindre innovasjon og utvikling, så selv små forbedring kan i praksis lede til patent. Kravene må i utgangspunktet fastlegges på bakgrunn av en objektiv teknisk vurdering utført av en fagmann, men med et betraktelig innslag av skjønn. Videre krever § 1 at oppfinnelsen kan utnyttes industrielt. Uttrykket må underlegges en vid tolkning, i den forstand at også annen utnyttelse en den

²⁸ Stuevold Lassen s. 508.

²⁹ Kockvedgaard (2005) s. 244.

rent industrielle omfattes.³⁰ Poenget er at oppfinnelsen foreligger som en realitet, og at den således kan utnyttes i praksis. Det er imidlertid ingen krav om at oppfinnelsen skal være nyttig. I tilknytning til dette kreves at oppfinnelsen skal kunne beskrives.

I motsetning til opphavsrett kreves søknad om å oppnå patent. Sammen med patentkravet (eller kravene) utgjør beskrivelsen de viktigste elementer i søknadsgrunnlaget. Patentretten må i all hovedsak anses å være en prioritetsrett, slik at eneretten går til den som først søker patent. Dersom patentsøknaden innvilges innebærer dette hovedsakelig en enerett for oppfinneren til ervervsmessig utnyttelse av oppfinnelsen, se § 1 jfr. § 3. Fra dette utgangspunkt finnes imidlertid en del unntak som innskrenker rådigheten, først og fremst begrunnet i sentrale samfunnshensyn. Viktig her er unntakene for ikke-ervervsmessig utnyttelse, den såkalte forbenyttelsesrett, de tidsmessige begrensninger og reglene om tvangslisens. Dessuten vil også patentrettens konsumpsjonsregler spille inn ved den frivillig lisensiering, jfr. § 3 tredje ledd nr.2. Vurderingen av om eneretten er krenket knytter seg til patentkravet og beskrivelsen i patentdokumentene. Bare på denne måten kan patentbeskyttelsens omfang bestemmes, og ved en faglig sammenligning kan det avgjøres om krenkelse foreligger. Dette kommer direkte til uttrykk i lovens § 39.

3.3 Varemerkeloven

Vern etter varemerkeloven oppnås ved registrering, jfr. § 1 eller ved innarbeidelse, jfr. § 2. I motsetning til hva som gjelder for opphavsrettens og patentrettens objekter, har ikke varemerket som sådan noen verdi. Verdien er tilknyttet de assosiasjoner som er tilknyttet navnet, kjennetegnet, symbolet, fargekombinasjonen eller liknende. Kocktvedgaard fremhever varemerkets funksjon som bindeledd mellom en konkret virksomhet og kundekretsen og påpeker at varemerket potensielt oppfyller flere funksjoner alt etter omstendighetene. Slike varemerker vil ofte være egnet til en individualisering av de produkter, og de kan også ha kunne ha en betraktelig reklameverdi. På denne bakgrunn kan

³⁰ Bernitz m.fl. s. 125.

varemerket bygges opp til å få en betraktelig egenverdi for rettighetshaveren.³¹ Når dette er sagt må det poengteres at varemerkene er en uensartet gruppe som til dels er av meget ulik beskaffenhet. Beskyttelsen er imidlertid lik uansett om det knytter seg stor eller liten kommersiell verdi til merket.

Det fremgår av §§ 1-3 at det stilles visse krav til særpreg på varemerket. I dette ligger et krav til distinktivitet, men også et ønske om å unngå monopolisering av alminnelige ord, symboler og liknende som man ikke ser det forsvarlig eller rettferdig at privatpersoner skal råde over. Likevel utgjør ikke dette noen absolutt skranke mot utnyttelse av kjente ord og symboler, og i alle fall stilles ingen krav om at merkeinnhaveren har skapt selve merket selv. Dersom to varemerker er like er saken grei. Utover dette opereres det med et forvekslingsprinsipp, jfr. § 4 første ledd. Hvorvidt det foreligger en krenkelse beror på en helhetsvurdering av merkenes likhet. Som utgangspunkt er det imidlertid bare fare for forveksling der det er snakk om noenlunde likeartede produkter. Det kan ikke godt tenkes mange lovlige inngrep i varemerkeretten, men det er viktig å være klar over at beskyttelsen kun gjelder den ervervsmessige bruk.

Varemerkeretten er i motsetning til andre immaterialrettigheter i prinsippet evigvarende, noe som best kan forklares med at den ikke på samme måte skaper noe monopolsituasjon, for eksempel til produksjon av et aktuelt produkt.³² Dersom bruken av en eller annen grunn skulle opphøre definitivt, finnes imidlertid regler om bortfall av rettigheter. Det stilles med andre ord krav til en viss aktivitetsplikt for å beholde rettighetene til varemerket.

3.4 Designloven

Designloven avløste i 2003 den tidligere mønsterlov og innebærer først og fremst en modernisering og utvidelse av vernet. I åndsverkloven § 10 fremgår det at et verk kan nyte vern etter både designlovens og åndsverklovens regler. På den andre siden må ikke

³¹ Kocktvedgaard (2005) s. 352.

³² Kocktvedgaard (2005) s. 409.

designet krenke en annens åndsverk eller andre rettigheter knyttet til varekjenning, firma eller andre forretningskjenning jfr. dsl. § 7 tredje ledd. I motsetning til rene opphavsrettigheter kan imidlertid design registreres, enten nasjonalt eller internasjonalt, og dermed kan prioritetsbeskyttelse oppnås. Ifølge dsl. § 1 jfr. § 2 er det produktets utseende som beskyttes. I tråd med dette foreskriver § 8 at designrett ikke kan oppnås for elementer i designet som utelukkende ("bare") er bestemt av teknisk funksjon. Designet må med andre ord gjerne være funksjonelt, det er kun der designet eller elementer i det er utelukkende funksjonelt at det kan være aktuelt å nekte designrett.

Videre oppstiller loven et nyhetskrav og dessuten et krav om at designet må ha individuell karakter, jfr. § 3. Hva som ligger i disse kravene er regulert i bestemmelsen. Dersom intet identisk design er allment tilgjengelig på søknadsdagen eller prioritetsdagen, er kravet til nyhet oppfylt. To design er ifølge bestemmelsen identiske dersom "de karakteriserende trekkene bare skiller seg fra hverandre på uvesentlige punkter". Hvorvidt designet er allment tilgjengelig eller ikke beror i på om det er blitt offentliggjort ved registrering eller på annen måte jfr. § 5. I prinsippet er det her snakk om en annen fastleggelse av nyhetskravet enn patentrettens krav om objektiv global nyhet.³³ Til dette kommer en nyhetsskånefrist som er spesiell for designretten og som innebærer at designeren eller den hans rett er overdratt til bevarer adgangen til å registrere designet selv om det offentliggjøres eller misbrukes, forutsatt at dette skjer innen en 12 måneders frist jfr. § 6.³⁴ Når det gjelder kravet til individuell karakter, må det foretas en vurdering og sammenlikning av de helhetsinntrykk det "nye", og det allerede kjente design gir. Dette helhetsinntrykket skal ikke bedømmes ut i fra en rent faglig teknisk vurdering, men derimot sett med den informerte brukers øyne. Hva som konkret ligger i denne vurderingen er foreløpig noe uklart, men det tilsiktes her altså en markedsorientert designstandard basert på en helhetsbedømmelse, foretatt av personer med en viss praktisk erfaring på området.³⁵

³³ Koftvedgaard (2005) s. 311

³⁴ l.c

³⁵ Koftvedgaard (2005) s. 312.

Det sentrale er om designene klart atskiller seg fra hverandre og det skal blant annet tas hensyn til hvor stor frihet designeren hadde ved utviklingen av designet.

I likhet med andre enerettigheter gir designretten en rett til ervervsmessig utnyttelse av verket så som tilvirkning, omsetning, innførsel og utførsel jfr. § 9. Det oppstilles imidlertid viktige unntak fra dette utgangspunkt ved at rettighetshaveren blant annet må tåle utnyttelse i privat ikke-kommersielt øyemed og til forsknings- og undervisningsformål. Det er imidlertid ikke knyttet noen ideelle rettigheter til beskyttelsen. Designregistrering gjelder i utgangspunktet i perioder på fem år, men kan forlenges jfr. § 23.

3.5 Foretaksnavneloven

1.mars 2004 endret firmaloven navn til ”lov om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn” (foretaksnavneloven) Et av hovedmålene var å få til en bedre samordning med varemerkelovens regler. Rettsvern oppnås ved registrering eller ved bruk jfr. § 1-1 andre ledd 3 punktum og det ytes således en prioritetsrett, se § 3-1. I likhet med designloven er det et vilkår at foretaksnavnet eller forretningskjennetegnet ikke er identisk med et forankommende kjennetegn jfr. § 2-1. Dessuten oppstilles det samme krav til særpreg som etter varemerkeloven § 13, jfr. foretaksnavneloven § 3-2. Spørsmålet er om kjennetegnene er så like at det er fare for forveksling. Forvekslingskriteriet retter seg imidlertid i utgangspunktet bare mot foretaksnavn og kjennetegn brukt i virksomhet av samme eller liknende slag (bransjelikhet) jfr. § 3-3 første ledd. Dette utgangspunktet modifieres i andre ledd dersom det foretaksnavn som har eldst rett er så velkjent og ansett, at bruk i en annen virksomhet ville innebære urimelig utnyttelse eller forringelse av dets goodwill.

Det nye i foretaksnavneloven er at det i langt større grad er opp til rettighetshaveren å angripe eventuelle konkurrerende rettserverv på bakgrunn av forvekselbarhet. Denne aktivitetsplikt illustreres blant annet av bestemmelsen i § 3-5 som sier at yngre foretaksnavn kan bestå ved siden av foretaksnavn med eldre rett, dersom ikke rettighetshaveren til den eldre rett innen rimelig tid tar skritt for å hindre bruk av det yngre

foretaksnavn. Dessuten lever ikke rettighetene til foretaksnavn og andre kjennetegn evig, de faller bort dersom de ikke benyttes og i utgangspunktet også dersom et registrert foretaksnavn slettes i foretaksregisterloven.

4 Markedsføringslovens bestemmelser til vern om immaterielle verdier

4.1 De relevante bestemmelser

Det er ikke alle bestemmelsene i markedsføringslovens kapittel 1 om kontroll med markedsføring som er relevante i saker der enerettslovgivningen ikke gir beskyttelse. Dette henger naturlig sammen med at bestemmelsene retter seg mot markedsføring generelt, og dessuten at enkelte av bestemmelsene gjelder forbrukervern. De bestemmelsene man først og fremst sikter til når det gjelder vern mot illojale konkurransehandlinger er § 7 (vern av bedriftshemmeligheter), § 8 (vern av tekniske hjelpemidler), § 8a (forbud mot etterlikning) og § 9 (forbud mot uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin) Alle disse bestemmelsene kan yte et supplerende vern i de tilfeller hvor det ikke er etablert noen enerettsposisjon etter spesiallovgivningen, eller denne ikke gir tilstrekkelig beskyttelse i det enkelte tilfelle. Også § 2 (forbud mot villedende forretningsmetoder) kan tenkes relevant. Utover dette vil god forretningsskikkstandard i § 1 i aller høyeste grad kunne være anvendelig som supplement til de nevnte paragrafer, eller påberopes på selvstendig grunnlag.³⁶ En annen sak er at ikke alle bestemmelsene i markedsføringsloven passer, eller er formet med tanke på beskyttelse av alle de posisjoner som potensielt beskyttes av enerettslovgivningen. Dessuten vil enkelte immaterielle verdier har større behov for et supplerende vern. Likevel vil markedsføringslovens bestemmelser etter omstendighetene kunne beskytte både det som i immaterialrettslig terminologi gjerne kalles åndsprodukter

³⁶ I avhandlingen vil jeg anvende både betegnelsen mfl. § 1 og generalklausulen, men i begge tilfeller vil det være paragrafens god forretningsskikkstandard jeg henviser til dersom ikke noe annet fremgår av sammenhengen.

og såkalte individualiseringsmidler og kjennetegn, jfr. for eksempel § 8a. I de neste avsnitt skal jeg se noe nærmere på innholdet i disse bestemmelsene.

4.2 Bedriftshemmeligheter (mfl. § 7)

”Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- 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”.

Vernet av fortrolige opplysninger utgjør en viktig del av markedsføringslovens beskyttelse mot snylting. Det er under denne synsvinkel man må se forbudet mot rettstridig utnyttelse av bedriftshemmeligheter. Bestemmelsens første ledd retter seg mot personer med en viss tilknytning til den aktuelle virksomhet som søker å beskytte sin kunnskap og viten. Andre ledd forutsetter ikke er slikt tilknytningsforhold. Dette leddet retter seg mot den som gjennom taushetsbrudd eller ved en ellers rettsstridig handling har oppnådd rådighet over bedriftshemmeligheten. Bedriftshemmeligheter kan være så mangt, men det vil typisk være viten om tekniske forhold som mekaniske løsninger, kjemiske data, produksjonsmetoder og fremgangsmåter, men også rene kommersielle opplysninger om kunder, økonomi, fremtidsplaner og markedsføring omfattes.³⁷ I LB-1999-2057 var det således snakk om beskyttelse av kundelister etter § 7. Den immaterialrettslige lovgivning beskytter i prinsippet ikke bedriftshemmeligheter som sådan, og markedsføringslovens regler oppstiller her en mulighet for beskyttelse som ikke har noe direkte motstykke i enerettslovgivningen. Det vil imidlertid ofte være slik at en oppfinner har et valg mellom å søke patent eller prøve å hemmeligholde den kunnskap og viten som ligger til grunn for oppfinnelsen. Det er klart at et registrert patent vil være beskyttet i patentets vernetid, men meddelte patenter skal offentliggjøres med en beskrivelse av oppfinnelsen, slik at den blir kjent innen forskningen og kan utnyttes etter patenttidens utløp. På dette grunnlag har det

³⁷ Løchen/Grimstad s.142-143.

vært hevdet at det vil stride mot patentrettens system dersom rettsordenen gav en sterk beskyttelse for oppfinnelser som bedriftene velger å hemmeligholde i stedet for å søke patent.³⁸ På generelt grunnlag mener jeg det vil være for bombastisk å innta et slikt synspunkt. Det enkelte tilfelle bør vurderes konkret, og det kan være god grunner for at vern i stedet søkes etter markedsføringsloven. I denne forbindelse kan det være interessant å se hen til utenlandske rettskilder på området hvor de såkalte ”trade secrets” og ”know how” ofte omfattes av begrepet ”Intellectual Property Rights”. Det opereres altså her med et videre immaterialrettsbegrep enn det vi er vant med i Norden. Blant annet er dette tilfelle etter TRIPS-avtalen, hvor reglene som oppstilles, i like stor grad gjelder slike ”trade secrets” og ”know how”, som de tradisjonelle immaterialrettigheter.³⁹

Hva som utgjør bedriftshemmeligheter må avgjøres konkret, men det kan i hvert fall oppstilles to krav for at hemmelighetene skal være beskyttelsesverdige. For det første gjelder visse kvalitative krav. Bedriftshemmeligheten må være spesifikk for vedkommende bedrift og av betydning for bedriftens virksomhet. Som regel vil den også være utviklet av eller for bedriften, og ikke være kjent fra tidligere. Videre må det kreves at informasjonen behandles som en bedriftshemmelighet, ved at den beskyttes ved instruksjer, taushetsavtaler, begrensning i adgang osv. Det må foreligge en legitim beskyttelsesinteresse, hvilket blant annet betyr at allmenn viten ikke beskyttes av bestemmelsen.⁴⁰ Vanlig allmenn kunnskap av fagmessig art som en ansatt tilegner seg i løpet av ansettelsesperioden, vil han med andre ord kunne benytte fritt. Ofte er det vel nettopp slik tilegnet kunnskap og erfaring fra tidligere arbeidsforhold som gjør en arbeidstager interessant hos en ny arbeidsgiver. Hvor grensen går, kan imidlertid være vanskelig å fastlegge, og i grenseområdet ligger den såkalte ”know how”⁴¹ som etter

³⁸ Gundersen/Bernitz s. 448-449.

³⁹ Se TRIPS-avtalen art. 39

⁴⁰ Se Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 24.

⁴¹ I Rt. 1964.238 uttales det at ”know how” vanligvis forstås som en samling av tekniske detaljer, kunnskaper og erfaringer som samlet kan være avgjørende for en bedrifts konkurransevne, men som hver for seg kan synes ubetydelige”.

omstendighetene også kan være beskyttet etter markedsføringsloven.⁴² Kravet til hemmeligholdelse retter seg mot dem som får befatning med slike opplysninger i tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold. Dette omfatter blant annet ansatte, oppdragstagere, styremedlemmer og forhandlingspartnere. Markedsføringsloven § 7 gjelder imidlertid bare utnyttelse i næringsvirksomhet, noe som betyr at privat utnyttelse ikke rammes.

Videre ligger det i bestemmelsen at det kun er den rettsstridig utnyttelse som rammes. I praksis vil det si bruk uten samtykke, i strid med avtale, åpenbare forutsetninger eller liknende.⁴³ I Rt. 1997.199 (Cirrus) sies det generelt om dette: ”Hva som ligger i rettsstridsreservasjonen vil avhenge av den konkrete situasjon. Dersom utnyttaren har opptrådt subjektivt klanderverdig, vil det være nærliggende å si at det foreligger en rettsstridig utnyttelse. Men også vurderinger ut fra konkret rimelighet, for eksempel at en samarbeidsavtale som har vart i mange år er oppsagt, kan spille inn”. I Cirrus-saken var det nettopp utnyttelse av kunnskap etter en tidligere samarbeidsavtale som var kimen til strid. Som nevnt er også tredjemanns misbruk etter andre ledd betinget av at han fått rådighet over en bedriftshemmelighet gjennom en rettstridig handling.

Markedsføringslovens bestemmelser om bedriftshemmeligheter suppleres av straffelovens §§ 294 og 405a. Førstnevnte overlapper til dels mfl. § 7, men kan ha selvstendig betydning da den ikke er begrenset til tilfeller i næringsvirksomhet. Dessuten retter strl. § 294 første ledd seg, i motsetning til mfl. § 7, også mot den som overlater en slik hemmelighet til andre i den hensikt at den skal bli brukt. Straffeloven § 405a retter seg mot urimelig anskaffelse eller forsøk på å skaffe seg kunnskap eller rådighet over en bedriftshemmelighet. Det er altså ikke bare det fullbyrdede tilfelle som rammes, men også det forberedende stadium, altså forsøks situasjonen. Bestemmelsen retter seg i første rekke mot tilfeller av industrispionasje og annen sterkt kritikkverdig oppførsel. Selv om bestemmelsen er inntatt i

⁴² Se for eksempel RG 1991.579

⁴³ Løchen/Grimstad s. 147.

straffeloven omfatter den tilfeller som godt kan rammes av mfl. § 1 og dermed utløse rene sivilrettslige sanksjoner.⁴⁴ Heller ikke strl. § 405a er begrenset til næringsvirksomhet.

4.3 Tekniske hjelpemidler (mfl. § 8)

”Den som er blitt betrodd tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller liknende tekniske hjelpemidler i anledning et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte dem i næringsvirksomhet. Det samme gjelder den som har oppnådd rådighet over tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller og liknende tekniske hjelpemidler gjennom noens rettsstridige handling”.

Markedsføringslovens § 8 forbyr rettsstridig utnyttelse av tekniske hjelpemidler i næringsvirksomhet. Bestemmelsen må ses på som en utfylling eller spesialisering av prinsippet i mfl. § 7. Bestemmelsene er bygget over samme lest, og mye av det jeg redegjorde for i forbindelse med mfl. § 7, gjelder også for § 8. Blant annet må de tekniske hjelpemidler representere en ny viten som det er rimelig å beskytte. Forskjellen ligger hovedsakelig i det forhold at § 8 beskytter nærmere oppregnede objekter med fellesbetegnelse tekniske hjelpemidler, og det er ingen krav til at disse kvalitativt utgjør bedriftshemmeligheter, eller at de behandles som dette. Bestemmelsens første ledd retter seg mot den som i tjeneste- tillits- eller forretningsforhold betros slike tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller liknende tekniske hjelpemidler. Det forutsettes altså et visst tillitsforhold som mellom den som åpner tilgangen til disse tekniske hjelpemidlene og den som utnytter dem. Også i relasjon til mfl. § 8 er det den rettsstridige utnyttelse som rammes. Markedsføringslovens § 7 og § 8 kan både overlappe og supplere hverandre, og det er ikke upraktisk at begge bestemmelser påberopes i samme sak, jamfør for eksempel LG-2003-8617 (Roxar) og den tidligere omtalte Cirrus-dommen. I Cirrus-saken fant retten at åndsverkloven ikke ga beskyttelse mot at tegningene til en båt i en viss utstrekning var blitt benyttet av en tidligere samarbeidspartner under

⁴⁴ Løchen/Grimstad s. 144.

konstruksjonen av en ny båt, og heller ikke markedsføringen ble ansett som rettsstridig. Den samlede bruken av tegninger, byggespesifikasjoner og resultater fra modellforsøk for båt nr. 1 utgjorde imidlertid et brudd på markedsføringsloven, dels generalklausulen i § 1 og dels § 7. Selv om saken altså ikke ble løst på grunnlag av § 8 fremgår det av rettens uttalelser at samme løsning ville blitt lagt til grunn etter § 8.

4.4 Etterligning av annens produkt (mfl. § 8a)

”Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende etterliknende kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frembringelser 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”.

Reglene om bedriftshemmeligheter og tekniske hjelpemidler beskytter næringsdrivende mot at andre utnytter hemmelig kunnskap og informasjon, kanskje for å bygge opp et selvstendig produkt. I det hele tatt er det likegyldig hvordan informasjonen rent praktisk brukes eller tenkes brukt. Det avgjørende er om denne blir anvendt på en rettstridig måte. Ofte vil det imidlertid være slik at bedriftshemmelighetene eller de tekniske hjelpemidler utnyttes i prosessen med å etterlikne et annet produkt. I så måte er det en relasjon mellom vernet av bedriftshemmeligheter m.v. og etterlikningsvernet. Til dette kommer at § 8a ofte vil kunne fange opp tilfeller hvor det er vanskelig å bevise brudd på §§ 7 og 8, ved at § 8a beskytter selve resultatet av den utnyttelse som er ulovlig etter disse bestemmelsene. Når det gjelder forholdet til mfl. § 1 er det klart at også generalklausulen vil kunne fange opp en rekke etterligningstilfeller, men § 8a oppstiller en klarere avgrenset vurderingsnorm med mindre rom for skjønn. I lovforarbeidet ble det derfor ansett som nyttig og i klarhetens interesse at å gi en uttrykkelig regel for tilfeller av etterligning som loven anser som forbudt.⁴⁵

⁴⁵ Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 26-28.

Det foreligger en rikholdig praksis tilknyttet lovens vilkår, både fra de ordinære domstoler, og fra Næringslivets Konkurransesutvalg. Av praktiske hensyn vil jeg i det følgende nøye meg med å peke på sentrale momenter og retningslinjer ved tolkningen av bestemmelsen. Også tidligere praksis tilknyttet generalklausulen av 1922 vil være relevant i denne sammenheng da dagens § 8a (endret fra § 9 til § 8a ved lov nr. 104/1996), er å anse som en spesialisert videreføring av praksis tilknyttet denne generalklausulen.⁴⁶

Utgangspunktet må være at næringsdrivende fritt kan etterlikne andre næringsdrivendes prestasjoner. Likevel finnes visse grenser, og denne grensen har lovgiver forsøkt å trekke i markedsføringslovens § 8a. Bestemmelsen inneholder en ikke-uttømmende opplisting av forskjellige frembringelser som det etter omstendighetene vil være urimelig å utnytte, og bestemmelsens ordlyd er i så måte noe misvisende. Praksis viser at det dreier seg om en rekke forskjellige typetilfeller fra ren produktetterlikning til etterlikning av emballasje, varemerker, slagord og reklame. Regelen åpner i prinsippet for beskyttelse i de fleste tilfeller der den næringsdrivende mangler enerettslig beskyttelse. Likevel er nok regelen mest praktisk som supplement til kjennetegnslovgivningen, åndsverkloven og designloven. Igjen er det utnyttelse i næringsvirksomhet loven ønsker å ramme, det vil med andre ord først og fremst si kommersiell utnyttelse, også dette til forskjell fra hva som gjelder i enerettslovgivningen. For at bestemmelsen skal kunne komme til anvendelse kreves at det foreligger en etterlikning. I dette antas det å ligge et krav om positiv kjennskap til originalprestasjonen, og at denne er benyttet ved fremstillingen av etterlikningen. Stor grad av likhet mellom den påståtte etterlikning og originalprestasjonen er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig for å konstatere krenkelse. Markedsføringslovens etterlikningsvern omfatter ikke såkalte parallellfremstillinger der prestasjon nummer to er opparbeidet på lojal måte, uten kjennskap til prestasjon nummer én.⁴⁷ I dette ligger en vesentlig forskjell fra det enerettslige vern som jo også beskytter mot parallellfremstillinger. Dette har sammenheng med de grunnleggende forskjeller i vernet etter de to regelsett. Mens registrering av patent, design eller varemerke medfører en prioritetsrett gir mfl. § 8a en ren

⁴⁶ Løchen/Grimstad s. 165.

⁴⁷ Løchen/Grimstad s. 157.

etterlikningsbeskyttelse.⁴⁸ I forlengelsen og til dels overlappende med kravet om etterlikning må etterlikningen dessuten føre med seg fare for forveksling. Bedømmelsen av forvekslingsfaren må skje etter noenlunde samme retningslinjer som i varemerkeretten.⁴⁹ Det avgjørende her er det helhetsinntrykk etterlikning gir, og ikke mulighetene til å se forskjell ved en mer inngående sammenlikning. Praksis viser at bedømmelsen må ta utgangspunkt i kundenes synsvinkel, og om anvendelsen av etterlikningen medfører en risiko for at potensielle kunder på grunn av likheten ved en feil vil kunne komme til å velge etterlikningen.⁵⁰ Hva et mer trent øye ser er med andre ord ikke avgjørende.⁵¹ Videre kan det være relevant å ta hensyn til hvorvidt to produkter havner i en konfliktsituasjon fordi to produsenter opererer innenfor samme geografiske område eller til samme tid. Foruten kravene til etterlikning og forvekslingsfare kreves det at utnyttelsen skjer på en slik måte, og under slike omstendigheter, at det må anses å utgjøre en urimelig utnyttelse av den andres innsats eller resultater. Først der alle disse vilkår foreligger vil det være snakk om en lovstridig etterlikning, og grunnlag for å fravike prinsippet om handlefrihet.

Vilkåret ”urimelig” går igjen i flere av markedsføringslovens bestemmelser. Det er klart at ordet gir uttrykk for en viss allmenn fordømmelse av en handling. Utover dette er uttrykket så vagt at det er vanskelig å oppstille klare objektive retningslinjer for bedømmelsen. Uttrykket må ses som en rettslig standard⁵² som er dynamisk under skiftende forhold og som først får mening ved en konkret fastleggelse av normen i den enkelte sak. I slike bestemmelsers vaghet ligger deres svakhet, nettopp fordi de blir vanskelige å håndtere, samtidig har de sin styrke gjennom sin tilpasningsdyktighet. Noe nærmere et

⁴⁸ Det er omdiskutert om opphavsretten faller i kategorien etterliknings- eller prioritetsbeskyttelse, men tradisjonelt har opphavsretten vært ansett som en etterlikningsbeskyttelse, se Monsen s. 29 med videre henvisninger.

⁴⁹ Gundersen/Bernitz s. 457.

⁵⁰ Lunde s. 235.

⁵¹ Se for eksempel NKU 1993/8.

⁵² I Mortensen/Steinicke s. 213 defineres en rettslig standard som en rettsregel som gjør bruk av en ufullstendig normering og i stedet gir rettsfortolkeren en målestokk som må utfylles etter den til enhver tid gjeldende rettsoppfattelse.

meningsinnhold kommer man muligens ved å se hen til forarbeidene til avtalelovens § 36 hvor man må anta at rimelighetsstandarden er noenlunde lik den som anvendes i markedsføringsloven. I Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 30 heter det således at: ” Det foreligger også i formuleringen ”urimelig” at et vilkår må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger. ”Urimelig” må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope”. Selv om dette kan være generelle retningslinjer ved tolkningen av begrepet ”urimelig” også i markedsføringsloven, må det selvsagt tas høyde for at begrepet er dynamisk og må tilpasses det enkelte rettsområde og situasjon. I utgangspunktet er det snakk om en vurdering på objektivt grunnlag, men også subjektive forhold vil måtte tillegges vekt i helhetsvurderingen.⁵³ I den konkrete fastleggelse av begrepet i mfl. § 8a er det i praksis blant annet lagt vekt på hvilke variasjonsmuligheter som finnes, eller om tyngre behov tilsier en standardisering av produktene.⁵⁴ Videre vil det kunne være relevant hvorvidt det foreligger bevisst snylting,⁵⁵ om tidligere forbindelse mellom partene medfører en særlig aktsomhetsplikt og i hvilken grad en beskyttelsesverdig markedsposisjon og goodwill er opparbeidet.

Etterlikningsbeskyttelsen i markedsføringsloven har en særlig bred kontaktflate mot enerettsvernet. Etter begge regelsett er det snakk om beskyttelse mot etterlikning, etter en tanke om at den som har gjort en innsats bør være den som høster frukten. Ved flere anledninger har jeg imidlertid understreket at det er forskjell i rettighetstypenes karakter. Likevel er det mulig at det i visse relasjoner ikke er de helt store forskjeller. For eksempel foreligger en åpenbar likhet mellom markedsføringslovens etterlikningsbeskyttelse og varemerkelovens beskyttelse mot bruk av varemerker som skaper forvekslingsfare. Begge regelsettene vedrører med andre ord i mer eller mindre grad krav om lojal konkurranseetferd.⁵⁶ Dette understrekes i Varemerkeutredningen I s. 83 hvor det heter at

⁵³ Monsen s. 30-31.

⁵⁴ Se for eksempel NKU 1992/3, Rt. 2000 s. 110 og NKU 1995/7.

⁵⁵ Se for eksempel NKU 1996/7 og NKU 1996/8.

⁵⁶ Jfr. Monsen s. 147-148.

”Varemerkelovgivningen er i bunn og grunn en lovgivning om lojalitet i markedsføringen, og selv om den ikke kan utformes med en slik smidighet i virkemidlene som markedsføringsloven, må den ikke få stivne i tidligere epokers kategorier”. Slike likheter kan fort føre til at liknende tilfeller bedømmes ulikt, og faller inn under ulike regelsett med store ulikheter i beskyttelsen. For eksempel kan et industrielt design vernes under åndsverkloven, designloven og mfl. § 8a.

4.5 Villedende forretningsmetoder (mfl. § 2)

”Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende uriktig eller av annen grunn villedende framstilling som er egnet til å påvirke etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester eller andre ytelser”.

Markedsføringsloven § 2 er en viktig bestemmelse i loven og er hyppig anvendt. I denne bestemmelsen ligger som nevnt en tosidighet ved at den først og fremst søker å verne forbrukerne mot uriktige og villedende forretningsmetoder, men samtidig verner næringsdrivende, da slike uriktige eller villedende metoder ofte vil skje på bekostning av en annen næringsdrivende. Bestemmelsen rammer altså både villedende og uriktige meddelelser om egne forhold, og usann og villedende fremstillinger av konkurrenter eller deres produkter. Det kan derfor både være snakk om å opphøye egen virksomhet eller egne produkter eller en sverting av andres virksomhet eller produkter. Bestemmelsen knesetter i utgangspunktet et ”sannhetsprinsipp”. Likevel omfattes foruten de uriktige forretningsmetoder også de som fremstår som villedende. ”Uriktig” vil være det objektivt usanne. Når det gjelder begrepet ”villedende” så kan en fremstilling i og for seg være sann, men likevel fremstå som villedende. For eksempel kan en utelatelse av en relevant opplysning lede til at en fremstilling blir villedende selv om den ellers er riktig. Ved bedømmelsen av hva som fremstår som villedende må det tas utgangspunkt i den naturlige forståelse hos mottager. Selv om en fremstilling av noe slag skulle fremstå som uriktig eller villedende, er ikke dette nok for at forholdet rammes av mfl. § 2, det kreves også at fremstillingen er ”egnet til å påvirke” etterspørselen etter eller tilbudet av varer, tjenester

eller andre ytelser. Dette betyr at fremstillingen må være relevant og at opplysningene faktisk har betydning i den aktuelle situasjon.⁵⁷

Mfl. § 2 dekker en rekke typetilfeller, i denne sammenheng kan fremheves de tvetydeige annonser hvor man fremhever eget produkt på bekostning av konkurrentenes. Her kan nevnes en sak fra Markedsrådet (MR-sak nr.14/1996) hvor rådet kom til at en tekst som lød: ”du finner ikke billigere bensin på Røros”, riktignok ikke ga uttrykk for at denne bensinen var billigere enn konkurrentenes, men det var egnet til å gi forbrukerne det inntrykk at dette bensinmerket var billigere. Videre kan et kjennetegn være villedende og således stride mot mfl. § 2 uavhengig av om det er registrert eller ikke. På dette området finnes noe praksis fra Markedsrådet som kan være interessant å se på. Riktignok er Markedsrådets behandling betinget av at det gjør seg gjeldende forbrukerhensyn, men like fullt sier denne praksis noe om innholdet i mfl. § 2 og forholdet til enerettslovgivningen, som kan være interessant uansett om sakene dreier seg om forbrukerinteresser eller ervervsinteresser. I MR-sak nr.8/1978 ble det fastslått at bruken av firmanavnet ”Fabrikkutsalgs AS” var villedende når virksomheten ikke drev egen produksjon og prisene heller ikke var særlig lave, fordi navnet skapte forventning om utsalg med særlig lave priser av egenproduserte varer. Avgjørelsen inneholder noen interessante henvisninger til markedsføringslovens forarbeider som sier noe om forholdet til kjennetegnslovgivningen. Markedsrådet henviser nemlig her til Ot. prp. nr. 57 (1971-1972) s. 26-27 hvor det er forutsatt at det kan reageres mot lovstridig markedsføring, også om forholdet ellers hører under firma- eller varemerkelovgivningen. Riktignok dreier drøftelsen i forarbeidene seg om etterligning av for eksempel forretningskjennetegn etter mfl. § 8a, men uansett synes rådet her å forutsette at også mfl. § 2 kan anvendes selv om forholdet isolert sett skulle høre inn under kjennetegnslovgivningen. I den nevnte sak ble det nedlagt forbud mot bruk av betegnelsen ”fabrikk” i firmanavnet. I en senere liknende sak (MR-sak nr.15/2000) ble imidlertid forbudsvedtaket rettet mot selve markedsføringen. Firmanavnet ”Norges Billigste Møbler” ble ikke forbudt, men bruken av navnet måtte i en viss utstrekning forbys

⁵⁷ Løchen/Grimstad s. 76.

i markedsføringshenseende. Løchen/Grimstad påpeker at det ikke foreligger særlig praksis omkring slike villedende utsagn i varemerkesaker, men at et tilsvarende prinsipp nok vil bli lagt til grunn også her.⁵⁸ Det er i det hele tatt store kontaktflater mellom kjennetegnlovgivningen og mfl. § 2, noe som blant annet illustreres ved likheten med vml. § 36 som jo også rammer villedende bruk av kjennetegn. I Rt. 1995.1908 (Mozelldommen) ønsket en gruppe tyske vinprodusenter blant annet at Ringnes skulle forby å bruke merket Mozell, og uregistrert figurmerke hvor ordmerket inngikk, på et mineralvann. Her ble påberopt brudd på vml. § 36, mfl § 2 og mfl. § 1, men retten kom til at det ikke forelå krenkelse av noen av disse bestemmelsene.

Utover paragrafens første ledd finnes en forskriftshjemmel i fjerde ledd som har direkte betydning for reguleringen av forholdet mellom næringsdrivende konkurrenter. Det fremgår her at departementet kan gi forskrifter om sammenliknende reklame. Bestemmelsen ble tatt inn i loven ved endringslov 21.des 2000 nr. 106 og trådte i kraft 1. mars 2001. Bestemmelsen ble innatt på grunn av rådsdirektiv 97/557/EF av 6.oktober 1997 som da endret direktiv 84/450/EØF om villedende reklame til å også gjelde sammenliknende reklame. Jeg har ikke tenkt å gå inn på de særlige bestemmelser i forskriften, men de retter seg blant annet mot sammenligning av egenskaper, nedsettende omtale og renommésnylting. Stort sett ser man at bestemmelsene samsvarer med det som allerede gjelder etter norsk rett og som har kunnet utledes av mfl. §§ 1 og 2.

4.6 Uriktige geografiske betegnelser for vin og brennevin

”Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende geografiske vin- eller brennevinsbetegnelser for vin og brennevin som ikke har den geografiske opprinnelsen som betegnelsen utpeker. Dette gjelder selv om den faktiske opprinnelsen også er angitt, eller den geografiske betegnelsen er oversatt eller følges av uttrykk som ”slag”, ”type”, ”imitasjon” e l.”

⁵⁸ Løchen/Grimstad s. 63.

Det følger av TRIPS-avtalen at partene plikter å beskytte geografiske betegnelser. I Norge ivaretas en slik generell beskyttelse av varemerkeloven § 14 første ledd nr.2 og mfl. §§ 1 og 2. Markedsføringsloven § 9 fremstår således som spesialbestemmelse mot villedende betegnelser i forbindelse med vin og brennevin, men den kan også sies å utgjøre en forlengelse av etterlikningsforbudet i § 8a.⁵⁹ Likevel er det viktig å være klar over at det ikke er noe vilkår etter bestemmelsen at betegnelsen fremstår som villedende.

4.7 Generalklausulen (mfl. § 1) og forholdet til spesialbestemmelsene

”I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom, eller er urimelig i forhold til forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk”

I det foregående har jeg mer enn antydning at markedsføringslovens § 1 virker parallelt med lovens spesialbestemmelser, og at den således kan supplere og fange opp tilfeller som måtte være på kanten av eller falle utenfor disse, jfr. Rt. 1998.1315 (Iskremdommen). Her ble det uttalt at ”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”. Riktignok ble det i en tidligere rettsavgjørelse, Mozelldommen (Rt. 1995.1908), uttalt at man må utvise forsiktighet med å anvende § 1 på forhold som ikke rammes av spesialbestemmelsene. Uttalelsen retter seg imidlertid bare mot de tilfeller som naturlig faller innenfor den enkelte spesialbestemmelse. Dessuten gir den bare anvisning på en viss forsiktighet med å anvende mfl. § 1 der det enkelte tilfelle saklig sett faller under en av spesialbestemmelsene. Generalklausulen har imidlertid også en viktig funksjon ved at den kan forhindre upassende ”motsetningsslutninger”.⁶⁰

⁵⁹ Se Løchen/Grimstad s. 173.

⁶⁰ Mortensen/Steinicke s. 218.

Ut i fra *lex specialis*-betraktninger kunne man kanskje forvente at generalklausulen kun ville finne anvendelse der spesialbestemmelsene i markedsføringsloven eller enerettslovgivningen ikke kan brukes, men det er ingenting i veien for at domstolene anvender § 1 på selvstendig grunnlag. En annen sak er at partene for å styrke saken som regel påberoper seg alle de bestemmelser som anses aktuelle, men det er viktig å være klar over at brudd på mfl. § 1 i motsetning til spesialbestemmelsene ikke er direkte straffesanksjonert. Uttalelsene i *Iskremdommen* dreide seg ikke bare om markedsføringsloven som supplement til markedsføringslovens øvrige bestemmelser, men også andre spesialbestemmelser i andre lover av ”konkurranserettslig betydning”. Selv om dette uttrykket kan virke noe villedende, må det være klart at retten her først og fremst tenkte på lover av immaterialrettslig betydning og de allerede refererte uttalelser må derfor også gjelde spesialbestemmelser i denne lovgivningen. I dette tilfellet ble mfl. § 1 brukt for å fange opp et tilfelle som ikke hadde det nødvendige vern etter varemerkeloven og daværende fimalov, først og fremst på grunnlag av manglende distinktivitet. I innstillingen fra Konkurranselovkomiteen av 1966 s. 24 er det dessuten forutsatt at generalklausulen også må kunne anvendes på andre immaterialrettslige områder som for eksempel i patent- og opphavsrettslige tvister. Likevel må det foretas en konkret bedømmelse i tråd med uttalelsene i *Iskremdommen* når man tar stilling til om mfl. § 1 er anvendelig som supplement til enerettslovgivningen.

I Rt. 1999.1725 (*Lundetangen-dommen*) ble det, riktignok under dissens, uttalt at mfl. § 1 ikke var anvendelig fordi det varemerkerettslige vern her var falt bort. Dessuten er det viktig at domstolene gjør en selvstendig vurdering av om mfl. § 1 er overtrådt selv om vurderingstemaene etter bestemmelsen og den enkelte spesialregel er likeartede. I kjæremålssak i Rt. 2004.495 ble lagmannsrettens kjennelse opphevet fordi kjæremålsutvalget fant at lagmannsrettens uttalelse om at ”vurderingen etter fimaloven og markedsføringsloven i all hovedsak må bli den samme, idet det er den konkrete forvekslingsfare som er avgjørende” ikke var en tilfredsstillende vurdering av om det her var tale om en etterligning i strid med god forretningskikk.

Markedsføringsloven § 1 er bygget opp med fire ledd, men i denne forbindelse er det først og fremst første ledd, og da den delen som regulerer forholdet mellom næringsdrivende, som skal behandles. Generalklausulen er utformet som er rettslig standard uten klart avgrensede kriterier og med åpning for vesentlig grad av konkret skjønn.⁶¹ Også her er det en forutsetning at det dreier seg om handlinger i næringsvirksomhet. I forhold til reguleringen av forholdet mellom næringsdrivende er det to alternative vurderingsnormer som krever oppmerksomhet. Det ene er å avgjøre hva som utgjør handlinger som strider mot god forretningsskikk, det andre er å avgjøre hva som strider mot god markedsføringsskikk. Sistnevnte vurderingstema er snevrere enn kravet til god forretningsskikk som jo også vil omfatte andre tiltak enn rene markedsføringstiltak. Vurderingstemaene må imidlertid nødvendigvis overlape noe. Like fullt kan de få selvstendig betydning i grensetilfeller.⁶² Alternativet ”god markedsføringsskikk vil blant annet kunne fange opp tilfeller av nedvurdering eller nedlatende omtale av konkurrenter. Da kravet til god markedsføringsskikk ble tilføyd i 1997 må nok begrunnelsen for dette først og fremst søkes i ønsket om å hindre uetisk reklame rettet mot forbrukere⁶³, og jeg vil i det følgende først og fremst fokusere på alternativet ”god forretningsskikk” som jeg anser for å være det sentrale begrep i generalklausulen.

Det spesielle med begrepet ”god forretningsskikk” er at man må søke selve avgjørelsesgrunnlaget utenfor bestemmelsen selv, og her gir oppfatningen blant de næringsdrivende selv en viss veiledning. Som påpekt av Knoph er det jo de næringsdrivende som best vet hvor skoen trykker og hvilke krav som lar seg gjennomføre.⁶⁴ I forhold til normen ”god forretningsskikk” uttales det i komitéinnstillingen av 1919 s. 24 at forholdet ”vil bli at bedømme efter den almindelig raadende opfatning

⁶¹ Se note 52 for en definisjon av rettslige standarder

⁶² Løchen/Grimstad s. 48.

⁶³ Se NOU 1995:2 s. 762.

⁶⁴ Knoph s. 528.

blant hæderlige og rett-tenkende næringsdrivende i vedkommende forretningsgren”.⁶⁵ En sak fra Oslo byrett (RG 1977.520) kan illustrere betydningen av bransjens egen oppfatning av ”god forretningssikk standarden”. Det ble her uttalt at ”Når det ikke er fremskaffet noe om bransjens syn på hva som må anses for god forretningsskikk i relasjon til den foretatte navneendring har ikke retten så meget å bygge sin avgjørelse på med hensyn til om Gjensidige-Skade har handlet i strid med § 1 i markedsføringsloven. Med det som alt er nevnt og i mangel av avgjørende momenter for øvrig er retten kommet til at det ikke er grunnlag for, med hjemmel i denne bestemmelsen, å ta til følge kravet om at Gjensidige-Skade skal kjennes uberettiget til å bruke ”Gjensidige” som egennavn. Gjensidige-Skade vil derfor bli frifunnet”. Likevel påpekes det både av Knoph og i senere rettspraksis at det til syvende og sist er dommeren som avgjør om en skikk er god, og om det i det hele tatt foreligger noen skikk. Det må imidlertid være på det rene at uttrykket også kan ramme handlingstyper det ikke er etablert noen ”skikk” for.⁶⁶

I likhet med de ”urimelige” handlinger innebærer også handlinger i strid med god forretningsskikk en viss fordømmelse og det kreves derfor en viss terskelhøyde for å stemple en handling som stridende mot god forretningsskikk. Det er forutsatt i forarbeidene at spesialbestemmelsene vil kunne gi en viss veiledning i forhold til tolkningen av uttrykket ”god forretningsskikk”.⁶⁷ Utover dette må meningsinnholdet fastlegges ved en konkret skjønnsbedømmelse i den enkelte sak. I Iskremdommen ble det uttalt at ”Den konkrete vurdering må ta utgangspunkt i at vilkåret skal bidra til å sikre sunn konkurranse innen næringslivet. Bestemmelsen kan derved ikke praktiseres så strengt at den virker hemmende

⁶⁵ Denne uttalelsen er knyttet til formulering i Konkurranseloven av 1922 hvor det krevdes at de aktuelle handlinger etter god forretningsskikk fremstod som ”utilbørlige”. Siden begrepet ”utilbørlig” under lovforberedelsen ble forkastet og erstattet av begrepet ”urimelig” uten at det finnes klare holdepunkter for hvorfor i forarbeidene, har det vært diskutert i teorien om forkastelsen innebar en skjerpelse av vurderingsnormen. Gundersen/Bernitz (s. 403) fremholder at det ikke har vært tilsiktet noen slik skjerpelse i forholdet mellom næringsdrivende, mens Løchen/Grimstad (s. 29-30) synes å være av motsatt formening. Nærmere om dette i Lunde s. 73-79.

⁶⁶ Innst. 1966 s. 30.

⁶⁷ Innst. 1966 s. 30.

på konkurransen. På den annen side må man påse at for eksempel den som gjennomfører en aktiv og kanskje kostbar kampanje for å markedsføre sine produkter, oppnår vern mot at konkurrenter og liknende høster fordeler av den goodwill vedkommende på denne måte har opparbeidet. I saker som den foreliggende kan det dermed være handlet i strid med ”god forretningsskikk” dersom en næringsdrivende unødvendig har lagt seg nær opp til en betegnelse, emballasje eller annet som konkurrenten benytter. Men i tillegg må det foretas en forholdsmessighetsvurdering av hvilke beskyttelsesverdige interesser partene har”.

Sakene som blir bedømt etter mfl. § 1 vil gjerne være de sakene som ikke rammes av spesialreglene fordi ett eller flere vilkår der ikke er oppfylt. Etter lovfestingen av markedsføringslovens bestemmelse om vern av bedriftshemmeligheter og de supplerende regler i straffeloven er det trolig mindre rom for den supplerende generalklausul til vern om bedriftshemmeligheter,⁶⁸ men i grenseområdet for hva som kan karakteriseres som bedriftshemmeligheter vil nok generalklausulen kunne ha en funksjon. Siden mfl. § 1 viser til ”god forretningsskikk næringsdrivende imellom” kan det særlig spørres om bestemmelsen har noen betydning i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. I Rt. 1990.607 ble det i denne forbindelse uttalt at mfl. § 1 må kunne anvendes på arbeidstakere som tar sikte på å slutte i en bedrift for å begynne egen virksomhet, når de etablerer virksomhet som foretar konkurransehandling. I selve ansettelsestiden vil det imidlertid etter rettens mening være lite rom for mfl. § 1 fordi arbeidstakerens handlefrihet i denne tiden vil være sterkt begrenset av lojalitets- og troskapsplikt overfor arbeidsgiveren. Det fremgår imidlertid av disse uttalesene at mfl. § 1 nok kan tenkes å ha større betydning der et arbeidsforhold er opphørt fordi den opprinnelige lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver da svekkes. Generalklausulen har nok heller ikke den helt store betydning ved siden av mfl. § 8 om tekniske hjelpemidler, men her vil generalklausulen kunne fange opp tilfeller av rettstridig utnyttelse av ”know how”.⁶⁹ Det er kanskje ved siden av mfl. § 8a om etterlikning at generalklausulen har sin største praktiske funksjon. Det kan for eksempel tenkes saker hvor det ikke er direkte fare for forveksling, men den etterliknende

⁶⁸ Løchen/Grimstad s. 148.

⁶⁹ Løchen/Grimstad s. 149.

frembringelse er så kloss opptil konkurrentens at dette strider mot god forretningsskikk. Det finnes også eksempler på at generalklausulen brukes i de motsatte tilfeller, altså der det er forvekslingsfare, men ingen bevisst etterligning.⁷⁰ Videre kan mfl. § 1 tenkes brukt i saker der en part gjennom varemerker, emballasje eller reklame utnytter andres goodwill eller renommé. Sistnevnte saker vil typisk være tilfeller hvor alternativet ”god markedsføringsskikk” kan ha selvstendig betydning. Likevel er det grunn til å påpeke at retten til et varemerke ikke gir innehaveren noen rett til å nekte andre å bruke sitt navn, foretaksnavn eller adresse i næringsvirksomhet, dersom dette er i samsvar med god forretningsskikk jfr. vml. § 5 andre ledd.

5 Sanksjonene

5.1 Sanksjonstrusselen som styringsmiddel

De beskrevne materielle regler oppstiller normer for akseptabel atferd på immaterialrettens og markedsrettens område. Uten muligheter for effektiv håndhevelse vil imidlertid dette vernet fremstå som illusorisk. EUs håndhevelsesdirektiv fastslår at sanksjonene mot brudd på immaterialrettigheter skal være avskrekkende og effektive. Denne målsettingen kan også sies å gjelde for den norske sanksjonssystem. Dessverre er det slik at respekten for rettsreglene ofte vil være avhengig av et avskrekkende og effektivt sanksjonssystem, hvor ansvaret blir følelig for inngriperen. Det er derfor viktig at sanksjonsreglene oppfyller sin preventive funksjon. Først dersom dette er tilfelle kan lovgiver gjennom handlenormene styre atferden inn i aksepterte former. Krenkelse av immaterielle verdier omfatter et bredt spekter av typetilfeller fra organisert kriminalitet i stor skala til mer unnskyldelig enkeltovertrедelser utenfor kommersiell virksomhet. På bakgrunn av dette er det viktig at sanksjonene ikke brukes i utrensmål og at de står i forhold til det rettsbrudd som foreligger. Særlig når det er snakk om straff er det viktig at rettssikkerheten ivaretas. Bare på denne måten kan hensynet også til den påståtte krenker ivaretas på tilfredsstillende måte.

⁷⁰ Industriforbundets Konkurranssutvalg (sak nr. 386 1966).

Reglene åpner da også i stor grad for fleksible løsninger og konkret rimelighet, men det er avgjørende at domstolene utnytter dette potensiale, noe som stiller høye krav til både allmenn og spesiell kunnskap.⁷¹ En for aggressiv bruk av sanksjoner kan fort virke så avskrekkende at nytenkning og utvikling hindres. Et viktig stikkord her er derfor proporsjonalitet. Vektleggingen av proporsjonalitetsbetraktninger vil kunne oppfordre til minnelige løsninger, som igjen vil kunne være ressursbesparende for både partene og samfunnet. Prinsipielt bør man kanskje sondre mellom de krav som stilles til selve prosessen og de hensyn som bør ivaretas ved anvendelsen av den enkelte sanksjon, men her vil man se at noen av hensynene gjør seg gjeldende i begge relasjoner, som for eksempel kravet til effektivitet. Likevel kan det være grunn til å poengtere at det stilles særskilte krav til prosessen, for eksempel gjelder dette kravene til en materielt riktig avgjørelse (sannhetsprinsipp), prosessøkonomiske hensyn og generelle rettsikkerhetsgarantier som kontradiksjon m.v. Også slike hensyn vil imidlertid måtte tas i betraktning ved fastleggelsen av den adekvate reaksjon i det enkelte tilfelle. Immaterialrettens og markedsrettens dynamiske og uforutsigbare karakter, vil også virke inn på sanksjonsspørsmålet.

Vi befinner oss her på et område hvor rettshåndhevelsen i stor grad er overlatt til de private parter. For en effektiv håndhevelse er imidlertid domstolenes assistanse i stor grad nødvendig. I NOU 2003:15 "Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff" er "sanksjon" definert som en negativ reaksjon som kan ilegges av offentlig myndighet med hjemmel i lov, som retter seg mot en begått overtredelse av lov, forskrift eller individuell avgjørelse, og som har et hovedsakelig eller vesentlig pønalt formål. Første del av definisjonen må gjelde også for reaksjoner ved brudd på enerettslovgivningens eller markedsføringsrettens normer, selv om det pønale formål tradisjonelt har spilt en tilbaketrasket rolle. Dette har nok sammenheng med at denne typen tvister først og fremst løses i sivilrettslige former. Til dette kommer at de ulike sanksjoner har høyst ulike funksjoner og at de bygger på ulike hensyn. Like fullt er det den

⁷¹ Kocktvedgaard /Levin s. 483.

rettstridige atferd rettsordenen ønsker å slå ned på. I forhold til sanksjonene straff og erstatning, er det nok rimelig presist å si at det reageres mot de rettsstridige handlinger, men når det for eksempel gjelder forbudssanksjonen er det ikke alltid nødvendig å konstatere at det foreligger en rettstridig handling før man reagerer, det kan være tilstrekkelig at det er sannsynlighet for at en slik inngrepshandling er forestående.⁷² I mangel av noe bedre vil det være naturlig å omtale de handlinger eller unnlater som foranleder en reaksjon for rettstridig oppførsel, men det er viktig å understreke at begrepet ikke er noe annet enn et hjelpebegrep og at et gjennomgående problem er at rettsstridighetsbegrepet fremstår som vagt og upresist.⁷³ Det er også viktig å være klar over at hvorvidt atferden pådrar rettslig ansvar er et annet spørsmål enn om atferden er rettstridig. Rettslig ansvar vil ofte være avhengig av noe mer enn at en rettslig norm objektivt sett er krenket. Forholdet mellom rettsstridsreservasjonen og adgangen til nedleggelse av forbud vil bli tatt opp i videre utstrekning under punkt 8.2.1.

5.2 De ulike sanksjoner

De ulike enerettslovene inneholder til dels konforme sanksjonsregler selv om disse nødvendigvis er tilpasset den enkelte rettstypes egenart og karakter. Enerettslovgivningene tilbyr et sett av forskjelligartede sanksjoner for å møte slike krenkelser, både av sivilrettslig og strafferettslig karakter. Ofte vil overtredelse kunne utløse flere sanksjoner samtidig. De forskjeller som faktisk finnes, kan først og fremst tilskrives krenkelsenes ulike beskaffenhet ved de forskjellige immaterialrettstyper, og at immaterialrettslovene er blitt til på ulike tidspunkter.⁷⁴ Når dette er sagt er de praktiske forskjeller i dag mindre, og det jobbes både nasjonalt og internasjonalt for en mer ensartet sanksjonspraksis. I juridisk teori har det i senere tid vært vanlig å snakke om en egen immaterialrettslig sanksjonslære hvor både

⁷² Se nærmere om dette i punkt 9.2.5 flg.

⁷³ I litteraturen har både begrepets innhold og dets hensiktsmessighet vært diskutert. Se blant annet Nygaard s. 171 og Lødrup s. 160-164.

⁷⁴ Kockvedgaard (2005) s. 451.

offentligrettslige og sivilrettslige sanksjoner omfattes.⁷⁵ Aktuelle sanksjoner ved krenkelse av de tradisjonelle immaterialrettsposisjoner kan være forbud, midlertidig forføyning, straff, erstatning for økonomisk tap, oppreisning for skade av ikke-økonomisk art, vederlag for ulovlig bruk, inndragning av nettofortjeneste, pålegg om endring eller fjerning av objektet som krenker immaterialrettsposisjonen, destruksjon, inndragning eller forvaring og utlevering (eventuelt mot vederlag) til den forurettede.⁷⁶

I tillegg til å yte et supplerende materielt vern som påvist i det foregående, inneholder også markedsføringsloven egne bestemmelser om sanksjoner. Disse må selvsagt kunne anvendes ved siden av, eller i stedet for, de reaksjoner enerettslovgivningen gir anvisning på, forutsatt at det foreligger et brudd på markedsføringslovens bestemmelser. Markedsføringslovens sanksjonskapittel inneholder imidlertid ikke særskilte regler om rettsvern eller sivilprosessualia slik vi finner i enerettslovgivningen, og i det hele tatt tilbyr enerettslovgivningen en langt bredere spekter av mulige sanksjoner enn markedsføringsloven. I forhold til illojale konkurransehandlinger, er de aktuelle sanksjoner primært forbud, straff og erstatning, det finnes ikke tilsvarende regler om inndragning, ødeleggelse eller endring av ulovlig fremstilte eller importerte varer, som i den øvrige immaterialrettslovgivning. Heller ikke muligheten for forbud og erstatning følger direkte av markedsføringslovens ordlyd, men det er forutsatt forarbeidene og rettspraksis at det er adgang til slike sanksjoner. Forbudssanksjonen fremstår i dag, både i forhold til enerettskrenkelser og krenkelser av markedsføringsloven, som den viktigste sanksjon, ofte i kombinasjon med erstatningssanksjonen. Siden det er forbudssanksjonen jeg skal konsentrere meg om vil det være interessant å undersøke hvordan de materielle forskjeller i vernet gjenspeiles i bruken av forbudssanksjonen. Man må her selvsagt ha i mente de individuelle forskjeller som gjør seg gjeldende innenfor de respektive enerettslover. Ved vurderingen av de ulike sanksjoner og anvendelsen av disse, vil man nødvendigvis måtte ta

⁷⁵ Se for eksempel Koktvedgaard (2005) kap. VIII.

⁷⁶ Eksempler på straffebestemmelser finnes blant annet i vml. § 37, åvl. § 54 og patl. § 57. Eksempler på erstatningsregler finnes i vml. § 38, åvl. § 55 og patl. § 58. Eksempler på inndragningsregler m.v. finnes i vml. § 40, åvl. § 56 og patl. § 59.

hensyn til de grunnleggende forskjeller i det materielle vern etter henholdsvis enerettslovgivningen og markedsføringsloven. Sentralt her står forskjellen mellom markedsføringslovens bestemmelsers preg av handlenormer og enerettslovgivningens etablering av en eksklusivt vernet posisjon.

5.3 Prosessen

I Norge føres immaterialrettslige tvister for de ordinære domstoler etter vanlige prosessregler. Dette har vært kritisert fordi rettsområdet i stor grad krever teknisk innsikt og spesialkunnskap.⁷⁷ Det gjeldende systemet bidrar imidlertid til at immaterialretten ikke ses på som en noe sær spesialdisiplin,⁷⁸ og de prosessuelle regler og sanksjonsreglene bør strengt talt være håndterbare også for de ordinære domstoler. Likevel er det relativt sett få immaterialrettssaker som kommer opp for de høyere rettsinstanser. Dette kan skyldes at prosessen gjennomgående er tung, langvarig og dyr og det kan i det hele tatt være vanskelig for partene å forutse sin rettsstilling på dette spesialiserte og ofte teknisk vanskelige området. En rettsak kan ofte koste mer enn den smaker, tatt i betraktning de relativt lave erstatningsbeløp som utmåles i disse sakene.

Også saker etter markedsføringsloven går for de ordinære domstoler, og særlig i forhold til de av markedsføringslovens bestemmelser som angir en noenlunde lik vurderingsnorm som etter enerettslovgivningen (for eksempel § 8a) gjør de samme problemer seg gjeldende. De bestemmelsene som derimot angir en mindre teknisk og dermed mer håndgripelig vurderingsnorm, vil imidlertid domstolene muligens føle seg mer skikket til å håndtere. I det hele tatt gir utformingen av markedsføringslovens bestemmelser domstolene større rom for skjønsmessige vurderinger. Dette vil i hvert fall i teorien kunne føre til en raskere prosess hvor den som har fått krenket sine immaterielle rettigheter på en mer effektiv måte vil kunne sikre sine krav.

⁷⁷ Kocktvedgard/Levin s. 486.

⁷⁸ Kocktvedgaard (2005) s. 452.

6 Forbud

6.1 Innledning

I punkt 4 flg. viste jeg at en flere av markedsføringslovens bestemmelser kan tenkes anvendt som supplement der enerettslovgivningen ikke strekker til. Der pekte jeg også på enkelte likheter mellom regelsettene, og på noen praktiske tilfeller der markedsføringslovens bestemmelser kan være anvendelige. Det videre siktemål vil først og fremst være å undersøke forbudsinstuttet i relasjon til krenkelser av markedsføringsloven, men jeg vil også i stor grad foreta en sammenligning mellom forbud etter enerettslovgivningen og markedsføringsloven. Forbudsreglene er i det hele tatt generelt utformet og en del av de problemer som vil bli reist er generelle og gjør seg for så vidt like mye gjeldende i forhold til krenkelser av enerettslovgivningen. Ettersom det er snakk om to forskjellige beskyttelsessystemer, vil det imidlertid også ved anvendelsen av den enkelte sanksjon nødvendigvis vil materialisere seg visse forskjeller. Man kan for eksempel støte på problemer som bare gjør seg gjeldende ved brudd på markedsføringsloven, men ikke enerettslovgivningen, og vice versa. Dessuten vil det også være forskjeller i de spørsmål som oppstår i forhold til hva slags rettsbrudd man står overfor. Det kan imidlertid være interessant i seg selv å løfte frem slike forskjeller for å få en bedre forståelse for hvordan forbudssanksjonen må tilpasses den enkelte sak. Dessuten kan det ved vurderingen av forbudssanksjonen ved krenkelser av markedsføringsloven være hensiktsmessig å se hen til de løsninger som er valgt i enerettslovgivningen og praksis tilknyttet denne. Et viktig spørsmål blir derfor om krenkelser av markedsføringsloven står i at annet lys enn inngrep i immaterielle rettigheter i forhold til ileggelse av forbud, og dersom det viser seg å være nevneverdige forskjeller vil det være interessant å undersøke om disse er velbegrunnede.

For den vernede innebærer forbudsretten, en rett til, ved domstolenes hjelp, å nekte bestemte type handlinger. Motsatt innebærer forbudsretten en plikt, for den potensielle krenker, til å unnlate slike handlinger. Det finnes både materielle og mer formelle vilkår, herunder de såkalte prosessforutsetningene, for at et forbud skal kunne ilegges. For å få et fullstendig bilde er det nødvendig å se hen både til den materielle lovgivning og prosesslovgivningen. En undersøkelse av forbudsinstuttet reiser flere materielle og

prosessuelle rettsspørsmål, og verken markedsføringsloven eller enerettslovgivningen inneholder noen uttrykkelig bestemmelse om muligheten for å forby handlinger i strid med de respektive lovers bestemmelser. I den videre behandling av forbudssanksjonen vil jeg, i den grad det er mulig, prøve å isolere de rent prosessuelle forutsetninger fra de materielle. For å få en fullstendig oversikt over den rettslige situasjon vil det imidlertid ofte være nødvendig at både de materielle og prosessuelle spørsmål behandles sammen under den enkelte problemstilling for å få frem sammenhengen mellom dem.

6.2 Forbudssanksjonens hjemmel

Selv om selve forbudssanksjonen altså ikke kan hjemles direkte i den immaterialrettslige eller markedsrettslige lovgivning kan man, som ellers i sivile tvister, dersom vilkårene foreligger, få dom for et krav om at noen skal unnlate noe eller for om et rettsforhold består eller ikke. I Norge har lovgiver med ansett dette å være så selvfølgelig at noen uttrykkelig lovhjemmel i de enkelte enerettslover eller markedsføringsloven ikke har vært påkrevd.⁷⁹ Et viktig hensyn her er at de øvrige sanksjoner som straff og erstatning ikke er tilstrekkelige, dette gjelder både i forhold til enerettslovgivningen og markedsføringsloven. Det kan kanskje innvendes at forbudet er unødvendig ved siden av straffesanksjonen. Argumentet er imidlertid lite holdbart all den tid straff er en så sjeldent brukt sanksjon, og dermed ikke oppfyller den forutsatte preventive funksjon. Dessuten forutsetter rettsordenen muligheten til prosessuell gjennomdrivelse av rettslige krav, og det ville være lite rimelig om man ikke hadde muligheter for stanse krenkelsene og bare nøye seg med erstatning og eventuelt straff. Endelig kan man peke på Norges forpliktelser etter TRIPS-avtalen til effektiv sanksjonering, herunder muligheten for nedleggelse av midlertidige og endelig forbud.⁸⁰ Foruten de tradisjonelle immaterialrettigheter omfatter også avtalen beskyttelse av fortrolige opplysninger og ”know how”, som jo for Norges vedkommende først og

⁷⁹ I Innst. 1966 s. 90 flg. ble det riktignok foreslått at adgangen til forbuds- og fastsettelsesdom ble lovfestet, men dette ble ikke fulgt opp i den videre prosess. På tilsvarende måte ble det i innstillingen til lov om varemerker foreslått en lovfesting, se s. 7 jfr. s. 42, men også her ble dette frafalt i proposisjonen (s. 13).

⁸⁰ Se bl.a TRIPS-avtalens art. 41, 44 og 50.

fremst er regulert i markedsføringsloven. I Sverige har man sett noe annerledes på dette spørsmål, og det har vært antatt at en allmennprosessuell regulering av forbudssanksjonen ikke har vært i overensstemmelse med kravet om hjemmel i lov. Spesielt har det vært pekt på en fare for kumulasjon av sanksjonene, men dette argumentet har først og fremst sin styrke fordi forbud i Sverige gjerne kombineres med såkalt "vite", en slags bot dersom forbudet ikke overholdes. På denne bakgrunn finnes det både i den svenske enerettslovgivning og i markedsføringslagen uttrykkelige bestemmelser om både midlertidige og endelige forbud.⁸¹

6.3 Markedsføringslovens og enerettslovgivningens utforming

Til tross for manglende bestemmelser om forbudssanksjonen, er det ingen tvil om at både de enkelte enerettslover og markedsføringsloven i stor grad retts-teknisk er bygget opp som forbudslover. At både enerettslovgivningen og markedsføringsloven har preg av forbudslover betyr likevel ikke at alle relevante bestemmelser er bygget opp som uttrykkelige forbud. Dette henger sammen med at de immaterielle rettigheter kan oppfattes og beskrives både positivt og negativt. Den positive side innebærer at rettighetshaveren besitter visse beføyelser til utnyttelse av sin frembringelse, mens den negative side innebærer at han kan nekte andre ulike typer utnyttelse som vil stride mot hans enerett. I teorien har det vært reist spørsmål om immaterialretten er å anse som en enerett eller en forbudsrett. Spørsmålet må imidlertid sies å være av større terminologisk og lovteknisk betydning enn praktisk. Ifølge Kockvedgaard er forbudsretten kun av interesse sett på bakgrunn av de positive beføyelser og vice versa, altså samme sak sett fra to forskjellige sider.⁸² Det ligger imidlertid implisitt i systemet at handlinger i strid med bestemmelsene er forbudt. Forbudssanksjonen brukes generelt i forhold til krenkelser av markedsføringsloven, den er anvendelig både ved brudd på generalklausulen og spesialbestemmelsene. De hyppigste søksmålene gjelder etterligning etter mfl. § 8a eller brudd på generalklausulen. Brudd på mfl. § 1 er i motsetning til brudd på

⁸¹ Norrgård s. 134

⁸² Kockvedgaard (1965) s. 197.

spesialbestemmelsene ikke er direkte straffesanksjonert jfr. mfl. § 17, men dette har ingen større praktisk betydning da det i dag sjelden straffesanksjoneres på markedsrettens område. Begrunnelsen for at lovgiver ikke har ønsket å gjøre overtredelser av generalklausulen straffbare, er bestemmelsens mangel på klarhet og presisjon.⁸³ Kravet til klart formulerte bestemmelser gjør seg ekstra sterkt gjeldende på strafferettens område hvor legalitetsprinsippet kommer inn med full tyngde, og rettsikkerhetshensyn står sentralt.

6.4 Endelige og midlertidige forbud

I forbudssanksjonens natur ligger at den retter seg mot fremtidige krenkelser av immaterielle rettigheter, gjenopprettelse av allerede påførte tap og ulemper må ivaretas gjennom andre sanksjoner, først og fremst muligheten for erstatning.⁸⁴ For en rettighetshaver vil det for eksempel kunne være viktig å få et forbud mot at en konkurrent forbys å selge et etterliknende produkt eller stanse bruk av et kjennetegn. Et annet eksempel kan være at en tidligere arbeidsgiver ønsker å hindre en tidligere ansatt å anvende beskyttet informasjon og kunnskap han tar med seg til en ny virksomhet. Anleggelse av ordinær forbudssak forutsetter imidlertid at behovet for avklaring ikke er presserende, da den påståtte krenkelse først vil bringes til opphør når dommen er rettskraftig og kravet eventuelt fullbyrdet, og det kan ta tid. Med tanke på hvor lang tid rettergangen i immaterialrettslige og markedsrettslige tvister kan vare, og siden forbudssanksjonens primære oppgave er å hindre fremtidig misbruk, er muligheten for nedleggelse av midlertidig forbud særlig viktig.⁸⁵ For rettighetshaveren kan det være avgjørende å få

⁸³ Innst. 1966 s. 25.

⁸⁴ Som vist under punkt 7.3 betyr imidlertid ikke dette at fastsettelsessøksmål om rettsfølger som knytter seg til fortidige handlinger er umulig. Dersom det foreligger et reelt behov for avklaring vil det kunne være grunnlag for søksmål også i slike saker. Det kan etter omstendighetene være naturlig å si at også en fastsettelsesdom innebærer et forbud jfr. punkt 7.1.

⁸⁵ Også tvml. § 148 om foregrepet tvangskraft kan sies å innebære et slags midlertidig forbud frem til rettskraftig avgjørelse. Slike ”midlertidige forbud” skal imidlertid ikke behandles i det videre, men jeg vil komme noe inn på betydning av foregrepet tvangskraft i forbindelse med forbudets tidsmessige utstrekning i punkt 9.3.3.

nedlagt et slikt forbud så raskt som mulig, slik at krenkelsen kan stoppe og skadeomfanget således begrenses. Avgjørelsen om midlertidig forbud kan treffes ved kjennelse før saksanlegg eller under saksforberedelsen. I motsetning til det som gjelder om tvangsgrunnlag er det likegyldig om kravet det kreves midlertidig forføyning for vil føre til fastsettelses- eller fullbyrdelsesdom.⁸⁶ En midlertidig forføyning innebærer en foreløpig konkretisering av den immaterialrettslige eller markedsrettslige norm, slik at den påståtte krenkelse inntil videre bringes til opphør, typisk mot sikkerhetsstillelse. På denne måte er det mulig å sikre den potensielle rettighetshaver mot skader og ulemper før tvisten rekker å komme opp til endelig avgjørelse. Tvangsfullbyrdelseslovens regler om midlertidig forføyning gjelder sikring av alle typer rettslige krav og da også slike som vedrører immaterielle verdier. Fordelen med reglene om midlertidig sikring er muligheten for en foreløpig sikring av et krav uten tvangskraftig tvangsgrunnlag. Loven gir altså anvisning på en summarisk prosess, som middel til å stanse virksomhet som fremstår som rettsstridig. Midlertidig forbud er meget praktisk i saker vedrørende immaterielle verdier. Ofte avgjøres en inngrepssak i realiteten ved forføyningssaken, fordi det må foretas en prejudisiell prøvelse av hovedkravet, hvilket jo gir partene holdepunkter for hvor kravet står. Den midlertidige prøvelse kan på denne måten også bidra til forlik, noe som igjen virker prosessbesparende. Dette forhold, kombinert med den lange prosess, er trolig noe av grunnen til at spørsmål om endelige forbud så sjeldent kommer opp for de høyere rettsinstanser.

Prinsipielt er det viktig å sondre mellom endelige og midlertidige forbud, da disse hviler på ulike rettslige grunnlag og deres virkninger og funksjon er til dels forskjellige. Den viktigste forskjellen ligger nettopp i at forbud i forføyningssak er midlertidige. Vilklårene for nedleggelse av forbud er imidlertid i all hovedsak de samme, men det finnes visse tilleggskrav for å få forbud forut for dom. Dessuten er det flere av de samme spørsmål og hensyn som gjør seg gjeldende i relasjon til begge typer forbud, og derfor mener jeg en viss sambehandling kan forsvares. Til dette kommer at rettigheter som ikke kan gjennomdrives i

⁸⁶ Se punkt 10.1 om den nye tvistelov som utviser det formelle skillet mellom fullbyrdelses- og fastsettelsesdommer.

en ordinær prosess heller ikke kan gjennomdrives i sikringsprosess, og man må ha i mente at de midlertidige forbud skal kunne overprøves ved ordinær rettergang. Det er også den sammenheng at en forbudssak i en markedsrettslig eller immaterialrettslig tvist gjerne innledes med en forføyingssak, hvorpå det midlertidige forbud ved endelig dom enten faller bort eller avløses.

Uansett hvilke type forbud det er snakk om, er det fire sentrale hovedområder som fortjener oppmerksomhet ved behandlingen av forbudssaksjonen. For det første er det viktig å kartlegge forutsetningene eller vilkårene for å få nedlagt et forbud. Her kan det grovt sondres mellom materielle og prosessuelle vilkår. I den videre undersøkelse vil både utvalgte problemer knyttet til de materielle så vel som de prosessuelle vilkår behandles. I tilknytning til vilkårene vil det også kunne være interessant å se på forbudets konkrete innhold og grensene for hva som kan ilegges. For det tredje vil det være nødvendig å se på rettsvirkningene av et forbud. Her er det viktig å være oppmerksom på at det er et samspill mellom forutsetningene og rettsvirkningene, særlig i den forstand at de konkrete rettsvirkninger kan virke inn på forutsetningsprøvelsen. Endelig vil det være viktig å undersøke varigheten av et nedlagt forbud. De fleste forbud vil ikke være evig, men levetiden varierer. I den videre fremstilling vil alle disse aspekter bli berørt for henholdsvis de midlertidige og de endelige forbuds vedkommende. På grunn av de prinsipielle forskjeller mellom de endelige og midlertidige forbud vil det til en viss grad være nødvendig med en separat behandling av de to, men som nevnt er det også såpass store likheter at en del spørsmål kan drøftes i sammenheng. Dersom ikke noe annet fremgår av sammenhengene vil drøftelsene av de temaer og spørsmål jeg tar opp gjelde for begge typer forbud.

7 Den prosessuelle prøvelse

Før jeg går inn på de materielle sidene ved forbudssanksjonen skal jeg se nærmere på hvordan et krav om endelig forbud må tilpasses de generelle prosessregler. Et krav eller en rettsposisjon er nemlig lite verdt dersom det ikke kan drives i gjennom i en domstolsprosess. En utfyllende redegjørelse for forbudssanksjonen forutsetter derfor at også mer rensykkede prosessuelle spørsmål gjøres til gjenstand for oppmerksomhet. Som antydnet kan det være vanskelig å trekke grensen mellom de materielle og de prosessuelle spørsmål, grensene kan være flytende og ofte vil et rettsspørsmål ha både materielle og prosessuelle sider. I det følgende vil jeg gjøre rede for visse generelle prosessregler og prøve å løfte frem enkelte prosessuelle problemer som kan tenkes å oppstå i saker vedrørende immaterielle verdier. I stor grad vil de samme problemer reise seg både ved krenkelse av enerettslovgivningen og markedsføringsloven, men det kan være visse forskjeller ettersom prosessreglene må tilpasses det materielle rettsforhold eller krav.

7.1 Kort om forholdet mellom fullbyrdelsessøksmål og fastsettelsessøksmål

Etter tvistemålsloven kan den som har et rettslig krav, eller i det minste en rettslig interesse, under gitte forutsetninger kreve fullbyrdelses- eller fastsettelsesdom hjemlet i henholdsvis tvml. §§ 53 og 54. En dom i fullbyrdelsessak vil typisk lyde; ”A forbys å selge og/eller markedsføre produktet X” eller ”A pålegges å ikke selge og/eller markedsføre produkt X”. Men også ved fastsettelsessøksmål, der domsavsigelsen for eksempel lyder ”A er berettiget/uberettiget til å selge og/eller markedsføre produktet X”, vil det være naturlig å snakke om et forbud.⁸⁷ Også andre formuleringer bør godtas.⁸⁸ Mens saksøker på grunnlag av en fullbyrdelsesdom vil kunne få gjennomført en forandring av den faktiske situasjon

⁸⁷ Midelfart i NIR 1986 s. 404-418

⁸⁸ Lorange Backer s. 71-72 mener at domstolene bør være fleksible i forhold til utformingen av partenes påstander. Søksmål som bygger på at saksøktets adferd er i strid med bestemte regler og med påstand om at atferden er ”ulovlig” eller ”rettsstridig” bør oppfylle kravet til søksmålsgjenstandens art. Det avgjørende må være at det fremgår klart at saksøkeren ønsker dom i form av fastsetting for at saksøkte ikke har adgang til å gjøre Y.

slik at den blir brakt i samsvar med den rettslige, fastslår en fastsettelsesdom bare hvordan rettsforholdet mellom partene skal forstås (hva som er rett mellom partene). En fullbyrdelsesdom som går ut på å pålegge en unnlatesplikt vil automatisk innebære et forbud, mens en fastsettelsesdom bare indirekte innebærer et forbud, ved at det er forbudt å handle i strid med det som fastsettes. Grensen mellom fullbyrdelsessøksmål og fastsettingssøksmål er imidlertid ikke skarp, og i den nye tvistelov er heller ikke skillet opprettholdt.⁸⁹

En av grunnene til at det kan være interessant å se på de prosessuelle vilkår for forbudsdom er at det i den sivilprosessuelle litteratur fremgår at fullbyrdelsessøksmål, med påstand om at noen skal tåle eller unnlate noe er lite praktisk, fordi en eventuell tvangsfullbyrdelse av et slikt krav nødvendigvis vil måtte skje ved sikkerhetsstillelse jfr. tvfl. § 13-16. Det hevdes derfor at saksøker stort sett vil ha samme nytten av en fastsettelsesdom som fastslår tåle- eller unnlatesplikten og eventuelt hva den går ut på, blant annet fordi den som ikke retter seg etter forbudet kan straffes.⁹⁰ Dessuten er det mulig at det totalt sett oppstilles lempeligere krav til søksmålssituasjonen og -interessen etter § 54 da det her er tilstrekkelig med rettslig interesse, mens det etter § 53 kreves et forfalt krav. I saker vedrørende brudd på immaterielle verdier er imidlertid mitt inntrykk at det derimot er langt vanligere å gå til fullbyrdelsessøksmål. Det er mulig at det her gjør seg gjeldende andre hensyn på grunnlag av rettighetenes karakter som gjør at det er mer gunstig å gå til fullbyrdelsessak, dessuten kan det nok være at den eventuelle sikkerhetsstillelse er såpass effektiv i forhold til hindring av videre krenkelser av forbudet at denne søksmålsformen foretrekkes. Vilkårene og virkningene av disse to typer dommer er altså noe forskjellige, men det er ingenting i veien for at et rettsforhold knyttet til enerettslovgivningen eller markedsføringsloven ønskes fastslått ved dom.

⁸⁹ Se nærmere om dette i punkt

⁹⁰ Skoghøy s. 270 (petit) og Hov s. 110.

7.2 Fullbyrdelsesdom

For å oppnå en fullbyrdelsesdom må saksøkte ha et ”krav” som reguleres av rettsregler. I prosessrettslig forstand omtales gjerne kravet som gjenstanden for fullbyrdessøksmålet. Kravet kan bero på avtale eller annet rettsgrunnlag, for eksempel lov. Her skal jeg konsentrere meg om de krav som følger av lov. Som antydning kan altså dette kravet gå ut på at saksøkte skal gjøre, tåle eller unnlate noe.⁹¹ Et forbud vil falle inn under siste alternativ. Ved avgjørelsen av om saken skal fremmes, skal ikke retten gå inn på realiteten i saken (hvorvidt kravet virkelig eksisterer), det er nok at saksøker pretenderer å ha et slikt krav. Dette betyr at eventuelle materielle problemer først oppstår når retten skal ta stilling til realiteten i saken.

I utgangspunkt må kravet være forfalt. I faglitteraturen snakker man gjerne i denne forbindelse om hvilke krav som stilles til selve søksmålssituasjonen. Også i forhold til spørsmålet om kravet er forfalt skal retten bygge på saksøkers pretensjoner. Hva som ligger i begrepet ”forfalt” kan være vanskelig å fastslå i det enkelte tilfelle. Som et utgangspunkt kan man si at et krav forfaller på det tidspunkt oppfyllelse senest må skje for at kravet ikke skal kunne anses misligholdt.⁹² I saker hvor det søkes å få nedlagt et forbud, altså en fullbyrdelse av en unnlatesforpliktelse, passer kanskje ikke tvistemålslovens uttrykk ”krav” og ”forfalt” like godt. Siden unnlatesplikter er løpende, kan en si at de er ”forfalt” så lenge de består. Likevel må uttrykket ”forfalt” tolkes slik at forpliktelsen må være misligholdt, og man kan derfor ikke gå til fullbyrdessøksmål før den forpliktete som utgangspunkt har satt seg ut over plikten, eller det er handlet på en slik måte at man må gå ut fra at han vil gjøre det.⁹³ Det mest praktiske må således være at kravet anses misligholdt på det tidspunkt det handles i strid med den lovbestemmelsen som nedlegger forbudet enten

⁹¹ Michelsen s. 56. Lorange Backer s. 67 påpeker i note 4 at alternativet ”tåle” eller ”finne seg i” kan ses som en undergruppe av ”unnlate” i vid forstand. I snever forstand er krav om å ”unnlate” avgrenset til at saksøkte skal unnlate bestemt angitte handlinger, mens krav om å ”tåle” innebærer at saksøkte skal unnlate alle handlinger (uten at de spesifiseres) så sant de kan interferere med en angitt handling fra saksøktes side.

⁹² Skoghøy s. 307.

⁹³ Hov s. 115.

det følger av enerettslovgivningen eller markedsføringsloven. I det hele tatt passer den sivilprosessuelle terminologi dårligere på slike krav (om forbud) som følger av lov, slik som gjerne er tilfelle ved krenkelse av immaterielle verdier. Det blir fort kunstig å snakke om ”forfalte” og ”misligholdte” krav, der stiftelsesgrunnlaget ikke forutsetter en slags sistefrist for forfall, eller andre regler forteller når mislighold inntreffer.⁹⁴ Bakgrunnen for dette kan trolig søkes i den tradisjonelle knytning mellom avtaleretten og sivilprosessen. Dersom kravet derimot oppstår etter en avtale, typisk en lisensavtale eller arbeidsavtale, vil imidlertid terminologien passe bedre. Dette betyr selvsagt ikke at reglene i tvml. § 53 står i veien for forbudssøksmål på grunnlag av et krav basert på enerettslovgivningen eller markedsføringsloven.

7.3 Fastsettelsesdom

Selv om fullbyrdelsessak nok er det mest praktiske i saker om krenkelse av immaterielle verdier, kan det være en viss interesse i å få fastlått at en handling eller virksomhet er i strid med et underliggende rettsforhold. De alminnelige prosessregler åpner for dette og derfor anså heller ikke lovgiver det nødvendig å fastslå dette i den enkelte lov. Fastsettelsesdom som sanksjon har vært lite problematisert i den markedsrettslige teori,⁹⁵ og det samme gjelder så vidt jeg kan se på immaterialrettens område. Det kan forekomme situasjoner hvor muligheten for fastsettelsesdom fremstår som viktig, for eksempel der det ikke er aktuelt eller grunnlag å kreve erstatning eller fullbyrdelsesdom. Det finnes også flere eksempler både fra immaterialretten og markedsretten på fastsettelsessøksmål, for eksempel kan nevnes den velkjente Iskremdommen (Rt. 1998.1315). Gjenstanden for fastsettelsessøksmål etter tvml. § 54, er angitt som ”rettsforhold” eller ”rettighet”, mens kravene til partenes tilknytning til søksmålsgjenstanden og kravene til søksmålssituasjonen er angitt som et vilkår om ”rettslig interesse”. Også i forhold til tvml. §54 må ”rettsforholdet” reguleres av lovregler eller avtale. Mest praktisk vil det nok være at fastsettelsessøksmålet fastsetter en plikt (til å gjøre, unnlate eller tåle noe) eller en rettighet.

⁹⁴ Nærmere om dette i punkt 8.2 og 9.2.5 flg.

⁹⁵ Lunde s. 37.

I en tvist etter markedsføringsloven kan en fastsettelse av en rett eller plikt for eksempel dreie seg om en konstatering av om en næringsdrivende har rett eller ikke til å tilby et produkt som ligger nær opptil en konkurrents produkt, eller få fastslått om enkelte markedsføringstiltak er eller ikke er i strid med god forretningsskikk. Det er heller ikke upraktisk at den som mener å være på trygg grunn, men som trues med sanksjoner, går til et negativt fastsettelsessøksmål for å få fastslått at han ikke handler i strid med nærmere bestemte regler. Et eksempel her er den tidligere arbeidstaker som mener han er berettiget til å utnytte kunnskap han sitter på i sin nye virksomhet (negativt fastsettelsessøksmål). I saker etter enerettslovgivningen vil det på tilsvarende måte dreie seg om å få fastslått om en viss handling eller virksomhet er berettiget eller uberettiget i forhold til det underliggende rettsforhold.

Et søksmål etter tvml. § 54 må ifølge ordlyden enten reises for å få fastslått at et rettsforhold "er til" eller for å få fastslått at et rettsforhold "ikke er til". I disse formuleringene ligger et "aktualitetskrav". I en sak der det verserer en konflikt om en aktuell konkurransehandling er lovlig eller rettmessig enten etter enerettslovgivningen eller markedsføringsloven er det klart at dette aktualitetskravet er oppfylt. Formuleringene kan imidlertid skape tvil om det er grunnlag for å kreve dom for at et rettsforhold "var til". Aktualitetskravet reiser for så vidt spørsmål både i forhold til søksmål om fortidige og fremtidige forhold. Behandlingen av spørsmålet om muligheten for å få forbud mot forestående krenkelser utskytes til punkt 9.2.5 flg. Her skal jeg drøfte om aktualitetskravet utgjør en skranke for å få fastsettelsesdom for fortidige forhold.

Til tross for ordlyden må det være klart at man ikke kan tolke loven dit hen at det ikke kan anlegges søksmål om rettsfølger som knytter seg til fortidige handlinger. Tvert i mot vil det oftest være først i slike tilfeller hvor en handling er utført eller et forhold inntrådt, at saksøker får grunn til å reagere. Dette gjelder i stor grad i saker etter enerettslovgivningen og markedsføringsloven hvor det som oftest først reageres når saksøker blir klar over konkurrenten allerede har trådt hans rett for nær. En slik adgang til søksmål om fortidige rettsforhold er også klart forutsatt i markedsføringslovens forarbeider hvor det påpekes at

en enkeltstående rettstridig handling kan være så situasjonsbestemt at det ikke er noen egentlig fare for gjentakelse, likevel kan det være av interesse for å få fastslått at den var rettstridig.⁹⁶

I rettspraksis har det da også blitt lagt til grunn at det er adgang til å anlegge søksmål om lovligheten av foretatte handlinger, dersom saksøker har et reelt behov for å få spørsmålet avklart.⁹⁷ Det må imidlertid gjøres en konkret vurdering av om et slikt reelt behov foreligger, hvor en rekke momenter kan være relevante. Ved vurderingen av om man kan gjøre unntak fra eller legge til grunn en mer lempelig vurdering av aktualitetskravet glir over i spørsmålet om ”rettslig interesse”. Ved vurderingen av om rettslig interesse foreligger må det blant annet tas hensyn til om det foreligger en reell rettsusikkerhet mellom partene, og dessuten at avgjørelsen er av aktuell betydning for partene i saken.⁹⁸ I forhold til aktualitetskravet i saker hvor det er snakk om konkurranseskadelige handlinger, vil det blant annet være relevant å ta hensyn til at risikoen for nye, tilsvarende konkurranseskadelige handlinger vil kunne innebære en slik rettsuvisshet at søksmål må kunne fremmes. Videre vil rennoméhensyn kunne gjøre seg gjeldende. Det kan være av stor betydning for en part at publikum (forbrukere) og forretningspartnere har det klart for seg hvem av partene som faktisk har handlet urettmessig. Det kan med andre ord være et reelt behov for å vise omverdenen hva som er det rette rettsforhold. For eksempel vil det kunne være viktig for en produsent eller selger at det ikke er tvil om at hans produkter er blitt til, selges og markedsføres på rettmessig måte. På denne måten vil også fastsettelsesdommen kunne ha en viss preventiv effekt, og medføre at også andre vil avstå fra konkurranseskadelige handlinger. Som et tredje moment kan det legges vekt på at det som regel bare er denne typen ”rettsvirkning” som er aktuell i saker for næringslivets egne responsaorganer. Dersom en sak har vært lagt frem for NKU vil dette dermed kunne styrke den tapende parts interesse i å få prøvd saken for de ordinære domstoler. Endelig kan det

⁹⁶ Se Innst. 1966 s. 83.

⁹⁷ Se for eksempel Rt. 1958.1290, Rt. 1994.1244 og Rt. 1997.580.

⁹⁸ For fullstendighets skyld bør det nevnes at i motsetning til de øvrige krav som er gjennomgått, kan ikke retten her uten videre legge saksøkerens pretensjoner til grunn.

vises til gjeldende rett i Danmark vedrørende det samme spørsmål. I litteraturen har dansk rettspraksis blitt oppsummert slik at kravet til rettslig interesse normalt må være oppfylt når det gjelder virksomheter som "...står i et nogenlunde nært konkurrenceforhold eller hvis sagsøgeren iøvrigt har en nogenlunde konkret erhvervsmæssig interesse..." i dom for et særskilt forhold.⁹⁹ Liknende momenter må etter min mening kunne vektlegges der det er snakk om fastsettelsessøksmål etter enerettslovgivningen.

7.4 Partenes tilknytning til søksmålsgjenstanden

Ved behandlingen av de enkelte vilkår etter tvml. §§ 53 og 54, har vi sett at det stilles spesifikke krav til søksmålsgjenstanden og til selve søksmålssituasjonen. Det hører imidlertid med til sammenhengen at det både i forbindelse med fullbyrdelses- og fastsettelsessøksmål stilles vilkår til partenes tilknytning til søksmålsgjenstanden. Kravet følger av begrepet "rettslig interesse", men må underforstås også i forhold til fullbyrdelsessøksmål jfr. for eksempel Rt. 1972.107. Et interessant spørsmål er om en forhandler av et produkt etter omstendighetene kan sies å ha den nødvendige tilknytning til søksmålsgjenstanden for å få en fastsettellesdom eller om det bare er produsenten som kan sies å oppfylle dette krav. Hvorvidt den fornødne tilknytning foreligger må avgjøres konkret, men generelt kan man si at det må foreligge en konkret, praktisk interesse i å få dom overfor saksøkte, og at den interesse han har i utfallet av saken er av en slik karakter at den er beskyttet av de regler som regulerer det materielle rettsforhold saken gjelder.¹⁰⁰ Dersom en forhandler etter omstendighetene oppfyller disse kravene kan jeg ikke se at denne på prinsipielt grunnlag skulle være avskåret fra å gå til fastsettelsessøksmål. Etter Konkurranseloven av 1922 var søksmålsadgangen begrenset i saker om generalklausulen i mfl. § 1, således at forbudssak bare kunne reises av regjeringsdepartementet eller sammenslutninger av næringsdrivende som departementet hadde gitt søksmålsrett. I dag finnes ingen slike rigide begrensinger i søksmålsadgangen, og adgangen beror alene på om den nødvendige rettslige interesse foreligger. Det kan også nevnes at det i utkastet til

⁹⁹ Nærmere om disse momenter, se Lunde s. 38-39 med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Skoghøy s. 328.

markedsføringsloven ble foreslått at enhver næringsdrivende i samme bransje alltid skulle kunne reise søksmål ved krenkelse av en av lovens bestemmelser. Dette forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp, og også for næringsdrivende i samme eller liknende bransje må de alminnelige prosessuelle vilkår om tilstrekkelig tilknytning foreligge.

8 Den materielle prøvelsen

8.1 Den materielle prøvelsens to sider

Et avgjørende premiss for å få nedlagt et forbud er at det finnes et materielt grunnlag for dette. Det naturlige utgangspunkt for en drøftelse av den materielle siden av forutsetningsprøvelsen må være den enkelte lovbestemmelse. Det vil med andre ord være nødvendig å undersøke hvorvidt den relevante lovbestemmelse åpner for nedleggelse av forbud og eventuelt hvilket rom det er for et slikt forbud både i forhold til innhold og utstrekning. Reglene må imidlertid ses i sammenheng med de generelle reglene om adgangen til nedleggelse av forbud, og da spesielt tvistemålslovens regler og tvangsfullbyrdelseslovens regler for de midlertidige forbuds vedkommende.

De av markedsføringslovens bestemmelser som kan tenkes å komme supplerende inn til vern av immaterielle verdier, er av noe forskjellig karakter. Mens enkelte bestemmelser uttrykkelig sier at handlinger i strid med en nærmere bestemt unnlatesplikt er forbudt, sier andre at det i en gitt situasjon ikke må handles i strid med en nærmere bestemt norm. Eksempler på den første kategori finnes blant annet i markedsføringslovens § 2, § 8a og § 9, som henholdsvis retter seg mot urimelig etterlikning, uriktige eller villedende fremstillinger og uriktig angivelse av geografiske betegnelser. I den andre kategori finner man mer implisitte formuleringer om hva som anses å være rettstridige handlinger. I § 7 heter det således at den som har fått kunnskap om eller rådighet over bedriftshemmeligheter ”må ikke rettstridig utnytte” hemmeligheten. Tilsvarende formulering finnes i mfl. § 8. I mfl. § 1 er det også ordene ”må ikke” som understreker at

handlinger i strid med god forretningsskikkstandarden vil være forbudt. De forskjellige formuleringer kan imidlertid neppe begrunnes ut i fra noe annet enn lovtekniske hensyn, og uansett hvilken formulering som er valgt vil det sentrale være at handlinger i strid med den fastlagte norm må kunne sanksjoneres. Formuleringene vil likevel kunne ha innvirkning på hva som kan utledes av den enkelte bestemmelse i forhold til det materielle innhold. Foruten en konkret vurdering av om det foreligger beskyttelse etter loven og om det foreligger krenkelse eller fare for krenkelse av den aktuelle rettsregel, vil ofte også mer generelle betraktninger som forbudets effektivitet og hensynet til proporsjonalitet inngå som elementer i den materielle prøvelse. I de fleste tilfeller vil det derfor ligge til grunn en mer helhetlig vurdering når forbud besluttet. I det følgende skal jeg se nærmere på de to elementer, eller prøvelser om man vil, som finner sted ved vurderingen av om forbud skal nedlegges eller ikke.

8.2 Krenkelsesvurderingen

8.2.1 Subjektiv klanderverdighet som vilkår for forbud?

Strafferettslig sanksjonering av overtredelser av markedsføringsloven og enerettslovgivningen er betinget av utvist forsett, mens det for erstatning er tilstrekkelig at det foreligger uaktsomhet. For straffesanksjonens vedkommende fremgår dette uttrykkelig i de enkelte lover. Ansvarsgrunnlaget ved erstatning fremgår også uttrykkelig av den enkelte lov for enerettskrenkelsen vedkommende enten ved at culpanormen er inntatt direkte i lovteksten eller ved en henvisning til alminnelige erstatningsregler. I markedsføringsloven finnes ingen slike bestemmelser, men det er forutsatt i forarbeider og rettspraksis at det er de alminnelige erstatningsregler som skal gjelde, hvilket må forstås som et krav culpa.¹⁰¹ Spørsmålet blir derfor om det stilles liknende krav til subjektiv klanderverdighet som vilkår for forbud. I forhold til forbud mot krenkelser av enerettslovgivningen er det fastslått at forbud kan nedlegges på rent objektiv grunnlag i den forstand at det verken kreves forsett

¹⁰¹ Se Innst. 1966 s. 83.

eller uaktsomhet på krenkerens side.¹⁰² Dette betyr at den som i god tro for eksempel har utviklet et produkt vil kunne forbys å utnytte dette med hjemmel i patentloven. Selv om forbudssanksjonen er forutsatt i forarbeidene til markedsføringsloven, er det vanskelig å se at det der kan hentes særlig veiledning derfra i forhold til dette spørsmålet. Dette har nok sammenheng med at de uttalelser som finnes om kravene til subjektiv klanderverdighet i de enkelte bestemmelser først og fremst er drøftet med straffe- og erstatningssanksjonen for øye. Konkurranselovkomitéens innstilling fra 1966 synes imidlertid å indikere at innvirkningen av subjektiv klanderverdighet vil kunne variere ettersom hvilken type sanksjon det er snakk om, og i forhold til mfl. § 1, hvoretter overtredelse ikke er straffesanksjonert, finnes visse uttalelser som kan være av interesse. I innstillingen fra Konkurranselovkomitéen heter det nemlig at det prinsipielt skal vurderes på objektivt grunnlag om det foreligger en overtredelse av generalklausulen.¹⁰³ Det er liten grunn til at dette skal stille seg annerledes ved krenkelse av de andre av markedsføringslovens bestemmelser, spesielt kan fremheves hensynet til konsekvens i rettssystemet og hensynet til effektivitet som jo gjør seg i like stor grad gjeldende ved andre krenkelser. Dessuten fremstår lovens spesialbestemmelser i bunn og grunn bare som eksemplifiseringer av generalklausulen. Rettspraksis kan ikke sies å tegne noe entydig bilde av situasjonen og i blant annet Rt. 1994.1584 (Tomy Train/Lego) og Rt. 1995.1908 (Mozelldommen) finnes visse uttalelser som indikerer at det at det kreves en viss grad av klanderverdighet. I senere rettspraksis, for eksempel Rt. 1997.199 (Cirrus) og Rt. 1998.1318 (Iskremdommen), synes imidlertid kravet til subjektiv klanderverdighet å være nedtonet.¹⁰⁴ Til dette kommer at det i dansk rett synes å være en alminnelig oppfattelse av at forbud ikke er betinget av en påvist culpøs handling, og at det således er tilstrekkelig å konstatere objektivt rettstridig forhold.¹⁰⁵ Selv om rettssituasjonen fremstår som uklar, mener jeg at det på grunnlag av

¹⁰² Koftvedgaard (2005) s. 456.

¹⁰³ Se Innstillingen 1966 s. 31.

¹⁰⁴ Se nærmere om dette i Lunde s. 268-275.

¹⁰⁵ Jfr. Madsen s. 210.

dette må være tilstrekkelig at det foreligger en objektiv overtredelse av en av markedsføringslovens bestemmelser som betingelse for forbud.¹⁰⁶

En annen sak er at krenkelsen ofte vil være et resultat av klanderverdig atferd. Slik kan det selvsagt være ved brudd på enerettslovgivningen, men dette gjelder i langt større grad ved krenkelser av markedsføringsloven hvor det må foretas en vurdering av den aktuelle handling opp mot vilkårene om urimelighet, rettsstridighet, god forretningsskikk osv. som jo alle i en viss grad gir uttrykk for krav om en viss klanderverdighet. For eksempel krever mfl. § 8a, at det foreligger en bevisst etterlikning. Selv om det kanskje er vanskelig å tenke seg tilfeller av god tro, er det etter min mening viktig at også de tilfeller der det unntaksvis er snakk om krenkelser i god tro vil kunne rammes av forbudssanksjonen. Noe annet ville kunne føre til til dels vanskelige vurderinger som igjen ville kunne svekke forbudssanksjonens effektivitet. Det er imidlertid grunn til å tro at utvist skyld vil kunne influere på spørsmålet om forbud i det enkelte tilfelle skal nedlegges.¹⁰⁷

8.2.2 Krenkelsesvurderingens retrospektive og prospektive elementer

8.2.2.1 Innledning

Tvangsfullbyrdelseslovens regler om midlertidige forbud og rettspraksis vedrørende endelige forbud viser at det ved krenkelsesvurderingen inngår to forskjellige elementer, et retrospektivt og et prospektivt.¹⁰⁸ Det retrospektive element innebærer at man spør om krenkelse eller forberedelse til krenkelse foreligger, mens det prospektive element er et spørsmål om det foreligger fare for fortsatt krenkelse eller at krenkelse vil skje. Spørsmålet

¹⁰⁶ Jfr. Lunde s. 275.

¹⁰⁷ I innst. 1966 pekes det på at det ikke kan utelukkes at det etter omstendighetene kan bli tillagt betydning at det foreligger et subjektivt klanderverdig forhold, og at et slikt moment ikke sjelden vil kunne spille en rolle når det spørres om en handling er i strid med god forretningsskikk. I forlengelsen av dette poengteres det at det subjektive forhold for øvrig vil spille en forskjellig rolle ettersom det er et spørsmål om å nedlegge forbud eller krav om erstatning.

¹⁰⁸ Jfr. Norrgård s. 63.

ved krenkelsesvurderingen er altså både hva som har hendt og hva som vil komme til å hende. Umiddelbart kan det nok synes som om det prospektive element er viktigst fordi forbudets funksjon nettopp er å forhindre fremtidige krenkelser, men i praksis har også det retrospektive element stor betydning fordi det er sjeldent vil være snakk om å nedlegge forbud dersom det ikke foreligger forberedelse til krenkelse eller krenkelse allerede har skjedd. Det må her sondres mellom to typer hovedtilfeller. Den første hovedtilfellet er den vanlige situasjon der det kreves forbud, nærmere bestemt der krenkelse allerede foreligger og spørsmålet er om den samme krenkelsen kommer til å fortsette (aktuell krenkelse). Her er faren knyttet til en sannsynliggjøring av at krenkelsen vil fortsette. Den ene situasjon her er den hvor krenkelsen er pågående mens saken kommer opp for retten. Som regel vil ikke inngriperen stanse sine inngrep ved at det anlegges sak, det er jo nettopp fordi han er uenig i om at han må stanse sin virksomhet at det blir en tvist. Likevel kan det nok forekomme situasjoner der inngriperen stanser sin inngripende virksomhet, men like fullt bestrider at han er pliktig til dette. I slike tilfeller kan det nok være at opphøret er av mer midlertidig karakter slik at det vil være naturlig å bedømme tilfellet under kategorien pågående krenkelser. Der det riktignok har skjedd en krenkelse, men denne er opphørt, er vi på vei over i det andre hovedtilfelle, nemlig der det aldri har vært noen krenkelse, men hvor det må undersøkes om dette vil skje i fremtiden. Herunder faller blant annet også spørsmålet om det er mulig å få dom for andre varianter av krenkelsen. I disse tilfellene er faren knyttet til sannsynliggjøring av at krenkelse vil skje, med andre ord et mer eller mindre hypotetisk hendelsesforløp. I begge de skisserte hovedtilfeller er det strengt tatt spørsmål om forbud mot fremtidige/forestående krenkelser, men i denne sammenheng vil jeg forbeholde dette begrepet for de tilfeller som faller under sistnevnte hovedkategori. Disse tilfellene ser jeg nærmere på under punkt 9.2.5 flg.

8.2.2.2 Det retrospektive element

Uansett om det er snakk om forføyningssak, fullbyrdelsessak eller fastsettelsessak må domstolene gå inn å gjøre en vurdering av det grunnlaget for kravet. Det gjøres ved en konkret vurdering av om de materielle forutsetninger i den enkelte lovbestemmelse er til stede i den forelagte sak. Den retrospektive vurdering i en tvist vedrørende

immaterialrettigheter innebærer for det første en prøvelse av enerettens eksistens. I en varemerkesak betyr dette at retten må ta stilling til om et varemerke er registrert eller eventuelt innarbeidet i tråd med lovens bestemmelser. Dernest må det undersøkes hvorvidt det er handlet i strid med en lovbestemmelse som beskytter denne enerettsposisjonen. For de eneretter som er avhengige av registrering, er utgangspunktet i inngrepssaker at retten skal forholde seg til rettigheten som registrert, og ugyldighet må eventuelt prøves i eget søksmål. Dersom gyldigheten er anfektet kan den imidlertid prøves i inngrepssak. Ugyldighetsspørsmål faller utenfor denne oppgavens ramme, men det er viktig å påpeke at dersom en enerett er ugyldig vil det jo eventuelt heller ikke være noe grunnlag for sanksjoner. Også i tvister etter markedsføringsloven er det selvsagt nødvendig å undersøke om saksøker har oppnådd en ”posisjon” som er vernet etter markedsføringsloven og i så fall om det foreligger en krenkelse av denne. Samtlige vilkår for beskyttelse må være til stede og det må være handlet i strid med lovens vilkår. For eksempel må det i en sak etter mfl. § 7 første ledd undersøkes om den viten og kunnskap som søkes beskyttet oppfyller de kvalitative krav for bedriftshemmeligheter. Videre må disse være ervervet i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs eller forretningsforhold. Endelig må disse hemmelighetene være utnyttet på en rettstridig måte.

Ved denne vurderingen kommer forskjellen mellom enerettslovgivningen og markedsføringslovens oppbygning klart frem. Vurderingen etter markedsføringsloven innebærer ikke på samme måte en vurdering av om en beskyttet posisjon foreligger, men er sentrert mot de subjektive forhold på den potensielle krenkers side. I en markedsrettslig tvist vil det selvsagt heller aldri bli snakk om noen ugyldighetsprøvelse. Det er altså først der retten finner at det er etablert en beskyttet posisjon eller at det foreligger et rettsforhold, eller i det minste at en slik posisjon eller rettsforhold sannsynliggjøres, og det er handlet i strid med rettsreglene som beskytter denne rettsposisjon eller dette rettsforhold, at det vil være riktig å si at saksøker materielt sett har et ”krav” om at motparten skal unnlate noe slik det tales om i tvml. §§ 53 og 54 og tvfl. § 15-1. I saker hvor det påstås brudd på markedsføringslovens regler vil kravet typisk være at markedsføringen av et etterliknende

produkt eller kjennetegn forbys enten på grunn av faren for forveksling (mfl. § 8a) eller fordi markedsføringen vil innebære et brudd mot god forretningsskikk (mfl. § 1).

8.2.2.3 Det prospektive element

Når det gjelder tilfellene av aktuelle krenkelser, knytter det prospektive element seg altså direkte til faren for videre krenkelse. Spørsmålet er imidlertid om faren er et absolutt vilkår for at forbud kan ilegges. Jeg kan ikke se at dette spørsmålet er direkte berørt i relevante forarbeider. Det har heller ikke vært gjenstand for særlig oppmerksomhet i norsk litteratur eller rettspraksis, men det finnes visse kilder som kan kaste noe lys over spørsmålet. For de midlertidige forbuds vedkommende kan farekriteriet sies å følge direkte av at de sikringsgrunner som oppstilles i tvfl. § 15-2. I LB-1999-3153 ble det etter en konkret vurdering ikke funnet sannsynliggjort at et postordrefirma ville fortsette sin markedsføring av en rettstridig etterlikning. Heller ikke en mistanke om at eieren av firmaet ville starte opp under nytt navn ble sannsynliggjort, så det var i det hele tatt ingenting ved saksøktes atferd som tilsa at midlertidig forføyning skulle være aktuelt etter verken litra a eller b. Også LF-2005-1089 viser at faren for videre krenkelse tas i betraktning ved avgjørelsen av om sikringsgrunn foreligger. Her ble det ikke funnet tilstrekkelig sikringsgrunn for et av forføyningskravene, fordi firmaet Supersøk hadde sagt seg villig til å avstå fra å bruke en viss karakteristikk i markedsføringen, og de hadde innrettet seg etter dette. I de saker hvor det derimot besluttes midlertidig forføyning er jo dette nettopp fordi retten etter en helhetsvurdering finner at krenkelsen vil fortsette.

Når det gjelder endelig forbud så finnes det ikke liknende kriterier å ta utgangspunkt i for å vurdere om fare er en nødvendig kriterium for å få nedlagt et forbud. Farekriteriet er i forføyningssak direkte knyttet til tilleggsvilkåret om sikringsgrunn som igjen er begrunnet i et ofte mangelfullt grunnlag for å avgjøre det underliggende materielle krav. Likevel mener jeg at selve kravet til fare må kunne utledes direkte av forbudets formål som jo er å avverge skade eller krenkelse som vil skje i fremtiden. Dersom det ikke foreligger noen fare, vil det jo heller ikke være noe behov for nedlegge et forbud, og andre sanksjoner vil da være mer

tjenelige. Kravet om fare må derfor etter min mening gjelde like mye i forhold til endelige forbud.¹⁰⁹

Det kan imidlertid spørres om det i ethvert henseende er nødvendig å sannsynliggjøre at det er fare for nye krenkelser, eller om det etter omstendighetene kan være nok at det foreligger en krenkelse. En svensk varemerkerettslig tvist som nylig ble forelagt EF-domstolen for uttalelse berører dette spørsmålet (sak C-316/05 (Nokia vs. Joacim Wårdell)). De forelagte spørsmål var knyttet til forståelsen av forordning nr. 40/94 om EF-varemerker art. 98 stk 1 som sier at ”Såfremt en EF-varemærkesomstol finder, at sagsøgte har krænket eller truet med at krænke et EF-varemerke, udsteder den et forbud mod, at sagsøgte krænker eller truer med at krænke EF-varemerket, medmindre der er særlige grunde til at undlade dette”. Det var særlig forståelsen av formuleringen ”særlige grunde” som var gjenstand for tvil. Et av spørsmålene var om den rett som finner at saksøkte har krenket et EF-varemerke kan unnlate å nedlegge et forbud mot fortsatt krenkelse dersom domstolen finner at risikoen for fortsatt krenkelse ikke er åpenbar eller risikoen for videre krenkelse er begrenset. Generaladvokaten uttalte at det var mulig at risikoen for videre krenkelse i særlige saker kunne være en av flere omstendigheter som samlet sett kunne utgjøre slike ”særlige grunde”, men at det at risikoen for fortsatt krenkelse ikke er åpenbar eller på andre måter begrenset, ikke i seg selv vil utgjøre en ”særlig grunn” til å unnlate forbud. Selv om forordningen om EF-varemerker ikke er omfattet av EØS-avtalen, og disse uttalelsene ikke har noen direkte rettskildemessige verdi for norsk rett, kan det utledes flere interessante betraktninger av denne saken. For det første forutsetter forordningen en helhetlig vurdering av om forbud skal kunne nedlegges eller ikke. Videre forutsettes det altså ikke fare for videre krenkelser for å nedleggelse av forbud. Det er med andre ord i utgangspunktet nok at det foreligger en objektiv krenkelse. På grunnlag av dette kan det virke som om tendensen i felleskapsretten går i retning av en mer forenklet vurdering av om forbud skal nedlegges, begrunnet i effektivitets- og prevensjonshensyn. Også prisnippet om konform praktisering

¹⁰⁹ Jfr. Norrgård s. 268 note 1010.

av reglene for å oppnå lik beskyttelse for EF-varemerker innenfor fellesskapet er nok en forklaring på at EF-domstolen her tok til orde for en forenklet forutsetningsprøvelse.

Dersom en krenkelse er så situasjonsbestemt at det ikke foreligger noen reell fare for videre krenkelse, vil imidlertid saksøker etter som regel være tilstrekkelig hjulpet av en eventuell fastsettelsesdom og/eller erstatning. I forhold til fullbyrdelsessøksmål og midlertidige forbud mener jeg derfor at faren fortsatt må være et nødvendig kriterium etter norsk rett, noe som nevnt kan utledes direkte av forbudets formål. Selv om det etter min mening vil være naturlig å si at et slikt forbud er betinget av at det foreligger en viss fare for fortsatt krenkelse, kan det spørres om det i norsk rett, i det minste kan sies å gjelde en presumpsjon for videre krenkelser, for de pågående krenkelsers vedkommende? Så vidt jeg kan se inneholder verken markedsføringslovens eller enerettslovenes forarbeider uttalelser som kan gi veiledning i forhold til om et slikt presumpsjonsprinsipp kan legges til grunn. Det samme gjelder tvangsfullbyrdelseslovens forarbeider. Jeg kan heller ikke se at det i rettspraksis finnes prinsipielle uttalelser om dette. Likevel viser rettspraksis at dersom det først finnes å foreligge en beskyttet rettsposisjon og en krenkelse av denne, så blir forbud i de store flertall av saker nedlagt, dersom ikke sterke hensyn taler mot et forbud.¹¹⁰ Et presumpsjonsprinsipp vil først og fremst gi utslag ved at det pågående inngrep utgjør et bevisfaktum i den rettslige vurdering.¹¹¹ Ved å oppstille et presumpsjonsprinsipp vil saksøker ved å sannsynliggjøre at krenkelse faktisk foreligger samtidig sannsynliggjøre at denne vil fortsette. Det kan pekes på at det både etter tysk og finsk rett må oppstilles en slik presumpsjon, og gode grunner taler for at en slik presumpsjon også må gjelde i norsk rett. Særlig effektivitetshensyn kan støtte en slik presumpsjon; dersom motpartens handlingsmønster fortsetter til tross for en påbegynt prosess, vil han heller neppe avslutte inngrepet før det foreligger en domstolsavgjørelse. Selvsagt kan motparten føre motbevis, men det må nok kreves rimelig sikre holdepunkter for at inngrepet ikke skal fortsette. Det

¹¹⁰ Se for eksempel Rt. 2005 s. 1601, Rt. 2000 s. 110 og RG 1996.777.

¹¹¹ Norrgård s. 276.

vil derfor neppe være tilstrekkelig at saksøkte på uformell måte forsikrer om at inngrepet ikke vil fortsette.¹¹²

Et særlig spørsmål er hva faren må gjelde. Er det fare for krenkelse eller skade som kreves, og må det eventuelt kreves kvalifiserte skader? I forhold til de midlertidige forbud må det her gjøres en tolkning av de i tvangsfullbyrdelsesloven oppstilte sikringsgrunner som jo nettopp inneholder elementer av fare. Mens tvfl. § 15-2 litra a retter seg mot faren for forspillelse av muligheten til å forfølge eller gjennomføre kravet, det vil i praksis si å få endelig dom for kravet, så retter litra b seg direkte mot faren for skader eller ulemper ved fortsatt krenkelse. Indirekte kan man imidlertid kanskje si at også litra a er begrunnet i hensynet til faren for at skader og ulemper da forspillelse av muligheten til forfølging og gjennomføring fort vil kunne føre til slike. For finsk retts vedkommende har det imidlertid blitt hevdet at det må være tilstrekkelig med fare for inngrep.¹¹³ Etter min mening må dette også gjelde i norsk rett. For de endelige forbud kreves jo ikke på samme måte at sikringsgrunn sannsynliggjøres, men siden det her vil være en flytende overgang mellom krenkelsesvurderingen og konsekvensvurderingen kan det nok også for de midlertidige forbuds del være naturlig å si at det er tilstrekkelig at det foreligger fare for inngrep, og at den eventuelle skadens størrelse først kommer i betraktning ved konsekvensvurderingen.¹¹⁴

8.3 Konsekvensvurderingen

8.3.1 Innledning

Som nevnt er det en nødvendig forutsetning for forbud at det foreligger en krenkelse eller i det minste at det er sannsynlighet for slik krenkelse. Dessuten må forbudet være nødvendig for å forhindre videre eller fremtidige krenkelser. Spørsmålet er imidlertid om dette er tilstrekkelige betingelser for forbud. Det er ikke gitt at krenkelse av en etablert rettsposisjon

¹¹² Jfr. Norrgård s. 277

¹¹³ Norrgård s. 270.

¹¹⁴ Norrgård s. 269-270.

eller handlingsnorm nødvendigvis gir noe rettskrav på et forbud mot videre handlinger i strid med denne posisjonen eller normen. Det kan med andre ord være en forskjell mellom det at en handling er forbudt og det at et forbud idømmes som sanksjonerende tiltak. Det bør derfor undersøkes om det kreves eller bør kreves noe mer enn en overskridelse av den aktuelle bestemmelse før forbud nedlegges. Dette er en side ved forbudssanksjonen som i det hele tatt virker å ha fått lite oppmerksomhet i norsk rettspraksis og teori. Like fullt fremstår denne siden som viktig for fastsettelsen av det enkelte forbuds innhold og rekkevidde, og dessuten for å ivareta hensyn bak forbudssanksjonen, spesielt hensynene til forbudets effektivitet og proporsjonalitet. Større åpenhet rundt de momenter som vektlegges ved avgjørelsen av om et forbud skal nedlegges eller ikke kan dessuten bidra til større forutberegnelighet for partene, noe som igjen kan ha en viss prosessbesparende virkning.

Når et forbud nedlegges vil dette alltid få visse konsekvenser for den det er rettet mot. Motsatt vil også en nektelse av å nedlegge et forbud få visse konsekvenser for den som nektes dette. Det kan derfor spørres hvilken innvirkning dette vil ha på den materielle forutsetningsprøvelse. For de midlertidige forbuds vedkommende fremgår det uttrykkelig av tvangsfullbyrdelsesloven at det må tas hensyn til konsekvensene av et nedlagt forbud ved at det midlertidige forbud er gjort fakultativt, forføyningen må fremstå som nødvendig, og det skal foretas en proporsjonalitetsvurdering. Disse ”skrankene” er naturlige da man i en summarisk prosess i mindre grad enn ved vanlig forbudssak vil kunne garantere for et materielt riktig resultat. Marcus Norrgård opererer i sin doktoravhandling ”Interimistiska förbud i immaterialrätten” med en sontring mellom den ”materielle” og den ”åpne” prøvelse.¹¹⁵ Dersom krenkelsen er i fokus kaller han prøvelsen ”materieell”,¹¹⁶ mens prøvelsen er ”åpen” dersom fokuset ligger på konsekvensene for partene og tredjemenn. Man kan kanskje si at ved den rene materielle prøvelse vil de hensyn som begrunner den materielle regelen stå i fokus, mens det ved den ”åpne” prøvelse først og fremst er de hensynene bak selve sanksjonen og prosessen som vektlegges. Forutsetningsprøvelsen kan

¹¹⁵ Han tar her opp fordeler og ulemper ved de to sidene av prøvelsen.

¹¹⁶ Begrepet ”materieell prøvelse” brukes da i snever forstand.

være mer eller mindre materiell og mer eller mindre ”åpen” fra sak til sak, men det må være klart at domstolene sjelden vil velge den ene prøvelse fremfor den andre. Det vil i alle tilfeller være snakk om en kombinasjon av de to,¹¹⁷ hvilket er klart forutsatt i tvangfullbyrdelsesloven. Også i forføyningssakene er det imidlertid stor forskjell på hvor grundig domstolene går inn for å vurdere sikringsgrunnen. Selvsagt kan det fremstå som klart om sikringsgrunn foreligger eller ikke, men også hovedkravets styrke vil nok kunne virke inn her. Siden det i tvangfullbyrdelsesloven finnes nærmere bestemmelser om når midlertidig forføyning kan besluttes vil det være interessant å gå nærmere inn på de materielle regler og den praksis som er tilknyttet lovbestemmelsene. Dette vil jeg gjøre i punkt 8.3.2. På grunn av de tidligere nevnte sammenhenger mellom de midlertidige og endelige forbussaker vil en undersøkelse av tvangfullbyrdelseslovens regler dessuten kunne kaste lys over hvilken betydning konsekvensene ved et nedlagt forbud har også i ordinære forbudssaker. Når det gjelder de endelige forbud er situasjonen en annen, det finnes ingen lovregler som sier noe om forbudets konsekvenser og betydningen av proporsjonalitetsvurderinger i den materielle prøvelse. I punkt 8.3.3 vil jeg derfor undersøke i hvilken grad konsekvens- og proporsjonalitetsbetraktninger også her virker inn på den materielle helhetsvurdering.

¹¹⁷ Det kan imidlertid være interessant å observere at det i de forskjellige lands rettssystemer kan gjøre seg gjeldende mer prinsipielle forskjeller i hvilket element ved den materielle prøvelse som vektlegges. I Tyskland foretas det i forhold til de utilbørlige konkurransehandlinger ingen interesseavveining (UWG § 25) og sikringsgrunnen trenger ikke sannsynliggjøres, hvilket gjør det lettere å få midlertidig forbud dersom det foreligger en utilbørlig konkurransehandling enn etter den generelle tyske prosesslov. Det antas at også varemerkeinngrep omfattes av bestemmelsen, men ikke patent- og opphavsrettsinngrep. I det hele tatt er de utilbørlige konkurransehandlinger de midlertidige forbuds kjerneområde i tysk rett, patentrettigheter er sjeldnere gjenstand for midlertidig forbud, noe som har sammenheng med at patentsaker ofte er innviklede og dessuten at konsekvensene ved forbudsnedleggelse ofte er store. Se Norrgård s. 108 flg. for en redegjørelse for det tyske system.

8.3.2 Konsekvensvurderinger i forføynings sak

Utover sannsynliggjøring av hovedkravet kreves sannsynliggjøring av såkalt sikringsgrunn for å få et midlertidig forbud. Tvangsfullbyrdelsesloven § 15-2 oppstiller de materielle vilkår for slike sikringsgrunner. Bestemmelsen er bygget opp som en fakultativ vurderingsnorm hvor kravets gjennomførbarhet og den midlertidige forføynings nødvendighet for å hindre skade og ulempe står sentralt. Det er også disse vilkårene sammen med interesseavveiningen etter andre ledd som etter min mening utgjør hovedelementene i konsekvensvurderingen i forføynings saker. Bestemmelsens litra b er det alternativ som er klart mest påberopt i den rettspraksis jeg har gjennomgått og jeg vil derfor konsentrere meg om dette alternativet. Dette betyr likevel ikke at saker etter litra a er upraktisk.¹¹⁸ Noe av grunnen til at litra a tradisjonelt har vært mindre brukt enn litra b ligger nok i antagelsen om at litra a ikke kunne hjemle en foregrepen fullbyrdelse.¹¹⁹ Problemet oppstår der hovedkrav og forføyningskrav faller sammen og sistnevnte dermed innebærer en foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet. Med avgjørelsen i Rt. 2003.1165 (Mein Kampf) synes imidlertid dette fraveket slik at midlertidig forbud etter litra a nå kan nedlegges uten hinder av forbudet mot foregrepet fullbyrdelse.

Litra b hjemler adgang til bruk av midlertidige ordninger generelt i omtvistede rettsforhold, og her har det aldri vært noe krav om at den midlertidige forføyning ikke kan gå lenger enn til sikring av hovedkravet.¹²⁰ Det må være nok at saksøkers krav bestrides for at rettsforholdet skal kunne sies å være omtvistet. Videre må den midlertidige ordning være nødvendig for avverge skade eller ulempe eller hindre voldsomheter som saksøktes atferd gir grunn til å frykte for. I de typiske immaterial- og markedsrettssaker er det nok første alternativ som er mest praktisk. Ordlyden tyder på at det kreves utsikter til kvalifiserte skader eller ulemper, og det må blant annet tas hensyn til viktigheten av det omtvistede rettsforhold for saksøker og graden av saksøktes inngrep. Mest praktisk er det nok at skaden rammer saksøker direkte, for eksempel der en produsent av et merkeprodukt

¹¹⁸ Se for eksempel LB-1997-1194.

¹¹⁹ Se for eksempel Rt. 1969.1402, Rt. 1981.910 og Rt. 1987.242.

¹²⁰ Falkanger s. 1043.

oppdager at det produseres forfalskninger ved en annen fabrikk. Men også i tilfeller der det for eksempel er en selger av slike merkevarer som rammes direkte, så vil dette indirekte kunne føre til tap og ulempe for produsenten. I en sak i LB-2003-1979, hvor det riktignok ikke ble funnet brudd på markedsføringsloven § 8a eller § 1, ble det i et obiter dictum uttalt noe om hvilke omstendigheter som kan spille inn ved vurderingen av nødvendigheten av å få en midlertidig ordning for å ”avverge en vesentlig skade eller ulempe”. Blant annet ble det lagt vekt på at kjæremotparten ikke hadde nedlagt særlig markedsføringsinnsats i det aktuelle område og at deres produkter neppe lenger var konkurransedyktige. Ved avgjørelsen i Rt. 2000.110 ble det ved siden av et følelig omsetningstap lagt vekt på at kjæremotparten Dale of Norways produkter ville miste sitt særpreg når billigere produkter av sannsynligvis dårligere kvalitet nådde markedet. Faren for tap av goodwill og degenerasjon er altså sentrale momenter. I saken var det dessuten av betydning at motparten Leather Man ved flere anledninger hadde unnlatt å rette seg etter namsrettens og Konkurransetvalgets avgjørelser. Det kan spørres om det forhold at saksøkte er søkegod eller ikke kan innvirke på vurderingen. I Rt. 1967.124 ble det ved midlertidig forføyning nedlagt forbud mot at saksøkte importerte og solgte et produkt som krenket en patentvernet fremgangsmåte for fremstilling av et medisinsk produkt. Det ble her forgjeves gjort gjeldende for Høyesteretts kjæremålsutvalg at det ikke var hjemmel for midlertidig forføyning når det bare var snakk om en økonomisk skade og saksøkte var søkegod. Senere rettspraksis (for eksempel Rt. 1996.1625) viser imidlertid at et slikt mulig erstatningskrav kan føre til at midlertidig forføyning ikke blir besluttet. I Rt. 1960.831, hvor skaden blant annet bestod i at saksøkte brukte et varemerke som saksøkeren påstod seg eneberettiget til, ble det ikke ansett å være utilstrekkelig for midlertidig forbud at det utelukkende dreide seg om en økonomisk skade.

Felles for vurderingstemaene under litra a og litra b er kravet til den midlertidige sikringsnødvendighet. For eksempel bør det tas hensyn til om det finnes andre adekvate, mindre inngripende forføyninger. I LF-1999-647 ble det i et obiter dictum fremholdt at etterliknende produkt ikke ville innebære en slik konkurranse for Ekornes at et midlertidig forbud var nødvendig. Produktet ville i alle tilfelle ikke komme på det norske marked før

om et år og innen den tid ville det være god nok anledning til å reise ordinær forbudssak. Et annet tilfelle der retten nok fort kan komme til at det ikke nødvendig med midlertidig sikring er der saksøkeren allerede har tvangsgrunnlag for sitt hovedkrav.¹²¹ Rt. 2000.110 (Dale/LeatherMan) illustrerer godt at det ikke er nødvendig at saksøkeren kan påvise at han allerede er rammet av en skade eller ulempe, men ved nødvendighetsvurderingen vil det nok også være et moment hvorvidt saksøkte allerede er rammet. I forlengelsen av vilkåret om nødvendighet, krever loven at det heller ikke må være åpenbart misforhold mellom skaden eller ulempen saksøkte blir påført og den interesse saksøker har i at forføyning blir besluttet (andre ledd). Selv om retten i og for seg har konstatert at lovens vilkår for forføyninger er oppfylt, kan retten etter en helhetlig vurdering av de kryssende interesser unnlate å beslutte midlertidig forføyning.¹²² Det fremgår av ordlyden at det må være et kvalifisert misforhold mellom interessene før midlertidig forføyning kan avskjæres. Med andre ord tar man høyde for at den ene part vil kunne bli påført *noe* skade eller ulempe ved avgjørelsen. Det er en konkret avveining som må foretas, hvor både økonomiske og ikke-økonomiske skader og interesser på begge sider må tas i betraktning.¹²³

Også saksøkers passivitet vil være et moment i vurderingen. Det er selvsagt en forutsetning at saksøker er klar over krenkelsen. Selv om det ikke finnes regler om sistefrist for å anlegge sak om midlertidig forføyning etter at krenkelse er oppdaget, hindrer ikke at passivitet vil være et moment i proporsjonalitetsvurderingen. Riktignok kan det tenkes flere mer eller mindre gode grunner til å vente med begjæring om midlertidig forføyning. Det kan for eksempel være at saksøker er usikker på omfanget av sin egen rett, eller at han vil vente å se hvilke konsekvenser krenkelsen får før han er villig til å ta den økonomiske risiko en prosess innebærer.¹²⁴ Det ligger dessuten en viss fare i å gå til sak uten skikkelig grunnlag da dette nødvendigvis vil kunne få konsekvenser for saksøker dersom hans antagelser slår feil. Dersom man handler før tiden er moden, vil man også kunne oppleve

¹²¹ Falkanger s. 1048.

¹²² Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 291.

¹²³ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292.

¹²⁴ Andersson s. 33.

en forskyvning av prosessen fra den ordinære til den summariske prosess, der det strengt talt ikke er behov for et midlertidig forbud. Likevel finnes også tilfeller hvor passiviteten vil kunne tale mot saksøker. I forhold til de danske regler om fagedforbud oppstiller Plesner i hovedsak to situasjoner der midlertidig forføyning bør nektes på grunn av passivitet.¹²⁵ Den første situasjonen er den hvor det forsøkes å drive i gjennom en konkurranseklausul eller for å beskytte bedriftshemmeligheter mot tidligere ansatte. I disse situasjonene peker han på at skaden vil kunne bli altfor alvorlig dersom saksøker bevisst lar motparten bygge opp sin virksomhet for så å begjære midlertidig forføyning, som i sin tur kan virke ruinerende. Den andre situasjonen Plesner nevner er de rene utpresningstilfeller. Heller ikke her vil saksøkers ønske om midlertidig forføyning være særlig beskyttelsesverdig. De hensyn som gjør seg gjeldende i slike tilfeller må etter min mening gjelde like mye i norsk rett.

Som et siste moment i konsekvensvurderingen skal nevnes muligheten for sikkerhetsstillelse. Som vi skal se senere vil muligheten for sikkerhetsstillelse virke inn på sannsynlighetsvurderingen etter § 15-6. Selv om det til syvende og sist er en helhetsvurdering som skal foretas i forhold til om midlertidig forføyning skal besluttes eller ikke, kan man nok si at muligheten til sikkerhetsstillelse også vil spille inn på proporsjonalitetsvurderingen isolert sett. Siden muligheten for å stille sikkerhet spiller en viktig rolle ved anvendelsen av regelen om midlertidig forbud, kan det være verdt å se litt nærmere på hva som ligger i reglene om sikkerhetsstillelse. Reglene om sikkerhetsstillelse gjelder bare de midlertidige forbud, et endelig forbud kan selvsagt ikke avverges ved sikkerhetsstillelse. Etter tvfl. § 15-6 første ledd andre punktum kan det fra rettens side stilles vilkår om sikkerhetsstillelse som betingelse for ikrafttredelse og gjennomføring av den midlertidige forføyning. Bestemmelsen må ses i sammenheng med tvfl. § 3-5, som foreskriver et objektivt erstatningsansvar for skader saksøkte har lidt som følge av midlertidige tiltak iverksatt på bakgrunn av et krav som senere viser seg å ikke være holdbart. Hvorvidt slik sikkerhetsstillelse skal kreves er overlatt til rettens skjønn, og det er

¹²⁵ Plesner s. 333.

rimelig å anta at sannsynligheten for å vinne frem med hovedkravet vil innvirke på behovet for sikkerhet jfr. Rt. 1968.1341. Ved vurderingen vil det blant annet være relevant å ta hensyn til begge parters økonomiske evne, og det er nettopp der forføyningen vil innebære en økonomisk belastning for saksøkte at sikkerhetsstillelse er praktisk. Dette vil for eksempel være tilfelle der videre produksjon og salg av et produkt forbyes, fordi saksøker mener han er eneberettiget til dette eller at produktet må anses å være en etterlikning. Dessuten kan graden av klanderverdighet på saksøktes side virke inn på vurderingen. Muligheten til å kreve sikkerhetsstillelse er motivert i tanken om at saksøker på denne måten vil tenke seg om to ganger før han går til sak. Dette hindrer grunnløse og usikre søksmål, og vil derved virke prosessbesparende. Dersom sikkerheten skal oppfylle denne preventive funksjonen er det viktig at den settes tilstrekkelig høyt, dog bør den ikke overstige det erstatningsansvar saksøker kan bli påført etter § 3-5.¹²⁶ I det hele tatt er det viktig å ha muligheten for sikkerhetsstillelse i bakhodet ved vurderingen av vilkårene for midlertidig sikring.

På bakgrunn av det foregående kan det fastslås at det er viktig at de materielle vilkår i litra a og b vurderes konkret i lys av nødvendighets- og proporsjonalitetsbetraktninger. Begrunnelsen for nødvendighetsvurderingen og den interesseavveining som bestemmelsen foreskriver må søkes i faren for misbruk av instituttet som sanksjonsmiddel eller for trenering av saken. På den ene siden ønsker man å sikre rettighetshaverens rettigheter. Det har liten hensikt å få anerkjent sine rettigheter hvis utviklingen medfører at disse ikke lenger har betydning.¹²⁷ På den andre siden er det viktig at domstolene treffer riktige avgjørelser også i saker hvor det ”bare” er snakk om anvendelse av foreløpige rettsmidler. Kanskje viser den senere hovedsak nettopp at det er saksøkte som er den reelle rettighetshaver eller forøvrig innhar en beskyttet posisjon, eller i det minste at saksøker ikke innehar den rett han hevder. Dette er også de midlertidige forbuds dilemma. Et uriktig nedlagt forbud kan føre til at den ene part må innstille en fullt lovlig og viktig virksomhet så lenge at hans rett på grunn av forføyningen ikke har særlig betydning, for eksempel der

¹²⁶ Falkanger s. 1065.

¹²⁷ Mitsem s. 10.

patentstrid ikke løses før patenttiden er utløpt. På den andre siden kan det være at den som på urettmessig måte har fått innvilget et midlertidig forbud fritt kan fortsette sin virksomhet, fri fra en besværlig konkurrent. Noen av problemene som oppstår her kan imidlertid søkes avdempet ved sikkerhetsstillelse. Den rettspraksis som er gjennomgått her viser at det i stor grad legges vekt på den proporsjonalitets- og interessevurdering som oppstilles i tvangsfullbyrdelsesloven. Dette har nok først og fremst sammenheng med at sakene om midlertidig forbud ofte avgjøres på et relativt tynt bevisgrunnlag nettopp fordi prosessen skal være rask. Særlig gjelder dette i de saker hvor det materielle rettsforhold fremstår som komplisert. Kompleksiteten vil nødvendigvis variere fra sak til sak, men ofte vil det trolig være lettere å ta stilling til holdbarheten av et krav som følger av markedsføringsloven, hvor jo vurderingsnormene ofte etterlater større rom for skjønn, enn for eksempel et krav etter patentloven, som kan reise vanskelige tekniske spørsmål.

8.3.3 Konsekvensvurderingenes betydning i ordinær forbudssak

I Norge finnes ikke tilsvarende lovbestemte vilkår for ileggelse av endelige forbud, og spørsmålet er derfor hvilken betydning konsekvens- og proporsjonalitetsvurderinger har ved den materielle prøvelse i slike saker. Det vil derfor være interessant å undersøke hvilket rom det er for en bredere vurdering, som også inkluderer forbudets konsekvenser. Her må imidlertid en prinsipiell forskjell mellom de midlertidige og de endelige forbud iakttas; mens de midlertidige forbud er resultat av en summarisk prøvelse hvor det ofte ikke er forutsetninger for å gjøre en inngående vurdering av det materielle rettsforhold, vil det materielle grunnlag normalt være bedre opplyst i en ordinær forbudssak. I den rettspraksis jeg har gjennomgått synes også dette å skinne igjennom, i hvert fall er det sjelden domstolene i disse tilfellene uttrykkelig går inn på en mer ”åpen” vurdering av forbudets konsekvenser. Dette er vel heller ikke så rart ettersom loven, i motsetning til hva som gjelder i forføyningssaker, ikke krever at forbudets konsekvenser skal tas i betraktning. Likevel finnes visse rettsavgjørelser som viser at forbudets konsekvenser og en avveining av partenes interesser inngår som momenter i en større helhetsvurdering også i saker om endelig forbud.

I den tidligere nevnte Mozelldommen (Rt. 1995.1908) ble ikke anvendelse av merket Mozell på mineralvann ansett å stride mot verken varemerkelovens eller markedsføringslovens bestemmelser. Etter å ha foretatt en grundig prøvelse av de materielle grunnlag uttalte retten at et forbud dessuten ville fremstå som "uforholdsmessig". Det ble videre uttalt at "Det er vanskelig å se at bruken av ordmerket MOZELL og figurmerket i dets nåværende form - anvendt på et mineralvann - kan være egnet til å medføre skadevirkninger for vinprodusentene i Moseldistriktet, heller ikke i form av "uttynning" av Mosel som opprinnelsesbetegnelse". Også i andre saker finnes uttalelser som viser at det foretas en mer sammensatt vurdering av om forbud skal nedlegges. I LE-1996-544 ble det uttalt at det må foretas en helhetsvurdering, hvor det blant annet måtte tas hensyn til at forbud mot bruk av det aktuelle firmanavn ikke ville fremstå som uforholdsmessig. Dette ble støttet med at saksøkte (Norges Is BA) produksjon hadde vart i kort tid og var relativt beskjeden da protest ble fremsatt. Også i RG 1982.932 ble det påpekt at et forbud ville ramme saksøkte hardt ved at han måtte lage nye trefigurer og eventuelt i en overgangsperiode skaffe seg et alternativt levebrød, uten at dette var utslagsgivende for det forbud som ble nedlagt.

Også andre saker viser at partene forutsetter at retten tar i betraktning virkningene av innvilgelse eller avvisning av et forbud i den materielle vurdering. I en sak fra Oslo tingrett (2003-02-13) anførte den ene part at det måtte anlegges en interesseavveining ved avgjørelsen av om forbud skulle nedlegges eller ikke. Retten uttalte her at den ikke trengte å ta stilling til i hvilken utstrekning en interesseavveining kunne anføres som et selvstendig moment i slike saker, men påpekte at det ikke var noen motstrid mellom den løsning retten kom til og det resultat en mer vidt sammensatt helhetsvurdering ville føre til. LA-2004-60570 (Scanmar) viser også at slike interesseavveininger og proporsjonalitetsvurderinger anføres i forbudssaker. Saken dreide seg om påstått krenkelse av markedsføringslovens §§ 1, 7 og 8, og det ble anført av ankemotparten at "Det må foretas en avveining mellom skadeeffekten for Simrad og behovet for beskyttelse for Scanmar. Avveiningen må lede til

en klar overvekt i retning av beskyttelse, før forbud skal kunne ilegges”.¹²⁸ Retten imøtegikk imidlertid ikke anførselen, og saken ble løst ut i fra en ren bedømmelse av det materielle grunnlag, men det er selvsagt ikke utelukket at retten også tok slike forhold i betraktning all den tid de kom til at forbud ikke kunne nedlegges.

På dette området må det også være mulig å hente veiledning fra utenlandsk rett da forbudssanksjonen i stor grad reiser de samme spørsmål uavhengig av rettssystem. En interessant sak i denne relasjon er saken mellom eBay og MercExchange, som nylig var oppe til avgjørelse i amerikansk høyesterett.¹²⁹ Tvisten dreide seg kort fortalt om at Ebay hadde brukt en metode for netthandel som var beskyttet av firmaet MercExchanges patent. MercExchange ønsket å stoppe videre bruk av denne metoden og søkte derfor endelig forbud eller såkalt ”permanent injunctive relief”. Høyesterett forkastet her underinstansenes vurderinger av spørsmålet da disse ikke hadde vurdert saken på en tilfredsstillende måte på grunnlag av den tradisjonelle ”four-factor test”. Denne testen innebærer kort fortalt at saksøker må påvise at han har lidt ureparerbar skade, at andre sanksjoner er utilstrekkelige til å kompensere for skaden, at det etter en interesseavveining mellom saksøkers og saksøktes interesser fremstår som nødvendig med forbud og at offentlige interesser ikke vil lide under et forbud. Det sentrale i denne sammenheng er rettens uttalelser om at det ikke kan oppstilles noe generelt krav om forbud selv om krenkelse foreligger og patentet er gyldig. Det stemte altså ikke som ”the Court of Appeal” hadde antatt at forbud bare kunne nektes i sjeldne og uvanlige tilfeller. Dessuten hadde ”the District Court” vært for kategorisk ved anvendelsen av firefaktor-testen, når denne hadde funnet at patenthaveren på grunn av manglende kommersiell utnyttelse av sitt patent ikke ville kunne lide ureparerbar skade dersom det ikke ble nedlagt forbud. Den amerikanske Høyesterett

¹²⁸ Når det gjelder anførselen om at avveiningen må føre til en ”klar overvekt i retning beskyttelse, før forbud kan ilegges” er det ikke mitt inntrykk at det i praksis kreves noen slik. Dersom det materielle krav eller rettsforhold er vel fundert synes det som om forbud i de fleste tilfeller nedlegges selv om det kan være tungtveiende ytre momenter som taler i mot, i hvert fall kan det neppe oppstilles noe krav om interesseavveiningen også må føre til en ”klar overvekt” i favør den ene part.

¹²⁹ eBay Inc. V. MercExchange, L.L.C. 126 S.Ct. 1837 (U.S.,2006)

understreket at det enkelte tilfelle måtte vurderes konkret ut i fra rettens skjønn og i lys av utviklingen på området. I dag vil et patent ofte utnyttes i like stor grad ved lisensiering som basis for produksjon og salg. Retten peker på at det i disse tilfellene vil være en viss fare for at de firmaer som ønsker en billig lisens på en urimelig måte vil bruke muligheten for ”injunctions” som pressmiddel i en forhandlingsposisjon.

Som jeg var inne på tidligere, forutsetter også forbudsbestemmelsen i forordningen om EF-varemerker art. 98 stk. 1 at forbud til tross for krenkelse kan unnlates dersom det er ”særlige grunde” til dette. Det er grunn til å anta at det er nettopp konsekvens- og proporsjonalitetsbetraktninger som på dette grunnlag eventuelt kan avskjære et forbud. Som nevnt er ikke denne forordningen omfattet av EØS-avtalen.

Selv om det er vanskelig å konkludere på grunnlag av denne rettskildesituasjonen, fremstår det som klart at også forbudets konsekvenser ofte tas i betraktning ved vurderingen av om forbud skal nedlegges eller ikke. Til dette kommer at man nok ikke kan se bort fra at forbudets konsekvenser i større grad *blir* vektlagt i helhetsvurderingen enn det domsgrunnene i de enkelte saker viser. Det er altså ikke nødvendigvis slik at konsekvens- eller interessevurderingen først kommer inn der domstolen allerede har konstatert krenkelse eller sannsynlighet for krenkelse, forutsetningsprøvelsen er nok mer flytende og sammensatt en som så. Det vil riktignok ikke alltid være naturlig for domstolene å gå inn på en nærmere vurdering av forbudets konsekvenser, for eksempel der krenkelsen er klar eller konsekvensene av en avgjørelse i den ene eller annen retning ikke er store. Likevel vil et forbud eller nektelse av et forbud alltid innebære visse konsekvenser for den ene part, og gode grunner taler etter min mening derfor for at domstolene vurderer også disse som en del av den materielle prøvelse, og er mer bevisste på å løfte dem frem der de faktisk har virket inn på avgjørelsen. Uten uttrykkelig krav i loven er det imidlertid vanskelig å se at domstolene skal ha plikt til å inkludere slike interesseavveininger i den materielle prøvelse av forbudskravet. Tross alt vil det viktigste ved endelig avgjørelse være at resultatet er materielt riktig.

8.3.4 Systematisering av innholdet i konsekvensvurderingen

Som påvist er forbudets konsekvenser et viktig moment ved forutsetningsprøvelsen for midlertidige forbud, spesielt gjelder nok dette her på grunn av prøvelsens summariske karakter. Som det vil fremgå av det foregående mener jeg at hensynet til forbudets konsekvenser og partenes interesser under omstendighetene også vil være viktig å ta med i vurderingen når domstolene avgjør om forbudsdom skal avsies eller ikke. Det er viktig å være klar over at det nettopp er en *interesseavveining* som må foretas, og at de anførte interesser derfor ikke bare kan anvendes som skjold, men også som sverd.¹³⁰ Den rettspraksis jeg viste til i foregående punkter viser at det kan være relevant å ta i betraktning forskjellige typer konsekvenser og interesser, her skal jeg bare kort forsøke å ordne de viktigste for oversiktens skyld. Et hovedskille finnes her mellom økonomiske og ikke-økonomiske konsekvenser. Når det gjelder de økonomiske konsekvenser må det gjøres en avveining av de økonomiske konsekvenser for saksøkte ved at det nedlegges et forbud, mot de økonomiske konsekvenser det vil innebære for saksøker dersom forbud ikke nedlegges. Det kan imidlertid ikke være skadens absolutte beløp som er interessant, men dens relative betydning for den enkelte part.¹³¹ Dette betyr at det blant annet bør tas hensyn til partenes innbyrdes styrkeforhold og økonomiske evner, herunder betydningen av sikkerhetsstilling der dette er aktuelt i saker om midlertidig forbud. Videre kan det være relevant å ta i betraktning hvorvidt det er mulig å få omsatt de forbudte varer på et annet marked. Også det eventuelle forbudets konkrete innhold og utstrekning vil være en faktor som bør tas i betraktning,¹³² og dessuten hvor godt saksøker vil være avhjulpet av andre sanksjoner. Jo mer inngripende forbudet er, jo større konsekvenser vil dette ha for saksøkte. Også eventuell klanderverdighet på en av sidene vil nok kunne virke inn på konsekvensvurderingen. Foruten disse mer partsrelaterte konsekvenser vil også de

¹³⁰ Jfr. Norrgård s. 65.

¹³¹ Norrgård s. 286.

¹³² Se punkt 9.2 flg.

samfunnsmessige konsekvenser kunne komme i betraktning.¹³³ I forhold til de midlertidige forbud vil det dessuten være relevant å ta i betraktning saksøkers passivitet og om det er et presserende behov for forbud inntil endelig avgjørelse.

8.4 Sannsynlighet og beviskrav¹³⁴

8.4.1 Innledning

I den foregående fremstilling har jeg vært inne på at vilkårene for et forbud må sannsynliggjøres for at et krav om forbud skal kunne tas til følge. Med en prosessrettslig terminlogi kan man gjerne si at kravet eller rettsforholdet må sannsynliggjøres for å få nedlagt et forbud. I det følgende skal jeg se noe nærmere på hva som rent konkret ligger i dette beviskravet. Utgangspunktet er at retten ved en fri bevisbedømmelse skal legge til grunn det faktum som den finner mest sannsynlig jfr. tvml. § 198. Som utgangspunkt er det den som krever noe som har ansvar for å sannsynliggjøre sitt krav, ved de midlertidige forbud må saksøker imidlertid også sannsynliggjøre en sikringsgrunn jfr. tvfl. §15-6.

8.4.2 Forskjellige beviskrav i ordinær sak og forføynings sak?

Sannsynliggjøringen av hovedkravet i forføynings sak (tvfl. § 15-1), innebærer at retten må foreta en prejudisiell prøvning av kravet, og det er ikke nok at saksøker pretenderer å ha et krav.¹³⁵ Etter tvangsfyllbyrdelseslovens forarbeider kreves det etter en gjennomgang av sakens faktiske og rettslige sider at det er mer sannsynlig at saksøkeren vil nå frem med sitt hovedkrav i en etterfølgende rettssak enn at han ikke gjør det.¹³⁶ Det er altså i utgangspunktet det samme krav til sannsynlighetsovervekt som stilles i disse saker som i

¹³³ Jfr. for eksempel Rt. 1981.432.

¹³⁴ Jeg går ikke her inn på de situasjoner hvor det etter en bedømmelse av faktum fortsatt foreligger absolutt tvil.

¹³⁵ Rt. 1984.398.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 293 jfr. 275.

ordinære forbudssaker jfr. tvml. § 148. Når det gjelder graden av sannsynlighet, er det slått fast i rettspraksis at det ikke kreves mer enn simpel sannsynlighetsovervekt, jfr. blant annet Rt. 1988.774 og Rt. 1994.526. Likevel er det nok mest naturlig å se overvektsprinsippet som relativt i den forstand at det bare utgjør et utgangspunkt som etter omstendighetene kan fravikes.¹³⁷ Beviskravets grad av fleksibilitet kan selvsagt diskuteres, men det er liten tvil om at kravet må kunne tilpasses den konkrete sak. Dersom beviskravet for eksempel settes for høyt i en patentrettslig tvist, vil dette i realiteten kunne innebære at krenkeren bevilger seg selv en slags tvangslisens, hvilket jo vil stride mot hele patentsystemet.¹³⁸ Likevel er det viktig at det enkelte tilfelle vurderes konkret. Aktuelle omstendigheter som kan virke inn på beviskravet er for eksempel forskjeller med hensyn til de personlige konsekvenser av en uriktig avgjørelse, generelle bevissikringshensyn og de materielle normenes formål.¹³⁹ Der det ved dom unntaksvis kreves kvalifisert overvekt, vil det imidlertid fortsatt ved midlertidig forføyning være tilstrekkelig at det aktuelle faktum fremstår som mer sannsynlig. Dette fremgår blant annet uttrykkelig av Rt. 1967.124 hvor det uttales at ”Tvert om vil det i så henseende som regel kreves mindre av saksøkeren som vilkår for å få arrest eller annen midlertidig forføyning, enn for at han skal få selve kravet godkjent ved bindende avgjørelse”. Dette betyr at saksøker godt kan få besluttet midlertidig forføyning uten at kravet nødvendigvis er tilstrekkelig sannsynliggjort til å få dom. Det kan imidlertid forekomme situasjoner der det ikke er mulig å sikre hovedkravet uten at dette fører til full prestasjon, og her vil det ikke være samme grunnlag for å lempe på beviskravet fordi saksøker her vil få alt han ønsker uten å anlegge en ordinær prosess.¹⁴⁰ Det er dessuten bare i forhold til det faktiske grunnlag det kan komme på tale å stille svakere krav til sannsynliggjøring enn ved dom. Riktignok kan det foreligge rettsanvendelsestvil, men her er det viktig at domstolene til en hver tid velger den rettsanvendelse som fremstår som riktigst.¹⁴¹

¹³⁷ Skoghøy s. 657.

¹³⁸ Norrgård s. 181.

¹³⁹ Skoghøy s. 664 og 668 og Norrgård s. 223.

¹⁴⁰ Norrgård s. 180-181.

¹⁴¹ Mitsem s. 88.

Når man således er mer tilbøyelig til å lempe på kravene til sannsynlighet i saker om midlertidig forføyning, henger nok dette sammen med hensynet til rask sikring av tvistegjenstanden, at sikringen bare gjelder midlertidig og at de øvrige vilkår for midlertidig sikring sikrer forsvarlig behandling. Et slikt synspunkt har særlig vekt i forhold til krenkelse av immaterielle verdier hvor effektivitetshensyn står sterkt. Vurderingen må imidlertid foretas konkret, og partenes interesser må veies mot hverandre.

8.4.3 Særskilte regler om sannsynliggjøring i forføyningssak

Dersom saksøker skal få et midlertidig forbud, holder det som nevnt ikke at han har sannsynliggjort sitt hovedkrav. Også sikringsgrunnen må sannsynliggjøres.

Sannsynliggjøringen av sikringsgrunnen retter seg mot de vilkår som er oppstilt i § 15-2. I forhold til § 15-2 litra b, betyr dette at saksøker må sannsynliggjøre at det er nødvendig med en midlertidig ordning i det omtvistede rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe. Som nevnt må det her foretas en skjønnsmessig avveining mellom saksøkers og saksøktes interesser, og i praksis vil nok denne ofte gli over i vurderingen av om sikringsgrunnen er sannsynliggjort.¹⁴² Dersom et krav først er sannsynliggjort enten etter enerettslovgivningen eller markedsføringsloven, vil rettsområdet i seg selv være et argument for at det ikke bør stilles særlig strenge krav til sannsynliggjøringen av sikringsgrunnen.¹⁴³ Det må også kunne legges spesiell vekt på om det i det konkrete tilfelle allerede har skjedd et inngrep, eller om forbud tidligere er overtrådt.

Etter § 15-6 andre ledd kan midlertidig forføyning besluttet selv om kravet ikke er sannsynliggjort. Som nevnt ved flere anledninger vil det ofte være et presserende behov for å stanse krenkelser av immaterielle verdier fordi det er vanskelig å reversere eller kompensere skadene. For eksempel kan det haste for den presumptive rettighetshaver å få avverget at ulovlig fremstilte produkter sendes ut på markedet. Bestemmelsen kan derfor

¹⁴² Falkanger s. 1064.

¹⁴³ Lunde s. 36.

være til hjelp der rettighetshaveren eller den som beskyttes av markedsføringslovens bestemmelser ikke makter å sannsynliggjøre sitt hovedkrav. Det er viktig å merke seg at bestemmelsen retter seg mot sannsynliggjøring av hovedkravet, sikringsgrunnen må i alle tilfelle være sannsynliggjort. Dersom det er fare ved opphold kan muntlig forhandling utelates (tvfl. § 15-7 andre ledd). Det må nok her også tas hensyn til den enkelte saks kompleksitet, og det er grunn til å tro at det først og fremst er i de klare inngrepssaker, som for eksempel tilfeller av piratvirksomhet, at retten vil unnlate muntlig forhandling.¹⁴⁴

Vurderingstemaet i § 15-6 andre ledd henger i all hovedsak sammen med spørsmålet om sikringsgrunn.¹⁴⁵ Dersom sikringsgrunnen først er sannsynliggjort vil det således fort være fare ved opphold. For at vilkåret skal ha selvstendig betydning bør det derfor kreves en kvalifisert grad av fare ved opphold. Reglene er først og fremst begrunnet i hensynet til saksøker og faren for verdiforspillelse fra saksøktes side. Bak reglene om midlertidig forføyning generelt, ligger et ønske om rask sikring av rettigheter, og her åpnes altså for en forenklet prosedyre der tidsaspektet gjør seg særlig gjeldende. Selv om hovedkravet ikke må sannsynliggjøres etter bestemmelsen vil graden av sannsynlighet for at dette kravet foreligger kunne innvirke på om saksøker skal slippe å sannsynliggjøre en sikringsgrunn eller ikke. Til tross for at det ikke lenger kreves sikkerhetsstillelse i forbindelse med midlertidig sikring etter bestemmelsen, vil det likevel ofte være god grunn til å vurdere dette i denne typen saker, spesielt hvis det dreier seg om sikring av formuesrettigheter.¹⁴⁶ I det hele tatt må bestemmelsen anses å være en ”sikkerhetsventil”, som det ikke er kurant å påberope seg. Vurderingen kan være vanskelig da nettopp faren ved opphold er det karakteristiske ved saker om midlertidig forføyning som sådan. I en slik situasjon hvor hovedkravet ikke trenger å sannsynliggjøres, må hensynet til den saksøkte veies ekstra nøye. I Rt. 1991.66 ble det for eksempel slått fast at det ikke er nok at ”det vil være fare for forspillelse av vesentlige økonomiske verdier.

¹⁴⁴ Norrgård s. 8

¹⁴⁵ Flock s. 2115.

¹⁴⁶ Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) s. 294.

9 Forbudets innhold og utstrekning

9.1 Innledning

I det foregående har jeg gjort rede for visse materielle og prosessuelle forutsetninger og dessuten tatt opp en del generelle spørsmål i forbindelse med den materielle prøvelse av forbudskravet og adgangen til å få forbud for øvrig. I den videre fremstilling vil jeg ta utgangspunkt i visse utvalgte spørsmål som generelt har vært gjenstand for lite oppmerksomhet i norsk immaterialrettslig og markedsrettslig teori, men som likefullt fremstår som praktisk viktige. Siden forbudets hovedformål er å hindre fremtidige krenkelser, er det viktig at forbudets innhold og utstrekning er tilstrekkelig til å ivareta dette formål. Dette gjelder både den objektive utstrekning som omfatter forbudets bredde og lengde og dessuten den subjektive utstrekning som gjelder hvem forbudet retter seg mot.¹⁴⁷ Med forbudets bredde mener jeg hva man kan få dom for, altså hva det kan gå ut på eller omfatte. Herunder har jeg blant annet valgt å undersøke om det er mulig å få forbud mot forestående krenkelser og andre varianter av den aktuelle krenkelse. I forbindelse med fastleggelsen av forbudets lengde vil det også være nødvendig å undersøke forbudets utgangspunkt eller starttidspunkt. Som en samlebetegnelse for dette tema har jeg valgt å kalle dette forbudets tidsmessige utstrekning. Også i forbindelse med de temaer jeg her vil ta opp vil det imidlertid oppstå spørsmål både av materiell og prosessuell karakter. I den grad det er av interesse vil jeg undersøke begge sider.¹⁴⁸ På grunn av de tidligere nevnte forskjeller mellom midlertidige og endelige forbud er det grunn til å tro at spørsmålene vil stille seg noe annerledes for de to typer av forbud, jeg vil derfor der det er nødvendig behandle disse separat.

¹⁴⁷ Jfr. Norrgård s. 70 og 77.

¹⁴⁸ Det er mulig at en mer separat drøftelse av de prosessuelle og materielle spørsmål ville vært mer oversiktlig, men ved å ta utgangspunkt i de konkrete rettsspørsmål som jeg her vil gjøre, vil det være vanskelig å ikke gå inn på både eventuelle materielle og prosessuelle spørsmål som oppstår i forbindelse med det enkelte tema. Det er også mitt håp at dette bidrar til større fullstendighet i fremstillingen.

9.2 Hva kan forbudet gå ut på?

9.2.1 Partenes påstander

Pådømmelsen av et inngrep er begrenset av de krav eller rettsforhold som er innbrakt av partene og retten må her holde seg innenfor de påstander partene har nedlagt jfr. det såkalte disposisjonsprinsippet.¹⁴⁹ Dersom det er forbud saksøker ønsker og legger ned påstand om, er det eventuelt også forbud han får, forutsatt at det materielle og prosessuelle vilkår er oppfylt. På samme måte vil det være ved fastsettelsessøksmål, for eksempel om at noen er uberettiget til noe eller at en handling er rettstridig; også her vil handlinger i strid med det fastlagte rettsforhold være forbudt og intet mer.¹⁵⁰ Utgangspunktet er altså at det bare den eller de handlinger og objekter som har blitt individualisert i søksmålet som kan forbys, og det er derfor av avgjørende betydning at partene entydig og presist angir det krav som gjøres gjeldende.¹⁵¹ Det kan derfor for eksempel ikke gis forbud for at ” A forbys å gjøre inngrep i norsk patent nr X”.

9.2.2 Typiske formuleringer av forbudet

Domsslutningen formuleres gjerne slik at saksøkte ”forbys” å foreta en nærmere angitt handling, treffe en disposisjon eller drive en virksomhet av faktisk eller rettslig karakter for eksempel produksjon, salg, lisensiering, markedsføring, fremførelse eller bruk av visse kjennetegn. Andre måter å formulere forbudet på er som en plikt til å ”unnlate, stanse, opphøre med eller avstå fra” en nærmere angitt handling, disposisjon eller virksomhet.

¹⁴⁹ Merk at selv om man ved avgjørelsen av hvilket krav eller rettsforhold partene har bragt inn for retten til avgjørelse må ta utgangspunkt i de påstander partene har nedlagt, kan man ikke sette likhetstegn mellom søksmålsgjenstanden og påstandene. Påstandene knytter seg til de krav eller rettsforhold som partene har gjort til søksmålsgjenstand i saken, men utgjør ikke selv søksmålsgjenstanden jfr. Skoghøy s. 683.

¹⁵⁰ Hvorvidt hensynet til forbudets effektivitet kan sies å åpne for aksessoriske handle- og tåleplikter tas opp i punkt 9.2.3.

¹⁵¹ Dette gjelder både ved fullbyrdelsessøksmål og fastsettelsessøksmål jfr. henholdsvis s. 263 og s. 287 i Skoghøy.

Et eksempel på førstnevnte type formulering finnes i Rt. 2004.1474, hvor den ankende part i tråd med ankemotpartens påstand blant annet måtte forbys å benytte, overdra eller på annen måte å forføye over internettdomenenavnet "volvoimport.no". En annen type formulering finnes i Rt. 1964.105, hvor et firma ble tilpliktet "å opphøre med" bruken av et visst varemerke. Et eksempel på en positiv fastsettelsesdom finnes i RG 1998.1543 hvor det ble fastslått at begge parter "hadde rett" til å bruke et varemerke i forbindelse med salg og produksjon av vin- og ølråstoffer samt produkter til benyttelse til fremstilling av vin og øl. Også de midlertidige forbud vil typisk formuleres som en plikt til å unnlate eller stanse visse handlinger eller rett og slett at visse handlinger forbys. I RG 1992.1068 het det kort og godt at Ås Musikkorps forbys å fremføre "The Phantom of the Opera". I RG 2005.1089 ble det nedlagt et midlertidig forbud mot bruken av varemerket "Finn" som tekst/logo på et nettsted og i markedsføringen av tjenesten "Supersøk", og slutningen lød her "Supersøk AS forbys å bruke varemerket Finn som tekst og/eller logo på nettstedet www.supersok.no og i markedsføringen av tjenesten Supersøk". I Rt. 2000.1698 finnes et eksempel på at krenkelse av markedsføringslovens ledet til midlertidig forbud. Her ble en produsent av smøreost på tube blant annet pålagt "å ikke markedsføre eller omsette" nærmere bestemte tubeostprodukter, fordi det forelå forvekslingsfare etter markedsføringslovens § 8a, jfr.§1. I Rt.2000.110 ble forbudet formulert som et pålegg om "å stanse" markedsføring og salg av et nærmere bestemt produkt.

Felles for disse sakene er at forbudspåstanden omfattet konkrete og sannsynligjorte inngrepsformer, og rettens slutning ble formulert i tråd med disse. De interessante spørsmålene oppstår imidlertid der forbudet synes å gå lenger enn dette. I det videre skal jeg se på enkelte spørsmål i forhold til fastleggelsen av forbudets innhold og utstrekning.

9.2.3 Forbudets effektivitet

Som jeg har vært inne på ved flere anledninger oppstiller markedsføringsloven handlenormer som det er forbudt å handle i mot. Hvis man ser bort i fra muligheten for erstatning og straff betyr dette at den forurettede derfor vil kunne ha et krav på at handlingen forbyes, verken mer eller mindre. I sivile saker finnes ingen påbudshjemmel til sikring av det nedlagte forbud etter markedsføringsloven, lik de tiltak som foreskrives i enerettslovgivningen. Jeg skal ikke her gå inn på hvorvidt det er hjemmel eller bør være hjemmel for slike tiltak også ved krenkelsers av markedsføringsloven, men kun undersøke hva et nedlagt forbud i realiteten vil innebære for krenkeren.¹⁵²

Når det gjelder de midlertidige forbud har jeg allerede vært inne på at selv om saksøker i utgangspunktet ønsker et forbud mot visse handlinger, så står retten fritt til å velge de forføyninger de finner mest tjenelig til sikring av det underliggende krav. Det kan her være snakk om forskjellige typer pålegg som går ut på at saksøkte skal foreta eller tåle en handling eller at et formuesgode settes ut av hans besittelse. I tillegg til disse forføyningene finnes også en særregel i tvfl. § 15-13, jfr. toll. § 39, om muligheten for beslag av varer som vil utgjøre et inngrep i en immaterialrettighet. I Rt. 2000.110 (Dale/Leather Man) ble saksøkte pålagt å stanse markedsføring og salg av jakker på grunn av krenkelse av mfl. § 1. I tillegg ble det besluttet at en modell skulle tas ut av saksøktes besittelse. I Rt. 2000.1698 (Synnøve Finden) gikk forføyningen lenger ved at Synnøve Finden ikke bare ble pålagt å stanse markedsføring og salg av visse typer tubeoster på grunnlag av krenkelse av mfl. §§ 8a og 1, men også å trekke tilbake slike tuber fra markedet. Den kjærende part gjorde her gjeldende at de aktuelle tubeoster som følge av den nedlagte forføyning måtte destrueres og at dette innebar en betydelig ulempe for Synnøve Finden, uten at dette gjorde at retten anså forføyningen for å gå for langt. I rettspraksis har det vært akseptert at forføyningsreglene åpner for slike tilstandsendringer, som i sitt resultat jo ikke bare innebærer en sikring av et

¹⁵² Det kan imidlertid bemerkes at TRIPS-avtalen art. 46 stiller krav om effektive tiltak som tilbaketrekning og tilintetgjørelse for å forhindre nye immaterialrettsinngrep. Som nevnt omfatter immaterialrettsbegrepet i denne avtalen også fortrolige opplysninger og geografiske betegnelser som for Norges del reguleres i markedsføringsloven hvor det jo ikke er hjemmel for slike tiltak.

krav, men en faktisk fullbyrding av rettighetshaverens krav, jfr. for eksempel Rt. 1973.767 og Rt. 1981.910. Selv om det således åpnes for endringer i en faktisk tilstand, kan det som ledd i en slik forføyning ikke uten videre gis pålegg om for vidtgående tilstandsendringer. I Ot.prp. nr 65 (1990-1991) s. 291 påpekes det i denne forbindelse at det derfor vanligvis for eksempel ikke kan besluttes riving av et hus. Tilsvarende må gjelde i saker om immaterielle rettigheter og etter markedsføringsloven. Dette må bety at det skal særs gode grunner for å for eksempel destruere eller endre formuesgoder ved den midlertidige forføyning. Tvangsfullbyrdeslovens regler som sådan gir imidlertid ikke anvisning på hva som skal skje med formuesgodet når endelig dom er falt i favør av saksøkeren og hjemmelen for båndleggelse etter den midlertidige forføyning er opphørt.¹⁵³

Når det gjelder de endelige forbud kan retten selvsagt ikke beslutte liknende pålegg da det ikke finnes noen hjemmel for dette. Likevel vil et forbud ofte inneholde et visst element av pålegg om en aktivitetsplikt fra saksøktets side. Dersom for eksempel et forbud mot produksjon, salg og markedsføring rettes mot en produsent kan man spørre hva som skal skje med de produkter som allerede er sendt videre til de forskjellige omsetningsledd. I det enkelte tilfelle kan det være snakk om store beholdninger av varer som ligger klar for utsendelse på markedet.¹⁵⁴ Dette innebærer at et av omsetningsleddene sitter med et produkt som ikke tillatt å omsette på markedet, og dersom dette produktet ikke lar seg endre til en lovlig form eller kan omsettes på et annet marked kan jeg ikke se annen løsningen enn at produktet må trekkes tilbake der det befinner seg på markedet. Når det gjelder etterliknende kjennetegn, vil også en bruk av slike i realiteten innebære at krenkeren må fjerne disse og eventuelt endre til annet kjennetegn.¹⁵⁵ Også ved andre krenkelser vil et forbud forutsette visse avviklingsforanstaltninger. På denne måten kan man kanskje si at

¹⁵³ Løchen/Grimstad s. 252.

¹⁵⁴ Hvis saken har versert lenge i domstolssystemet er det imidlertid større sannsynlighet for at varebeholdningen i stor grad allerede er omsatt slik at det ikke finnes produkter å trekke tilbake.

¹⁵⁵ I forføyningssaker kombineres da også som oftest forbudet mot bruken av et kjennetegn med et påbud om sletting nettopp fordi forbudet ikke ellers vil være effektivt jfr. for eksempel RG 2003 s. 997 og LA-2005-1945.

forbudssanksjonen ofte innebærer noe mer enn bare en konstatering av en ren unnlatesplikt. Dersom krenkeren ønsker å fortsette sin virksomhet, må han altså på grunn av forbudet gjøre de nødvendige endringer for å komme utenom forbudet. Selv om den som har fått et forbud mot seg ofte vil måtte iverksette visse tiltak for å overholde forbudet, kan man neppe påtvinge noen slike pålegg og sanksjonere dersom de ikke blir fulgt opp, så lenge det ikke finnes positiv lovhjemmel for dette i markedsføringslovgivningen.

9.2.4 Forbudets subjektive utstrekning

Siden et forbud etter omstendighetene også vil ramme andre enn den det er direkte rettet mot, oppstår det i denne relasjon også et annet spørsmål, nemlig spørsmålet om forbudets subjektive utstrekning. I en etterlikningssituasjon er det i prinsippet ingenting i veien for å gå på et av de mindre leddene i omsetningskjeden, som for eksempel en detaljist. Normalt vil det imidlertid foretrekkes å gå på produsenten, sjansen for et tilstrekkelig effektivt forbud vil nok da være bedre. I nevnte avgjørelse i Rt. 2000.110 ble det nedlagte forbud spesifisert nærmere ved at Leather Man Holding AS etter evne og så langt selskapsrettslig og annen lovgivning tillot det, å sørge for at salg og markedsføring av en jakke ble stanset i samtlige butikker holdingselskapet var eier av. Selv om selskapet ikke ble pålagt noen ubetinget plikt til slik stans i de aktuelle butikker, illustrerer saken at det er mulig å gi forbudet virkning gjennom flere omsetningsledd.¹⁵⁶ Det er mulig at domstolene generelt vil være mer forsiktige med å gi forbudet en utstrakt virkning der selskapsrettslig binding ikke foreligger. Det kan imidlertid neppe være en betingelse for å gi forbudet en slik utstrekning at det foreligger en selskapsrettslig binding mellom omsetningsleddene. Synnøve Finden-saken (Rt. 2000.1698) er et eksempel på at saksøkte ble pålagt en tilbaketrekningsplikt, selv om det ikke forelå noen selskapsrettslig binding til forhandlerne.

Et problem som reiser seg i slike forføyningssaker, og liknende saker hvor forbudet innebærer noe mer enn en ren unnlatesplikt, er om senere omsetningsledd kan sies å

¹⁵⁶ Sml. RG 1993.830.

være beskyttet ved god tro.¹⁵⁷ Siden de aktuelle tiltak i disse situasjoner i realiteten innebærer pålegg kan det være interessant å se om påbudsreglene gir noen veiledning. De påbudsregler som finnes i de norske enerettslover har en noe forskjellig utforming, men synes alle å forutsette en viss proporsjonalitetsvurdering av om påbud skal kunne nedlegges. Av patentloven og designloven fremgår det også uttrykkelig at påbudsreglene ikke kan anvendes overfor den som i god tro ervervet produktene. I dansk rett hvor det jo finnes uttrykkelig påbudshjemmel også i markedsføringsloven (MFL § 20), forutsettes det også i forarbeidene at en næringsdrivende ikke kan pålegges å tilbakekalle eller tilintetgjøre ulovlige etterlikninger dersom disse er ervervet av tredjemann i god tro.¹⁵⁸ Riktignok har jeg tidligere hevdet at god tro ikke er til hinder for at det nedlegges et forbud etter markedsføringsloven. Her er det imidlertid snakk om at forbudet eventuelt skal ramme andre enn den umiddelbare krenker, og da står spørsmålet etter min mening i en annen stilling. Den gode tro er her knyttet til grossisten eller detaljistens erverv av de ulovlige produkter og ikke direkte til en selvstendig overtredelse av en bestemt lovregel. I slike tilfeller vil det, etter min mening, være naturlig at erververen er beskyttet av god tro, noe annet ville kunne føre til at erververen mister både omsetning, goodwill og forretningsgrunnlag uten at han strengt talt har opptrådt klanderverdig. Selv om TRIPS-avtalen, i hvert fall ikke direkte, regulerer illojale konkurransehandlinger i form av etterlikning slik vi kjenner fra markedsføringsloven kan det være interessant å påpeke at det i TRIPS-avtalens art. 46 er et krav om at slike tiltak står i forhold til krenkelsens alvorlighetsgrad og tredjemanns interesser. Jeg mener med andre ord at proporsjonalitets- og verdispillsbetraktninger bør veie tyngre enn hensynet til forbudets effektivitet i slike situasjoner hvor godtroende erverver på uforskyldt måte havner oppi en forbudssak. Dersom saksøker mener det er grunnlag for å gå også på dette omsetningsleddet må han eventuelt anlegge egen sak mot denne. Til tross for disse betraktningene mener jeg at det kan forekomme tilfeller der tilbakekallelse, inndraging og eventuelt destruksjon av ulovlig

¹⁵⁷ En annen sak er at det ofte vil være vanskelig for en forhandler å sannsynliggjøre at han var i god tro, for eksempel der han har ervervet billige merkeprodukter fra en ukjent produsent eller grossist.

¹⁵⁸ Borchert/Bøggild s. 361.

fremstilte produkter vil være den eneste løsning. Dette gjelder spesielt der det er knyttet en eller annen form for fare eller helserisiko til bruken av produktet.

9.2.5 Forestående krenkelser og betingede rettsforhold

9.2.5.1 Innledning

I forbindelse med drøftelsen av de retrospektive og prospektive elementer i den materielle prøvelse i punkt 8.2.2 flg. nevnte jeg at det måtte sondres mellom tilfeller der krenkelse har skjedd eller krenkelsen er pågående og spørsmålet er om krenkelsen vil fortsette, og de tilfeller der det ikke foreligger noe pågående inngrep og spørsmålet er om slik krenkelse vil skje i fremtiden. I dette kapittelet er det varianter av de siste tilfeller som vil bli vurdert. Siden det i saker vedrørende krenkelse av immaterielle verdier ofte vil være maktpåliggende å få nedlagt et forbud så raskt som mulig, er spørsmålet om midlertidig eller endelig forbud i slike situasjoner kan nedlegges allerede før krenkelsen har materialisert seg.

Før jeg går nærmere inn på de spørsmål som reiser seg er det viktig å understreke at det her stilles krav til domsslutningen som i sin tur stiller krav til påstandsutformingen. Det må være en forutsetning at forbudspåstanden er konkretisert og det samme må gjelde domsslutningen. Kravet om konkretisering handler her om muligheten for å formulere en hypotese om det som truer. Et forbud ved forestående inngrep kan derfor bare besluttes dersom påstanden og forbudsbeslutningen kan utformes så de omfatter de konkrete inngrepsformer som er aktuelle. Selve kravet til konkretisering har i prinsippet ikke noe å gjøre med sannsynligheten for inngrep som handler om sannsynliggjøring av om den presenterte hypotese virkeliggjøres. Likevel er det en sammenheng ved at det jo er den hypotetiske handling man har sannsynliggjort man eventuelt kan få forbud mot.

9.2.5.2 Er det mulig å få forbud mot forestående krenkelser?

Som vist i punkt 8.2.2.3 taler gode grunner for å oppstille en presumpsjon for videre krenkelse der det allerede er foretatt et inngrep. Ved de forestående krenkelser er det selvsagt ikke noe grunnlag for en slik presumpsjon, og det er i det hele tatt ikke like naturlig at det skal kunne nedlegges forbud mot handlinger som ikke allerede har funnet sted. Det vil være naturlig å starte med å undersøke om de enkelte lovbestemmelser kan kaste lys over spørsmålet. Det heter for eksempel i mfl. § 1 at det ikke må ”foretas” handling i strid med god forretningsskikk. Videre heter det i mfl. §§ 7 og 8, at bedriftshemmeligheter og tekniske hjelpemidler ikke må ”utnyttes” på rettsstridig måte. På samme måte heter det i mfl. § 8a at det er forbudt å ”anvende” etterliknende produkter, kjennetegn mv. på rettstridig måte. Ingen av disse bestemmelsene gir med andre ord noen veiledning i forhold til om også forestående krenkelser kan pådømmes, og det samme gjelder enerettslovgivningens bestemmelser. Til tross for manglende veiledning kan uansett ikke lovens ordlyd sies å stå i veien for forbud mot forestående krenkelser. Heller ikke tvangsfullbyrdslovens ordlyd er til hinder for forbud mot forestående krenkelser. Det sentrale her er at forføyningen må fremstå som nødvendig for å ”avverge” en vesentlig skade eller ulempe.¹⁵⁹ En gjennomgang av de respektive lovers forarbeider viser at spørsmålet heller ikke her er viet særlig oppmerksomhet. Rettspraksis på om området er også meget sparsom, i hvert fall gjelder dette de ”rene” tilfeller av forestående

¹⁵⁹ Spørsmålet om muligheten for forbud mot forestående krenkelser, må i relasjon til fullbyrdsessøksmål ses som et spørsmål om det er nok at det foreligger såkalt antesipert mislighold, det vil si at det er ”klart” at debitor ikke vil eller kan oppfylle i tide. Som påpekt tidligere gjør det seg her gjeldende visse terminlogiske problemer da det ikke er naturlig å snakke om forfall og mislighold av plikter som følger av loven. Dette kan imidlertid ikke bety at krav som følger av lov skal stå i noen annen stilling enn de krav der det er mer naturlig å snakke om antesipert mislighold, i første rekke krav som følger av avtale. En annen variant av spørsmålet oppstår i relasjon til fastsettelsessøksmål. Aktualitetskravet i tvml. § 54 kan synes å være i strid med muligheten for å få dom for rettmessigheten/urettmessigheten av fremtidige handlinger (”hypotetiske rettsforhold”). Rettspraksis viser imidlertid at slike søksmål ikke er prinsipielt utelukket jfr. Rt. 1989.508, Rt. 1998.300 og Hov s.128-131.

krenkelser.¹⁶⁰ Dette spørsmålet har heller ikke i nevneverdig grad vært drøftet i litterære fremstillinger på området.¹⁶¹

Siden verken lovgivningen, forarbeider eller rettspraksis synes å gi et klart svar på spørsmålet, vil det være naturlig å se på de hensyn som gjør seg gjeldende i forhold til om forbud mot forestående krenkelser bør være mulig. Det kan selvsagt anføres gode grunner for at slike forbud ikke skal kunne nedlegges. Blant annet kan det pekes på at slike beslutninger ofte vil måtte tas på et usikkert grunnlag, hvilket betyr at den part som forbudet rettes mot lider urett dersom forbudet ikke er holdbart. Mot dette kan det imidlertid innvendes at jo tidligere et forestående inngrep forbyes, jo mindre blir motpartens skader fordi han på et tidligere tidspunkt blir klar over at gjerningen kommer til bli klassifisert som et inngrep. Da får han også tid til å omstille sin virksomhet. Videre er det viktig at forbudets formål som jo er å hindre fremtidige inngrep, kan realiseres, og dersom det er sikre holdepunkter for at et slikt vil finne sted, kan det være urimelig at man skal måtte vente til skaden har skjedd. Grunnen til at det som regel ikke kreves forbud før krenkelse faktisk har skjedd ligger jo nettopp i at det er først da krenkelsen oppdages. Dessuten taler hensynet til forbudets effektivitet for at det skal være mulig å forby forestående handlinger. Disse hensyn gjør seg etter min mening like mye gjeldende i forhold til krenkelser av markedsføringsloven som enerettslovgivningen. Det bør også poengteres at både til immaterialrettens og markedsrettens karakter hører at et inngrep sjelden på forhånd er helt klart og gitt. Det kan også pekes på at det i flere andre land, for eksempel i Danmark, Tyskland og England, er mulighet for denne typen forbud.¹⁶² Dessuten fremgår det uttrykkelig i EF-retten at forbud mot forestående krenkelser må være mulig. Dette fremgår av Varemerkeforordningen (nr. 40/94) art. 98 stk.1 som har tolkningsverdi også på patent- og opphavsrettens områder.¹⁶³ Dette viser at man i EF-retten ikke ser på forbud mot forestående inngrep som noe kontroversielt og uønsket.

¹⁶⁰ Det finnes imidlertid noe rettspraksis om forbud mot varianter av en aktuell krenkelse, se punkt 9.2.5.4.

¹⁶¹ Stenvik s. 446 synes å forutsette at det er mulig å få midlertidig forbud mot forestående krenkelser.

¹⁶² Norrgård s. 271.

¹⁶³ Norrgård s. 275.

Sammenfatningsvis mener jeg derfor at det kan anføres relativt tungtveiende hensyn for at det skal være mulig å få forbud mot forestående krenkelsers, uansett om forbudet er midlertidig eller endelig.

Siden det er her er snakk om tilfeller hvor det ikke allerede har skjedd et inngrep vil det retrospektive element i krenkelsesvurderingen knytte seg til om det foreligger foreberedelse til krenkelse av en lovbestemmelse. I slike saker vil det være vanskelig å skille mellom de retrospektive og prospektive elementer da disse i stor grad flyter sammen der inngrepet er i et forberedelsesstadium. Det vil derfor være naturlig å ta utgangspunkt i faren for krenkelse, og sentralt her er om det kan sies å foreligge forberedelse til krenkelse. I slike situasjoner hvor det forestående inngrep er knyttet til en vurdering av den aktuelle fare, er det spesielt to spørsmål som krever oppmerksomhet. Det første er sannsynligheten for at krenkelse kommer til å skje i fremtiden. Det andre er hvor langt inn i fremtiden krenkelsen kommer til å skje. Hvor langt frem i tid den eventuelle krenkelse ligger vil selvsagt kunne virke inn på sannsynliggjøringen av dens realisasjon.

Selvsagt kan det fremstå som rimelig klart at krenkelse ikke vil skje. Saken i Rt. 1998.124 kan ses under denne synsvinkelen. Komponisten Andrew Lloyd Webber og hans produksjonsselskap anla sak mot en rekke arrangører av konserter og teaterforestillinger med krav om at de ikke skulle delta i eller medvirke i en bestemt teateroppsetning da dette vil være i strid med opphavsmennenes rettigheter. De saksøkte hadde imidlertid i tilsvaret erkjent at de ikke ville medvirke til oppføringen av forestillingen og Høyesteretts kjæremålsutvalg fant derfor søksmålet måtte avvises på grunn av manglende rettslig interesse. Her var erkjennelsen kommet formelt til uttrykk og det var derfor ingen grunner til at retten skulle tvile på at de saksøkte ville overholde dette. På den andre siden kan det tenkes tilfeller der det er klart at krenkelse vil skje. Uansett må det gjøres en konkret vurdering av faren for krenkelse i det enkelte tilfelle. Dersom saksøker skal make å sannsynliggjøre at et inngrep er forestående, må han anføre rimelig sikre holdepunkter for dette. Som regel vil det være handlinger på den potensielle krenkers side som utløser faren

for fremtidig inngrep.¹⁶⁴ Ofte vil det imidlertid være vanskelig å skaffe bevis for at en konkurrent er i ferd med å forberede handlinger som vil kunne være i strid med ens egen rett, enten denne følger av enerettslovene eller markedsføringsloven. I de situasjoner hvor en rett (for motparten) er betinget av innvilgelsen av en søknad, kan man nok i visse tilfeller ta utgangspunkt i denne, for å vurdere hvorvidt det i fremtiden vil bli snakk om en krenkelse av en etablert enerett.¹⁶⁵ Her kan det være en forskjell mellom immaterialrettslige og markedsrettslige tvister, da det som regel ikke vil finnes tilsvarende objektive holdepunkter å ta utgangspunkt i på markedsrettens område. Likevel kan det finnes liknende holdepunkter for forestående krenkelser også her, for eksempel der det er utarbeidet skissetegninger eller fremstilt prototyper. Også utarbeidelse av markedsføringsmateriale kan være et varsel om forestående inngrep.¹⁶⁶ Likevel er det nok uansett ikke tilstrekkelig at patentsøknad, søknad om varemerkeregistrering, markedsføringstillatelse eller liknende foreligger. Det må gjøres en konkret vurdering av situasjonen med utgangspunkt i søknaden for å vurdere hvorvidt en realisasjon av søknaden vil kunne stride mot en etablert rett. Selv om det ikke skulle finnes slik tilgjengelig informasjon om en eventuell fremtidig krenkelse, kan det tenkes at det fremstår som klart at inngrep vil skje, for eksempel der saksøker har kjennskap til at et inngrep kommer til å skje. Det kan for eksempel være tilfelle der det er sendt ut et varselsbrev som motparten ikke retter seg etter eller responderer negativt på. Det kan også tenkes andre tilfeller der saksøker har holdepunkter for at et inngrep vil skje, for eksempel der en tidligere arbeidsgiver har opplysninger om at en forhenværende arbeidstaker er i ferd med å utnytte bedriftshemmeligheter i sin nye virksomhet,¹⁶⁷ eller en produsent er kjent med at det produseres piratprodukter ved en konkurrerende bedrift. Prinsipielt er det ingen grunn til å

¹⁶⁴ Det fremgår av Hov s. 115 at det må være nok at saksøker har handlet slik at man må gå ut i fra at han vil sette seg utover unnlatesplikten.

¹⁶⁵ Norrgård s. 281-283.

¹⁶⁶ Borchers s. 238.

¹⁶⁷ I U 80.717 H fremgår det at det var nok for å nedlegge et forbud at det var sannsynliggjort at den tidligere arbeidstaker bare kunne utfylle sin funksjon i den nye virksomhet ved anvendelse av den tidligere arbeidsgivers bedriftshemmeligheter. Forbudet ble imidlertid begrenset til tre år. Se Borchers/Bøggild s. 353.

sondre mellom slike tilfeller. Det avgjørende bør være om faren for et slikt forestående inngrep lykkes sannsynliggjort. Når det gjelder beviskravet kan man spørre om dette bør settes høyere i tilfeller av forestående inngrep. Etter min mening er det vanskelig å se at kravet til sannsynlighet skal stå i noen annen stilling enn ved de aktuelle krenkelser hvor det jo er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt for at det foreligger et krav.¹⁶⁸ Her kan det imidlertid være en forskjell mellom forføyningssak og ordinær forbudssak hvor beviskravet etter omstendighetene settes høyere.

Det neste spørsmål er hvor nært forestående inngrepet må være. Ved avgjørelsen vil det være nødvendig å foreta en avveining av effektivitetshensynet og proporsjonalitetshensynet. Krenkelsen bør ikke være for fjern, men det bør heller ikke kreves at den er umiddelbart forestående. Dersom den er fjern vil det imidlertid kunne være desto vanskeligere å sannsynliggjøre den. I forhold til de midlertidige forbud vil det være et relevant moment om vanlig forbudsdom kan utferdiges før inngrepet skjer fordi det da vil være lite nødvendig å utferdige et midlertidig forbud.

9.2.5.3 Muligheten for å få forbud der en rett er betinget

I det foregående har jeg sett på de situasjoner hvor det ikke foreligger noen aktuell krenkelse, men det likevel er fare for et fremtidig inngrep. Det kan imidlertid være naturlig å snakke om forestående krenkelser også i en annen sammenheng, nemlig hvor det er inntredelsen av en betingelse vil føre til at en ellers rettmessig handling vil være å anse som rettstridig.¹⁶⁹ Dette vil for eksempel kunne være tilfelle der en enerett er betinget av at A`s søknad innvilges. Dersom søknaden blir innvilget betyr dette igjen at B`s handlinger vil stride mot A`s rett, og dermed utgjøre en krenkelse. Spørsmålet kan for eksempel oppstå der det er søkt patent for et legemiddel, og behandlingstiden er lang, men det fremstår som noenlunde klart at søknaden vil innvilges. I forhold til markedsføringsloven og

¹⁶⁸ Se note 173.

¹⁶⁹ Spørsmålet kan nok imidlertid også ses på som et spørsmål om det i det hele tatt foreligger tilstrekkelig kravgrunnlag for forbud.

åndsverkloven er det vanskeligere å tenke seg tilfeller der en rett eller beskyttet posisjon er betinget på denne måten. Det vil i hvert fall ikke finnes tilsvarende objektive holdepunkter å ta utgangspunkt i. Likevel kan det ikke utelukkes at det kan oppstå tilfeller der for eksempel vilkårene for å forby visse handlinger ikke foreligger på et gitt tidspunkt, men det meste tilsier at disse vilkårene snart vil være oppfylt. Prinsipielt er dette en annen situasjon en de forestående krenkelser jeg til nå har befattet meg med. Der en rett er betinget, vil ikke den potensielle krenkelse på samme måte være knyttet til en fare for inngrep utløst av den potensielle inngriper. Tilfellene som er tatt opp under kategorien forestående krenkelser dreier seg om krenkelse av en etablert rett eller posisjon. I dette kapittelet dreier det seg om krenkelse av en mulig fremtidig etablert rett eller posisjon. Felles for disse to situasjonene er likevel et mulig fremtidig hendelsesforløp som vil kunne føre til en krenkelse eller eventuelt opphør av en krenkelse. Dersom det er mulig å få forbud i slike tilfeller hvor en rett er betinget, vil dette dessuten kunne utgjøre et selvstendig moment til støtte for at det også må være mulig å få forbud i andre tilfeller der krenkelse ikke allerede har skjedd.

Ifølge Falkanger, Flock og Waaler vil ikke det forhold at et krav er betinget forhindre midlertidig forføyning. De peker på at regelen i § 14-1 første ledd andre punktum, vedrørende arrest, bør kunne anvendes tilsvarende ved midlertidig forføyning.¹⁷⁰ Dette må bety at i eksemplene hvor en krenkelse og dermed forbudskravet er betinget av innvilgelsen av en søknad må det være mulig å få midlertidig forbud forutsatt at lovens øvrige vilkår er til stede. Muligheten for midlertidig forbud på grunnlag av patentsøknad har blitt drøftet av Stenvik.¹⁷¹ Han anfører at det ofte vil ta tid før en patentsøknad avgjøres og at det derfor ville være urimelig om patenthaveren skulle stå uten reaksjonsmidler i de tilfeller der det er overvekt av sannsynlighet for at søknaden vil føre frem. Dessuten er det jo slik at beskyttelsen etter innvilget patent vil ha tilbakevirkende kraft til søknadstidspunktet, hvilket innebærer at man i etter tid vil kunne kreve erstatning for krenkelser i denne perioden. Gode grunner taler derfor for at det også må være mulig å hindre krenkelser i

¹⁷⁰ Falkanger s. 1031-1032.

¹⁷¹ Stenvik s. 447-448.

denne perioden.¹⁷² Stenvik viser også at verken patentlovens bestemmelser eller tvangsfullbyrdelseslovens regler synes å stå i veien for et slikt forbud. En annen sak er imidlertid at det kan være vanskelig å sannsynliggjøre at søknaden vil bli innvilget.¹⁷³ Dersom man kan legge til grunn en slik løsning må dette etter min mening like fullt gjelde for de endelige forbud.¹⁷⁴ Det kan pekes på at forskjellen mellom midlertidige og endelige forbud ikke er stor, og at man ikke kan få et midlertidig forbud dersom man ikke kan få dom for kravet. Likevel vil det være enkelte forskjeller som kan være verdt å påpeke. Det vil alltid være en viss usikkerhet for at de sannsynliggjorte betingelser vil inntreffe. Dersom de viser seg å ikke gjøre det, vil det heller ikke være noe grunnlag for forbudet. Det følger da av tvfl. § 15-12 at det midlertidige forbud faller bort. Når det gjelder de endelige forbud kan veien bli lenger å gå. Her vil det måtte reises ny sak for å få kjent forbudet ugyldig eller urettmessig, såfremt rettskraftsvirkningene ikke er til hinder for dette. De rettslige konsekvenser av et feilaktig nedlagt forbud vil imidlertid kunne bli store uansett hvilken type forbud det er snakk om.

Et særskilt spørsmål er om aktualitetskravet i tvml. § 54 kan sies å stå i veien for søksmål der et rettsforhold er knyttet til en betingelse som ennå ikke er inntrådt. Spørsmålet kan ses som en del av et større problemkompleks, som i teorien gjerne har vært formulert som et spørsmål om det er mulig å gå til søksmål om såkalte ”hypotetiske rettsforhold”.¹⁷⁵ I tvistemålslovens forarbeider formuleres dette slik at ”domstolene har alene at paakjende aktuelle krav, ikke fremtidige muligheter”.¹⁷⁶ Rettspraksis viser imidlertid at det på

¹⁷² En slik tilbakevirkning gjelder imidlertid ikke for varemerker.

¹⁷³ Stenvik s. 447 fremholder imidlertid at det er vanskelig å se noen grunn til å fravike utgangspunktet om sannsynlighetsovervekt.

¹⁷⁴ Se Norrgård s. 253 flg. med henvisninger til teoretikere som behandler spørsmålet samlet for midlertidige og endelige forbud.

¹⁷⁵ Selv om jeg her drøfter spørsmålet i relasjon til søksmåls situasjonen, er det kanskje like naturlig å si at det ved de hypotetiske rettsspørsmål ikke foreligger noe ”rettsforhold”. M.a.o. at kravene til søksmåls gjenstand ikke er oppfylt jfr. Hov s. 104.

¹⁷⁶ Civilprocekkommissionens innstilling s. 179.

prinsipielt grunnlag ikke er noe i veien for fastsettelsesdom i slike tilfeller, forutsatt at det foreligger en aktuell og reell interesse og at betingelsenes inntreden sannsynliggjøres.¹⁷⁷

9.2.5.4 Andre varianter av krenkelsen

Også spørsmålet om det er mulig å få dom for andre varianter av en aktuell krenkelse vil ha et visst hypotetisk preg, og kan etter min mening ses som et undertilfelle av de ”rene” forestående krenkelser. Teoretisk vil det være vanskelig å forsvare at et forbud skal kunne utvides til å gjelde mer enn den handling som allerede har skjedd, dersom det ikke er mulig å få dom for forestående krenkelser, og vice versa.¹⁷⁸ Selv om det nok kan tenkes tilfeller der det ikke foreligger noen krenkelse, men saksøker likevel ønsker forbud mot flere mulige varianter av en krenkelse, er nok spørsmålet mest relevant der det allerede foreligger en krenkelse og spørsmål er om også andre varianter av krenkelse kan forbys i samme dom eller kjennelse. Som tidligere nevnt vil det være domsslutningen eller kjennelsens slutning som vil være avgjørende for hva som anses bestemt om forbudets innhold og utstrekning. Det er viktig at rettens slutning, uansett om det er snakk om forføyningssak eller ordinær forbudssak, er konkret og presist fastlagt slik at krenkeren, og for så vidt også forurettede, vet hva de har å forholde seg til. Forbudet bør med andre knyttet seg til bestemt angitte handlinger og objekter. På den ene siden bør forbudet fastlegges så presist at det ikke er grunnlag for misforståelser og bevisste feiltolkninger som gjør at man kan omgå forbudet, på den andre siden er det viktig å få presisert forbudet slik at krenkeren vet hva han *kan* gjøre. Problemet er at en for vidtgående eksakthet fra domstolenes side, fort kan føre til forsøk på å omgå forbudet. Den som har fått et forbud mot seg, kan i slike tilfeller omgå forbudet med relativt enkle midler. En variant av dette er der krenkeren utfører en type handling, som har likhetstrekk med, men som ikke er lik, den første krenkelse. Det kan imidlertid også være snakk om samme type handling (krenkelse), men rettet mot andre objekter enn de som beskyttes av det opprinnelige forbudet. Disse to

¹⁷⁷ Hov s. 131 peker på at rettspraksis ikke er entydig, men viser til flere eksempler der søksmål om betingede rettsforhold har vært godtatt.

¹⁷⁸ Norrgård s. 283

situasjonene vil fort gli over i hverandre. Det kan her for eksempel være snakk om mindre modifikasjoner på et produkt eller kjennetegn som det er nedlagt produksjons- og salgsforbud eller bruksforbud mot i kraft av etterligningsforbudet i enerettslovgivningen, eller eventuelt mfl. § 8a eller § 1. I det hele tatt finnes en rekke metoder for den kreative krenker til å omgå nedlagte forbud. Dette innebærer ikke bare en undergraving av selve sanksjonssystemet, men også store kostnader for den forurettede og dessuten en betydelig merbelastning for domstolene som eventuelt må ta stilling et noenlunde identisk spørsmål i en ny krenkelsessak. I denne sammenheng vil det være interessant å undersøke hvordan disse spørsmålene håndteres i praksis, og hvordan skrankene for hva man kan få dom for settes.

For at ikke drøftelsen skal bli for omfattende, skal jeg begrense meg til etterlikningstilfellene hvor det ofte vil dreie seg om forbud mot flere varianter av et produkt eller kjennetegn, men spørsmålet kan for så vidt også oppstå i andre relasjoner. Et eksempel er der det etter mfl. § 7 er nedlagt et forbud mot en konkret utnyttelse, og spørsmålet er om forbudet også kan gjelde andre former for inngrep.¹⁷⁹ RG 1991.579 er illustrerende for de problemer som kan oppstå i etterlikningstilfellene. Byretten hadde her dømt to tidligere arbeidstakere, som hadde startet et konkurrerende firma, til å opphøre med å tilby og levere fire spesifikke maskinmodeller og modeller utledet av disse. Grunnen var at de fremstod som rene etterlikninger av den tidligere arbeidsgivers maskiner. Lagmannsretten kunne ikke se at det i markedsføringsloven var grunnlag for å avsi en slik dom. Ifølge lagmannsretten kunne det heller ikke kreves dom som konkretiserer lovbestemmelsenes rekkevidde i forhold til maskiner det nystartede firma måtte konstruere i fremtiden. Hvorvidt en bestemt maskin skulle forbys eller ikke, måtte bero på en selvstendig vurdering av om den rammes av lovbestemmelsens kriterier, og ikke om den

¹⁷⁹ Se for eksempel LG-2003-8617 (Roxar). Den opprinnelige påstand gjaldt forbud mot salg og markedsføring av et visst produkt i strid med markedsføringsloven. Påstanden ble endret til også å gjelde forbud mot produksjon. Ankemotparten ble ikke hørt med at ”produksjon” ikke kunne forbys i medhold av markedsføringsloven. Retten pekte på at det ville være lett å omgå forbudet mot salg og markedsføring om forbudet ikke også omfattet produksjon.

var ”utledet” av en maskin som rammes. Retten kom til at visse opprinnelige modeller måtte anses å være rettstridige etterlikninger, mens senere utviklede modeller var gjennomkonstruert på nytt slik at det ikke var blitt gjort bruk av ulovlig ervervede spesifikasjoner og tegninger, og dessuten var disse utstyrt med nye konstruktive løsninger. Dommen illustrerer at det er viktig at domstolen går inn og gjør en selvstendig vurdering av rettmessigheten av produksjon, salg eller markedsføring av det enkelte produkt. Dersom det ikke er grunnlag for å forby andre typer etterlikninger skal disse som utgangspunkt heller ikke omfattes av forbudet. I motsatt retning kan det være at et forbud er for snevert i forhold til den krenkelse som faktisk har skjedd. Et eksempel er RG 2001.676. Her hadde byretten kommet til at den minste og nest minst versjonen av en viss lekefigur var omfattet av det vern opphavsmannen hadde. Lagmannsretten mente imidlertid at også en større versjon av figuren måtte anses å være en manifestasjon av samme åndsverk, og det ble derfor nedlagt forbud mot produksjon, innførsel og markedsføring også av denne.

Selv om retten i den førstnevnte sak (RG 1991.579) fant at byrettens forbud var for generelt utformet, finnes eksempler der retten har nedlagt et mer omfattende forbud ved å også inkludere produkter som kan tenkes å bli produsert eller markedsført i fremtiden. I LB-1999-2085 fikk en produsent av legemidler et forbud på grunnlag av varemerkekrenkelse mot en parallellimportør som synes å gå ut over den krenkelse som faktisk hadde funnet sted. Krenkelsen var knyttet til nærmere bestemte pakningsutforminger, men lagmannsretten nedla et generelt forbud mot enhver type pakningsutforminger, fordi produsenten her fikk medhold i at enhver ”co-branding” ville være en krenkelse (hypotetiske varianter). Høyesterett (Rt. 2004.904) kom imidlertid til motsatt resultat og trengte derfor ikke ta stilling til om forbudet var for vidt utformet. Også Rt. 2005.1601 går i denne retning. Her ble ordmerket GULE SIDER, herunder i kombinasjonen ”Firma-Katalogens Gule Sider” og ”Firmakatalogens elektroniske Gule sider” forbudt, selv om Firma-Katalogen ikke hadde brukt sistnevnte ordsammenstilling i sin markedsføring. Alle ordsammenstillingene var imidlertid omfattet av saksøkers påstand og retten bemerket at det ikke var gjort innvendinger mot påstanden som for abstrakt. Videre kan nevnes et eksempel på en fastsettelsesdom fra markedsretten i Rt. 1998.1315 (Iskremdommen). Til

tross for at lagmannsretten bare hadde kjent Norges- Is AS uberettiget til å bruke sitt firmanavn som varekjennetegn for iskremprodukter og påstanden ikke var utvidet i forhold til dette, utvidet Høyesterett forbudet til også å gjelde ”likeartede varer”.

Selv om visse avgjørelser synes å gå i motsatt retning er mitt inntrykk at domstolene generelt er forsiktige med å gi forbudet virkning utover de konkrete inngrep som allerede er konstatert. Likevel mener jeg at hensynet til forbudets effektivitet etter omstendighetene må kunne føre til at også andre varianter av den aktuelle krenkelse må kunne forbys. Dersom domstolen ved avveining av de relevante hensyn (jeg tenker da spesielt hensynene til forbudets effektivitet og generelle prosessøkonomiske hensyn avveid mot krenkerens behov for forutberegnelighet og proporsjonalitet), kommer til at de førstnevnte hensyn veier tyngre, mener jeg at domstolene bør ta dette i betraktning ved den konkrete utforming av forbudet. Det må imidlertid være en nødvendig forutsetning at saksøker lykkes med å sannsynliggjøre at det er fare for andre typer krenkelser. Et virkemiddel kan selvsagt være å formulere forbudet såpass generelt at det vil kunne fange opp andre varianter av den foreliggende krenkelse.¹⁸⁰ Likevel vil det av hensynet til den frie konkurranse og utvikling ofte være betenkkelig å nedlegge for generelt utformede forbud. En annen sak er at det for eksempel vil kunne oppstå situasjoner hvor en handling eller ny etterligning er så lik den det i utgangspunktet ble nedlagt forbud mot, at rettens slutning ved en naturlig tolkning også omfatter denne handlingen eller etterlikningen.¹⁸¹ Dersom den nye etterligning er så forskjellig at den fremstår som et selvstendig produkt, kan det imidlertid være naturlig å anse dette som et nytt rettsforhold, som ikke omfattes av den aktuelle doms eller kjennelses rettskraft, og da finnes ingen annen utvei enn å eventuelt gå til ny sak.

¹⁸⁰ Generelt utformede forbud reiser også visse spørsmål i forhold ugyldighet. Det er mulig at det derfor generelt er lettere å oppnå slike generelle forbudsdommer på grunnlag av markedsføringsloven, fortrinnsvis generalklausulen jfr. for eksempel Lassen/Stenvik s. 414-415.

¹⁸¹ Se for eksempel LB-2001-1310.

9.2.5.5 Konklusjon

På grunnlag av den ovenstående drøftelse mener jeg at verken materielle eller prosessuelle regler prinsipielt står i veien for at det nedlegges et forbud mot forestående krenkelser. Selv om det i utgangspunktet ikke stilles høyere beviskrav i disse tilfellene, kan det imidlertid være vanskelig å sannsynliggjøre at en krenkelse er forestående.

9.3 Forbudets tidsmessige utstrekning

9.3.1 Problemstillingen

Som del av forbudets objektive utstrekning vil det være viktig å ta stilling til forbudets utstrekning i tid. Det er viktig at det vern forbudet gir er tilstrekkelig effektivt, i den forstand at det virker så lenge det er et behov for beskyttelse. På den andre siden vil det være urimelig å la beskyttelsen gå lenger enn nødvendig, dette kan fort fremstå som uforholdsmessig og lede til stagnasjon i utviklingen. Disse betraktningene gjelder for så vidt alle forbud som nedlegges enten etter markedsføringsloven eller enerettslovgivningen. Den grunnleggende forskjell ligger imidlertid at vernet av alle eneretter i større eller mindre grad er tidsbegrenset ved lovregulering.¹⁸² I relasjon til fastleggelsen av forbudets tidsmessige utstrekning, vil det være nødvendig å ta stilling til to hovedspørsmål. Det første er fra hvilket tidspunkt forbudet skal anses å virke, med andre ord dets begynnelsestidspunkt. Det andre spørsmål dreier seg om hvor lenge forbudet skal vare, altså når det skal anses å falle bort eller opphøre. Spørsmålet stiller seg selvsagt noe annerledes avhengig av om det er snakk om et midlertidig eller et endelig forbud.¹⁸³ Verken enerettslovgivningen eller markedsføringsloven gir særlig veiledning i forhold til disse spørsmål, og spørsmålet blir da hvordan forbudets tidsmessige utstrekning bør beregnes. Siden det også på dette felt finnes visse retningslinjer i forhold til de midlertidige forbud, vil det være naturlig å starte med å se på disse.

¹⁸² Vern etter varemerkeloven er i utgangspunktet tidsbegrenset, men kan forlenges ubegrenset.

¹⁸³ Det er verdt å gjøre oppmerksom på at det ikke vil være praktisk å tidsbegrense et forbud nedlagt ved fastsettelsesdom.

9.3.2 Forføyningssak

Dersom intet annet er bestemt, vil forbudet virke straks kjennelsen er avsagt, og ikke først når kjennelsen er rettskraftig.¹⁸⁴ Med ikrafttredelse menes det tidspunkt forbudet for virkning for saksøkte i den forstand at han er pliktig til å etterleve forføyningen. Her gjelder imidlertid et unntak dersom saksøker er pålagt å stille sikkerhet, her er utgangspunktet at forføyningen ikke trer i kraft og kan gjennomføres før retten har meddelt saksøkte at sikkerhet er stillet, jfr. § 15-9 andre ledd. Likevel er det også i disse tilfellene rom for å la et forbud gjelde allerede fra avsigelsen av kjennelsen.¹⁸⁵ Videre følger det av tvfl. § 15-8 andre ledd fjerde punktum at retten kan fastsette når en forføyning skal tre i kraft og hvor lenge den skal vare. For eksempel kan det bestemmes at produksjonen av et bestemt produkt skal innstilles fra en viss dag. Det kan også settes frist for saksøkeren for å reise søksmål om kravet jfr. tvfl. § 15-8 tredje ledd første punktum.¹⁸⁶

De midlertidige forbud kan enten oppheves (tvfl. § 15-11) eller falle bort (tvfl. § 15-12), men det kan også være aktuelt å innskrenke forføyningen. ”Bortfall” innebærer i motsetning til opphevelse at det midlertidige forbud faller bort uten videre. I begrepet midlertidig forføyning ligger nettopp at forføyningen ikke er evigvarende, og at den skal oppheves eller innskrenkes dersom det ikke lenger er grunnlag for den, eller grunnlaget er endret. Tvangsfullbyrdelseslovens § 15-11 er således et utslag av prinsippet om at forføyningen ikke bør gå lenger enn nødvendighet og rimelighet tilsier. Dersom saksøkte skal vinne frem med et krav om opphevelse eller innskrenkning av forføyningen må han enten fremsette nye bevis eller så må det foreligge endrede forhold som godtgjør at kravet eller sikringsgrunnen ikke er til stede. Et eksempel på en innskrenkning av forføyningen kan være at den reduseres fra et forbud mot produksjon og salg av et produkt, til kun å omfatte et forbud mot salg. Med ”nye bevis” menes bevis som ikke tidligere har vært påberopt. Når det gjelder alternativet ”endrede forhold” kan dette være forhold av enhver art, faktiske og rettslige, og det er ingen krav om de skal være knyttet til bevis. De endrede

¹⁸⁴ Se Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) s. 294.

¹⁸⁵ Jfr. Ot.prp.nr. 65 (1990-1991) s. 295.

¹⁸⁶ Se for eksempel LB-2001-1310

forhold kan dessuten gjelde både hovedkrav og sikringsgrunn.¹⁸⁷ Mest praktisk er at forføyningen oppheves på grunnlag av dom i saken om hovedkravet. Den midlertidige forføyning vil falle bort når dommen er rettskraftig (§ 15-12 første ledd (c)), men allerede fra den er avsagt vil resultatet ha stor innvirkning på vurderingen av om hovedkravet er sannsynliggjort. I tillegg til nevnte bortfallsgrunn vil forføyningen også falle bort uten videre dersom forføyningens varighet har løpt ut, saksøker oversitter en frist, hovedkravet oppfylles eller faller bort eller saksøker gir avkall på sin rett etter forføyningen. Et eksempel på et tidsbegrenset midlertidig forbud finnes i LE-2004-92602, hvor forbudet ble begrenset til to år. Det kan selvsagt være flere grunner til å tidsbegrense et midlertidig forbud på denne måten, men som regel vil jo det jo uansett falle bort når kravet avgjøres ved dom. Hensikten med en tidsbegrensing i slike tilfeller er vel derfor først og fremst å angi en lengste virketid dersom kravet ikke blir endelig avgjort ved dom eller det tar lang tid å få kravet endelig avgjort. Alternativet ”oppfyller kravet” passer nok språklig best på de tilfellene der kravet går ut på å yte eller fullføre noe (påbudssituasjonen). Likevel må det også gjelde de tilfeller der hovedkravet går ut på at saksøkte forbys visse handlinger, eller der det stadfestes at saksøker har rett til å foreta visse handlinger som saksøkte dermed må tåle. Som regel vil imidlertid forføyningen her gå ut på det samme som hovedkravet, og falle bort i kraft av det.¹⁸⁸ Fullbyrdelsen skjer her gjerne gjennom reglene om sikkerhetsstillelse i § 13-16. At saksøkte således følger det pålegg eller forbud som ligger i forføyningen betyr likevel ikke at han på denne måten ”oppfyller” hovedkravet etter § 15-12 første ledd (d), det må i tillegg kreves at han uttrykkelig anerkjenner den rett saksøker har etter hovedkravet.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Falkanger s.1109.

¹⁸⁸ Falkanger s. 1117.

¹⁸⁹ l.c

9.3.3 Ordinær forbudssak

Når det gjelder de endelige forbuds begynnelsestidspunkt vil det selvsagt også her være avgjørende hva som følger av domsslutningen. Uansett om begynnelsestidspunktet fastsettes i dommen, eller det ikke sies noe om dette, er det slik at forbudet som utgangspunkt, først blir gjeldende når dommen er rettskraftig. For pålegg om en unnlatesplikt fremgår det imidlertid av tvml. § 147 jfr. tvml. § 146 tredje og fjerde ledd at det skal fastsettes en oppfyllelsesfrist dersom det ”anses nødvendig eller rimelig, at han faar nogen tid at indrette sig efter dommen”. Det vil føre for langt å gå inn på alle de spørsmål som reiser seg i forbindelse med spørsmålet om rettskraft, men det generelle utgangspunkt er at en dom er rettskraftig når den ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler jfr. tvml. § 161 første ledd. Dette betyr at et forbud som utgangspunkt ikke vil være effektivt før denne muligheten er uttømt, hvilket jo også er bakgrunnen for at det kan ta lang tid før saksøker sitter med et rettskraftig endelig forbud mot krenkelser av sin rett. Etter tvml. § 148 oppstilles imidlertid en mulighet for å begjære fullbyrdelse av dommen før den er rettskraftig. En slik foregrepet fullbyrdelse er imidlertid betinget av at det stilles sikkerhet og at det for øvrig foreligger særlige omstendigheter. En ytterligere betingelse er at saksøkte ikke sannsynliggjør at slik fullbyrdelse vil forårsake ham uopprettelig skade ved fullbyrdelsen, og dersom en slik dom senere blir endret eller opphevet etter tvangsfullbyrdelse må saksøkeren erstatte saksøktes skader som følge av den foregropne fullbyrdelse. Vilkårene er altså ganske strenge, men det finnes eksempler på at denne bestemmelsen har vært brukt også i saker om immaterielle verdier.¹⁹⁰

Selv om rettskraftsreglene må iakttas ved fastleggelsen av forbudets utgangspunkt er det interessante først og fremst hvordan forbudets utgangspunkt og varighet skal eller bør fastlegges av retten. Spørsmålet om et forbuds utstrekning i tid kan i prinsippet oppstå uansett hva forbudet retter seg mot og uansett hvilken av markedsføringslovens bestemmelser som er overtrådt. Her skal jeg først og fremst konsentrere meg om forbud mot utnyttelse av bedriftshemmeligheter hvor spørsmålet kanskje er særlig viktig. I

¹⁹⁰ Se for eksempel en sak fra Oslo byrett (1984-07-04).

Innstillingen fra Konkurranselovkomitéen s. 50, ble det fremholdt at det i forhold til reglene om bedriftshemmeligheter neppe er mulighet for å finne et utgangspunkt for fristens løp, hvilket inngikk som argument mot et tidsbegrenset vern likt det som finnes i patentlovgivningen. Like fullt vil domstolene kunne havne i den situasjon hvor det er nødvendig å ta stilling til dette spørsmålet, og da blir spørsmålet hvilket tidspunkt som bør legges til grunn. I strafferettslig henseende er utgangspunktet at en handling som ellers villevært i strid med mfl. § 7 ikke kan straffes dersom det har gått mer enn to år fra tjeneste- eller tillitsvervets opphør jfr. mfl. § 17 femte ledd. Et liknende utgangspunkt finnes i den danske markedsføringslovs § 19 stk. 2, hvor forbudets utgangspunkt regnes fra den tid tjeneste-, samarbeidsforholdet eller vervet opphørte. Det finnes imidlertid ingen regler som regulerer forbudets begynnelsestidspunkt i sivil saker, verken i Norge eller Danmark. I en sak fra Agder lagmannsrett (RG 1996.777), som riktignok gjaldt overtredelse av mfl. § 9 (nå § 8a), ble det nedlagt et produksjonsforbud på tre år fra dommen ble rettskraftig. I de saker der det ikke sies noe om forbudets utgangspunkt vil det være naturlig å anse denne løsningen som et utgangspunkt. Det kan nok imidlertid også tenkes andre utgangspunkter for forbudets begynnelsestidspunkt. I en dansk dom (U 1980.717 H) ble det sivilrettslige forbudsvern av Sjø- og Handelsretten fastsatt til 3 år etter dommens avsigelse, men dette ble senere endret av Høyesteret til 3 år fra ansettelsesforholdets opphør. Dette innebar med andre ord en innskrenkning i det tidsmessige vern. For den som får medhold i en forbudspåstand vil det selvsagt være en fordel at forbudets begynnelsestidspunkt ikke settes tilbake i tid, slik det ble gjort i denne saken.

I de ordinære forbudssaker angis som oftest ikke forbudets varighet i domsslutningen, men spørsmålet vil kunne være av stor betydning både for krenkeren og den krenkede. Det vil for eksempel være viktig for en næringsdrivende å vite hvilken teknologi han til enhver tid fritt kan anvende, og hvordan han generelt kan bruke sin kunnskap og viten. Også hensynet til nyskapning og utvikling spiller inn her. Prosessøkonomisk fremstår det heller ikke særlig hensiktsmessig, at den som en gang har trådt en annen for nære etter en viss tid må bringe saken for retten igjen for å få greie på hva han kan og hva han ikke kan gjøre. Siden

vernet etter enerettslovgivningen ikke er tidsbegrenset,¹⁹¹ må man anta at dersom intet annet er sagt så gjelder forbudet ut verneperioden. På patentrettens område har det imidlertid blitt diskutert om det er mulig å fastsette et forbud slik at det gjelder ut over patenttidens utløp. Stenvik hevder at det neppe er hjemmel for en slik utstrekning av forbudet etter patentloven, men at mfl. § 1 muligens kan gi grunnlag for et slikt forbud.¹⁹² Han begrunner dette først og fremst i at det vil kunne virke urimelig at den som har skaffet seg en uberettiget konkurransefordel, for eksempel i form av tidlig markedsintroduksjon, fritt skal kunne utnytte denne fordelene selv om patenttiden er utløpt. Han peker på at ved å utstrekke forbudsvirkningen i en periode etter patentutløp vil rettstilstanden i noen grad bli gjenopprettet ved at inngriperen settes i samme stilling som om krenkelsen ikke hadde funnet sted. Dersom det på denne måten godtas at forbudet utstrekkes i nødvendig grad utover patenttidens utløp vil dette dessuten ha en viss allmennpreventiv effekt. Det kan her vises til en avgjørelse fra EF-domstolen i sak C-316/95 (Generics v. Smith, Kline & French) hvor det ble lagt til grunn at det ikke var i strid med EF-rettens regler om frie varebevegelser at forbudet var gitt en slik utstrekning utover patenttidens utløp.¹⁹³

Vernet etter markedsføringsloven er imidlertid ikke tidsbegrenset,¹⁹⁴ og det kan da for eksempel oppstå spørsmål om når det er ok å utnytte kunnskap som tidligere har blitt klassifisert som hemmelig, men som siden er blitt allment tilgjengelig. For den beskyttede vil det på den andre siden være viktig å vite hvor lenge hans kunnskap er vernet, slik at han kan ta sine nødvendige forholdsregler. Som nevnt gjelder det et toårig forbud etter mfl. § 17 femte ledd, i dansk rett gjelder et treårig forbud fra tjenesteforholdets, samarbeidsforholdets eller vervets opphør, jfr. MFL § 19 stk. 2. Dette betyr imidlertid ikke

¹⁹¹ Se note 182.

¹⁹² Stenvik s. 418. På liknende måte kan det tenkes at den goodwill som er knyttet til et kjennetegn kan være beskyttet selv om selve kjennetegnet ikke er i bruk jfr. Borchet/Bøggild s. 257.

¹⁹³ Saken var her at en nederlandsk domstol hadde besluttet et forbud på 14 måneder etter patentutløp, hvilket utgjorde den gjennomsnittlige periode for behandling av markedsføringstillatelse.

¹⁹⁴ Se Innst. 1966 s. 50 hvor det argumenteres for at en tidsbegrensning av vernet likt det i patentlovgivningen ikke ville være praktisk.

at de sivile forbud bør følge de samme regler, da det her nødvendigvis gjør seg gjeldende andre hensyn enn de som gjelder for straffesanksjonen. Selv om lovgiver ikke fant det naturlig å gjøre vernet etter mfl. § 7 tidsbegrenset, så betyr ikke dette at et forbud mot utnyttelse av en viss kunnskap skal være vernet for alltid, dette ville i så fall virke svært hemmende for teknologiens og næringslivets utvikling. Når et slikt tidsbegrenset vern ikke ble lovfestet var nok heller ikke dette først og fremst fordi det var ønskelig at den beskyttede skulle nyte et langvarig vern, men tvert i mot at det ikke ville være særlig rimelig å oppstille et slikt tidsbestemt vern all den tid de fleste av de forhold det kan være tale om å beskytte er temmelig kortlivede. I Konkurranselovkomitéens innstilling pekes det på at det hører til sjeldenhetene at bedriftshemmeligheter bevares i generasjoner, og at i moderne tid anses oppfinnelser og fremgangsmåter sjelden å ha en levetid på mer enn et par år, mens kommersielle hemmeligheter ofte vil ha enda kortere levetid.¹⁹⁵ Disse uttalelsene i markedsføringslovens forarbeider gir imidlertid ingen sikre holdepunkter for hvor lenge et forbud bør vare i praksis.

Dersom den krenkede har et sterkt behov for vern om sine produkter eller kunnskap, kan det kanskje innvendes at han bør forsøke å skaffe seg enerettsbeskyttelse.¹⁹⁶ Likevel er det nå en gang slik at lovgiver har akseptert at markedsføringslovens bestemmelser skal kunne yte et supplerende vern der det ikke foreligger enerettsvern. Domstolene bør derfor i slike tilfeller gå inn å vurdere vernebehovet i det enkelte tilfelle, og i prinsippet bør forbudet vare så lenge det er et reelt behov for vern. Det vil i utgangspunktet si så lenge den aktuelle viten reelt må anses som en bedriftshemmelighet og den fortsatt har kommersiell betydning. Spørsmålet om når en hemmelighet har opphørt å være en hemmelighet, er imidlertid til en viss grad et skjønnsspørsmål som må avgjøres konkret etter forholdene.¹⁹⁷ På domstidspunktet vil det i det hele tatt ofte være vanskelig å fastlegge forbudets varighet.

¹⁹⁵ Innst. 1966 s. 50.

¹⁹⁶ På dette området er det dessuten vanlig å gardere seg mot konkurranse med tidligere arbeidstakere ved avtaleklausuler.

¹⁹⁷ Innst. 1966 s. 48.

Ståhlros peker på tre mulige alternativer for fastsettelsen av varigheten.¹⁹⁸ Den første er at forbudets varighet tilsvarer perioden inntil hemmeligheten åpenbares for konkurrentene. Den andre fastleggelsen bygger på den tid det vil ta ved eksperimentering og egenutvikling å komme fremt til tilsvarende kunnskap. Den siste metoden vil være den tid det tar å komme frem til kunnskapen ved såkalt reverse engineering. Uansett hvilken av disse beregningsmåtene som måtte velges vil det være vanskelig å angi et en ”riktig” varighet for forbudet, i ettertid kan det jo vise seg at forbudets varighet enten ble beregnet for kort eller for langt. I den såkalte Roxar-saken (LG-2003-8617) som gjaldt utnyttelse av en bedriftshemmelighet ble det tatt utgangspunkt i den første av disse tre beregningsmåter. Retten pekte å at man ved utnyttelse av slike hemmeligheter vil kunne oppnå et forsprang, men etter hvert vil utviklingen ta igjen forspranget, og da vil man uansett fritt kunne utnytte slike opplysninger. Lagmannsretten uttalte at ”Slik lagmannsretten ser det, må det således ligge nær å anta at når gjennombruddet først er kommet for denne type teknologi, vil det bare være et tidsspørsmål før andre aktører lykkes i å utvikle egen og beslektet teknologi, og det er ikke rimelig grunn til å stenge FlowSys ute fra denne utviklingen ved et mer langvarig forbud”. På bakgrunn av dette ble forbudets varighet satt til 3 år. Ved fastleggelsen av forbudets varighet vil det altså være sentralt hvor fort utviklingen skjer på det aktuelle område, men også hvor store ressurser som er nedlagt for å komme frem til den aktuelle kunnskap og hemmelighetens kompleksitet som sådan bør tas i betraktning. Dessuten må det tas hensyn til om hemmeligheten faktisk har blitt avslørt eller når den eventuelt vil bli avslørt. Uavhengig av hvilket beregningsgrunnlag som anvendes kan jeg ikke forstå annet enn at fastleggelsen må bli skjønnsmessig. Uansett hvordan domstolene velger å fastlegge forbudets varighet, bør det imidlertid inkluderes en såkalt ”start-up time”, det vil si den tid det tar fra kunnskapen erverves til den kan utnyttes, typisk i utviklingen av et produkt. Det synes som om lagmannsretten også tok i betraktning denne tiden ved fastleggelsen av forbudet i Roxar-saken. Langvarige forbud kan nok forsvares i

¹⁹⁸ Ståhlros s. 375 jfr. s.144.

visse tilfeller, men dette vil ofte være betenkelig av hensyn til utvikling og markedskonkurransen.¹⁹⁹

Spørsmålene om forbudets utgangspunkt og varighet leder over i et annet spørsmål, nemlig om det på domstidspunktet i det hele tatt er grunnlag for, eller i hvertfall hensiktsmessig, å nedlegge et forbud dersom det har gått lang tid siden den aktuelle krenkelse. Spørsmålet har først og fremst relevans når saken kommer opp for de høyere rettsinstanser og den aktuelle kunnskap under prosessen har gått over til å bli allemannseie, og det forsprang inn griperen fikk ved den rettstridige handling spist opp. Som nevnt tidligere tar det gjerne lang tid før denne type saker blir endelig avgjort, i den nevnte Roxar-saken tok det 7 år. Dette betyr i realiteten at utviklingen for lengst kan ha tatt igjen den informasjon eller teknologi som på krenkelsestidspunktet ansås å være hemmelig og dermed beskyttet mot rettstridig utnyttelse.²⁰⁰ Det kan derfor stilles spørsmål om det i det hele tatt var materielt grunnlag for et forbud på tre år i denne situasjonen hvor det allerede var gått syv år siden selve krenkelsen. Så lenge utviklingen her hadde innhentet den tidligere beskyttede kunnskap, kan man kanskje si at det heller ikke var noen fare for fortsatt krenkelse. Som påvist tidligere i denne avhandlingen er nettopp faremomentet en nødvendig forutsetning for forbud. I en slik situasjon vil det etter min mening være lite rimelig å forby utnyttelsen av den kunnskap som allerede er fritt tilgjengelig for andre på markedet, og da er etter min mening den eneste adekvate sanksjon en eventuell erstatning for det uberettigede forsprang inn griperen fikk. Et slik synspunkt finner støtte i en sak fra dansk Høyesterett (U 75.1049 H) hvor retten uttalte at siden saksøktes rettsbrudd ”i det væsentlige karakteriseres ved, at de har skaffet sig et tidsmessigt forspring ved udviklingen af deres anlæg, findes der ikke nu efter flere års forløb at være grundlag for at forbyde dem – i modsætning til andre fabrikanter – at fremstille anlæg, der indeholder de i påstanden nævnte lighedspunkter med de indstævntes anlæg”. Siden det på domstidspunktet hadde gått fire år siden fra arbeidsforholdets opphør var det bare aktuelt med erstatning for det uberettigede forsprang

¹⁹⁹ Borchert/Bøggild s. 136-138 peker på domstolene generelt vil være forsiktige med å nedlegge et for vidtgående forbud, og at det derfor sjelden vil bli snakk om generelle konkurranseforbud.

krenkeren hadde oppnådd. I slike tilfeller er ikke vernebehovet til stede på samme måte, men det er selvsagt ikke rimelig at krenkeren skal gå fri, og poenget må jo være å i størst mulig grad gjenopprette situasjon som om krenkelsen ikke hadde skjedd. Dessuten vil det ofte nettopp være inngrepet som påskynder utviklingen på en slik måte at den tidligere hemmelige kunnskap transformeres til alminnelig bransjekunnskap. Inngriperen bør med andre ord i størst mulig grad fratas de fordeler han har hatt ved inngrepet. En annen sak er at erstatning regelmessig ikke vil gi den krenkede fullverdig oppreisning.

10 Tvangsfullbyrdelse og strafferettslige konsekvenser ved handlinger i strid med nedlagte forbud

10.1 Tvangsfullbyrdelse

I det foregående har jeg vært inne på at rettsvirkningene etter fastsettelsesdommen og fullbyrdelsesdommen er ulike. Den grunnleggende forskjell er at en fullbyrdelsesdom gir mulighet for tvangsfullbyrdelse etter tvangsfullbyrdelsesloven. Selv om det også etter den nye tvistelov må sondres mellom fullbyrdelsesdommer og fastsettelsesdommer synes imidlertid det formelle skille mellom de to typer rettsavgjørelser å være fraveket. Det avgjørende må ifølge tvistelovsutvalget være avgjørelsens faktiske innhold, med andre ord om dommen bestemmer at noe skal fullbyrdes.²⁰¹ Selv om skillet ikke opprettholdes, legger departementet til grunn at gjeldende rett i forhold til adgangen til å anlegge fullbyrdelsessøksmål videreføres.²⁰² Departementet understreker også at forslaget innebærer at det stilles større krav til domstolenes utforming av domsslutningen, den må klart tilkjennegi hva slags type dom man står overfor. På dette grunnlag er det viktig at partene er bevisste på å formulere sine påstander slik at de får det de ønsker. Utover dette vil tvangsfullbyrdelseslovens bestemmelser gjelde som vanlig.

²⁰¹ NOU 2001:32 pkt. 5.4.7

²⁰² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 11.6.4

Når det gjelder den praktiske gjennomføring av tåle- og unnlatesforpliktelser fremgår det av tvfl. § 13-16 at disse fullbyrdes ved at saksøkte pålegges å stille sikkerhet for den skade som vil bli voldt dersom saksøkte også i fremtiden handler mot sin plikt. Dersom saksøkte har forårsaket en forandring som strider mot saksøkerens rett, kan dessuten den tidligere tilstand søkes gjenopprettet. Dette skjer ved at enten saksøker eller namsmyndighetene på saksøktes bekostning utfører den nødvendige gjenopprettelse, eller ved at saksøkte pålegges å gjøre det med en trussel om løpende mulkt dersom han ikke gjør det. Reglene i tvangfullbyrdesloven kap. 13 suppleres av de generelle regler i kap. 5, og det kan om nødvendig kreves bistand av politiet for gjennomføring av fullbyrdesen (§ 5-10).

Som regel vil jo også den som har blitt pålagt forføyninger rette seg etter disse, men dersom dette mot formodning ikke skjer åpner § 15-9 for tvangfullbyrdes av kravet på saksøkers begjæring. Dette foregår ved tvangfullbyrdeslovens alminnelige regler om fullbyrdes i kap. 13 avsnitt II til VI. Med forbehold for visse unntak kan jeg derfor henviser til det jeg har sagt om dette i forhold til de endelige dommer. Utgangspunktet er at forføyningen gjennomføres straks saksøker begjærer det, men dersom forføyningen er betinget av sikkerhetsstillelse trer ikke forføyningen i kraft før retten har meddelt saksøkte at sikkerhet er stilt.

10.2 Strafferettslige konsekvenser ved handlinger i strid med dom

Uansett om det er snakk om en fullbyrdesdom eller en fastsettelserdom må saksøkte respektere den, og det forbundet med straff å ikke rette seg etter dommen. Det kan i denne sammenheng bli aktuelt å kreve sikkerhetsstillelse etter tvangfullbyrdesloven dersom forbudet ikke respekteres jfr. strl. § 344. Straffeloven § 344 retter seg blant annet mot de tilfeller der noen fortsetter å utøve en rett de er blitt fratatt ved endelig dom. Uttrykket ”endelig dom” synes å forutsette at fristen for å anvende ordinære rettsmidler etter tvml. § 161 er utløpt. I privatrettslige forhold vil dette si alle de tilfeller hvor det ved rettskraftig dom er fastslått at en part ikke har rett til å utøve retten, eller hvor den senere har gått

tapt.²⁰³ Også forbud nedlagt ved midlertidig forføyning vil det etter omstendighetene være straffbart å ikke respektere jfr. strl. § 343. Etter ordlyden kan den som handler mot et ”lovformelig nedlagt forbud” straffes. Det er altså ingen krav til at forbudet skal være endelig avgjort, og det må være klart at uttrykket ”forbud” blant annet må omfatte pålegg ved midlertidig forføyning om å unnlate en handling. Det er ikke avgjørende om det senere skulle bli opphevet av en høyere rett, og forbudet må etterleves så lenge det ikke oppheves, med mindre det skulle være en nullitet.²⁰⁴

11 Avsluttende bemerkninger

I denne avhandlingen har jeg undersøkt vilkårene for å få forbud i saker etter markedsføringsloven og enerettslovgivningen. Jeg har også sett på skrankene for forbudets utstrekning og innhold. Mitt inntrykk er at det absolutt er behov for et supplerende vern av immaterielle verdier, gjennom en generell regulering av markedsaktørens atferd. Selv om hensynet til den frie markeds konkurranse veier sterkt, er det viktig at de illojale og urimelige konkurransehandlinger fanges opp. Her spiller forbudssanksjonen en viktig rolle. Forbudet fremstår i dag som den mest effektive sanksjon for å hindre krenkelser på immaterialrettens og markedsrettens område. På grunnlag av dette, er det viktig at forbudet er tilstrekkelig effektivt. Verken de materielle eller prosessuelle regler synes å stå i veien for at forbudets effektivitet i større grad tas i betraktning ved nedleggelse av forbud. På denne bakgrunn mener jeg derfor, at det for eksempel ikke bør være noe betenkelig med å tillate at forbudssanksjonen i større grad anvendes også mot forestående krenkelser og andre varianter av aktuelle krenkelser. Internasjonalt har det da også blitt tatt til orde for en mer effektiv sanksjonering av krenkelse av immaterielle rettigheter. Gjennom internasjonale bindinger er dette noe Norge må forholde seg til.

²⁰³ Matningsdal s. 149.

²⁰⁴ l.c

Siden det ikke finnes noen særregulering av forbudssanksjonen i verken enerettslovene eller markedsføringsloven, er det de samme vilkår som gjelder for å få forbud etter begge regelsett. Ved den materielle forutsetningsprøvelse vil det selvsagt vise seg visse forskjeller avhengig av om forholdet bedømmes etter enerettslovgivningen eller markedsføringsloven. Krenkelsesvurderingen etter markedsføringsloven vil i langt større grad være knyttet til subjektive momenter, nettopp fordi det er den klanderverdige og illojale utnyttelse loven søker å ramme. Ofte vil imidlertid forbudene formuleres noenlunde likt, uavhengig av om forholdet bedømmes etter enerettslovgivningen eller markedsføringsloven. De største forskjellene viser seg ved forbudets tidsmessige utstrekning. Selv om det i enkelte tilfeller kan være tilfeldig om en krenkelse bedømmes etter enerettslovgivningen eller markedsføringsloven, er det imidlertid ikke et mål i seg selv at vernet gjøres likt. Dersom ikke vilkårene for å oppnå enerett er til stede må man ta til takke med et svakere vern. Likevel er det viktig at forbudet er effektivt uansett hvilket regelsett en krenkelse bedømmes etter. Etter min mening er det i så måte en svakhet ved det markedsrettslige system at det ikke er hjemmel for tiltak til forebygging av nye inngrep, tilsvarende de som finnes i enerettslovgivningen.

12 Kildeoversikt

LITTERATUR

- Andersson Niklas Andersson, Interimistiska förbud i immaterialrättsprocessen (Stockholm 1999)
- Bernitz m.fl. Ulf Bernitz, Gunnar Karnell, Lars Pehrson, Claes Sandgren, Imaterialrätt och otilbörlig konkurrens, 8.utgave (Stockholm 2004)
- Borcher Erling Borcher, Produktefterligninger, 2.utgave (København 2003)
- Borcher/Bøggild Erling Borcher, Frank Bøggild, Markedsføringsloven (København 2001)
- Bratholm/Hov Anders Bratholm, Jo Hov, Sivil Rettergang (Universitetsforlaget 1973)
- Falkanger Thor Falkanger, Hans Flock, Thorleif Waaler, Tvangsfullbyrdelsesloven bind 2, 3. utgave (Universitetsforlaget 2002)

Flock	Hans Flock, Kommentar til tvangsfullbyrdelsesloven i Norsk lovkommentar B. 2, [2065]-2117
Gram Mortensen/Steinicke	Bernt Ole Gram Mortensen, Michael Steinicke, Dansk markedsret (København 2004)
Gundersen/Bernitz	Fridtjof Frank Gundersen, Ulf Bernitz, Norsk og internasjonal markedsrett (Marknadsrättsförlaget 1977)
Hov	Jo Hov, Rettergang III (Oslo 2000)
Knoph	Ragnar Knoph, Åndsretten (Oslo 1936)
Koktvedgaard (1965)	Mogens Koktvedgaard, Immaterialretspositioner (København 1965)
Koktvedgaard (2005)	Mogens Koktvedgaard, Lærebog i immaterialret, 7. reviderte utgave ved Jens Schovsbo (København 2005)
Koktvedgaard/Levin	Mogens Koktvedgaard, Marianne Levin, Lärobok i immaterialrätt, 8. utgave (Stockholm 2004)
Lorange Backer	Inge Lorange Backer, Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage (Universitetsforlaget 1984)
Lunde	Tore Lunde, God forretningsskikk næringsdrivande imellom (Bergen 2001)

Løchen/Grimstad,	Torvald C. Løchen, Amund Grimstad, Markedsføringsloven Kommentartutgave, 7.utgave (Universitetsforlaget 2003)
Lødrup	Peter Lødrup, Erstatningsrett, 4. utgave (Oslo 1999)
Madsen	Palle Bo Madsen, Markedsret del 2, 4.utgave (København 2002)
Matningsdal	Magnus Matningsdal, Strafferetten i Knophs oversikt over norsk rett, 11. utgave (Oslo 1998) s. [34]-164
Michelsen (1999)	Hans M. Michelsen, Sivilprosess (Oslo 1999)
Midelfart i NIR 1986	Arne Midlefart, Forbud, erstatning og straff for inngrep i industrielle rettigheter – med hovedvekt på patentinngrep, i Nordisk Immaterielt Rättsskydd 1986 s. 404-418
Mitsem	Pål Mitsem, Midlertidig forføyning i norsk rett (Stavanger 1992)
Monsen	Erik Monsen, Berikelseskrav ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterlikningsvernet etter mfl. §§ 8a jf. 1, Graden doctor juris, (Universitetet i Bergen 2006)
Monsen i NIR 2006	Erik Monsen, Kommentar til direktiv 2004/48/EF om harmonisering av regler om håndheving av immaterialrettigheter, i Nordisk Immaterielt Rättsskydd 1/2006 s. 66-83.

Møse	Erik Møse, Menneskerettigheter (Cappelens Forlag 2002)
Norrgård	Marcus Norrgård, Interimistiska förbud i immaterialrätten (Helingfors 2002)
Nygaard	Nils Nygaard, Skade og ansvar, 5. utgave (Bergen 2000)
Plesner	Mogens Plesner, Om rettskridt inden for immaterialretten i Vennebog til Mogens Koktvedgaard (Stockholm 1993)
Sijthoff Stray	Anne Lise Sijthoff Stray, Opphavsretten (Universitetsforlaget 1989)
Skoghøy	Jens Edvin A Skoghøy, Tvistemål (Universitetsforlaget 1998)
Stenvik	Are Stenvik, Patentrett (Oslo 2006)
Stuevold Lassen	Birger Stuevold Lassen, Åndsretten i Knophs oversikt over norsk rett, 11. utgave (Oslo 1998) s. [504]-541.
Stuevold Lassen/Stenvik,	Birger Stuevold Lassen, Are Stenvik, Oversikt over norsk varemerkerett bind I, 2.utgave, (Stensilserie nr. 163, Oslo 2003)
Ståhlros	Leif Ståhlros, Företagshemligheter- know how (Stockholm1986)

LOVER, FORSKRIFTER OG VEDTEKTER

Norge

Designloven (dsl.)	Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design
Foretaksnavneloven (ftnavnl.)	Lov 21.juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv. (Lovens tittel endret fra firmaloven ved lov nr. 91/2003)
Konkurranseloven av 1922 (Opphevet)	Lov 7. juli 1922 nr. 11 om utilbørlig konkurranse
Markedsføringsloven (mfl.)	Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår
Mønsterloven (opphevet)	Lov 29. mai 1970 nr. 33 om mønster (opphevet/avløst av designloven)
Patentloven (patl.)	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter
Straffeloven (strl.)	Lov 22. mai 1902 nr. 10- Almindelig borgerlig Straffelov
Tolloven (toll.)	Lov 10. juni 1966 nr. 5 om toll

Tvangsfuldbyrdesloven av 1915 (Opphevet)	Lov 13. august 1915 nr. 7 om tvangsfuldbyrdelse
Tvangsfullbyrdesloven (tvfl.)	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (Loven er ikke satt i kraft)
Tvistemålsloven (tvml.) tvistemål	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål
Varemerkeloven (vml.)	Lov 3. mars 1961 nr. 4 om varemerker
Åndsverkloven (åvl.)	Lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.
Endringslov nr. 104/1996	Lov om endringer i industrielt rettsvern m.m. (TRIPS-avtalen)
Endringslov nr. 106/2000	Lov om endringer i lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår (markedsføringsloven)
Forskrift 19. desember 2000 nr. 1653 om sammenliknende reklame	
Vedtekter for Næringslivets konkurranseutvalg (sist endret 22.4.2004)	

Danmark

Markedsføringsloven (MFL) Lov nr 1389 af 21.12.2005 (avløste tidligere Markedsføringslov, lov nr.699 af 17.07.2000)

Tyskland

UWG Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986

FORARBEIDER

Civilproceslovkommissionens indstilling Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal fra kommissionen av 3. januar 1891, Kristiania 1908

Indst. 1919 Indstilling til lov om utilbørlig konkurranse fra komitéen av 10. december 1915, Kristiania 1919

Innst. 1950 Innstilling av 1950 til lov om varemerker

Innst. 1966 Innstilling fra Konkurranselovkomitéen til lov om kontroll med markedsføring, Otta 1966

NOU 1995:2 Forslag til endringer i markedsføringsloven

NOU 2001:32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

NOU 2003:15	Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff
Ot.prp. nr. 68 (1959-60)	Lov om varemerker mv. og lov om fellesmerker
Ot.prp. nr. 57 (1971-72)	Lov om markedsmissbruk/lov om kontroll med markedsføring
Ot.prp. nr. 5 (1982-83)	Lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4 m.m (generell lempningsregel)
Ot.prp. nr. 65 (1990-91)	Lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)
Ot.prp. nr. 51 (2004-05)	Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
Varemerkeutredningen I	Vedlegg 2 (Utkast til revidert varemerkelov 1994) til Ot.prp. nr. 59 (1994-1995) om lov om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern.

INTERNASJONALE AVTALER OG KONVENSJONER

TRIPS-avtalen	Agreement on Trade Aspects of Intellectual Property Rights, Marrakesh 15.april 1994
WTO-avtalen:	Avtale 15.april 1994 om opprettelse av Verdens Handelsorganisasjon (World Trade Organization)
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), Oporto 2.mai 1992

DIREKTIVER OG FORORDNINGER

Eurpoa-parlamentets og rådets direktiv 2004/48/EF af 29. april 2004 om håndhevelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder (Håndhevelsesdirektivet)

Europa-parlamentets og rådets direktiv 1997/55/EF af 6. oktober 1997 rådsdirektiv om endring af direktiv 84/450/EØF om villedende reklame

Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker

DOMSREGISTER

Norges Høyesterett

Rt. 1960.831 (Hkjm)

Rt. 1964.105

Rt. 1964.238

Rt. 1967.124 (Hkjm)

Rt. 1968.1341 (Hkjm)

Rt. 1969.1402 (Hkjm)

Rt. 1972.107

Rt. 1973.767

Rt. 1981.432 (Hkjm)

Rt. 1981.910 (Hkjm)

Rt. 1984.248

Rt. 1984.398 (Hkjm)

Rt. 1987.242

Rt. 1988.774

Rt. 1989.508

Rt. 1990.607

Rt. 1991.66 (Hkjm)

Rt. 1994.526

Rt. 1994.1244 (Hkjm)

Rt. 1994.1584 (Tomy Train/Lego)

Rt. 1995.1908 (Mozelldommen)

Rt. 1996.1625 (Hkjm)

Rt. 1997.199 (Cirrus)

Rt. 1997.580

Rt. 1998.124 (Hkjm)
Rt. 1998.300 (Hkjm)
Rt. 1998.1315 (Iskremdommen)
Rt. 1999.1725 (Lundetangen-dommen)
Rt. 2000 s. 110 (Dale/Leather Man) (Hjkm)
Rt. 2000.1698
Rt. 2003.1165 ("Mein Kampf") (Hkjm)
Rt. 2004.495 (Hkjm)
Rt. 2004.904
Rt. 2004.1474
Rt. 2005.1601

Lagmannsretten

LE-1996-544
RG 1996.777 (Agder lagmannsrett)
LB-1997-1194
RG 1998.1543 (Borgarting lagmannsrett)
LF-1999-647
LB-1999-2057
LB-1999-2085
LB-1999-3153
RG 2001.676
LB-2001-1310
RG 2003.997 (Borgarting lagmannsrett)
LB-2003-1979
LG-2003-8617 (Roxar)
LA-2004-60570 (Scanmar)
LE-2004-92602
LF-2005-1089
RG 2005.1089 (Frostating lagmannsrett)

LA-2005-1945

Tingretten

RG 1977.520 (Oslo byrett)

RG 1982.932 (Toten herredsrett)

Oslo byrett (1984-07-04)

RG 1992.1068 (Indre Follo namsrett)

RG 1993.830 (Tønsberg namsrett)

Oslo tingrett (2003-02-13)

Utenlandsk rettspraksis

Danmark

UfR 1975.1049 H (Skibsradioanlæg)

UfR 1980.717 H (Krøyerdommen)

USA

eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C. 126 S.Ct. 1837 (U.S.,2006)

EF-domstolen

Sak C-316/05 (ennå ikke i Sml.) (Nokia vs. Joacim Wärdell)

Sak C-316/95 Sml. 1997 s. I-3929 (Generics v. Smith, Kline & French)

Responsa

Industriforbundets Konkurranssutvalg (sak nr. 386 1966)

NKU 1992/3

NKU 1993/8

NKU 1995/7

NKU 1996/7

NKU 1996/8

Markedsrådet

MR-sak nr.14/1996

MR-sak nr.8/1978

MR-sak nr.15/2000

