



UiO • **Institutt for privatrett**
Det juridiske fakultet

Generalklausulens rekkevidde i en kompleks immaterialrett

Harald Irgens-Jensen



Markedsføringsloven § 25

I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningssskikk næringsdrivende imellom.

Overordnet

- Fleksibilitet vs. forutsigbarhet
- Immaterialretten setter flere og flere grenser
- EU-harmonisering

Men....

«Den utilbørlige konkurranse antar i våre dager en mengde forskjellige former, og nye dukker stadig op. ...En lov som alene inneholder forbud mot bestemte utslag av utilbørlig konkurranse, vil derfor ikke kunne ramme alle former av denne, og vil eftersom tiden går stadig bli mere ufullkommen.»

Konkurranselovkomiteen 1919

Anvendelsen av generalklausulen

- Typetilfeller
- Men den må også kunne ramme handlinger som faller utenfor typetilfellene
- Generelt sett ikke i strid med EU-retten,
 - Men må undersøke konkret om å gripe til generalklausulen vil gripe inn i «fri bruk» EU-retten skal sikre (direktiv 2016/943 fortale pkt 10, C-516/17, C-160/15)
- Retningslinjer for bedømmelsen av når «nye» tilfeller i strid med generalklausulen?

Rt. 1998 s. 1315

*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.*

Tenker Høyesterett rettsøkonomisk – hva er bra for verdiskapningen i samfunnet?

- Konkurransen er grunnleggende bra
- Etterligninger gir konkurranse, i utgangspunktet OK
- Immaterialrettighetene fastsetter når en investering har gitt et resultat som trenger vern mot etterligning, og hvor nærgående disse etterligningene kan være («define the rights of proprietors of trade marks in the European Union”, C-661/11 avsn 54). Vern bør søkes der
- Men hensynet til verdiskapning i samfunnet kan tilsi at investeringer som ikke fører til et resultat som kan vernes av immaterialretten, likevel gis et vern mot visse former for utnyttelse – en nyansert bedømmelse

Fulgte flertallet egen retningslinje?



Som det markedsledende selskapet med en markedsandel på nærmere 50%, var det Norsk Iskrem BA som var toneangivende ved kampanjen for å forhindre at svenske GB fra 1992 fikk innpass på det norske markedet – "iskremkrigen". Konkurransen med GB kostet Norsk Iskrem BA flere millioner kroner, men lyktes ved at GB i 1996 trakk seg ut av det norske markedet

Da Norges-Is AS ble regnet med andre ord på et konkurrenten, Norsk Iskrem hadde anvendt betydelig framheve fortrefeligheten. Når man da valgte et navn fonetisk holder en viss å begrepsmessig i realiteten. Norsk Iskrem BA som til etter mitt skjønn for at b varekjennetegn vil være forretningskikk.



Bergen tingrett, 18/11 2020...galt av sted

«Patentstyret har i forbindelse med saksøktets varemerkeregistrering vurdert om det finnes nasjonale varemerker som kan forveksles med det omsøkte varemerket uten at det ble funnet registerhindringer. Retten anser ikke dette avgjørende, og peker på at retten må foreta en selvstendig vurdering av markedsføringslovens regel.»



Voss Gondol

b)



Voss Resort



d)



Etterlikning av annet enn varemerker

- Forvekslingsfare et typisk «tilleggselement»
- Aktuell i «framing»-saker?

C-392/19 og C- 384/13

Hvis ikke forvekslingsfare?

- Kopiering basert på betrodd informasjon som «springbrett» (Rt. 1959 s. 712 (Skilt), Rt. 1964 s. 238 (Notflottør))
- Annen misbruk av forhandlingssituasjon (LB-2008-17240 («Godt snakk»))
- Systematisk opp mot markedsleder
- Tidligere krenkelser (Rt. 2000 s. 110) (?)

LB-2010-118311 – «variasjonsplikten»

- Fordi Norge ikke har lov om vern for uregistrert design?
- «unødvendig likhet» – feil tilnærming?
- Jøtuls produkt «salgssuksess»
- Nordpeis «sparte tid»
- Hadde det blitt mindre produktutvikling om Nordpeis ble frifunnet?



Jøtul F373



Nordpeis Contura



Jøtul F 371



Nordpeis Trio 2

Evigvarende vern blir vel for sterkt?

«Ny» immaterialrett «tar over»

- Rt. 1940 s. 327 (Hallo Hallo) – katalogvernet
- RG 2005 s. 1089, TTRON-2004-85946 (Supersøk) – før **C-202/12 Innoweb**
- Bruken av generalklausulen sikret riktig resultat – kunne em.m. brukt samme begrunnelse som EU-domstolen

Samme med «Adwords»-sakene?

- C-323/09 m.fl.
- NKU-2006-6, NKU-2012-12, NKU-2017-6, NKU-2018-10, NKU-2019-01
- TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian)
- Oslo tingrett 15/12 2020 (Vindex/Kystgjerde)?

Supplement der immaterialrettslovene (kanskje) er for snevre

- Østerrisk høyesterett 25/10 2016
- Forretningshemmelighet – kravet til «rimelige beskyttelsestiltak»
- Utnyttelse av «sikkerhetshull»
- Etter forretningshemmelighetsloven burde slik opptreden i hvert fall rammes av mlf. § 25 – næringsdrivende bør e.m.m ikke bruke ressurser på sånt.

«Retriever», Oslo tingrett 17/12 2020

- Bransjepraksis
- «Lagt seg systematisk så tett opp til det de ikke kan gjøre, uten å krenke opphavsrettigheter etter åndsverkloven, som mulig. Retten mener at det nettopp i slike tilfeller er behov en god forretningskikk standard» ????
- «Hvordan kan et selskap som har mediebedrifter på eiersiden ødelegge inntektsgrunnlaget til en annen mediebedrift på denne måten?»
- Dårlig kvalitet, svekket DNs goodwill

- «Den utilbørlige konkurranse antar i våre dager en mengde forskjellige former, og nye dukker stadig op. ...En lov som alene inneholder forbud mot bestemte utslag av utilbørlig konkurranse, vil derfor ikke kunne ramme alle former av denne»
- Investeringene i gravende, seriøs journalistikk trenger et visst vern
- DSM artikkel 15?