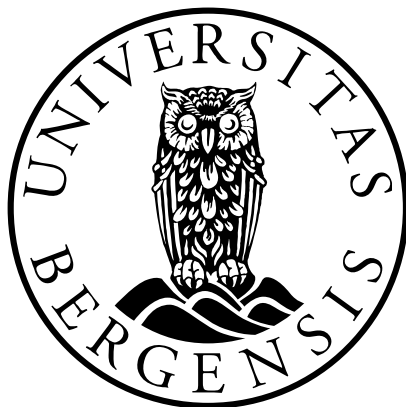


Kravet til sikringsgrunn ved midlertidig forføyning i immaterialrettssaker

*En analyse av tvl. § 34-1 (1) bokstav b ved
midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep*

Kandidatnummer: 8

Antall ord: 14997



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	3
1.1 Oppgavens tema, aktualitet og problemstilling	3
1.2 Rettskildebildet og metodiske problemstillinger	4
1.3 Den videre fremstillingen	7
2 Immaterialrettighetenes særegne karakter	9
2.1 Rettspolitiske hensyn og interesseavveininger	9
2.2 Det særlige behovet for midlertidig forføyning ved immaterialrettsinngrep	10
3 Kravet til sikringsgrunn ved immaterialrettsinngrep etter bokstav b.....	13
3.1 Kort om vilkårene for midlertidig forføyning	13
3.2 Kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b	15
3.2.1 Oversikt	15
3.2.2 Kravet til et omtvistet rettsforhold	15
3.2.3 Kravet til vesentlig skade eller ulempe	15
3.2.4 Nødvendighetskravet.....	17
3.2.5 Tidspunktet for vurderingen.....	18
3.3 Interesser og momenter som gjør seg gjeldende ved immaterialrettsinngrep	20
3.3.1 Betydningen av inngripers adferd og inngrepets karakter	20
3.3.2 Betydningen av økonomiske interesser.....	25
3.3.3 Betydningen av erstatningsmuligheten	30
3.3.4 Betydningen av ideelle interesser.....	33
3.3.5 Betydningen av partsforholdet	35
3.3.6 Betydningen av tidsmomentet.....	36
3.3.7 Betydningen av hvor inngripende forføyning vil være for saksøkte.....	38
3.3.8 Betydningen av samfunnsinteresser	39
4 Konklusjon og avsluttende refleksjoner.....	41
Kildeliste.....	44

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema, aktualitet og problemstilling

Oppgavens tema er kravet til sikringsgrunn ved midlertidig forføyning i immaterialrettssaker, jf. tvisteloven (tvl.)¹ § 34-1 (1) bokstav b. Rettighetene til et patent, design, varemerke eller åndsverk – som i det følgende vil omtales under fellesbetegnelsen *immaterialrettigheter* – har det til felles at de er *eneretter*, som gir rettighetshaveren rett til å råde over rettigheten og til å forby andres urettmessige utnyttelse av den.² Dersom noen handler i strid med eneretten, slik denne er avgrenset i den aktuelle immaterialrettsloven, foreligger det et *inngrep* i rettigheten.³

Verdiene som ligger i immaterielle rettigheter blir stadig viktigere i samfunnet, som følge av rask teknologisk utvikling og økende globalisering.⁴ Inngrep i slike rettigheter kan raskt føre til store tap og ulemper for rettighetshaveren.⁵ Det kan dessuten ta lang tid å håndheve enerettsposisjonen ved ordinær rettergang.⁶ Innen domstolene har avsagt rettskraftig dom i hovedsaken, kan eneretten derfor ha blitt utsatt for uopprettelig skade.⁷ Ettersom det dermed er et sterkt behov for å beskytte rettigheten mot ytterligere skade frem til endelig dom foreligger, er det viktig at rettighetshaveren gis mulighet til å stanse immaterialrettsinngrep raskt.⁸

Rettighetshaverens behov for rask håndhevelse av eneretten ivaretas i norsk rett gjennom reglene om *midlertidig forføyning* i tvisteloven kapittel 34. En midlertidig forføyning er en foreløpig rettsavgjørelse som i utgangspunktet varer frem til hovedsaken er endelig avgjort.⁹ For at rettighetshaveren skal kunne få nedlagt en midlertidig forføyning, må det kunne påvises et *hovedkrav* mot saksøkte og et behov for midlertidig sikring av kravet – en *sikringsgrunn*. Dersom vilkårene for midlertidig forføyning er oppfylt kan rettighetshaveren få nedlagt et *midlertidig forbud* mot de handlinger som utgjør et inngrep i eneretten, typisk i form av et forbud mot markedsføring eller salg av bestemte produkter eller tjenester.¹⁰

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.).

² Schovsbo m.fl. (2018) s. 27.

³ Det kreves i utgangspunktet ingen form for subjektiv skyld for å konstatere at det foreligger et immaterialrettsinngrep, jf. Wold (2010) s. 132.

⁴ Andersen m.fl. (2006) s. 4–6.

⁵ Helset m.fl. (2009) s. 81.

⁶ Flock (2011) s. 18 og Stenvik (2013) s. 422.

⁷ Helset m.fl. (2009) s. 679.

⁸ Stenvik (2013) s. 422 og Rognstad (2019) s. 509–510.

⁹ Tvisteloven § 34-6.

¹⁰ Flock (2011) s. 147 og Prop. 81 L (2012-2013) s. 59.

Spørsmålet om hvordan kravet til sikringsgrunn skal tolkes og anvendes ved immaterialrettsinngrep, er dermed av stor betydning for om rettighetshaverens enerett kan håndheves på en effektiv måte.¹¹ Oppgavens hovedproblemstilling er derfor: *Hvordan skal kravet til sikringsgrunn i tvl. § 34-1 (1) bokstav b tolkes og anvendes når det begjæres midlertidig forbud mot saksøktes handlemåte som følge av at den innebærer et inngrep i saksøkers immaterialrettigheter?*

1.2 Rettskildebildet og metodiske problemstillinger

Vilkårene for midlertidig forføyning fremgår av tvisteloven kapittel 34, og kravet til sikringsgrunn følger av § 34-1. Bestemmelsen lyder som følger:

"(1) Midlertidig forføyning kan besluttes:

- a) når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller
- b) når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.

(2) Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet."

Ettersom bestemmelsen er generelt utformet og inneholder flere nokså skjønnsmessige vilkår, må rettsanvenderen ved tolkningen se hen til de øvrige rettskildefaktorene utover lovteksten. Tvisteloven § 34-1 er en videreføring av regelen i tvangsfylldbyrdelsesloven § 15-2, som igjen var en videreføring av den eldre bestemmelsen i tvangsfylldbyrdelsesloven av 1915 § 262. Siden regelen i all hovedsak er innholdsmessig uendret, er uttalelser fra rettspraksis, forarbeider og juridisk teori som knytter seg til de eldre bestemmelsene også relevante for tolkningen.¹²

Selv om forarbeidene til både den nye og de eldre bestemmelsene er relevante, inneholder disse få uttalelser om hvordan kravet til sikringsgrunn skal tolkes og anvendes ved immaterialrettsinngrep. Muligheten for midlertidig forføyning omtales imidlertid i enkelte av forarbeidene til immaterialrettslovene,¹³ men kravet til sikringsgrunn drøftes normalt ikke.

¹¹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 17.

¹² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 491 og Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292.

¹³ Se særlig Prop. 81 L (2012-2013).

Det er også relativt få høyesterettsavgjørelser som belyser kravet til sikringsgrunn i immaterialrettssaker. Det finnes derimot en god del lagmannsrettspraksis samt en rekke avgjørelser fra tingrettene og Oslo byfogdembete. Det ligger imidlertid en metodisk utfordring i å benytte underrettspraksis i analysen av oppgavens problemstilling. Ettersom underrettspraksis ikke er en autoritativ rettskildedefaktor slik som høyesterettspraksis,¹⁴ må en være bevisst dens begrensede rettskildemessige vekt.¹⁵ Det er derfor viktig at drøftelsen i det følgende løftes opp til noe mer enn en analyse av underrettspraksis, og at avgjørelsene i stedet brukes for å eksemplifisere og illustrere ulike vurderingsmomenter som kan forankres i de øvrige rettskildefaktorene. I det følgende vil underrettspraksis derfor benyttes for å belyse *hvilke* problemstillinger som oppstår ved anvendelsen av tvl. § 34-1 (1) bokstav b ved immaterialrettsinngrep og *hvordan* disse problemstillingene har blitt løst i praksis. Uttalelser fra underrettspraksis vil imidlertid kunne tillegges vekt når de autoritative rettskildefaktorene ikke gir særlig veiledning for det aktuelle rettsspørsmålet og argumentasjonsverdien er høy.

Når det gjelder internasjonal rett er det særlig TRIPS-avtalen som er av størst betydning.¹⁶ Norge har i likhet med alle stater som er medlem av Verdens handelsorganisasjon (WTO) ratifisert TRIPS,¹⁷ som oppstiller en rekke minstekrav til konvensjonsstatenes beskyttelse av immaterialrettigheter.¹⁸ Det er særlig kravene som stilles til konvensjonsstatenes håndheving av immaterialrettigheter i TRIPS art. 41–50, som er av betydning ved tolkningen av kravet til sikringsgrunn ved immaterialrettsinngrep.¹⁹ Selv om minstekravene i disse bestemmelsene ikke alene gir rettighetshavere i konvensjonsstatene verken rettigheter eller plikter,²⁰ kan reglene i TRIPS gi bidrag til tolkningen av innholdet i de norske håndhevingsreglene. Dette skyldes *presumsjonsprinsippet* i norsk rett, som innebærer at norske rettsregler skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.²¹

Reelle hensyn får også en viktig rolle som følge av fraværet av autoritative rettskildefaktorer. De rettspolitiske hensynene bak immaterialrettighetene og de tilhørende håndhevingsreglene

¹⁴ Høgberg/Sunde (2019) s. 89–91.

¹⁵ Nygaard (2004) s. 210–211 og Eckhoff (2001) s. 171–175. Se imidlertid Robberstad (2000) s. 517–519.

¹⁶ Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights (TRIPS).

¹⁷ TRIPS ble ratifisert av Norge 7. desember 1994 og trådte i kraft 1. januar 1995.

¹⁸ At TRIPS oppstiller 'minstekrav' betyr at norske regler kan gi rettighetshavere bedre beskyttelse enn det statene er pålagt etter konvensjonen, jf. Arnesen/Stenvik (2015) s. 22.

¹⁹ Andersen m.fl. (2006) s. 95–96.

²⁰ Petersen (2008) s. 38–39.

²¹ Arnesen/Stenvik (2015) s. 64.

vil derfor benyttes som tolkningsbidrag ved løsningen av de rettslige problemstillingene som drøftes i oppgavens hoveddel.²²

På tross av at midlertidig forføyning er praktisk viktig ved immaterialrettsinngrep, er det nærmere innholdet i kravet til sikringsgrunn ikke analysert grundig i juridisk teori for denne sakstypen. Det som tidligere er skrevet om problemstillingen er enten utformet generelt i et sivilprosessrettslig perspektiv,²³ eller omtalt nokså overfladisk i den norske immaterialrettslitteraturen.²⁴ En nærmere analyse av kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b ved midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep er derfor på sin plass.

Videre bygger reglene om midlertidig forføyning i tvisteloven verken på nordisk lovsamarbeid eller en felles europeisk plattform gjennom EU-direktiv eller forordning.²⁵ Likevel finnes det tilsvarende regelsett i både dansk,²⁶ svensk²⁷ og finsk rett.²⁸ Fremmed lands rett er imidlertid av begrenset betydning ved tolkningen av norske sivilprosessregler.²⁹ Bakgrunnen for at det likevel henvises til juridisk litteratur fra de øvrige nordiske landene i denne oppgaven, er at hensynene og interesseavveiningene som gjør seg gjeldende ved midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep naturligvis er de samme uavhengig av om saken går for norske eller danske domstoler.³⁰ Betraktninger i nordisk juridisk litteratur om hvordan disse hensynene og interesseavveiningene slår ut ved midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep i de ulike landenes rettssystemer, vil dermed være av interesse når argumentene er gode.³¹

²² Disse hensynene skal det redegjøres nærmere for i punkt 2 nedenfor.

²³ Se f.eks. Robberstad (2018) s. 189–191, Schei mfl. (2013) s. 1233–1239, Flock (2011) s. 95–152, Falkanger m.fl. (2008) s. 1149–1166 og Mitssem (1992) s. 128–176.

²⁴ Se f.eks. Rognstad (2019) s. 509–512, Stenvik (2013) s. 422–424, Lassen/Stenvik (2011) s. 456 og Lassen/Stenvik (2006) s. 120–121.

²⁵ Petersen (2008) s. 24.

²⁶ Petersen m.fl. (2015) s. 139 flg.

²⁷ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 165 flg.

²⁸ Norrgård (2002) s. 59 flg.

²⁹ Nygaard (2004) s. 51 og s. 110–111.

³⁰ Se punkt 2.1 hvor det skal redegjøres nærmere for disse hensynene og interesseavveiningene.

³¹ Oppgavens tema er for øvrig analysert langt grundigere i nordisk juridisk litteratur. Se f.eks. Petersen m.fl. (2015), Petersen (2008), Andersen m.fl. (2006), Bengtsson/Lyxell (2006) og Norrgård (2002).

1.3 Den videre fremstillingen

Hovedformålet med oppgaven er å avklare det rettslige innholdet i kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b ved immaterialrettsinngrep. Kravet til sikringsgrunn etter bokstav a, proporsjonalitetsbegrensningen i annet ledd og kravet til sannsynliggjøring av hovedkravet etter § 34-2 vil omtales kort i punkt 3.1, men vil ikke være gjenstand for en grundig behandling. Jeg vil dessuten avgrense mot særregelen om midlertidig forføyning til sikring av immaterialrettigheter ved hjelp av tollmyndighetene etter § 34-7.

Videre vil jeg særlig fokusere på forføyningssaker som gjelder sikring av immaterialrettigheter etter åndsverkloven,³² patentloven, designloven og varemerkeloven. Bakgrunnen for dette er at det særlig er *enerettskonstruksjonen*³³ en finner blant immaterialrettighetene som gjør dem særlig interessante å analysere og sammenligne i denne sammenhengen.³⁴ Selv om f.eks. etterlikningsvernet i markedsføringsloven § 30 aktualiserer mange av de samme hensynene, gir reglene i markedsføringsloven ikke en *enerett* på samme måte som immaterialrettighetene gjør og vurderingene kan derfor slå noe annerledes ut.³⁵ Drøftelsene vil i det følgende dermed foretas under forutsetning om at det er foretatt et inngrep i en gyldig immaterialrettighet og at forføyningskravet går ut på et midlertidig forbud, med mindre noe annet er spesifisert.³⁶ Bakgrunnen for dette er at kravet til sikringsgrunn først er interessant å drøfte dersom det kan sannsynliggjøres et hovedkrav,³⁷ og midlertidige forbud i praksis er den viktigste typen forføyningskrav ved immaterialrettsinngrep.³⁸

I den videre fremstillingen skal jeg i punkt 2 redegjøre for immaterialrettighetenes særegne karakter, ved å fremheve de rettspolitiske hensynene og interesseavveiningene som ligger bak immaterialrettighetene, samt drøfte i hvilken grad det er et særlig behov for midlertidig forføyning i immaterialrettssaker. Punkt 3 utgjør oppgavens hoveddel og omhandler kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b ved immaterialrettsinngrep. Jeg skal i punkt 3.1 først gi en kort oversikt over vilkårene for midlertidig forføyning. I punkt 3.2 skal jeg redegjøre for de ulike delene av kravet til sikringsgrunn etter bokstav b, og fremheve enkelte

³² Uttrykket 'opphavsrettigheter' henviser i det følgende også til *de nærstående rettighetene* i åndsverkloven.

³³ Kockvedgaard (2005) s. 15 og s. 27–30. Se også punkt 2.2 nedenfor.

³⁴ Selv om kretsmønster- og planteforedlerrettigheter normalt regnes blant immaterialrettighetene, vil de ikke omtales nærmere i det følgende, siden disse rettighetstypene sjelden håndheves ved midlertidig forføyning.

³⁵ Helset m.fl. (2009) s. 538–540. Se punkt 3.3.3.3 hvor det gis et eksempel på dette.

³⁶ Uttrykket 'forføyningskrav' henviser til det saksøker har begjært at forføyningen skal gå ut på.

³⁷ Uttrykket 'hovedkrav' henviser til "det krav som det begjæres midlertidig sikring for", jf. tvl. § 32-5 (2).

³⁸ Flock (2011) s. 147 og Prop. 81 L (2012-2013) s. 59.

tolkningsproblemer som kommer på spissen i immaterialrettssaker. Deretter skal jeg i punkt 3.3 redegjøre for de ulike interessene og momentene som gjør seg gjeldende i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter bokstav b er oppfylt ved immaterialrettsinngrep, og drøfte hvordan disse bør vektlegges i immaterialrettssaker. Av fremstillingsmessige hensyn vil jeg i punkt 3.3 med andre ord behandle alle de viktigste interessene og momentene som gjør seg gjeldende i vurderingen, selv om disse til dels knytter seg til ulike deler av kravet til sikringsgrunn etter bokstav b.³⁹ Til slutt skal jeg i punkt 4 sammenfatte funnene i hoveddelen, komme med noen avsluttende refleksjoner og konkludere på oppgavens hovedproblemstilling om *hvordan kravet til sikringsgrunn etter bokstav b skal tolkes og anvendes når det begjæres midlertidig forbud mot immaterialrettsinngrep*.

³⁹ Dette skyldes blant annet at det i rettspraksis ofte ikke skilles mellom de ulike delene av kravet til sikringsgrunn etter bokstav b. Se også punkt 3.2.1.

2 Immaterialrettighetenes særegne karakter

2.1 Rettspolitiske hensyn og interesseavveininger

Immaterialrettighetene bygger på en balansering av rettighetshaverens og allmennhetens interesser.⁴⁰ I det følgende skal jeg redegjøre for de ulike *rettspolitiske hensynene* som gjør seg gjeldende i denne interesseavveiningen, som er styrende for enerettens tidsmessige og materielle omfang.⁴¹ Bakgrunnen for at dette er av særlig interesse, er at håndhevingsreglens formål er å understøtte de materielle reglene og sikre at deres formål ivaretas på en effektiv måte.⁴² De rettspolitiske hensynene og interesseavveiningene som er avgjørende for de materielle immaterialrettsreglens innhold, vil derfor også være av betydning for tolkningen av reglene om midlertidig forføyning ved immaterialrettsinngrep.

Åndsproduksjonsretten – som omfatter patent-, design- og opphavsretten – begrunnes særlig i at det å gi eneretter til oppfinnelser, design og åndsverk gir rettighetshaveren et insentiv til å investere i utvikling, vedlikehold og videreutvikling av rettigheten.⁴³ *Investeringshensynet* er derfor et samfunnsøkonomisk hensyn, som tilsier at det å gi eneretter til den som har nedlagt en skapende innsats fører til innovasjon, teknologisk utvikling og økonomisk vekst i samfunnet ved at nye produkter produseres og eksisterende produkter forbedres.⁴⁴ Grunnleggende rettferdighetsbetraktninger tilsier videre at den som har lagt ned en kreativ innsats for å skape noe nytt, bør få utnytte den ideelle og økonomiske fordelene av resultatet fra denne innsatsen – foran andre som ikke har nedlagt samme innsats.⁴⁵ *Belønningshensynet* tilsier derfor at det er urimelig om andre kan snylte på rettighetshaverens innsats uten at dette får konsekvenser.⁴⁶ *Personlighetshensynet* tilsier at andre ikke uten videre bør kunne råde over det rettighetshaveren har skapt, ettersom den kreative innsatsen har gitt rettighetshaveren en personlig tilknytning til produktet. Den æren og det ansvaret som ligger i å ha skapt noe selv gjennom en kreativ prosess, bør ikke kunne krenkes av andre ved uberettiget bruk eller spredning.⁴⁷ Dette hensynet gjør seg

⁴⁰ Schovsbo m.fl. (2018) s. 31–32.

⁴¹ Helset m.fl. (2009) s. 57–62.

⁴² Petersen (2008) s. 19.

⁴³ Prop. 81 L (2012-2013) s. 7.

⁴⁴ Stenvik (2013) s. 16 og s. 23–26 og Schovsbo m.fl. (2018) s. 46–47.

⁴⁵ Knoph henviser til "den naturlige rettsbetraktning at nyttig arbeide bør ha sin lønn, og at den som har sådd bør høste fruktene av sitt arbeide", jf. Knoph (1936) s. 4.

⁴⁶ Lassen/Stenvik (2006) s. 25 og Rognstad (2019) s. 34–35.

⁴⁷ Knoph (1936) s. 7.

særlig sterkt gjeldende i opphavsretten og kommer f.eks. til uttrykk i åndsverkslovens *ideelle rettigheter*, som er av ikke-økonomisk karakter.⁴⁸

Enerettene må imidlertid ikke bli for omfattende, ettersom innovasjon forutsetter at man kan bygge videre på og la seg inspirere av andres idéer.⁴⁹ For at åndsproduksjonsrettens formål i samfunnet skal oppnås, må dermed eneretten være begrenset i tid og omfang. Dette har også en side til *konkurranseshensynet*, ettersom eneretten gir rettighetshaveren et begrenset monopol og immaterialrettighetene derfor lett kunne virket konkurransebegrensende dersom eneretten var unntaksfri og tidsbegrenset.⁵⁰

Kjennetegnsretten – som omfatter retten til varemerker, foretaksnavn og andre forretningskjennetegn – ivaretar forbrukerens behov for å få klarhet i produktets kommersielle opprinnelse, som gjerne også sier noe om produktets kvalitet og øvrige egenskaper.⁵¹ *Forbrukerhensynet* tilsier dermed at produkter bør merkes på en måte som gjør det mulig å differensiere produkter fra én produsent fra en annens.⁵² Kjennetegnsretten har imidlertid også en viktig *investeringsfunksjon*, ettersom det over tid vil kunne knytte seg betydelige verdier til kjennetegnet, blant annet i form av opparbeidet goodwill.⁵³

2.2 Det særlige behovet for midlertidig forføyning ved immaterialrettsinngrep

Immaterialrettighetene utgjør *eneretter* som gir rettighetshaveren rett til å forby andre å utnytte rettigheten.⁵⁴ For at denne *forbudsretten* skal være effektiv, er det nødvendig å gi rettighetshaveren mulighet til å stanse inngrep i eneretten raskt.⁵⁵ Dersom rettighetshavere måtte nøye seg med muligheten til å få forbudsdom ved ordinær rettergang, ville rettighetshaveren risikere å bli utsatt for omfattende skade på både sine økonomiske og ideelle interesser.⁵⁶ Eneretten er med andre ord lite verdt dersom den ikke kan håndheves raskt.⁵⁷

⁴⁸ Åndsverkloven § 5. Se også punkt 3.3.4.

⁴⁹ Kjøttvedgaard (2005) s. 24–26.

⁵⁰ Helset m.fl. (2009) s. 61.

⁵¹ Også kjent som *opprinnelsesgarantifunksjonen*, jf. Lassen/Stenvik (2011) s. 25.

⁵² Prop. 81 L (2012–2013) s. 7.

⁵³ Lassen/Stenvik (2011) s. 26–27. Det skal i punkt 3.3.2.3 redegjøres nærmere for betydningen av 'goodwill'.

⁵⁴ Prop. 81 L (2012–2013) s. 7. Se også Møgelvang-Hansen/Riis (2001) s. 177.

⁵⁵ TRIPS art. 50 nr. 1, Prop. 81 L (2012–2013) s. 17–18 og Petersen m.fl. (2015) s. 139.

⁵⁶ Andersen m.fl. (2006) s. 26 og s. 290.

⁵⁷ Petersen (2008) s. 24.

Det immaterialrettslige *sanksjonssystemet* gir dessuten ikke rettighetshaveren tilstrekkelig beskyttelse eller reparasjon ved inngrep.⁵⁸ Dette skyldes blant annet at straffesanksjonen sjelden benyttes i praksis,⁵⁹ og at erstatningssøksmål ikke nødvendigvis gir rettighetshaveren tilstrekkelig kompensasjon ettersom det økonomiske tapet er vanskelig å bevise.⁶⁰ Risikoen for straffeforfølgning eller et erstatningssøksmål virker dessuten ikke alltid tilstrekkelig preventivt siden saksøkte kan mene at deres handlemåte ikke er i strid med rettighetshaverens enerett, og at risikoen for å bli utsatt for sanksjoner dermed er liten.⁶¹ *Prevensjonshensynet* tilsier derfor at det raskt bør kunne nedlegges midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep i tilfeller hvor rettighetshaveren kan sannsynliggjøre at det er gjort eller vil gjøres inngrep i eneretten. *Investeringshensynet* kan også begrunne at eneretten bør gi rettighetshaver en *forbudsrett* – og ikke utelukkende en *vederlagsrett* – ettersom det vil kunne gi andre aktører i markedet et insentiv til å selv bruke ressurser på innovasjon i stedet for å betale erstatning for inngrep i andres rettigheter. Immaterialrettighetene må derfor anses for å være forbudsretter, som kan håndheves uavhengig av de økonomiske konsekvensene av inngrepet.⁶²

På den andre siden er det vanskelig for både partene og domstolene på forhånd å avgjøre den aktuelle immaterialrettighetens gyldighet, beskyttelsesomfang og om det foreligger et inngrep i eneretten.⁶³ Dette innebærer at en hurtig og mer summarisk behandling av inngrepssaken kan være lite betryggende, særlig i tilfellene der saken er kompleks.⁶⁴ Saksøkte kan dessuten rammes hardt av et midlertidig forbud, og kan risikere store økonomiske tap eller konkurs. Ettersom en midlertidig forføyning kan tvangsfullbyrdes med hjelp fra namsmyndighetene,⁶⁵ og saksøkte risikerer straff dersom vedkommende handler i strid med det nedlagte forbudet,⁶⁶ kan det være svært inngripende for saksøkte å få en forføyning mot seg.

Ulempene knyttet til usikkerheten av utfallet i hovedsaken avhjelpes imidlertid til en viss grad av reglene om sikkerhetsstillelse og erstatning ved opphevet eller bortfalt forføyning i tvl. §§ 32-11 og 32-12. Disse reglene innebærer at saksøker ofte pålegges å stille sikkerhet for saksøktes eventuelle erstatningskrav som oppstår dersom det i ettertid viser seg at forføyning

⁵⁸ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 165.

⁵⁹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 7. Det siktes her til reglene om straff i patl. § 57, dsl. § 44, vml. § 61 og åvl. § 79.

⁶⁰ Rognstad/Stenvik (2002) s. 511–522 og Andersen m.fl. (2006) s. 292.

⁶¹ Møgelvang-Hansen/Riis (2001) s. 179.

⁶² TRIPS art. 41–50 inneholder også flere bestemmelser som tar sikte på beskyttelse av selve *enerettsposisjonen*, for å unngå at denne reduseres til en *vederlagsrett*, jf. Rognstad/Stenvik (2002) s. 512.

⁶³ Petersen (2008) s. 21.

⁶⁴ Andersen m.fl. (2006) s. 283.

⁶⁵ Tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1.

⁶⁶ Straffeloven § 170.

ikke skulle ha blitt gitt.⁶⁷ Proporsjonalitetsbegrensningen i tvl. § 34-1 (2) sikrer også at det ikke gis midlertidig forføyning dersom saksøktes ulemper er uforholdsmessig store sammenlignet med saksøkers interesse i å få forføyning.⁶⁸

Ettersom ulempene for saksøkte som følge av den hurtige og mer summariske domstolsprosessen i stor grad ivaretas ved reglene om sikkerhetsstillelse, erstatning og proporsjonalitet, er rettighetshaverens *behov for effektiv håndhevelse av eneretten* blitt ansett for å være viktigst.⁶⁹ Midlertidige forbud har derfor blitt det primære håndhevingstiltaket ved immaterialrettsinngrep i norsk rett, i likhet med dansk og svensk rett.⁷⁰

⁶⁷ Flock (2011) s. 366 flg.

⁶⁸ Se punkt 3.1.

⁶⁹ Denne avveiningen skal imidlertid problematiseres avslutningsvis i punkt 4.

⁷⁰ Helset m.fl. (2009) s. 681, Andersen m.fl. (2006) s. 267 og Bengtsson/Lyxell (2006) s. 165.

3 Kravet til sikringsgrunn ved immaterialrettsinngrep etter bokstav b

3.1 Kort om vilkårene for midlertidig forføyning

Den som påstår å ha et krav mot en annen må i utgangspunktet fremsette dette for domstolene gjennom et ordinært søksmål for å få dom i saken. Som nevnt inneholder imidlertid tvisteloven regler om midlertidig sikring,⁷¹ som skal være et "rettslig virkemiddel for å sikre et krav midlertidig i et omtvistet rettsforhold".⁷² Dette innebærer at retten kan avsi en midlertidig avgjørelse som i utgangspunktet varer frem til hovedsaken er endelig avgjort.⁷³ Dersom kravet som skal sikres "går ut på annet enn betaling av penger", er det reglene om *midlertidig forføyning* i kapittel 34 som gjelder, jf. tvl. § 32-1 (3). En midlertidig forføyning kan gå ut på "at saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling", jf. tvl. § 34-3 (1). I immaterialrettssaker er det vanligste at forføyningskravet går ut på at retten skal pålegge saksøkte å "unnlate" å foreta den "handling[en]" som saksøker mener er i strid med eneretten.⁷⁴

Det følger av tvl. § 34-2 (1) at midlertidig forføyning bare kan besluttes dersom "kravet det begjæres forføyning for og sikringsgrunnen er sannsynliggjort". Ordlyden tilsier at saksøker må bevise at det er sannsynlighetsovervekt for at det foreligger et hovedkrav og en sikringsgrunn i den aktuelle saken. For å oppfylle vilkåret om sannsynliggjøring av hovedkravet må rettighetshaveren både sannsynliggjøre at det foreligger en gyldig enerett,⁷⁵ og at saksøktes handlemåte innebærer et inngrep i denne eneretten.⁷⁶ Kravet til sannsynliggjøring av sikringsgrunnen innebærer at det må være sannsynlighetsovervekt for de faktiske forhold som tilsier at vilkårene i § 34-1 er oppfylt.⁷⁷

Tvisteloven § 34-1 (1) oppstiller to alternative sikringsgrunner i henholdsvis bokstav a og b,⁷⁸ der vilkårene i ett av alternativene må være innfridd for at *kravet til sikringsgrunn* skal være oppfylt.⁷⁹ Den viktigste forskjellen mellom alternativene er at retten kan beslutte en midlertidig

⁷¹ Uttrykket 'midlertidig sikring' er en fellesbetegnelse på arrest og midlertidig forføyning, jf. tvl. § 32-1 (1).

⁷² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 253.

⁷³ Tvisteloven § 34-6. Uttrykket 'hovedsaken' sikter til domstolsbehandlingen av hovedkravet.

⁷⁴ Petersen m.fl. (2015) s. 186.

⁷⁵ Domstolene kan prøve gyldigheten av immaterialrettigheten prejudisielt ved behandlingen av forføyningssaken, jf. Rt. 2004 s. 763 (Vestdavit) avsnitt 43 og Ot.prp. nr. 98 (2008-2009) s. 84.

⁷⁶ LB-2015-90322 (Micro Sieve), Petersen m.fl. (2015) s. 166 og Bengtsson/Lyxell (2006) s. 170.

⁷⁷ Rt. 2002 s. 108 (Verdens Gang) på s. 111.

⁷⁸ Se punkt 1.2 hvor bestemmelsen er gjengitt i sin helhet.

⁷⁹ Se punkt 3.2 for den nærmere redegjørelsen for de ulike delene av kravet til sikringsgrunn etter bokstav b.

forføyning som innebærer en *foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet* etter bokstav b, men ikke etter bokstav a.⁸⁰ Dette følger av ordlyden ettersom forføyningen kun kan innebære en "midlertidig sikring av kravet" etter bokstav a, mens den etter bokstav b kan etablere en "midlertidig ordning". Standpunktet er også lagt til grunn i forarbeidene, rettspraksis og juridisk teori.⁸¹ I immaterialrettssaker er den aktuelle *ordningen* ofte et midlertidig forbud, mens avgjørelsen i hovedsaken vil være en forbudsdom.⁸²

Ordlyden til siste alternativ i bokstav b om "å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for" tilsier at saksøktes adferd må gi en berettiget frykt for fremtidig voldsbruk og at dette kan forhindres dersom retten beslutter midlertidig forføyning i saken. Dette alternativet er lite brukt i praksis, ettersom vilkåret om "vesentlig skade eller ulempe" ofte vil være oppfylt dersom det foreligger en berettiget frykt for fremtidig voldsbruk fra saksøkte.⁸³ Trusler om voldsbruk er uansett lite praktisk i immaterialrettssaker. Det finnes derfor ingen rettspraksis som gjelder immaterialrettsinngrep hvor dette alternativet har blitt vurdert av retten, og alternativet vil dermed ikke problematiseres nærmere i det følgende.

Kravene til rettslig interesse i tvl. § 1-3 må for øvrig være oppfylt for at saksøker skal kunne få medhold i forføyningsbegjæringen, jf. Rt. 2003 s. 1630 (Norges Naturvernforbund).⁸⁴ Kravet til sikringsgrunn i tvl. § 34-1 utgjør imidlertid en særregulering av kravet til rettslig interesse, som erstatter det alminnelige aktualitetskravet i saker om midlertidig forføyning.⁸⁵

Til slutt følger det en proporsjonalitetsbegrensning av tvl. § 34-1 (2), hvor det fremgår at midlertidig forføyning ikke kan besluttes dersom "den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i et åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet". Ordlyden tilsier at det må foretas en bred interesseavveining, hvor saksøker og saksøktes interesser må vurderes opp mot hverandre. Uttrykket "åpenbart misforhold" tilsier videre at saksøktes interesser må veie klart tyngre enn saksøkers interesse i å få forføyning, for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Ettersom denne forholdsmessighetsvurderingen, sammen med nødvendighetskravet,⁸⁶ i stor grad konsumerer "kan"-skjønnets som kan utledes av

⁸⁰ Uttrykket 'foregrepet fullbyrdelse' betyr at forføyningskravet går ut på det samme som hovedkravet.

⁸¹ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 291, Rt. 2009 s. 154 (KNE) avsnitt 15-16 og Flock (2011) s. 98-100.

⁸² Kravene går altså ut på det samme – et forbud, men forbudsdommen er naturligvis av permanent karakter.

⁸³ Flock (2011) s. 107-108.

⁸⁴ Høyesterett uttalte i avsnitt 31 at det er "sikker rett at en sak om midlertidig forføyning ikke kan fremmes uten at saksøkeren har nødvendig rettslig interesse i hovedkravet". Se også tvl. § 32-2 og Mitssem (1992) s. 78-81.

⁸⁵ Backer (2015) s. 248.

⁸⁶ Se punkt 3.2.4.

bestemmelsen, gis dette skjønnet svært sjelden oppmerksomhet i rettspraksis.⁸⁷ Domstolenes "kan"-skjønn vil derfor heller ikke her problematiseres nærmere i det følgende.⁸⁸

3.2 Kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b

3.2.1 Oversikt

Tvisteloven § 34-1 (1) bokstav b oppstiller tre hovedvilkår for at kravet til sikringsgrunn skal være oppfylt. Det første er kravet til et "omtvistet rettsforhold", det andre er kravet til "vesentlig skade eller ulempe" og det tredje er kravet til at forføyning må være "nødvendig".⁸⁹ Innholdet i disse kriteriene vil drøftes nærmere i det følgende,⁹⁰ før jeg til slutt skal drøfte *hvilket tidspunkt* disse vurderingene skal ta utgangspunkt i.⁹¹ Selv om interessene og momentene som skal drøftes i punkt 3.3 vil kunne aktualiseres både under *kravet til vesentlig skade eller ulempe* og under *nødvendighetskravet*, er det av fremstillingsmessige hensyn mest hensiktsmessig å drøfte disse samlet ettersom det i rettspraksis sjelden skiller mellom disse ulike kravene.

3.2.2 Kravet til et omtvistet rettsforhold

For at midlertidig forføyning skal kunne besluttes etter bokstav b, må det altså foreligge et "omtvistet rettsforhold". Ordlyden tilsier at det må være uenighet mellom saksøker og saksøkte om deres rettigheter eller plikter. Det er dermed tilstrekkelig at saksøkte enten helt eller delvis bestrider saksøkers hovedkrav, og vilkåret er derfor sjelden problematisk i praksis.⁹² I saker hvor rettighetshaver begjærer midlertidig forbud mot saksøktes handlemåte som følge av at den innebærer et immaterialrettsinngrep, vil vilkåret derfor normalt være oppfylt.⁹³

3.2.3 Kravet til vesentlig skade eller ulempe

3.2.3.1 Vesentlighetskravet

Ordlyden "vesentlig skade eller ulempe" tilsier at det skal en god del til før skadevirkningene som saksøker påføres er tilstrekkelige til at kravet til sikringsgrunn anses oppfylt, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Uttrykket legger opp til en konkret helhetsvurdering, og det er – som det presiseres i forarbeidene – ikke enkelt å si noe generelt om hva som skal til for at

⁸⁷ I samme retning Flock (2011) s. 108.

⁸⁸ Se eventuelt Mitsen (1992) s. 177 flg.

⁸⁹ Siste alternativ i bokstav b om "å hindre voldsmoheter" vil som nevnt ikke drøftes nærmere i det følgende.

⁹⁰ Se henholdsvis punkt 3.2.2, 3.2.3 og 3.2.4.

⁹¹ Se punkt 3.2.5.

⁹² Flock (2011) s. 100.

⁹³ Se f.eks. LH-2003-647 (Havfisk) hvor Hålogaland lagmannsrett påpekte at saksøktes stadige inngrep i saksøkers patent medførte at kravet til et omtvistet rettsforhold var oppfylt.

vesentlighetskravet skal være oppfylt.⁹⁴ I LB-2019-9787 (JALLASPRITE) uttalte Borgarting lagmannsrett følgende om vesentlighetskravet:

"Etter ordlyden oppstilles det en kvalifisert terskel for skaden eller ulempen; den må være av vesentlig art. Hvorvidt det foreligger en slik vesentlig skade eller ulempe må bero på en helhetsvurdering. Etter rettspraksis er det av sentral betydning hvor viktig det omtvistede forhold er for saksøkeren, hvor stort behov saksøkeren har for midlertidig forføyning, hvor inngripende en midlertidig forføyning vil være, saksøktets atferd mv., se blant annet Rt-2002-108 og Rt-2000-1512."

I vurderingen av om den "skade eller ulempe" rettighetshaveren er påført som følge av immaterialrettsinngrepet når opp til den kvalifiserte terskelen, må dermed momentene angitt ovenfor vektlegges. Hvordan disse og andre momenter bør vektlegges i forføyningssaker som gjelder immaterialrettsinngrep, skal det redegjøres nærmere for i punkt 3.3 nedenfor.

3.2.3.2 Forføyning må *avverge* skaden eller ulempen

Den midlertidige forføyningen må også kunne "avverge" skaden eller ulempen som saksøker påføres, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Ordlyden tilsier at det å gi saksøker medhold i forføyningskravet vil stanse eller redusere skadevirkningene som saksøker er påført eller vil påføres.⁹⁵ Rettighetshaveren må med andre ord kunne sannsynliggjøre at et midlertidig forbud vil være *egnet til å stanse* eller redusere skadevirkningene av inngrepshandlingen.

Når det kan påvises at saksøktets handlemåte innebærer et immaterialrettsinngrep, vil det sjelden være vanskelig å påvise at fortsatte eller nye inngrepshandlinger vil medføre ytterligere skade på rettighetshavers økonomiske eller ideelle interesser i fremtiden. Et midlertidig forbud mot inngrepshandlingen vil normalt også være et *egnet* virkemiddel for å avverge fremtidige skadevirkninger. Forbudets rekkevidde kan imidlertid måtte reduseres dersom rettighetshaveren har gått for bredt ut ved utformingen av forføyningskravet.⁹⁶ Dersom inngrepshandlingen derimot allerede er utført, og det ikke er fare for at det vil begås nye inngrep eller inntre nye skadevirkninger i fremtiden, vil vilkåret ikke være oppfylt.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292.

⁹⁵ Fremtidige skadevirkninger kan dermed også vektlegges dersom de kan sannsynliggjøres, jf. også punkt 3.2.5.

⁹⁶ Se f.eks. LB-2003-399 (Kezzler) hvor forføyningskravet var et midlertidig *påbud* om utlevering av kildekode. Se også Andersen m.fl. (2006) s. 227–230.

3.2.4 Nødvendighetskravet

3.2.4.1 Om hovedkravet kan sikres på annen måten

Det følger av tvl. § 34-1 (1) bokstav b at midlertidig forføyning kun kan besluttes av retten "når det finnes nødvendig". Ordlyden tilsier at begjæringen om midlertidig forføyning ikke kan innvilges dersom hovedkravet kan sikres på annen måte.⁹⁷ Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-1999-1710 (Dale of Norway) utgjør et godt eksempel på dette:

"Leather Man har ved mer enn én anledning neglisjert både namsrettens og Konkurransautvalgets avgjørelser. Det synes derfor ikke å være noen annen måte å stanse det rettsstridige salget på, enn å forby det og beslaglegge de omstridte genserne. I motsatt fall risikerer Dale å måtte tåle denne formen for konkurranse fra Leather Man frem til en rettskraftig avgjørelse foreligger, noe som innebærer en vesentlig ulempe."⁹⁸

Uttalelsen illustrerer altså at nødvendighetskravet ikke er oppfylt dersom hovedkravet kan sikres på annen måte, og at denne vurderingen vil kunne bero på om saksøktes adferd tilsier at de vil rette seg etter forføyningskravet eller ikke.⁹⁹ Nødvendighetskravet vil heller ikke være oppfylt dersom saksøkers interesser vil bli tilstrekkelig ivaretatt ved et ordinært søksmål.¹⁰⁰

3.2.4.2 Krav til aktualitet og nærhet

Ordlyden "nødvendig [...] for å avverge" tilsier videre at skaden eller ulempen som saksøker påføres må være *aktuell* eller *nært forestående*.¹⁰¹ I immaterialrettssaker kommer dette særlig på spissen når saksøker anfører at et fremtidig – og dermed mer eller mindre hypotetisk – hendelsesforløp vil påføre eneretten "vesentlig skade eller ulempe".¹⁰² Slike vurderinger har en side til kravet til sannsynliggjøring av sikringsgrunnen etter tvl. § 34-2 (1). Dette illustreres av Borgarting lagmannsrett avgjørelse i LB-2019-9787 (JALLASPRITE). Oslo tingrett uttalte at risikoen for at saksøkte skulle gjenoppta distribusjonen av brusflaskene som innebar et varemerkeinngrep ikke var tilstrekkelig til at kravet til sikringsgrunn var oppfylt,¹⁰³ mens lagmannsretten fremhevet at det var kravet til sannsynliggjøring av sikringsgrunnen som ikke var oppfylt på grunn av at hendelsesforløpet var for hypotetisk. Kravet til sannsynliggjøring av sikringsgrunnen innebærer som nevnt at rettighetshaveren må kunne bevise at det er

⁹⁷ I samme retning Flock (2011) s. 108.

⁹⁸ Saken gjaldt kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven, men uttalelsen er her likevel illustrerende.

⁹⁹ Se også punkt 3.3.1.

¹⁰⁰ Se også punkt 3.3.3 og 3.3.6.

¹⁰¹ I samme retning Flock (2011) s. 104–105.

¹⁰² Se f.eks. LG-2002-234 (HarryPotter.no), LE-2008-48261 (Nordby) og LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

¹⁰³ TOSLO-2018-149601-1 (JALLASPRITE).

sannsynlighetsovervekt for de faktiske forhold som tilsier at vilkårene i § 34-1 er oppfylt.¹⁰⁴ At skaden må være *aktuell* eller *nært forestående* innebærer imidlertid kun at retten ikke bør anse det "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning når risikoen for at en hypotetisk skade vil oppstå fremstår som lav.¹⁰⁵ At rettsanvenderen *vektlegger* risikoen for at en hypotetisk skade vil oppstå er likevel ikke problematisk, ettersom sannsynligheten for at skaden vil oppstå uansett vil påvirke hvilken vekt risikoen kan tillegges i nødvendighetsvurderingen.¹⁰⁶

En annen side ved problemstillingen er spørsmålet om *hvor tidlig* en midlertidig forføyning kan nedlegges i tilfeller hvor saksøkte ennå ikke har gjort inngrep i eneretten. Rettighetshaveren må i denne situasjonen sannsynliggjøre at det er "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning som følge av at saksøkte *i fremtiden* vil handle i strid med eneretten.¹⁰⁷ En konkurrents søknad til Patentstyret om registrering av et patent, design eller varemerke kan f.eks. aktualisere spørsmålet om skaden er tilstrekkelig *aktuell* eller *nært forestående*, dersom bruk av den registrerte rettigheten vil være i strid med rettighetshaverens enerett.¹⁰⁸ I rettspraksis er risikoen for at saksøkte *kan* søke om registrering sjelden tilstrekkelig, med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for at slik registrering vil finne sted og at bruk av rettigheten vil stride mot rettighetshaverens enerett.¹⁰⁹ Synspunktet har overføringsverdi til risikoen for registrering av domenenavn, som illustreres av LG-2002-234 (HarryPotter.no) hvor Gulating lagmannsrett uttalte at: "Det som gjøres gjeldende, er således at domenenavnet kan tenkes å bli til ulempe ut fra bestemte forutsetninger. Lagmannsretten kan likevel ikke se at en hypotetisk, framtidig ulempe er tilstrekkelig til å begrunne midlertidig forføyning på det nåværende tidspunkt."¹¹⁰

3.2.5 Tidspunktet for vurderingen

Ordlyden "når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe" gir ikke noe helt opplagt tolkningsbidrag til spørsmålet om hvilket *tidspunkt* kravet til sikringsgrunn skal vurderes ut ifra, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. At retten må finne det "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning, tilsier imidlertid at det ikke er tilstrekkelig at saksøker *tidligere* har blitt påført "vesentlig skade eller

¹⁰⁴ Se punkt 3.1.

¹⁰⁵ I samme retning Flock (2011) s. 105 og s. 231.

¹⁰⁶ Dette skyldes at uttrykket 'risiko' er et mål på både sannsynligheten for og konsekvensene av en hendelse.

¹⁰⁷ Se f.eks. LE-2008-48261 (Nordby). Se også Prop. 81 L (2012-2013) s. 17.

¹⁰⁸ LB-2015-131628 (TEXBURGER), hvor varemerkesøknaden var ett av flere momenter som ble vektlagt.

¹⁰⁹ LB-2019-9787 (JALLASPRITE). Se også Petersen (2008) s. 438.

¹¹⁰ Se også Petersen m.fl. (2015) s. 176–177.

ulempe", dersom skadevirkningene har gått over innen forføyningbegjæringen behandles.¹¹¹ Uttrykket "for å avverge" tilsier videre at det også kan gis forføyning for å forhindre *fremtidige* skadevirkninger, dersom disse kan sannsynliggjøres av saksøker.¹¹²

Høyesterett presiserte hva som er det korrekte tidspunktet for vurderingen i Rt. 1999 s. 523 (Helleren) på s. 526: "Det er forholdene på det tidspunkt lagmannsretten avsier sin kjennelse som er avgjørende for om vilkårene for midlertidig forføyning foreligger, jf Falkanger m fl, Tvangsfullbyrdelsesloven, annen utgave side 893." Vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt skal dermed foretas i lys av forholdene på tidspunktet domstolen behandler forføyningssaken,¹¹³ men også fremtidige skader og ulemper skal vektlegges dersom de kan sannsynliggjøres av saksøkte.¹¹⁴

Forføyningssaken mellom The Coca-Cola Company og brusprodusenten O. Mathisen illustrerer poenget godt.¹¹⁵ O. Mathisen hadde på tidspunktet for forføyningssaken stanset salget av sitronbrusen "JALLASPRITE" og innhentet flaskene som var i omsetning, siden navnet innebar et inngrep i varemerket "SPRITE". I vurderingen av om kravet til sikringsgrunn var oppfylt, ble den "skade eller ulempe" som varemerket *tidligere* hadde blitt påført ikke avgjørende. Ettersom O. Mathisen hadde iverksatt tiltak for å forhindre *pågående* og *fremtidige* skadevirkninger, var kravet til sikringsgrunn ikke oppfylt på dette grunnlaget.¹¹⁶

I det følgende skal jeg som nevnt drøfte hvilke interesser og momenter som gjør seg gjeldende i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b er oppfylt ved immaterialrettsinngrep, og drøfte hvordan disse bør vektlegges i immaterialrettssaker.

¹¹¹ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 174.

¹¹² I samme retning Flock (2011) s. 104.

¹¹³ Se også uttalelsen i LB-2018-162009 (Rettspraksis.no).

¹¹⁴ Se også Petersen (2008) s. 433–434 om betydningen av 'potensielle krænkelser'.

¹¹⁵ LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

¹¹⁶ Kravet til sikringsgrunn ble imidlertid ansett oppfylt på annet grunnlag, som følge av skadevirkningene knyttet til markedsføring og salg av den samme brusen under det nye navnet "JALLAXXXXXX".

3.3 Interesser og momenter som gjør seg gjeldende ved immaterialrettsinngrep

3.3.1 Betydningen av inngriperes adferd og inngrepets karakter

3.3.1.1 Inngriperes adferd

Det følger av Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292 at "saksøktes adferd etter den foreslåtte regelen bare er relevant når den gir grunn til å frykte for «voldsomheter»". Uttalelsen har ført til at det i kommentarutgaven til tvisteloven er blitt hevdet at "saksøktes adferd bare er relevant ved vurderingen av å *hindre voldsomheter*, og ikke de forutgående alternativene *vesentlig skade eller ulempe*".¹¹⁷ På tross av standpunktet i kommentarutgaven finnes det flere avgjørelser hvor inngriperes adferd er blitt vektlagt i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter alternativet om "vesentlig skade eller ulempe" er oppfylt.¹¹⁸ Spørsmålet er derfor om *inngriperes adferd* er et relevant moment i vurderingen av om det er "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning for å "avverge en vesentlig skade eller ulempe", jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b?

Ordlyden "skade eller ulempe" tilsier isolert sett at inngriperes adferd ikke påvirker vurderingen av om skadevirkningene rettighetshaveren er påført må anses som "vesentlig". Inngriperes adferd kan imidlertid være relevant i vurderingen av om det kan sannsynliggjøres at rettighetshaveren vil bli påført "skade eller ulempe" i fremtiden.¹¹⁹ Videre vil inngriperes adferd være relevant i vurderingen av om det er "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning i saken, jf. f.eks. uttalelsen i LB-2019-9787 (JALLASPRITE) om at "OMs atferd tilsier etter lagmannsrettens syn at det er nødvendig med en midlertidig forføyning, og lagmannsretten viser her blant annet til OMs aktive bruk av media for å få publisitet om sitt produkt på bekostning av varemerket SPRITE".¹²⁰ At saksøktes adferd er relevant i vurderingen følger også av Rt. 2002 s. 123 (Verdens Gang), hvor Høyesterett uttalte at alternativet "åpner for en sammensatt vurdering" hvor blant annet "saksøktes adferd" vil være relevant å vektlegge.

Standpunktet i kommentarutgaven beror derfor trolig på en misforståelse, ettersom det som egentlig sies i forarbeidene er at det ikke stilles noe *vilkår* om at skaden eller ulempen må knytte

¹¹⁷ Schei mfl. (2013) s. 1238.

¹¹⁸ Se f.eks. LB-2007-133644 (Barablu), LB-2019-9787 (JALLASPRITE) og TOSLO-2009-119242 (Pharmaq).

¹¹⁹ Se punkt 3.2.3 og 3.2.5.

¹²⁰ Se også LB-2007-133644 (Barablu).

seg til saksøktes adferd.¹²¹ Dersom en leser forarbeidsuttalelsen i sin sammenheng,¹²² tilsier den dermed ikke noe mer enn at skader og ulemper som ikke skyldes saksøktes adferd *også er relevant* i vurderingen av om alternativet "vesentlig skade eller ulempe" er oppfylt.¹²³ Inngriperes adferd vil dermed være relevant i vurderingen av om det er "nødvendig" å nedlegge et midlertidig forbud mot immaterialrettsinngrepet etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b.

3.3.1.2 Inngriperes erklæring om at de vil rette seg etter forføyningskravet

Et viktig typetilfelle som har vært oppe i rettspraksis vedrørende immaterialrettsinngrep, er når saksøkte *erklærer* at de frivillig vil rette seg etter forføyningskravet, slik at det ikke blir "nødvendig" å nedlegge en midlertidig forføyning.¹²⁴ Problemstillingen som oppstår i denne sammenhengen er om retten skal legge saksøktes erklæring til grunn ved vurderingen av om nødvendighetskravet er oppfylt, eller om retten bør stille seg mer kritisk til slike løfter som fremsettes under behandlingen av forføyningssaken.

En analyse av lagmannsrettspraksis viser at domstolene vektlegger slike erklæringer svært ulikt fra sak til sak. I noen saker legger retten saksøktes erklæring til grunn uten å problematisere saksøktes troverdighet nærmere,¹²⁵ mens i andre saker nøyer retten seg med å fremheve at saksøker ikke har kunnet sannsynliggjøre at saksøktes utsagn er uriktig.¹²⁶ Det forekommer imidlertid også at retten ikke legger særlig vekt på saksøktes erklæring,¹²⁷ og at fravær av et bindende utsagn fra saksøkte om å ville avstå fra inngrep i fremtiden er tilstrekkelig til at nødvendighetskravet anses oppfylt.¹²⁸ Spørsmålet blir derfor: Hva er riktig fremgangsmåte?

Problemstillingen ble berørt i forføyningssaken mellom Stiftelsen Lovdata og grunnleggerne av nettsiden Rettspraksis.no,¹²⁹ hvor Borgarting lagmannsrett uttalte følgende:

"Dersom saksøkte har erklært å ville respektere kravet, er dette et forhold som retten etter omstendighetene kan ta i betraktning ved vurderingen av om det er nødvendig med

¹²¹ Jf. også at departementet omtaler saksøktes adferd som en "betingelse" i den påfølgende setningen.

¹²² Se særlig uttalelsen om at "[o]gså i andre tilfeller enn slike som Skeie nevner kan det tenkes situasjoner hvor fare for «vesentlig skade eller ulempe» gir grunn for å gi en midlertidig forføyning uten at frykten for skade eller ulempe er knyttet direkte til saksøktes adferd", jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292.

¹²³ I samme retning Mitssem (1992) s. 184–185.

¹²⁴ Se f.eks. LB-1996-3134 (Video Oscar), LB-2001-868 (VOLUM), LA-2010-35846 (Panorama), LB-2015-131628 (TEXBURGER), LB-2017-128626 (Good For Me) og LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

¹²⁵ LB-2001-868 (VOLUM) og LB-2017-128626 (Good For Me).

¹²⁶ LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

¹²⁷ LB-2015-131628 (TEXBURGER).

¹²⁸ LA-2010-35846 (Panorama).

¹²⁹ LB-2018-162009 (Rettspraksis.no).

midlertidig forføyning, se Flock, Midlertidig sikring, Universitetsforlaget 2011, side 110; spesielt hvor sikringsgrunnen er bokstav b."¹³⁰

Flock fremhever at hvorvidt saksøkte har noe *motiv* for å handle imot saksøkers interesse vil være av betydning, men fremholder at "selv om et slikt motiv kan tenkes å være til stede, bør saksøktes forsikring om hvordan han vil forholde seg i fremtiden, i mange tilfeller være tilstrekkelig til at en midlertidig forføyning må anses for å være unødvendig".¹³¹ I immaterialrettssaker vil saksøkte ofte ha et økonomisk motiv bak inngrepet – og dermed også et insentiv til å fortsette med inngrepshandlingen. Dette kan tilsi at saksøktes erklæring bør tillegges mindre vekt ved immaterialrettsinngrep, enn i saker hvor et slikt økonomisk motiv ikke foreligger. Likevel hevder Flock at saksøktes erklæring uansett "i mange tilfeller [vil] være tilstrekkelig". Uttalelsen gjelder imidlertid midlertidig forføyning generelt, og er ikke nødvendigvis dekkende for hvordan problemstillingen stiller seg ved immaterialrettsinngrep.

I dansk juridisk teori er det tatt til orde for en presumsjon i immaterialrettssaker for at saksøkte vil fortsette å utføre inngrepshandlingen med mindre det nedlegges et midlertidig forbud, dersom saksøkte tidligere har gjort inngrep i saksøkers enerett eller dersom inngrepet er pågående.¹³² Dette skyldes at det i immaterialrettssaker har formodningen for seg at saksøkte vil fortsette å utføre inngrepshandlingen, ettersom saksøkte som nevnt vil ha et *økonomisk insentiv* til å fortsette å f.eks. markedsføre og selge produktet som gjør inngrep i rettighetshaverens enerett. Det er derfor *saksøkte* som må sannsynliggjøre at de vil avstå fra å foreta inngrepshandlingen i fremtiden.¹³³ I svensk juridisk teori fremheves det at dersom domstolen uten videre skulle lagt saksøktes erklæring til grunn, ville det innebære en uthuling av rettighetshaverens *forbudsrett*, ettersom inngriperen vil kunne forhindre enhver forføyningbegjæring ved å erklære at de vil avstå fra å foreta inngrepshandlingen i fremtiden.¹³⁴ Et viktig poeng i denne sammenheng er at en erklæring fra saksøkte ikke gir grunnlag for tvangsfullbyrdelse eller straffeforfølgning dersom saksøkte bryter sitt løfte, i motsetning til hva som er situasjonen dersom domstolen nedlegger et midlertidig forbud.¹³⁵ Rettighetshaverens *behov for effektiv håndhevelse* av rettighetsposisjonen dekkes dermed ikke

¹³⁰ Saken ble anket til Høyesterett, hvor det ble uttalt at lagmannsretten hadde "gjort korrekt rede for lovens vilkår" og at "[d]en konkrete vurderingen" ikke kunne overprøves, jf. HR-2019-1725-A avsnitt 70.

¹³¹ Flock (2011) s. 110.

¹³² Petersen m.fl. (2015) s. 174 med videre henvisninger.

¹³³ Petersen m.fl. (2015) s. 174–175.

¹³⁴ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 176.

¹³⁵ Petersen (2008) s. 431–432. Se også punkt 2.2.

av en erklæring fra saksøkte, og det vil derfor fortsatt være "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning for å "avverge" skadevirkningene av inngrepet, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b.

Standpunktet finner også støtte i TRIPS art. 50 nr. 1 bokstav a, som stiller krav til at rettsmyndighetene i konvensjonsstatene "shall have the authority to order prompt and effective provisional measures [...] to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring". Ordlyden tilsier at konvensjonsstatene må sørge for at rettighetshaveren kan iverksette midlertidige tiltak *raskt* og *effektivt* for å forhindre inngrep i eneretten. Ved tolkningen av de norske reglene om midlertidig forføyning, står derfor *effektivitetshensynet* særlig sterkt i saker som gjelder immaterialrettsinngrep.¹³⁶

Hensynet til en effektiv håndhevelse av eneretten tilsier – i lys av argumentene ovenfor – at rettsanvenderen ikke bør legge særlig vekt på saksøktes erklæring om at de vil avstå fra å foreta inngrepshandlingen i fremtiden, med mindre det foreligger andre konkrete holdepunkter for at saksøkte faktisk vil handle i tråd med sitt løfte.¹³⁷ Når rettighetshaveren kan sannsynliggjøre at saksøkte har foretatt et immaterialrettsinngrep, må dermed saksøkte kunne vise til andre forhold utover sin egen erklæring som tilsier at inngrepshandlingen ikke vil foretas i fremtiden.¹³⁸

3.3.1.3 Om også andre kan gjøre inngrep i rettigheten

Det er imidlertid ikke kun den direkte skaden rettighetshaveren påføres av *saksøktes inngrep* som kan vektlegges i vurderingen. Ved immaterialrettsinngrep vil det være av betydning om *også andre* kan gjøre inngrep i rettigheten dersom forføyning ikke beslutes.¹³⁹ Dette momentet ble f.eks. vektlagt i LB-2019-9787 (JALLASPRITE), hvor Borgarting lagmannsrett uttalte at:

"Skadepotensialet er betydelig for TCCC, herunder tilføring av badwill overfor TCCC. Kjernen ved dette er at en fortsatt bruk vil innebære en fortsettelse av den start på degenereringsprosessen som er påbegynt. *Lagmannsretten bemerker at dette også kan åpne for at andre aktører benytter seg av samme eller lignende betegnelser for sine produkter.*" (min kursivering).

Det kan problematiseres om muligheten for at andre kan gjøre inngrep i saksøkers enerett bør kunne brukes som et argument for å nedlegge et midlertidig forbud mot saksøktes handlemåte. Et midlertidig forbud kan som nevnt få store økonomiske konsekvenser for saksøkte, f.eks. dersom saksøkte forbyr å selge et produkt som står for store deler av selskapets inntjening frem

¹³⁶ Se også TRIPS art. 41 nr. 1.

¹³⁷ Se også Andersen m.fl. (2006) s. 289.

¹³⁸ Borgarting lagmannsrett benyttet for øvrig denne fremgangsmåten i LB-1999-2086 (Paranova).

¹³⁹ LB-2015-90322 (Micro Sieve), LB-2016-56897 (JARLSBERG) og LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

til rettskraftig dom i hovedsaken foreligger.¹⁴⁰ For saksøkte kan det forståelig nok oppleves som urimelig at andres handlinger medfører at midlertidig forføyning kan besluttes, dersom skaden saksøkte påfører rettighetshaveren i seg selv ikke hadde vært tilstrekkelig. Bakgrunnen for at momentet er relevant skyldes imidlertid at midlertidig forføyning etter bokstav b også kan besluttes for å "avverge" fremtidig "skade eller ulempe".¹⁴¹ Det stilles heller ikke krav om at skadepotensialet stammer fra saksøkte.¹⁴² *Hensynet til en effektiv håndhevelse av eneretten* tilsier derfor at rettighetshaver bør kunne forby inngriperes handlemåte når den ikke alene, men sammen med risikoen for at *også andre* kan gjøre inngrep i eneretten, vil gjøre det "nødvendig" å nedlegge et forbud for å "avverge en vesentlig skade eller ulempe", jf. § 34-1 (1) bokstav b.

3.3.1.4 Forholdet til sannsynliggjøringen av hovedkravet

Selv om kravet til sannsynliggjøring av hovedkravet etter tvl. § 34-2 og kravet til sikringsgrunn etter § 34-1 formelt sett er to separate vilkår som må være oppfylt for at midlertidig forføyning skal kunne nedlegges, kan det problematiseres om disse i noen grad må ses i sammenheng. Spørsmålet er derfor om kravet til sikringsgrunn etter bokstav b påvirkes av hvor sannsynlig retten finner det at det foreligger et hovedkrav? Problemstillingen ble fremhevet i LB-2019-119376 (IBM), som gjaldt påstått brudd på en IT-kontrakt mellom selskapene EVRY og IBM, hvor Borgarting lagmannsrett uttalte at:

"Riktig nok er det mulig at terskelen for å konstatere sikringsgrunn etter omstendighetene kan påvirkes av hvor klart det er at hovedkravet fører frem, jf. Flock, op.cit., side 107, der det uttales at det «kan ...være grunn til å lempe på kravene til sikringsgrunn der det synes utvilsomt at saksøkeren er berettiget etter det hovedkrav han gjør gjeldende»."

Flock fremhever videre at det "ikke [kan] ses bort fra at kravet til sannsynliggjøring av sikringsgrunn lettere vil bli ansett for å være oppfylt i tilfeller hvor hovedkravet fremstår som rimelig klart. Dette må særlig gjelde om saksøkte helt uten grunn ser ut til å ha tatt seg til rette".¹⁴³ Uttalelsen tilsier at kravet til sikringsgrunn ved immaterialrettsinngrep – hvor inngriper ofte vil ha *tatt seg til rette uten grunn* – kan påvirkes av hvor sannsynlig det er at det foreligger et inngrep i eneretten. Synspunktet kan begrunnes i at desto mer sannsynlig det er at det foreligger et inngrep, desto mer "nødvendig" vil det være å nedlegge et midlertidig forbud. Dette skyldes også at *de rettspolitiske hensynene* bak eneretten, *prevensjonshensynet* og

¹⁴⁰ Se punkt 2.2.

¹⁴¹ Se punkt 3.2.3.

¹⁴² Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292.

¹⁴³ Flock (2011) s. 231–232.

effektivitetshensynet gjør seg desto sterkere gjeldende når det er høy sannsynlighet for at det foreligger et inngrep.¹⁴⁴ Kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b vil dermed kunne påvirkes av hvor sannsynlig det er at det foreligger et hovedkrav.

3.3.2 Betydningen av økonomiske interesser

3.3.2.1 Tapt omsetning eller tap av markedsandeler

Immaterialrettighetenes karakter av å være *eneretter* innebærer at konkurrenters inngrep i rettigheten som regel vil påføre rettighetshaveren et økonomisk tap, typisk i form av tapt omsetning eller tap av markedsandeler. Ettersom en viktig side av eneretten er at man skal kunne utnytte dens økonomiske fordel uten inngrep fra andre,¹⁴⁵ er det naturlig at rettighetshaverens *økonomiske interesser* vil være relevante i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter bokstav b er oppfylt ved immaterialrettsinngrep.¹⁴⁶

Ordlyden "skade eller ulempe" omfatter klart nok saksøkers økonomiske tap som følge av immaterialrettsinngrepet, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b.¹⁴⁷ Videre tilsier ordlyden "vesentlig" at det må dreie seg om et økonomisk tap av et visst omfang. Borgarting lagmannsrett uttalte f.eks. i LB-2017-128626 (Good For Me) at "[n]år det gjelder overtredelsen av markedsføringsloven, antas denne å være av mindre betydning for Lab Pharmas omsetning" og kom dermed til at kravet til sikringsgrunn ikke var oppfylt. Inngrep i patenter,¹⁴⁸ varemerker¹⁴⁹ og åndsverk¹⁵⁰ kan imidlertid raskt føre til større økonomiske tap, som medfører at kravet til sikringsgrunn ofte vil anses oppfylt.¹⁵¹ Dette skyldes blant annet at immaterielle rettigheter i stadig økende grad utgjør selskapenes største og viktigste verdier.¹⁵² Dersom inngrepet derimot er av beskjedent omfang, vil kravet til "vesentlig skade eller ulempe" ikke være oppfylt, jf. f.eks. Borgarting lagmannsretts uttalelse i LB-2019-9787 (JALLASPRITE):

"Det er heller ikke nødvendig med sikring for å avverge vesentlig skade eller ulempe. Retten viser her til det svært beskjedne omfanget av flasker som fortsatt er i butikkene, og det kommuniserte ønsket om at dette ikke selges."

¹⁴⁴ Se punkt 2.

¹⁴⁵ Eneretten kan derfor anses som et begrenset monopol, jf. Schovsbo m.fl. (2018) s. 27.

¹⁴⁶ Prop. 81 L (2012-2013) s. 8.

¹⁴⁷ Se også Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292.

¹⁴⁸ Se f.eks. LB-2015-90322 (Micro Sieve).

¹⁴⁹ Se f.eks. LB-2016-56897 (JARLSBERG).

¹⁵⁰ Se f.eks. LA-2010-35846 (Panorama).

¹⁵¹ Helset m.fl. (2009) s. 81.

¹⁵² Helset m.fl. (2009) s. 78–79, Andersen m.fl. (2006) s. 4 og Norrgård (2002) s. 1–2.

3.3.2.2 Usikkerhet knyttet til det økonomiske tapets omfang

Ved immaterialrettsinngrep vil det imidlertid svært ofte knytte seg betydelig usikkerhet til omfanget av det nåværende og fremtidige økonomiske tapet.¹⁵³ Ved *omsetningstap* skyldes dette at rettighetshaveren gjerne vet hvilken omsetning de *har hatt*, men ikke hvilken omsetning de *ville ha hatt* dersom saksøkte ikke hadde gjort inngrep i rettigheten.¹⁵⁴ Tilsvarende gjelder ved *tap av markedsandeler*, ettersom det er umulig å fastslå med sikkerhet hvordan markedet ville utviklet seg dersom saksøktes inngrep tenkes borte. Inngrep i eneretten kan derfor føre til *irreversible markedsforstyrrelser*, som er vanskelige å verdsette økonomisk.¹⁵⁵ Spørsmålet blir derfor om denne usikkerheten påvirker hvilken vekt rettighetshaverens økonomiske tap kan tillegges i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b er oppfylt?

Det stilles gjennomgående ikke noe krav i rettspraksis til at saksøker kan dokumentere omfanget av sitt økonomiske tap, når det er sannsynliggjort at det foreligger et inngrep i saksøkers immaterialrettigheter.¹⁵⁶ Dette skyldes nok at immaterialrettsinngrep ofte vil kunne føre til tap av goodwill eller særpreg – som det skal redegjøres for rett nedenfor – som kan føre til fremtidig økonomisk tap som er svært vanskelig å kartlegge nøyaktig. Selv om det generelt er grunn til å være kritisk når domstolene ‘hopper over gjerdet der det er lavest’, innebærer beregningen av tap som følge av et immaterialrettsinngrep ofte at retten må ta stilling til hypotetiske hendelsesforløp som sjelden gir sikre svar. *Effektivitetshensynet* tilsier derfor at rettsanvenderen ikke bør begi seg ut på en usikker vurdering av det økonomiske tapets nøyaktige omfang, ettersom det – som følge av de nevnte bevisproblemene – vil redusere rettighetshaverens mulighet til å få nedlagt midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep.¹⁵⁷ Usikkerheten knyttet til det økonomiske tapets nøyaktige omfang bør dermed ikke påvirke hvilken vekt skaden på rettighetshaverens økonomiske interesser kan tillegges i vurderingen. Fokuset bør derfor holdes på om "skaden eller ulempen" som rettighetshaveren påføres av inngrepet samlet sett fremstår som "vesentlig", jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b.

Et annet spørsmål som oppstår i denne sammenheng er om vurderingen av om det økonomiske tapet fremstår som "vesentlig" må ses fra en *nominell* eller *relativ* synsvinkel.¹⁵⁸ Ordlyden

¹⁵³ Se punkt 2.2.

¹⁵⁴ Rognstad/Stenvik (2002) s. 534.

¹⁵⁵ Schovsbo mfl. (2018) s. 715.

¹⁵⁶ Se f.eks. LB-2002-2639 (Pierre Robert), LB-2004-16334 (Vestdavit), LG-2004-36841 (Autofil), LB-2007-133644 (Barablu), LB-2009-79484 (Royal Umbrella) og LB-2015-90322 (Micro Sieve).

¹⁵⁷ Se også punkt 3.3.3.2 om hvordan dette påvirker betydningen av saksøkers erstatningsmulighet.

¹⁵⁸ Med uttrykket 'nominell synsvinkel' siktes det til at det er det økonomiske tapets omfang i kroner og øre som er avgjørende i vesentlighetsvurderingen.

"vesentlig skade eller ulempe" gir ikke noe klart tolkningsbidrag, men det at forføyningen må være "nødvendig" kan tilsa at skadevirkningen må vurderes konkret. Dette ble fremhevet i Rt. 2000 s. 1512 (Atlantis) som gjaldt begjæring om midlertidig forføyning fremsatt av Atlantis Medisinske Høgskole etter at høyskolen mistet eksamensretten for medisin grunnfag der studiestedet var i utlandet. Høyesterett uttalte på s. 1516 at "[u]tvalget bemerker at *vurderingen av skaden må være konkret* og finner ikke at lagmannsretten har trukket hensynet til virksomheten som en helhet inn på en måte som viser at retten har bygd på feil lovforståelse" (min kursivering). Uttalelsen tilsier at skaden ikke kan vurderes etter en nominell synsvinkel, hvor tapets størrelse er avgjørende. Det er det økonomiske tapets *relative effekt* på saksøkeren som vil være avgjørende, og denne må vurderes konkret.¹⁵⁹

3.3.2.3 Tap av goodwill

Immaterialrettsinngrep kan også påføre rettighetshaveren tap av goodwill, omdømme eller anseelse – som for øvrig alle er synonymmer.¹⁶⁰ En viktig årsak til at immaterialrettsinngrep kan føre til *tap av goodwill* er at kopiprodukter sjelden vil gjennomgå samme type kvalitetskontroll som originalproduktet, hvilket medfører at kopiproduktene som regel vil være av dårligere kvalitet.¹⁶¹ Ettersom kundekretsen vil kunne forveksle kopiproduktet med originalproduktet, vil kundens oppfatning av kvaliteten på originalproduktet synke.¹⁶²

Ordlyden "vesentlig skade eller ulempe" omfatter også skade i form av tapt goodwill. Dette er nokså sentralt i immaterialrettssaker, ettersom inngrep i eneretten som fører til tap av goodwill vil redusere rettighetens økonomiske verdi for rettighetshaveren. Dette ble fremhevet i LB-2016-56897 (JARLSBERG) med henvisning til tingrettens begrunnelse:

"Innledningsvis viser retten til at et varemerke er en enerett. Det foreligger derfor en ideell rettighet for eieren til å bruke varemerket som kjennetegn for varen i næringsvirksomheten. Ethvert inngrep i varemerket som pågår over noe tid, vil derfor i seg selv kunne bidra til å svekke varemerkets verdi og omdømme."¹⁶³

¹⁵⁹ Relativiseringen av vesentlighetskravet bør imidlertid ikke trekkes for langt, jf. Flock (2011) s. 102.

Spørsmålet om hvor langt en kan relativisere vurderingen vil drøftes nærmere i punkt 3.3.5 nedenfor.

¹⁶⁰ Uttrykket 'tap av goodwill' vil bli brukt som en fellesbetegnelse i det følgende, og henviser til situasjonen som oppstår når kundens positive forestillinger om et produkt eller selskap reduseres.

¹⁶¹ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 26.

¹⁶² Prop. 81 L (2012-2013) s. 8 og s. 94. Se også TAHER-2009-137565 (Abercrombie & Fitch).

¹⁶³ Synspunktet har også overføringsverdi til saker som gjelder inngrep i patenter, design eller åndsverk.

Denne typen skade på rettighetshavers hånd blir ofte vektlagt tungt i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter bokstav b er oppfylt, ettersom tap av goodwill ikke kan avverges på annen måte enn gjennom et rettslig forbud og skaden vanskelig kan repareres i ettertid.¹⁶⁴

Også situasjonen der inngrepet påfører rettighetshaveren et negativt omdømme omfattes av ordlyden "skade eller ulempe". Slik påføring av *badwill* ble vektlagt av Borgarting lagmannsrett i LB-2019-9787 (JALLASPRITE) hvor det ble fremhevet at O. Mathisen hadde brukt media aktivt for å gi inntrykk av at de hadde blitt sensurert og derved skape et negativt bilde av Coca-Cola og deres produkter.¹⁶⁵

3.3.2.4 Tap av særpreg

Et pågående varemerkeinngrep vil også kunne utsette rettigheten for en stadig risiko for *tap av særpreg*. Ordlyden "vesentlig skade eller ulempe" omfatter i utgangspunktet tap av særpreg, noe som ble presisert av Høyesterett i Rt. 2000 s. 110 (Dale of Norway).¹⁶⁶ Tap av særpreg innebærer at konkurrentens urettmessige bruk av rettighetshavers varemerke over tid vil utvanne rettighetens distinktivitet,¹⁶⁷ og det vil oppstå en økende risiko for *degenerasjon*.¹⁶⁸ Denne typen skadevirkning vil ofte eskalere over tid dersom det ikke raskt nedlegges midlertidig forbud mot inngrepshandlingen, jf. f.eks. Borgarting lagmannsretts uttalelse i LB-1999-2086 (Paranova) om at "[d]en skade som Mercks påføres vil bli større ettersom tiden går, og den kan ikke fullt ut repareres gjennom erstatning". Tap av særpreg innebærer derfor at eneretten blir påført skade som reduserer dens økonomiske verdi for rettighetshaveren. Midlertidig forføyning spiller derfor en særlig viktig rolle ved inngrep i varemerkerettigheter, hvor risikoen for tap av særpreg er høy.¹⁶⁹

3.3.2.5 Redusert mulighet for lisens

En annen form for økonomisk interesse som kan bli skadet som følge av inngrep i eneretten, er rettighetshaverens mulighet til å utnytte rettigheten gjennom *lisensiering*. Dette poenget ble fremhevet i LH-2003-647 (Havfisk), hvor Hålogaland lagmannsrett uttalte at:

"Vesentlig skade eller ulempe vil foreligge for Remøy Sea Group AS som patenthaver, ved at eneretten til å utnytte denne oppfinnelse i nærings- eller driftsøyemed stadig

¹⁶⁴ Se punkt 3.3.3.

¹⁶⁵ Se også punkt 3.3.5.1.

¹⁶⁶ På s. 116 i kjennelsen, som direkte gjaldt brudd på kravet til god forretningsskikk i markedsføringsloven.

¹⁶⁷ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 26.

¹⁶⁸ Uttrykket 'degenerasjon' betyr at rettigheten mister sin individualiserende evne og at det ikke lenger oppfattes som et særmerke for en bestemt virksomhet, jf. Lassen/Stenvik (2011) s. 123.

¹⁶⁹ Se f.eks. LB-1999-2086 (Paranova), LB-2007-133644 (Barablu) og LB-2016-56897 (JARLSBERG).

krenkes, slik at den alminnelige respekt for patentet kan svekkes, og *slik at muligheten for å gi andre rett til i nærings- eller driftsøyemed å utnytte oppfinnelsen (lisens) mot vederlag, også kan svekkes.*" (min kursivering).

Synspunktet som fremheves her bygger på et resonnement om at dersom rettighetshaveren har lisensiert ut immaterialrettigheten det gjøres inngrep i, utsettes lisenstakeren for økt konkurranse – som naturligvis påvirker dens vilje til å betale lisensavgift og ønske om å fornye lisensavtalen.¹⁷⁰ Dersom inngrep i eneretten ikke håndheves av rettighetshaveren, vil det dessuten være fristende for lisenstakere å selv bruke rettigheten uten lisensavtale i stedet for å betale lisensavgift. At rettighetshaverens mulighet til å utnytte rettigheten gjennom lisensavtaler reduseres dersom inngrep i eneretten ikke kan håndheves, utgjør derfor et selvstendig argument for at inngrepet medfører "vesentlig skade" på rettighetshaverens økonomiske interesser.¹⁷¹

3.3.2.6 Tidligere økonomiske investeringer i rettigheten

Dersom rettighetshaveren har foretatt betydelige økonomiske investeringer for å etablere sin enerettsposisjon, vil dette kunne tilsi at inngrep i eneretten innebærer en "vesentlig skade eller ulempe", jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Dette momentet ble fremhevet av Frostating lagmannsrett i LF-2005-1480 (Supersøk): "Finn har kommersiell interesse i bruken av sin database. Virksomheten har krevd betydelige investeringer og er kostbar å drive". Tilsvarende argument ble brukt i LB-2018-162009 (Rettspraksis.no), hvor Borgarting lagmannsrett uttalte at "[f]or Lovdata gjelder saken beskyttelse av til dels betydelige investeringer".

Ettersom midlertidig forføyning kun kan besluttes dersom den er egnet til å "avverge" nåværende eller fremtidig "skade eller ulempe", kan det imidlertid stilles spørsmålstegn ved om rettighetshaverens tidligere investeringer i immaterialrettigheten er relevant å vektlegge i vurderingen. Bakgrunnen for at momentet trekkes frem er imidlertid at *investeringshensynet* er et viktig rettspolitisk hensyn bak åndsproduksjonsrettighetene. Håndhevingsreglene bør derfor anvendes slik at rettighetshaveren gis beskyttelse for den økonomiske investeringen som er nedlagt i utvikling, vedlikehold og videreutvikling av rettigheten, ettersom dette styrker viljen til innovasjon i samfunnet. Vektlegging av rettighetshaverens økonomiske investeringer utgjør slik sett et argument for at eneretten *særlig bør beskyttes* når rettighetshaveren har foretatt ressurskrevende tiltak for å opparbeide sin enerettsposisjon.¹⁷²

¹⁷⁰ Bengtsson/Lyxell (2006) s. 26.

¹⁷¹ Se også uttalelsene i LG-2004-36841 (Autofil) og LB-2018-162009 (Rettspraksis.no).

¹⁷² Se f.eks. uttalelsen i LB-2007-133644 (Barablu).

3.3.3 Betydningen av erstatningsmuligheten

3.3.3.1 Muligheten for et fremtidig erstatningssøksmål

En sentral problemstilling som oppstår i vurderingen av kravet til sikringsgrunn etter bokstav b ved immaterialrettsinngrep, er hvilken betydning det har at rettighetshaveren kan få økonomisk kompensasjon for inngrepet gjennom et fremtidig erstatningssøksmål.

At saksøker kan få økonomisk kompensasjon ved et fremtidig erstatningssøksmål innebærer ikke *i seg selv* at midlertidig forføyning ikke er "nødvendig". Dette ble fremhevet av Høyesterett i Rt. 1996 s. 1625 (Karmøy Fiskemat), som direkte gjaldt midlertidig forføyning ved påstått brudd på en eneforhandleravtale mellom partene:¹⁷³

"Det er riktignok så at det ikke utelukker anvendelse av midlertid forføyning at den skade som kan oppstå, er av økonomisk art og vil utløse et erstatningskrav, jfr Rt-1967-124, men dette er ikke til hinder for at erstatningsmuligheten går inn som ett av flere momenter ved den samlede vurdering som må foretas."

Høyesterett presiserer altså at saksøkers mulighet til å få dekket sitt økonomiske tap gjennom et fremtidig erstatningssøksmål utgjør ett av flere momenter i den samlede vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter bokstav b er oppfylt. I immaterialrettssaker er det imidlertid mindre grunn til å vektlegge erstatningsmuligheten i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt.¹⁷⁴ Dette skyldes for det første at økonomisk kompensasjon ikke er egnet til å reparere skade på rettighetshavers *ideelle interesser*, siden disse er av ikke-økonomisk karakter.¹⁷⁵

3.3.3.2 Vanskeligheten av å bevise erstatningskravets størrelse

Den andre grunnen til at erstatningsmuligheten bør tillegges mindre vekt ved immaterialrettsinngrep er at det er en bred oppfatning om at rettighetshaveren sjelden oppnår full kompensasjon ved et erstatningssøksmål mot inngriperen.¹⁷⁶ Dette ble fremhevet i LE-2008-6594 (TATRAPOMA) hvor Eidsivating lagmannsrett uttalte at: "Ved immaterialrettskrenkelser vil midlertidige skritt for å stanse en aktivitet ofte være avgjørende for å avverge skade. Slik skade lar seg sjelden kompensere ved et etterfølgende erstatningskrav".¹⁷⁷ Dette gjelder selv om rettighetshaverens interesse i enerettsposisjonen som hovedregel er økonomisk, ettersom det økonomiske tapet som følge av inngrepet er vanskelig

¹⁷³ Avgjørelsen som Høyesterett viser til i sitatet gjaldt imidlertid et patentinngrep, jf. Rt. 1967 s. 124 (Dumex).

¹⁷⁴ Petersen (2008) s. 446–450.

¹⁷⁵ Se den nærmere redegjørelsen for betydningen av ideelle interesser i punkt 3.3.4 nedenfor.

¹⁷⁶ Rognstad/Stenvik (2002) s. 511.

¹⁷⁷ Se også LB-2019-9787 (JALLASPRITE), LB-2016-56897 (JARLSBERG), LB-2010-3684 (Mundipharma), LB-1999-1808 (The WaterBoy) og LB-1999-2086 (Paranova).

å bevise for rettighetshaveren.¹⁷⁸ Synspunktet ble fremhevet av Borgarting lagmannsrett i LB-2009-79484 (Royal Umbrella): "For det andre vil det kunne være vanskelig for Viet Thai Mat å dokumentere størrelsen på et tap, hvilket gjør det usikkert om tapet vil kunne kompenseres ved å søke erstatning fra Orientdeli".¹⁷⁹ Bakgrunnen for at tapet er vanskelig å bevise henger sammen med at inngrepet ofte fører til *irreversible markedsforstyrrelser* som er vanskelige å verdsette økonomisk.¹⁸⁰ Dersom rettighetshaveren ikke kan dokumentere det økonomiske tapets fulle omfang, vil det i tråd med alminnelige erstatningsrettslige regler heller ikke kunne gis erstatning for hele tapet.

Denne ulempen avhjelpes til dels av immaterialrettslovenes øvrige kompensasjonsregler, som gir rettighetshaveren *krav på vederlag* eller *vinningsavståelse* ved inngrep i eneretten.¹⁸¹ Det kan imidlertid også være vanskelig for rettighetshaveren å bevise hvilken *vinning som inngriper har oppnådd* eller hva som utgjør *en rimelig lisensavgift* for utnyttelsen av rettigheten.¹⁸² Selv om lovendringene som trådte i kraft i 2013 har styrket kompensasjonsreglene,¹⁸³ tilsier derfor de nevnte bevisproblemene at rettighetshavers mulighet for erstatning eller annen kompensasjon ikke bør vektlegges tungt i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt.

3.3.3.3 Tvangslisenssynspunktet

Et tredje poeng er at immaterialrettighetenes karakter av å være *eneretter* som gir rettighetshaveren rett til å forby andre å utnytte rettigheten,¹⁸⁴ tilsier at erstatningsmuligheten ikke bør tillegges særlig vekt i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b er oppfylt. Dette skyldes at eneretten ikke bør kunne reduseres til en *vederlagsrett*, eller som Høyesterett formulerte det i Rt. 1968 s. 1341 (Hoffmann-La Roche):

"[B]estemmelsen kan ikke gi domstolene ubetinget adgang til å foreskrive at den som har rett til å kreve en ulovlig virksomhet forbudt eller stanset, skal få denne rett omdannet til et krav på erstatning for tap som måtte bli voldt ved at den ulovlige virksomhet settes i verk eller fortsettes. Dette må iallfall gjelde hvis den midlertidige forføyning tar sikte på å sikre interesser som ikke kan omgjøres i penger. [...]"

Patenthaverens enerett vil bli forspilt dersom [sic] andre utøver oppfinnelsen uten å ha rettslig grunnlag for dette, og bestemmelsen i tvangsfullbyrdelseslovens § 266 første

¹⁷⁸ Rognstad/Stenvik (2002) s. 535.

¹⁷⁹ Se også uttalelsen i LB-2015-90322 (Micro Sieve).

¹⁸⁰ Se punkt 3.3.2.2. Se også Møgelvang-Hansen/Riis (2001) s. 199–201.

¹⁸¹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 6. Se f.eks. patl. § 58, dsl. § 40, vml. § 58 og åvl. § 81.

¹⁸² Rognstad/Stenvik (2002) s. 524 og s. 530.

¹⁸³ Prop. 81 L (2012-2013) s. 5–7.

¹⁸⁴ Rognstad/Stenvik (2002) s. 512.

ledd kan etter utvalgets oppfatning ikke gi domstolene adgang til å gi en slags foreløpig tvangslisens i form av bestemmelse om at et forbud mot urettmessig bruk kan avverges mot at saksøkte stiller sikkerhet."

Avgjørelsen gjaldt direkte spørsmål om saksøktes tilbud om sikkerhetsstillelse ved midlertidig forføyning i en patentsak,¹⁸⁵ men synspunktet om at immaterialrettigheter ikke skal kunne reduseres til *en slags foreløpig tvangslisens* har klar overføringsverdi til spørsmålet om betydningen av rettighetshaverens erstatningsmulighet.¹⁸⁶ Dette ble også fremhevet av Oslo tingrett i TOSLO-2009-119242 (Pharmaq): "Det er også den rådende lære innen patentretten at det er viktig at patent skal gi et faktisk monopol. Hvis det står fritt frem å ta seg til rette mot å påføre seg erstatningsansvar, vil dette i realiteten si at vedkommende oppnår en form for tvangslisens som vedkommende ikke er berettiget til." Det er i denne sammenheng illustrerende at Borgarting lagmannsrett i LB-2008-183125 (Elko), som gjaldt brudd på etterlikningsvernet etter markedsføringsloven, uttalte at:

"Elko har her vist til faren for tap av markedsandeler og goodwill. Lagmannsretten finner det tvilsomt om Elko rent faktisk kan sies å ha sannsynliggjort at en eventuell skade her er av et slikt omfang at den kan betegnes som «vesentlig», isolert sett. Uansett kan en slik mulig skade, etter lagmannsrettens oppfatning, ikke sies å være «vesentlig» når man også hensyntar Elkos mulighet for å fremsette krav om erstatning. Det vises for så vidt til Rt-1996-1625, jf. Falkanger m.fl. s. 1159. Elko vil gjennom ordinært søksmål kunne fremsette et erstatningskrav, og det er ikke anført at Malmbergs ikke vil være søkegod."

Sitatet viser at selv om salget av kopiproduktene ville kunne påføre Elko tap av markedsandeler og goodwill, ble erstatningsmuligheten brukt som et avgjørende argument mot forføyning. Dette skyldes at markedsføringslovens etterlikningsvern ikke gir produsenten av originalproduktet en *enerett* på samme måte som immaterialrettighetene gjør.¹⁸⁷ Argumentet om at *forbudsretten* vil bli redusert til en *vederlagsrett* dersom det ikke nedlegges midlertidig forføyning, gjorde seg dermed ikke gjeldende i denne saken. At Borgarting lagmannsrett som følge av dette vektla erstatningsmuligheten annerledes enn i immaterialrettssakene, illustrerer godt hvor viktig *tvangslisenssynspunktet* er i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b er oppfylt ved immaterialrettsinngrep.

¹⁸⁵ Se punkt 3.3.3.4 om betydningen av inngripers tilbud om sikkerhetsstillelse.

¹⁸⁶ Rognstad (2019) s. 511 og TOSLO-2014-93272 (Micro Sieve).

¹⁸⁷ Helset m.fl. (2009) s. 538–540.

3.3.3.4 Betydningen av inngriperes tilbud om sikkerhetsstillelse

Det følger av tvl. § 34-3 (2) sjette punktum at "[r]etten kan beslutte at saksøkte kan avverge ikrafttredelse og gjennomføringen av forføyningen ved å stille sikkerhet for mulig erstatning til saksøkeren". Ordlyden tilsier at saksøkte *kan gis* adgang til å stille sikkerhet for saksøkers mulige økonomiske tap som følge av at forføyning ikke blir gitt, som alternativ til at forføyning blir besluttet. I lys av det som er sagt ovenfor om at rettighetshaverens erstatningsmulighet anses utilstrekkelig ved immaterialrettsinngrep, bør denne bestemmelsen anvendes med varsomhet i immaterialrettssaker.¹⁸⁸ Synspunktet finner støtte i LB-2015-90322 (Micro Sieve), hvor Borgarting lagmannsrett uttalte at:

"NAG har ikke for lagmannsretten tilbudt seg å stille sikkerhet for et mulig erstatningsansvar for å unngå forføyning, jf. tvisteloven § 34-3 andre ledd sjette punktum. Lagmannsrettens flertall mener uansett at slik sikkerhet ikke kan føre til at forføyning ikke blir besluttet. Det vises til merknadene ovenfor om utilstrekkeligheten ved økonomisk kompensasjon av skadene og ulempene."

Uttalelsen illustrerer også at inngriperes tilbud om sikkerhetsstillelse heller ikke bør tillegges særlig vekt i vurderingen av om det foreligger sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Dette skyldes at sikkerhetsstillelse verken avhjelper problemet med å bevise det økonomiske tapets omfang, at eneretten ikke bør reduseres til en vederlagsrett eller det faktum at skade på rettighetshaverens ideelle interesser ikke kan repareres med et erstatningssøksmål.

3.3.4 Betydningen av ideelle interesser

En "skade eller ulempe" kan etter ordlyden være av ikke-økonomisk karakter, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Dette følger også av Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292 hvor departementet presiserte at "[u]ttrykket vesentlig skade eller ulempe omfatter såvel økonomisk som ikke-økonomisk skade". Blant immaterialrettighetene er det særlig opphavsrettens ideelle rettigheter som er av klar ikke-økonomisk karakter.¹⁸⁹ Også andre former for *ideelle interesser* – som ikke kan måles i kroner og øre – vil imidlertid kunne vektlegges i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt. Inngrep i eneretten kan dermed utgjøre en selvstendig skade på rettighetshaverens hånd, som kan gi grunnlag for midlertidig forføyning uavhengig av de økonomiske konsekvensene av inngrepet. Ofte vil imidlertid et inngrep som medfører skade på rettighetshaverens ideelle interesser også påføre rettighetshaveren et økonomisk tap – i hvert fall på sikt. Skadene som rettighetshaveren påføres ved immaterialrettsinngrepet, må dermed

¹⁸⁸ Andersen m.fl. (2006) s. 292–293.

¹⁸⁹ Åndsverkloven § 5 og Rognstad (2019) s. 258 flg.

ses i sammenheng når det skal vurderes om kravet til sikringsgrunn er oppfylt. Et interessant spørsmål er imidlertid *hvor mye* som skal til før "skade eller ulempe" som kun rammer rettighetshaverens ideelle interesser oppfyller vesentlighetskravet i bokstav b?

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2003 s. 1165 (Mein Kampf) kan tjene som eksempel på at ideelle interesser har blitt vektlagt i en sak om midlertidig forføyning ved immaterialrettsinngrep. Saken gjaldt Eberhardt Gunther Kern sine arvinger, som begjærte midlertidig forføyning for å stanse Nexus Forlag sin utgivelse av Kerns norske oversettelse av Adolf Hitlers "Mein Kampf". Arvingenes interesse i å stanse utgivelsen – som ville være i strid med deres opphavsrett til oversettelsen – var ikke økonomisk motivert, men var begrunnet i at de ikke ønsket spredning av verket på grunn av deres ideologiske holdning og av personvern hensyn.¹⁹⁰ Lagmannsrettens dom ble opphevet ettersom flertallet ifølge Høyesterett hadde misforstått hva som var saksøkers *hovedkrav* i saken.¹⁹¹ Dette var av betydning ettersom det førte til at lagmannsretten feilaktig hadde kommet til at forføyning ville være i strid med forbudet mot foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet etter tvl. § 34-1 (1) bokstav a.¹⁹² Det ble deretter avsagt ny kjennelse i saken, hvor Borgarting lagmannsrett kom til at forføyning etter bokstav a ikke ville innebære en foregrepet fullbyrdelse av hovedkravet.¹⁹³

Det kan imidlertid problematiseres om Høyesterett i stedet burde ha vurdert saken etter bokstav b, og drøftet om spredning av verket uten arvingenes samtykke ville påføre dem "en vesentlig skade eller ulempe". Lagmannsrettens flertall kom opprinnelig til at ulempene arvingene ville bli påført dersom oversettelsen ble utgitt ikke var "vesentlig",¹⁹⁴ mens Høyesterett ikke vurderte spørsmålet på tross av at problemstillingen var omfattet av anken.¹⁹⁵ Saken gjaldt imidlertid et klart inngrep i opphavsretten, hvor rettighetshavernes ønske om at verket ikke skulle spres ville bli krenket. De ideelle interessene var dessuten av stor betydning for rettighetshaverne og forlagets utgivelse ville ramme disse hardt. Forholdene lå dermed til rette for å drøfte om skaden på arvingenes ideelle interesser måtte anses som "vesentlig". Ettersom Høyesterett ikke vurderte problemstillingen, fremstår det imidlertid fremdeles som uavklart hvor mye som skal til for at inngrep som utelukkende fører til "skade" på rettighetshaverens *ideelle interesser* må

¹⁹⁰ Arvingene ønsket altså verken å spre eller å bli identifisert med bokens nazistiske budskap.

¹⁹¹ Rt. 2003 s. 1165 (Mein Kampf) avsnitt 15.

¹⁹² Se punkt 3.1.

¹⁹³ LB-2003-3138 (Mein Kampf II).

¹⁹⁴ Mindretallet holdt tilsynelatende spørsmålet åpent, jf. LB-2003-1175 (Mein Kampf I).

¹⁹⁵ Rt. 2003 s. 1165 (Mein Kampf) avsnitt 6.

anses som "vesentlig" etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b.¹⁹⁶ *Personlighetshensynet* kan imidlertid tilsi at krenkelsen av den æren og det ansvaret som ligger å ha skapt et åndsverk, bør veie nokså tungt i vurderingen – selv om rettighetshaveren ikke har lidt noe økonomisk tap.¹⁹⁷

3.3.5 Betydningen av partsforholdet

3.3.5.1 Partenes markedsposisjon

Forføyningssaken mellom The Coca-Cola Company og den lille brusprodusenten O. Mathisen illustrerer at *partenes markedsposisjon* i praksis er blitt vektlagt som et relevant moment i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt.¹⁹⁸ Borgarting lagmannsrett uttalte at de i likhet med Oslo tingrett var noe i tvil om hvorvidt kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b var oppfylt, men sluttet seg til tingrettens begrunnelse og siterte følgende uttalelse:

"Grunnen til at retten er i tvil, er vesentlighetskriteriet. OM er en liten aktør i markedet, og dermed er skadepotensialet mer begrenset enn det som eksempelvis var tilfelle i saken som gjaldt varemerket JARLSBERG (LB-2016-56897). [...] Markedet er primært knyttet til spesielle områder i Oslo, men i stadig økende grad utover dette. Virksomheten er altså ikke ubetydelig, og selv små aktører vil på sikt kunne påføre ubotelig skade på et varemerke i form av tapt anseelse, og ikke minst påbegynt degenereringsprosess. Retten mener nettopp det er tilfelle her særlig grunnet den medieoppmerksomhet som har vært rundt saken som tidligere beskrevet."

Uttalelsen viser at dersom inngrep kan føre til tap av særpreg eller goodwill, vil selv små aktørers inngrep i ledende markedsaktørers immaterialrettigheter kunne oppfylle kravet til "vesentlig skade eller ulempe".¹⁹⁹ Det kan derfor være grunn til å stille spørsmålsteget ved om partenes markedsposisjon egentlig er særlig relevant i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b er oppfylt ved immaterialrettsinngrep.

JALLASPRITE-saken illustrerer imidlertid også at partenes markedsposisjon vil kunne påvirke hvilken "skade eller ulempe" inngrepet innebærer, siden retten nettopp av denne grunn var i tvil om vesentlighetskravet var oppfylt. Dette skyldes at det er skadevirkningenes *effekt* på rettighetshaveren som er avgjørende, og skadevurderingen blir slik sett *relativ*.²⁰⁰ Det kan derfor problematiseres om O. Mathisen sin bruk av betegnelsen "JALLASPRITE" virkelig var egnet til å påføre The Coca-Cola Company *vesentlig* skade på lengre sikt. Særlig faren for

¹⁹⁶ Se også LE-2008-48261 (Nordby) hvor risikoen for skade på saksøkers ideelle interesser var for hypotetisk.

¹⁹⁷ Se punkt 2.1.

¹⁹⁸ LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

¹⁹⁹ Se også LB-2015-131628 (TEXBURGER).

²⁰⁰ Se drøftelsen i punkt 3.3.2.2.

degenerasjon fremsto i dette tilfellet som lite reell, ettersom "SPRITE" er et globalt, velkjent varemerke. Det avgjørende var derfor trolig at medieaktiviteten til O. Mathisen innebar en stadig påføring av badwill mot The Coca-Cola Company, som på sikt kunne fått relativt store konsekvenser for selskapets omdømme i det aktuelle markedet. Partenes markedsposisjon vil dermed få en mindre fremtredende rolle i vurderingen av kravet til sikringsgrunn ved immaterialrettsinngrep enn ellers, men momentet er fremdeles relevant.

3.3.5.2 Sårbar etableringsfase

Dersom rettighetshaveren er i en *sårbar etableringsfase*, kan også dette tale for at retten bør nedlegge midlertidig forbud mot inngrepshandlingen. Dette var tilfellet i LB-2003-399 (Kezzler), hvor Borgarting lagmannsrett uttalte at "Kezzler er i en sårbar etableringsfase som medfører at det kan være vanskelig å rette opp den skade selskapet blir påført ved en slik utsettelse". Også i tilfeller hvor rettighetshaver ikke er et nyetablert selskap kan det være av betydning om selve immaterialrettigheten befinner seg i en sårbar etableringsfase. Dette var tilfellet i LB-2002-1200 (OPPLYSNINGEN) hvor det ble vektlagt at Telenor sitt varemerke "OPPLYSNINGEN" var i etableringsfasen: "Det er ikke minst i den første perioden med innarbeidelse av nye telefonnummer for opplysningstjenesten at det er viktig for Telenor Teleservice å beskytte sitt varemerke."

Bakgrunnen for at momentet er relevant skyldes at den "skade eller ulempe" som rettighetshaveren påføres som nevnt må vurderes konkret – altså i lys av *konsekvensene* inngrepet gir i det konkrete tilfellet. Dermed kan to tilsynelatende like inngrepshandlinger påføre to ulike rettighetshavere forskjellige skadevirkninger, avhengig av hvilke negative konsekvenser inngrepene får for rettighetshaverne.

3.3.6 Betydningen av tidsmomentet

Dersom det har gått lang tid fra immaterialrettsinngrepet startet til rettighetshaveren begjærte midlertidig forføyning eller reiste søksmål i hovedsaken, kan dette tilsi at det ikke er "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning og at rettighetshaveren må benytte seg av ordinære rettergangsskritt.²⁰¹ Dette vil i det følgende omtales som *tidsmomentet*.²⁰²

Tidsmomentet ble avgjørende i TOBYF-2014-160155 (Mills), hvor Oslo byfogdembete la vekt på at saksøker "kunne ha handlet både raskere og på en annen måte" da saksøktet peanøttsmør

²⁰¹ Se f.eks. LB-2010-6542 (The Pirate Bay) og TOBYF-2014-160155 (Mills).

²⁰² Se også Flock (2011) s. 111.

med den omtvistede emballasjen ble oppdaget. Det kan imidlertid være grunn til å stille seg kritisk til måten tidsmomentet ble anvendt i denne saken, ettersom begjæringen ble fremsatt kun et par måneder etter at inngrepet ble oppdaget og partene i mellomtiden hadde forhandlet om en minnelig løsning. Det er i denne sammenheng interessant at tidsmomentet ikke ble problematisert særlig i LB-2019-9787 (JALLASPRITE), hvor det hadde gått ca. åtte måneder fra inngrepet ble oppdaget til midlertidig forføyning ble begjært. Borgarting lagmannsrett konstaterte kun kort at "midlertidig forføyning er derfor også nødvendig, og det røkkes ikke ved dette at det nå er kort tid igjen til hovedforhandlingen i tingretten".

Ifølge ordlyden påvirkes ikke vurderingen av om det er "nødvendig" å beslutte midlertidig forføyning i saken *materielt sett* av om det har gått kort eller lang tid fra inngrepet startet til begjæringen om midlertidig forføyning eller stevningen i hovedsaken ble sendt inn. Tidsmomentet kan imidlertid være *bevismessig* relevant for å vurdere om forføyning fremstår som "nødvendig" for saksøker i den konkrete saken. Slik sett utgjør tidsmomentet et *bevismoment*, snarere enn et materielt vurderingsmoment. Borgarting lagmannsretts uttalelse i LB-1998-2332 (Selako) er illustrerende for hvordan tidsmomentet bør anvendes:

"Det kan innvendes mot Selako at det gikk lang tid fra de ble kjent med at salget fortsatte i strid med deres interesser til de begjærte midlertidig forføyning. Dette kan være et tegn på at deres behov for midlertidig forføyning ikke er overhengende. Lagmannsretten finner at denne omstendighet ikke kan gi utslagsgivende vekt mot midlertidig forføyning. Lagmannsretten peker for det første på at det naturlig går noe tid fra man oppdager det rettsstridige [sic] til man aksjonerer. Det kan neppe heller bebreides Selako at de regnet med at konkursbegjæringen ville løse problemet. Behovet for midlertidig forføyning aktualiserte seg i det øyeblikk Selako besluttet å selge produktene gjennom en annen importør, og dette viste seg uforenlig med salg fra OKT. Begjæringen ble da fremsatt kort tid etter."²⁰³

Sitatet viser at dersom det har gått lang tid fra inngrepet startet til det ble begjært midlertidig forføyning, kan dette tilsi at saksøker ikke har *tilstrekkelig behov* for et midlertidig forbud, men at nødvendighetskravet må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.²⁰⁴ Hva som må anses som 'lang tid' må derfor vurderes konkret, og det vil i denne sammenheng være av betydning om partene har forhandlet om en minnelig løsning og om rettighetshaveren vil kunne få en rettskraftig forbudsdom i hovedsaken innen kort tid ved et ordinært søksmål.²⁰⁵

²⁰³ Saken gjaldt brudd på etterlikningsvernet i markedsføringsloven, men uttalelsen er likevel retningsgivende.

²⁰⁴ Petersen m.fl. (2015) s. 178 og Petersen (2008) s. 463–464.

²⁰⁵ Se også den siterte uttalelsen fra LB-2019-9787 (JALLASPRITE) ovenfor.

3.3.7 Betydningen av hvor inngripende forføyning vil være for saksøkte

Ordlyden "for å avverge en vesentlig skade eller ulempe" tilsier at det er konsekvensene for *saksøker* som står i fokus. Ordlyden "nødvendig" kan imidlertid tilsi at det må foretas en slags interesseavveining, som vil kunne bero på hvor inngripende det vil være for saksøkte å få en forføyning mot seg. Spørsmålet blir dermed om konsekvensene forføyningen vil få *for saksøkte* utgjør et relevant moment i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt?

Dette kan ved første øyekast fremstå som en teknikalitet, ettersom "den skade eller ulempe som saksøkte blir påført" klart nok er relevant i interesseavveiningen etter annet ledd. Bakgrunnen for at problemstillingen likevel er av interesse, er at terskelen for å nå frem etter forholdsmessighetsvurderingen i annet ledd er svært høy, jf. ordlyden "åpenbart misforhold". Det vil dermed kunne være av stor betydning om retten kan vektlegge hvor inngripende forføyningen vil bli for saksøkte i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt.

Av Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292 fremgår det at "[v]ilkåret «vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for» må vurderes i forhold til karakteren av den rettighet som det er tale om å sikre, og *særlig i forhold til hvor inngripende det rettslige pålegg overfor saksøkte vil være*" (min kursivering). Uttalelsen tilsier isolert sett at hvorvidt den "skade eller ulempe" saksøker påføres må anses som "vesentlig", beror på hvor inngripende det vil være for saksøkte å få forføyning mot seg. Dette fremstår imidlertid som unaturlig og skyldes trolig en upresis formulering, ettersom skaden på saksøkers hånd naturligvis ikke påvirkes av hvilke konsekvenser forføyningen vil få *for saksøkte*. Det må dermed være *nødvendighetskravet* som medfører at forføyningens konsekvenser for saksøkte er et relevant moment etter begge alternativene.²⁰⁶ Høyesterett har også uttalt at det dreier seg om en "sammensatt vurdering" og at det er relevant "hvor inngripende en midlertidig forføyning vil være" for saksøkte, jf. uttalelsen i Rt. 2002 s. 123 (Verdens Gang) på s. 111. Også i de nyere avgjørelsene om midlertidig forføyning ved immaterialrettsinngrep er momentet blitt vektlagt, jf. LB-2018-162009 (Rettspraksis.no) og LB-2019-9787 (JALLASPRITE).

Konkurranseshensynet kan også tilsi at saksøktes ulemper bør kunne vektlegges i vurderingen av om det er "nødvendig" å nedlegge et midlertidig forbud mot inngrepshandlingen, ettersom enerettsposisjonen kan bli for sterk dersom rettighetshaveren kan forby alle sannsynliggjorte inngrep uavhengig av konsekvensene for saksøkte. Hvor inngripende forføyningen vil være for

²⁰⁶ Jf. også at vilkårene for "forføyning etter bokstav b" omtales under ett i den foregående setningen.

saksøkte vil derfor inngå som et moment i vurderingen av om det er "nødvendig" å beslutte forføyning "for å avverge en vesentlig skade eller ulempe" ved immaterialrettsinngrep, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Ettersom et immaterialrettsinngrep ofte påfører rettighetshaverens økonomiske og ideelle interesser betydelig skade,²⁰⁷ finnes det imidlertid ingen eksempler fra rettspraksis på at ulempene for saksøkte er blitt avgjørende i vurderingen.

3.3.8 Betydningen av samfunnsinteresser

Ordlyden "for å avverge en vesentlig skade eller ulempe" oppstiller ikke noe eksplisitt krav til at det er *saksøkers* interesser som må rammes, jf. tvl. § 34-1 (1) bokstav b. Dette kan tilsi at også tredjepartsinteresser og bredere samfunnsinteresser kan vektlegges i vurderingen. Dersom en tolker uttrykket i lys av bestemmelsens annet ledd, tilsier imidlertid ordlyden at interessene til andre enn partene ikke har noen plass i vurderingen.²⁰⁸ En slik forståelse finner også støtte i Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) s. 292 hvor det uttales at "[b]estemmelsen tydeliggjør at det for midlertidige forføyninger gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til *samtlig* interesser som er inne i bildet" (min kursivering). Problemstillingen ble berørt av Borgarting lagmannsrett i LB-2010-3684 (Mundipharma):

"Mundipharma har anført at det ved vurderingen må tas hensyn til at Mundipharmas bidrag til opplæring av leger i smertebehandling blir drastisk redusert så lenge eneretten etter patentet blir krenket. Så langt allmennhetens interesser blir krenket gjennom en slik omstilling fra Mundipharma, er det ikke lagt vekt på denne ulempen. *Slike ulemper for allmennheten, som her utgjør andre enn patentets rettighetshaver, antas å ligge utenfor de skader reglene om midlertidig forføyning skal bidra til å hindre.*" (min kursivering).

Uttalelsen tilsier at *samfunnsinteresser* ikke kan vektlegges i vurderingen. Også forarbeidsuttalelsen sitert ovenfor gir inntrykk av at lovgiver ville utformet bestemmelsen annerledes dersom meningen var at også interesser til andre enn partene skulle kunne vektlegges i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn er oppfylt.

I LB-2002-1200 (OPPLYSNINGEN) uttalte imidlertid Borgarting lagmannsrett følgende: "Lagmannsretten finner dertil at verken proporsjonalitetshensyn eller andre overordnede hensyn taler mot at forføyning blir gitt. Det er for øvrig også viktig for forbrukerne ikke å være i tvil om hvem man kjøper tjenester av." I lys av uttalelsene i forarbeidene og rettspraksis

²⁰⁷ Se punkt 2.2, 3.3.2 og 3.3.4.

²⁰⁸ Av tvl. § 34-1 (2) fremgår det at: "Midlertidig forføyning kan ikke besluttes dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet".

presentert ovenfor, kan det være fristende å kritisere rettens vektlegging av forbrukerinteresser. Bakgrunnen for uttalelsen er imidlertid at *forbrukerhensynet* er et viktig legislativt hensyn i kjennetegnsretten,²⁰⁹ som det dermed vil være relevant å vektlegge i forføyningssaker som gjelder varemerkeinngrep.²¹⁰ Forbrukerhensynet brukes i denne sammenheng som et argument for at inngrepet kan føre til *skade på varemerkerettigheten* som reduserer dens verdi for rettighetshaveren, slik at det dermed fremdeles er partenes interesser som holdes i fokus. Samfunnsinteresser bør derfor ikke trekkes inn i vurderingen av om kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b er oppfylt, med mindre disse også påvirker partenes interesser.²¹¹

²⁰⁹ Se punkt 2.1.

²¹⁰ Den aktuelle saken gjaldt inngrep i Telenors varemerke "OPPLYSNINGEN".

²¹¹ Prop. 81 L (2012-2013) s. 8.

4 Konklusjon og avsluttende refleksjoner

Siktemålet med denne oppgaven har vært å drøfte hvordan kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b skal tolkes og anvendes når det begjæres midlertidig forbud mot immaterialrettsinngrep. Både økonomiske og ideelle interesser gjør seg gjeldende i vurderingen, mens samfunnsinteresser bør holdes utenfor. Skadevirkninger som skyldes *tap av særpreg* eller *goodwill*, vil veie særlig tungt i vurderingen av om "skade[n]" må anses "vesentlig" i immaterialrettssaker. Inngriperes adferd og inngrepets karakter vil også være av betydning – særlig i vurderingen av om midlertidig forføyning er "nødvendig" – og ved immaterialrettsinngrep vil det at *også andre* kan gjøre inngrep i rettigheten kunne tillegges betydelig vekt. Forholdet mellom partene – f.eks. om de er store eller små aktører i markedet eller er i en sårbar etableringsfase – vil kunne vektlegges i vurderingen, men slike forhold får typisk mindre vekt i immaterialrettssaker enn ellers. Den kanskje viktigste forskjellen mellom vurderingen av kravet til sikringsgrunn i immaterialrettssaker og andre type saker, er imidlertid at saksøkers mulighet for et fremtidig erstatningssøksmål gjennomgående ikke bør vektlegges særlig tungt. Dette skyldes at immaterialrettsinngrep kan føre til skade på rettighetshaverens *ideelle interesser*, at det økonomiske tapet som følge av inngrepet kan være *vanskelig å bevise* og at eneretten ikke bør kunne *reduceres til en vederlagsrett* – noe som er særegent for forføyningssaker som gjelder immaterialrettsinngrep. Tidsmomentet kan også gi en indikasjon på om rettighetshaveren har tilstrekkelig behov for forføyning. Til slutt vil konsekvensene forføyningen vil få for saksøkte kunne vektlegges i vurderingen, men dette momentet blir imidlertid sjelden avgjørende i immaterialrettssaker.

Det gis i enkelte avgjørelser inntrykk av at det gjelder en generell presumsjon for at kravet til sikringsgrunn etter bokstav b er oppfylt ved immaterialrettsinngrep, jf. f.eks. TOSLO-2017-81294 (LOTTO) hvor Oslo tingrett uttalte at: "I saker om krenkelser av immaterielle rettigheter vil sikringsgrunn som oftest foreligge."²¹² Selv om et immaterialrettsinngrep ofte vil kunne påføre rettighetshaveren betydelig skade, slik at eneretten bør kunne håndheves raskt, er det etter mitt skjønn lite hensiktsmessig å operere med en slik generell presumsjon. Som drøftelsen i hoveddelen illustrerer, er det en rekke ulike interesser og momenter som kan gjøre seg gjeldende på ulik måte – avhengig av situasjonen i den konkrete saken. Hvorvidt kravet til sikringsgrunn etter bokstav b er oppfylt, vil dermed fortsatt måtte bero på en konkret vurdering.

²¹² Se også TIFOL-2005-163216 (Cobi) hvor Follo tingrett i relasjon til bokstav b uttalte at: "Det følger av rettspraksis at kravet til sikring av immaterielle rettigheter ikke kan stilles for strengt."

Det vil imidlertid være riktig å påpeke at kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b i praksis oftere vil være oppfylt i immaterialrettssaker, enn i andre type saker.²¹³

Dagens rettstilstand, hvor midlertidig forføyning etter bokstav b ofte anses oppfylt ved immaterialrettsinngrep, kan imidlertid problematiseres. Immaterialrettssaker kan aktualisere vanskelige rettslige spørsmål, f.eks. om gyldigheten av et patent, om en programvare er beskyttet av opphavsretten eller om salg av et produkt innebærer et varemerkeinngrep. Dette kan være komplekse spørsmål som en kan spørre seg om får en tilstrekkelig betryggende behandling ved den summariske domstolsprosessen som forføyningssaken innebærer. I nordisk juridisk teori har derfor rettighetshaverens mulighet til å nedlegge midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep blitt omtalt som et *ufullkommen tvistemålssubstitutt*.²¹⁴ Uttrykket sikter til at forføyningssaken innebærer en mindre betryggende prosess enn det en får ved ordinær domstolsbehandling – derav 'ufullkommen' – og at midlertidig forføyning brukes som et 'substitutt' for domstolsbehandling av hovedsaken, siden mange saker forlikes eller droppes før hovedsaken behandles av domstolene. Petersen konkluderer derfor i sin doktoravhandling²¹⁵ med at "den mest nærliggende løsning på den identifiserte risiko for feil og misbruk av fagedforbudsinstituttet i disse *vanskelige* saker er at afskaffe eller i hvert fald væsentligt begrense adgangen til fagedforbud i vanskelige immaterialrettlige saker", men erkjenner at "[e]n sådan løsning er kontroversiell i dansk ret, hvor fagedforbudsinsitutts vide anvendelsesområde på immaterialrettens område som nævnt har vundet solidt fodfæste".²¹⁶

En slik løsning vil også i norsk rett være svært kontroversiell og lite realistisk, ettersom trenden i dag snarere er at de immaterialrettslige håndhevsreglene – herunder rettighetshavers mulighet til å få nedlagt midlertidige forbud – stadig *styrkes*.²¹⁷ Et tiltak som vil kunne være egnet til å avhjelpe noen av ulempene knyttet til den summariske domstolsbehandlingen, er imidlertid å øke graden av spesialisering i domstolene²¹⁸ som behandler midlertidige forføyninger i immaterialrettssaker,²¹⁹ samt å øke bruken av sakkyndige i slike

²¹³ Jf. de rettspolitiske hensynene og det særlige behovet for midlertidig forføyning fremhevet i punkt 2.

²¹⁴ Se særlig Petersen (2008) s. 480–488.

²¹⁵ Petersen (2008) s. 485.

²¹⁶ De tidligere reglene om 'fagedforbud' i Danmark tilsvarte de norske reglene om midlertidig forføyning.

²¹⁷ Se særlig Prop. 81 L (2012-2013). Petersen sin foreslåtte løsning fikk heller ikke gjennomslag i dansk rett.

²¹⁸ Se NOU 2019:17 kap. 1 og 14.3, hvor Domstolkommisjonen anbefaler økt spesialisering i norske domstoler.

²¹⁹ Reglene om at Oslo tingrett er tvungent verneting i saker om ugyldighet og inngrep i immaterialrettigheter gjelder ikke for forføyningssaker, jf. tvl. § 32-4, patl. § 63, dsl. § 46, vml. § 62 og åvl. § 85. Se også Prop. 81 L (2012-2013) s. 84 hvor det redegjøres for bakgrunnen for at disse reglene ikke gjelder for forføyningssakene.

forføyningssaker.²²⁰ Dette var også en viktig del av løsningen som ble valgt i dansk rett ved innføringen av de nye reglene i retsplejeloven kapittel 40 om midlertidige avgjørelser om forbud og påbud, som i 2013 avløste de tidligere reglene om fagedforbud.²²¹

Selv om de immaterialrettslige kompensasjonsreglene er blitt styrket i nyere tid,²²² tilsier fremdeles *de rettspolitiske hensynene* bak eneretten, *prevensjonshensynet* og *hensynet til en effektiv håndhevelse av eneretten* at rettighetshaveren bør kunne få nedlagt midlertidige forbud mot immaterialrettsinngrep raskt.²²³ At kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) bokstav b ofte anses oppfylt ved immaterialrettsinngrep, kan derfor forsvares. Rettsanvenderen bør likevel foreta en grundig vurdering av bestemmelsen, ettersom problemstillingen aktualiserer en rekke ulike interesser og momenter som kan trekke i ulik retning avhengig av situasjonen i den konkrete saken.²²⁴

²²⁰ I forføyningssaker er det ikke uvanlig med rettsoppnevnte sakkyndige etter tvl. § 25-2, men ordningen med fagkyndige meddommere etter tvl. § 9-12 gjelder ikke for forføyningssaker, jf. Stenvik (2013) s. 424–425. Se i denne forbindelse NOU 2019:17 s. 39, hvor Domstolkommisjonen uttalte at: "I takt med at samfunnet blir mer spesialisert, øker behovet for sakkyndige som kan bidra til å opplyse faktum."

²²¹ Petersen m.fl. (2015) s. 72–77 og s. 118–125. Se også Schovsbo m.fl. (2018) s. 669–670.

²²² Se punkt 3.3.3 og Prop. 81 L (2012-2013) s. 5.

²²³ Se punkt 2.

²²⁴ Se punkt 3.3.

Kildeliste

Lover

Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven – åvl.)

Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven – vml.)

Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
(markedsføringsloven – mfl.)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)

Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design (designloven – dsl.)

Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring
(tvangsfullbyrdelsesloven – tvangsl.)

Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven – patl.)

Lov 13. august 1915 nr. 7 om tvangsfuldbyrdelse (tvangsfuldbyrdelsesloven)

Forarbeider

NOU 2019:17 Domstolstruktur

Prop. 81 L (2012-2013) Endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern m.m. (styrking av håndhevingsreglene)

Ot.prp. nr. 98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring
(tvangsfullbyrdingsloven)

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

HR-2019-1725-A (Rettspraksis.no)

Rt. 2009 s. 154 (KNE)

Rt. 2004 s. 763 (Vestdavit)

Rt. 2003 s. 1630 (Norges Naturvernforbund)

Rt. 2003 s. 1165 (Mein Kampf)

Rt. 2002 s. 108 (Verdens Gang)

Rt. 2000 s. 1512 (Atlantis)

Rt. 2000 s. 110 (Dale of Norway)

Rt. 1999 s. 523 (Helleren)

Rt. 1996 s. 1625 (Karmøy Fiskemat)

Rt. 1968 s. 1341 (Hoffmann-La Roche)

Rt. 1967 s. 124 (Dumex)

Lagmannsrettspraksis

LB-2019-119376 (IBM)

LB-2019-9787 (JALLASPRITE)

LB-2018-162009 (Rettspraksis.no)

LB-2017-128626 (Good For Me)

LB-2016-56897 (JARLSBERG)

LB-2015-131628 (TEXBURGER)

LB-2015-90322 (Micro Sieve)

LA-2010-35846 (Panorama)

LB-2010-6542 / RG 2010 s. 171 (The Pirate Bay)

LB-2010-3684 (Mundipharma)

LB-2009-79484 / RG 2009 s. 769 (Royal Umbrella)

LB-2008-183125 (Elko)

LE-2008-48261 (Nordby)
LE-2008-6594 (TATRAPOMA)
LB-2007-133644 (Barablu)
LF-2005-1480 / RG 2005 s. 1089 (Supersøk)
LB-2004-16334 (Vestdavit)
LG-2004-36841 (Autofil)
LB-2003-3138 (Mein Kampf II)
LB-2003-1175 (Mein Kampf I)
LB-2003-399 (Kezzler)
LH-2003-647 (Havfisk)
LB-2002-2639 (Pierre Robert)
LB-2002-1200 (OPPLYSNINGEN)
LG-2002-234 / RG 2002 s. 891 (HarryPotter.no)
LB-2001-868 (VOLUM)
LB-1999-2086 (Paranova)
LB-1999-1808 (The WaterBoy)
LB-1998-2332 (Selako)
LB-1996-3134 (Video Oscar)

Tingrettspraksis

TOSLO-2018-149601-1 (JALLASPRITE)
TOSLO-2017-81294 (LOTTO)
TOBYF-2014-160155 (Mills)
TOSLO-2014-93272 (Micro Sieve)
TAHER-2009-137565 (Abercrombie & Fitch)
TOSLO-2009-119242 (Pharmaq)
TIFOL-2005-163216 (Cobi)

Konvensjoner

TRIPS. Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights. Ratifisert av Norge 7. desember 1994 og trådte i kraft 1. januar 1995.

Juridisk litteratur

- Andersen m.fl. (2006) Andersen, Niels M., Arly Carlquist og Anders Rubinstein, *Retshåndhævelse af immaterialrettigheder*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2006.
- Arnesen/Stenvik (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode: Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2015.
- Backer (2015) Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2015.
- Bengtsson/Lyxell (2005) Bengtsson, Henrik og Ralf Lyxell, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång*, Norstedts Juridik 2005.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.
- Falkanger m.fl. (2008) Falkanger, Thor, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdsloven: Kommentartutgave bind II*, 4. utg., Universitetsforlaget 2008.
- Flock (2011) Flock, Hans, *Midlertidig sikring: Arrest og midlertidig forføyning*, Universitetsforlaget 2011.
- Helset m.fl. (2009) Helset, Per, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett og produktetterlikning mv. etter markedsføringsloven*, Cappelen Akademisk Forlag 2009.
- Høgberg/Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter (red.) og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.

- Knoph (1936) Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, Nationaltrykkeriet 1936.
- Koktvedgaard (2005) Koktvedgaard, Mogens ved Jens Schovsbo, *Lærebog i Immaterialret*, 7. utg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2005.
- Lassen/Stenvik (2006) Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik, *Designrett: En innføring*, Cappelen Forlag 2006.
- Lassen/Stenvik (2011) Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2011.
- Mitsem (1992) Mitsem, Pål, *Midlertidig forføyning i norsk rett: Med summary in English*, Eget forlag 1992.
- Møgelvang-Hansen/
Riis (2001) Møgelvang-Hansen, Peter og Thomas Riis, «Fogedforbud og kompensasjon ved immaterialrettskrænkelser», i *Festskrift til Bernhard Gomard*, s. 177–205, Forlaget Thomson 2001.
- Norrgård (2002) Norrgård, Marcus, *Interimistiska förbud i immaterialrätten*, Juristförbundets Förlag 2002.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004.
- Petersen (2008) Petersen, Clement Salung, *Immaterialrettigheter og foreløbige forbud*, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2008.
- Petersen m.fl. (2015) Petersen, Clement Salung, Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis, *Judicielle forbud/påbud og immaterialretsproce*s, Karnov Group 2015.
- Robberstad (2000) Robberstad, Anne, «Er Høyesteretts dommer bindende?», i *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2000, s. 504–524.
- Robberstad (2018) Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utg., Fagbokforlaget 2018.

- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, 2. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Rognstad/Stenvik (2002) Rognstad, Ole-Andreas og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?», i *Bonus Pater Familias: Festskrift til Peter Lødrup*, s. 511–548, Gyldendal Norsk Forlag 2002.
- Schei m.fl. (2013) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven: Kommentartutgave bind II*, 2. utg., Universitetsforlaget 2013.
- Schovsbo m.fl. (2018) Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier, Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 5. utg., Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2018.
- Stenvik (2013) Stenvik, Are, *Patentrett*, 3. utg., Cappelen Damm 2013.
- Wold (2010) Wold, Erik, «Betydningen av subjektiv skyld i immaterial- og markedsføringsretten», i *Lov og Rett* 2010, s. 128–143.