

Nytt i privatretten

Utgitt av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo

Nyhetsbrev for informasjon på det privatrettslige området. Nr. 3/2004

IMMATERIALRETT

VAREMERKERETT

Farger som varemerker

Den tyske varemerkemyndighet av slo søknad fra *Heidelberger Bauchemie GmbH* om registrering av fargene blå og gul som varemerke for visse byggevarer på grunn av manglende særpreg, og søkeren reiste sak for Bundespatentgericht til prøvelse av avslaget. Bundespatentgericht fant at det ikke med sikkerhet kunne fastslås at varemerker bestående av abstrakte, konturløse farger kan anses for «tegn» som kan gjengis grafisk i vare-

merkedirektivets artikkel 2's forstand. Artikkel 2 omhandler tegn som er klart og konkret definerte, direkte synlige, og som kan gjengis grafisk. Kravet om at et varemerke skal kunne gjengis grafisk, innebærer at det kan tas hensyn til prinsippet om bestemthet, som ifølge varemerkelovgivningen er en betingelse for registrering. Det var tvilsomt om et abstrakt fargemerke er i overensstemmelse med dette prinsipp. Direktivets art. 2 burde således tolkes med henblikk på en presisering av om farger eller abstrakte fargekombinasjoner er omfattet av begrepet tegn som kan utgjøre varemerker. Det burde likeledes undersøkes hvorvidt området for beskyttelse av «abstrakte fargemerker» er forenlig med den for alle markedsaktører nødvendige rettsikkerhet, eller om det er en hindring for den frie bevegelse for varer og tjenesteytelser, ved at det gir innehavere av varemerker for vidtgående enerettigheter som ikke er rimelige overfor konkurrentene.

Bundespatentgericht besluttet på denne bakgrunn å utsette saken og å forelegge Domstolen følgende prejudisielle spørsmål:

«Kan abstrakte og konturløse farver eller fargekombinasjoner, der søges registreret som vare-

mærke, og hvis farvenuancer er angivet med henvisning til en farveprøve (et farveeksempel) og spesifisert ved hjelp af et anerkendt farveklassifiseringssystem, udgøre et varemerke i henhold til betingelserne herfor i artikel 2?»

Kan et sådant såkaldt «(abstrakt) farvemærke» i henhold til direktivets artikkel 2 navnlig anses for

- a) et tegn
- b) at have fornødent særpræg til at angive oprindelsen
- c) at kunne gengives grafisk?»

Domstolen innledet sitt svar i dom 24. juni 2004 (sak 49/02) med å vise bl.a. til sin dom 6. mai 2003 i sak C-104/01 *Libertel*, Sml. I s. 3793, der det ble uttalt at farger normalt er en alminnelig egenskap ved en ting og selv på handelsområdet normalt anvendes fordi de er vakre eller dekorative, uten at de formidler noe særlig betydningsinnhold. Det kan imidlertid ikke utelukkes, at farger eller fargekombinasjoner i forbindelse med en vare eller en tjenesteytelse kan utgjøre et tegn. Men ifølge direktivets art. 2 skal det godtgjøres at de farger eller fargekombinasjoner som er søkt registrert, faktisk fremtrer som tegn i den sammenheng som de brukes i. Formålet med dette kravet er særlig å hindre at varemerkeretten misbrukes for å oppnå en

Innhold nr. 3:

Immaterialrett	1
Varemerkerett	1
Varemerkerett – markedsføringsrett	8
Tredjemannsvern	8
Arverett	11
Arbeidsrett	13
Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett høst 2004	15
Fagseminar i familie- og arverett	15

e-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

urettmessig konkurransemessig fordel.

Det fremgikk dessuten av tidligere avgjørelser fra Domstolen at en grafisk gjengivelse som omhandlet i art. 2 skal gjøre det mulig å gjengi tegnet visuelt, særlig ved bruk av figurer, linjer eller skrifttegn, slik at det kan identifiseres presist. Denne fortolkning er nødvendig for at systemet med registrering av varemerker kan fungere. Kravet om grafisk gjengivelse har navnlig til formål å avgrense selve varemerket for dermed å fastlegge den nøyaktige gjenstand for den beskyttelse det registrerte varemerke gir innehaveren. Registreringen har nemlig til formål å gjøre varemerket tilgjengelig for de relevante myndigheter og offentligheten, særlig for de ervervsdrivende. Dels skal de relevante myndigheter klart og presist kunne fastslå utformningen av de tegn som utgjør et varemerke, så de kan oppfylle sine forpliktelser med hensyn til forundersøkelsen av registreringssøknader og med hensyn til kunngjøring og føring av et presist og formålstjenlig register. Dels skal de ervervsdrivende klart og presist kunne gjøre seg kjent med aktuelle og potensielle konkurrenters registrering av varemerker og deres søknader om dette, slik at de kan få relevante opplysninger om tredjemanns rettigheter. For at tegnet under disse omstendigheter kan fylle sin rolle som et registrert varemerke, skal oppfattelsen av det ennvidere være presis og uforanderlig, slik at varemerkets funksjon som opprinnelsesangivelse varetas. I betraktning av en varemerkeregistrerings varighet, og under hensyn til at det i henhold til direktivet kan skje forlengelse, skal gjengivelsen også være bestandig. Det

følger av dette, at en grafisk gjengivelse i direktivets art. 2's forstand navnlig skal være presis og bestandig (premissene 25–32).

«Derfor skal en grafisk gjengivelse af to eller flere farver, der er angivet abstrakt og uden konturer, indeholde en systematisk opstilling, der forbinder de pågældende farver med hinanden på en uforanderlig og forudbestemt måde (33).

Den blotte sammenstilling af to eller flere farver, der hverken har nogen form eller kontur, eller angivelsen af to eller flere farver «på enhver tænkelig måde», således som det er tilfældet med den sammenstilling, der er omhandlet i hovedsagen, er ikke af en sådan præcis og uforanderlig karakter, som kræves i henhold til direktivets artikel 2, som fortolket i denne doms præmis 25–32 (34).

Præsentationer af den art ville åbne mulighed for mange forskellige kombinationer, hvilket ville indebære, at forbrugerne ikke kan gjøre sig bekendt med og huske en bestemt kombination, som de kan anvende til med sikkerhed at gentage en købs erfaring, ligesom sådanne præsentationer heller ikke giver de kompetente myndigheder og de erhvervsdrivende mulighed for at fastslå rækkevidden af varemerkeindehaverens beskyttede rettigheder» (35).

Når det gjaldt gjengivelsesmåten for de enkelte farger, fremgikk det av Libertel-dommens premisser 33, 34, 37, 38 og 68 at en fargeprøve ledsaget av en spesifikasjon i form av en internasjonalt anerkjent fargeidentifiseringskode kan utgjøre en grafisk gjengivelse som omhandlet i direktivets art. 2. Med hensyn til spørsmålet om farger eller fargekombinasjoner er egnet til å atskille en virksomhets varer eller

tjenesteytelser fra andre virksomheters, skulle det tas stilling til om fargene eller fargekombinasjonene er egnet til å formidle presise opplysninger, særlig om en vares eller en tjenesteytelses opprinnelse. Det fremgikk av Libertel-dommens premisser 40 og 41 samt 65–67 at farger vel er egnet til å formidle bestemte assosiasjoner og kan vekke følelser, men de er ikke etter sin natur egnet til å videreggi presise opplysninger. De er så meget mindre egnet til dette, som de ofte anvendes i reklame og markedsføring av varer og tjenesteytelser på grunn av sin tiltrekningskraft, men uten et presist budskap (premissene 36–38).

«Når bortses fra ganske særlige tilfælde, har farver ikke fra begynnelsen fornødent særpræg, men kan eventuelt få det som følge af farvebrugen i forbindelse med de omhandlede varer eller tjenesteydelser (39).

Med disse begrensninger må det anerkendes, at abstrakte og konturløse farver eller fargekombinationer i henhold til direktivets artikel 2 kan være egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders (40).

Det skal tilføjes, at selv om en fargekombination, der er søgt registrert som varemerke, oppfyller betingelserne for at kunne udgøre et varemerke i henhold til direktivets artikel 2, skal den myndighet, der er kompetent til at registrere varemerker, undersøge, om den omhandlede kombination tillige oppfyller de øvrige betingelser, der navnlig er fastsat i direktivets artikel 3, for at kunne registreres som varemerke for varer og tjenesteydelser fra den virksomhed, der søker markedet registrert. Ved denne undersøgelse skal der tages hensyn til alle rele-

vante omstendigheter i det pågående tilfælde, herunder i givet fald den brug, der er gjort af tegnet, der søges registreret som varemærke (Libertel-dommen, præmis 76, og dom af 12.02.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 37). Ved en sådan undersøgelse skal der ligeledes tages hensyn til den almene interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret (Libertel-dommen, præmis 52–56)» (41).

På bakgrunn av det anførte besvarte Domstolen de forelagte spørsmål slik:

«Farver eller farvekombinationer, der i en ansøgning om registrering af et varemærke er angivet abstrakt og uden konturer, og hvis farvenuancer er angivet med henvisning til en farveprøve og specificeret ved hjælp af en internationalt anerkendt farveidentifikationskode, kan udgøre et varemærke i henhold til artikel 2 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, forudsat:

– at det godtgøres, at disse farver eller farvekombinationer i den sammenhæng, hvori de anvendes, faktisk fremtræder som et tegn, og

– at registreringsansøgningen indeholder en systematisk opstilling, der forbinder – de pågående farver med hinanden på en bestandig og forudbestemt måde.

Selv om en farvekombination opfylder betingelserne for at kunne udgøre et varemærke i henhold til det nævnte direktivs artikel 2, skal den myndighed, der er kompetent til at registrere varemærker, undersøge, om den omhandlede kombination tillige opfylder de øvrige betingelser, der er fastsat i samme direktivs artikel 3, for at kunne registreres som varemærke for varer og tjenesteydelser fra den virksomhed, der søger mærket registreret. Ved denne undersøgelse skal der tages hensyn til alle relevante omstendigheder i det pågående tilfælde, herunder i givet fald den brug, der er gjort af tegnet, der søges registreret som varemærke. Ved en sådan undersøgelse skal der ligeledes tages hensyn til den almene interesse i ikke utilbørligt at begrænse rådigheden over farver for andre erhvervsdrivende, der udbyder varer eller tjenesteydelser af den samme art som de varer eller tjenesteydelser, for hvilke varemærket søges registreret.»

Birger Stuevold Lassen

Domenenavn som varekjenne-tegn. Hva slags handlinger representerer inngrep? Dom for overføring av domenenavn

I mellomkrigstiden møtte kjenne-tegnsjurister og domstoler et nytt fenomen, *telegramadressen*, som i utgangspunktet skulle tjene som en forkortet og derfor ved telegrafisk korrespondanse besparende adresse, men som raskt kom i bruk også som kjennetegn – *sekundært forretningsnavn* – for adressatens foretak, ved siden av og ofte til foretrengsel for det offisielle foretaksnavnet, firmaet. I internett-alderen har historien gjentatt seg. *Domenenavnet* er i

utgangspunktet en adresse til et nettsted i «verdensveven», men har – som forgjengeren i telegramalderen – fått klare kjenne-tegnfunksjoner. Noen egen lovregulering for slike navn finnes foreløpig ikke hos oss, men det innebærer ikke at feltet er fritt.

I Norge er det etablert en registreringsordning ved det halv-private Norid, der virksomheter som er registrert i Enhetsregisteret kan få registrert sitt domenenavn. Men slik registrering gir ikke større eller andre rettigheter til navnet enn søkeren hadde fra før, og medfører ingen innskrenkning i rettigheter andre måtte ha til navnet. Søkeren skal på forhånd forsikre seg om at registreringen ikke krenker andres rettigheter, og undertegne en erklæring om at han inntar for at registreringen eller bruken av domenenavnet ikke medfører urettmessige inngrep i tredjepersons registrerte eller uregistrerte rettigheter til navnet. Norid kontrollerer ikke dette, og foretar heller ingen annen prøving av søknaden. Om bruken av domenenavnet er lovlig, og om brukeren har en vernet rett til det, må eventuelt avgjøres av domstol etter norsk retts vanlige regler om vare- og forretningskjennetegn.

Google Inc., USA, søkte 5. desember 2000 om norsk varemerkeregistrering av ordmerket GOOGLE for diverse varer i klasse 9 og tjenester i klasse 42, bl.a. hardware og software for søking og kompilering m.v. i PC'er og datanettverk, opprettelse av indekser over informasjon, webområder og websider, og tilsvarende tjenester. Mærket ble registrert 8. november 2001 (med virkning fra søknadsdagen).

Den 26. februar 2001 registrerte Atle Hauge domenenavnet google.no i Norids register.

Registreringen ble etter en tid overdratt til SMSFUN. Google Inc. protesterte overfor SMSFUN, som bestred at det forelå noen forvekslingsfare. Google Inc. begjærte så midlertidig forføyning, men begjæringen ble ikke tatt til følge, idet retten fant at kravet om sikringsgrunn ikke var oppfylt.

Google Inc. observerte noe senere at SMSFUN på nettstedet www.google.no drev en nettbutikk for salg av solbriller. I en utskrift av 9. mai 2003 het det: «Skaff deg verdens googleste solbriller her!» Helt øverst på siden var inntatt følgende tekst: «Solbrillen google.no har ingen tilknytning til den amerikanske søkemotortjenesten fra Google Inc. Var du på utkik etter søketjenesten, finner du den på webadressen www.google.com.» (Denne teksten er senere i saken betegnet som en «disclaimer».)

Ved stevning 16. mai 2003 reiste Google Inc. søksmål for Oslo tingrett mot SMSFUN med påstand om at selskapet skulle pålegges å overføre domenenavnet www.google.no til Google Inc.'s norske foretak, eller et annet foretak som Google Inc. skulle utpeke innen to uker etter rettskraftig dom.

Ved tingrettens dom 13. juli 2004 fikk Google Inc. medhold. Da saken hadde budt på tvil på et avgjørende punkt, ble saksomkostninger ikke tilkjent.

Tingretten la til grunn at varemerkeloven «i utgangspunkt kommer til anvendelse på domenenavn. Dette vil nærmere bestemt si at det er varemerkelovens bestemmelser som avgjør om et domenenavn krenker en annens rettigheter etter varemerkeloven.» Google var et sterkt varemerke, som hadde vern iallfall fra inngivelsen av registreringsøknaden til Patentstyret.

Retten ville ikke se bort fra at varemerket GOOGLE da Hauge registrerte google.no i Norids register, var innarbeidet i Norge, men fant det ikke nødvendig å ta stilling til dette. Innarbeidelsesvernet måtte i tilfelle være begrenset til søkemotortjenester, men slikt vern ville være inkludert i det bredere vern som GOOGLE da allerede hadde som registrert varemerke. Derimot gjensto spørsmålet om GOOGLE var så velkjent og hadde slik anseelse her i riket at det ville bety en urimelig utnyttelse eller forringelse av denne anseelse dersom kjennetegnet ble brukt av andre, slik at varemerkelovens § 6 annet ledd (kodakregelen) kom til anvendelse. Retten fant «etter en helhetsvurdering at kjennetegnet Google i februar 2001 neppe fylte kravene» etter denne bestemmelsen. Merket hadde bare en relativt begrenset tid vært godt kjent av internettbrukere i Norge, og hadde fortsatt en begrenset markedsandel. Det var heller ikke foretatt noen investeringer i Norge for å gjøre merket kjent.

Retten fant det åpenbart at google.no var det samme kjennetegn som GOOGLE, eller iallfall i utgangspunktet klart egnet til å forveksles med dette (se om vareslagslikhet nedenfor).

Spørsmålet om selve registreringen av et domenenavn i Norid representerte et varemerkeinngrep, fremsto som tvilsomt, men det ville etter rettens mening være å strekke ordlyden i varemerkelovens § 4 første ledd for langt å si at selve registreringen i Norid representerte bruk av en annens kjennetegn for egne varer eller tjenester.

SMSFUN hadde som nevnt opprettet internett-siden www.google.no, der domenenavnet var tydelig fremhevet. Internett-siden var, som nevnt

foran, innledet med en «disclaimer» som dessuten inneholdt webadressen til google.com, og sidens design var en helt annen enn den Google Inc. bruker. «Disclaimeren» og designen var imidlertid ikke synlige før man kom frem til SMSFUNs side. Googles varemerke hadde derfor allerede gjort sin nytte ved å lokke internett-brukere til internett-siden. Retten fant det likevel her vanskelig å tale om varemerkeinngrep. Det som ble tilbudt på siden (solbriller) var nemlig en vare av et helt annet slag enn de tjenester Google Inc. tilbød (søkemotortjenester) eller som GOOGLE var registrert for. Selv om man så bort fra «disclaimeren», ville neppe noen tro at solbrillene hadde samme kommersielle opprinnelse som søkemotortjenesten. Noen egentlig forvekslingsfare forelå da ikke, jf. vml. § 6 første ledd første punktum. Etter rettens mening kunne man neppe ved avgjørelsen trekke inn at en hjemmeside alltid kan forandres, slik Agder lagmannsrett hadde gjort i sin dom 25. november 2003 om volvoimport.no.

Det var dokumentert at domenenavnet google.no, sammen med en del andre domenenavn, i en periode lå ute til salg på SMSFUNs hjemmeside, blant annet i mars 2003. Dette var ikke bestridt, men SMSFUN hevdet i retten at salg av domenenavn aldri hadde vært en del av selskapets konsept, og at det heller aldri var blitt solgt noen.

Retten måtte likevel legge til grunn at SMSFUN faktisk hadde gjort forsøk på å selge domenenavnet google.no, sammen med en rekke andre domenenavn. Domenenavnet ble altså betraktet som en vare med salgsverdi. Det var reist spørsmål om et slikt tilbud eller salg i seg selv måtte

sies å representere et varemerke-inngrep, men varemerkelovens bestemmelser passet imidlertid etter rettens mening dårlig i dette tilfellet, og retten fant det vanskelig å si at handlingen utgjorde inngrep.

Google Inc. hadde også påberopt vml. § 6 første ledd annet punktum, om at vareslagslikhet ikke er noen nødvendig betingelse for forvekselbarhet, «når det kjennetegnet som har eldst rett er innehaverens navn eller foretaksnavn».

Retten fant at også utenlandske foretaksnavn var omfattet av denne bestemmelsen, selv om navnet ikke hadde vært tatt i bruk som navn på virksomhet som drives i Norge. Iallfall måtte dette gjelde når foretaksnavnet var tatt i bruk som kjennetegn her i riket. Dette måtte sies å være tilfellet for Google Inc., gjennom søkemotortjenesten på Internett. Foretaksnavnet måtte her sies å være identisk med det domenenavn som SMSFUN registrerte.

Det var etter denne bestemmelsen i utgangspunktet uten betydning at det ikke forelå vareslagslikhet mellom salget av solbriller og søkemotortjenesten. Retten fant, om enn under noen tvil, at den omstendighet at salget skjedde over en «nettbutikk», måtte være tilstrekkelig til at forholdet ble rammet av § 6 første ledd annet punktum. Denne bestemmelsen forutsatte åpenbart at grensene for forvekselbarhet ble trukket relativt vidt, slik at vedkommende firma ble sikret mulig fremtidig ekspansjon. I dette tilfellet var det fremtidige aktiviteter over Internett som kunne være aktuelt.

Google Inc. hadde ikke nedlagt påstand om at SMSFUN skulle opphøre med bruken av domenenavnet, men krevde å få domenenavnet google.no overført til seg.

Retten fant at et slikt krav måtte anses å ha hjemmel i lovens § 40 tredje ledd, som et av de «andre tiltak» som det der åpnes for. Det måtte iallfall gjelde i et tilfelle som det foreliggende, hvor det ikke kunne tenkes flere berettigede pretendenter til domenenavnet.

Etter det resultat retten var kommet til, var det ikke nødvendig å ta stilling til om SMSFUNs handlemåte var i strid med markedsføringsloven. Retten bemerket imidlertid, av hensyn til spørsmålet om saksomkostninger, at markedsføringsloven etter rettens oppfatning ikke gir domstolene hjemmel for å beslutte et domenenavn overført, og neppe heller for at et domenenavn skal slettes.

Birger Stuevold Lassen

Vareutstys særpreg – tredimensjonale tablett til vaske- og oppvaskmaskiner

EF-domstolen forkastet i dom 29. april 2004 i forenede saker C-468/01 P – C-472/01 P anke over fem dommer av Retten, som stadfestet nektelse av registrering for *Procter & Gamble* av vaske-middeltabletter, én firkantet i hvitt og svakt grønn, én firkantet i hvitt med grønne prikker og svakt grønn, én firkantet i hvitt med gule og blå prikker, én firkantet i hvitt med blå prikker, og én firkantet i hvitt med grønne og blå prikker, på grunn av manglende særpreg, jf. Varemerkeforordningen nr. 40/94 art. 7, 1, b, som er identisk med Varemerkedirektivets art. 3, 1, b.

Procter & Gamble hevdet at det forelå uriktig rettsanvendelse fra Rettens side for så vidt gjaldt tolkningen av art. 7, 1, b i forordningen. Denne anførsel var

oppdelt i fem ledd, bl.a. om de søkte merkenes særpreg, om behovet for å betrakte merkene i sin helhet, om definisjonen av gjennomsnittsfbrukerens oppmerksomhetsgrad, og om tidspunktet for vurderingen av de omtvistede varemerkers særpreg.

Domstolen bemerket til det førstnevnte ledd at et EF-merke etter forordningens art. 4 kan bestå av alle tegn som kan gjengis grafisk, for så vidt de er egnet til å atskille en virksomhets varer eller tjenesteytelser fra andre virksomheters. Det fremgår av art. 4 at både en vares form og dens farger er blant de tegn som et EF-varemerke kan bestå av. Et tegn som består av den tredimensjonale form av en tablett til en vaske- eller oppvaskmaskin, sammenholdt med tablettens fargelegging, kan derfor i prinsippet utgjøre et varemerke, hvis de to forannevnte betingelser er oppfylt. Den omstendighet at et tegn generelt kan utgjøre et varemerke i henhold til forordningens art. 4, er imidlertid ikke ensbetydende med at tegnet nødvendigvis har det særpreg i forhold til en bestemt vare eller tjenesteytelse som kreves etter forordningens art. 7, 1. b.

«I henhold til sidstnevnte bestemmelse er varemerker, der mangler fornødent særpræg, udelukket fra registrering (premiss 31).

At et varemerke har fornødent særpræg i henhold til art. 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 betyder, at varemerket er egnet til at identificere den vare, for hvilken det er søgt registrert, som hidrørende fra en bestemt virksomhet, og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (jf. vedrørende artikkel 3, stk. 1, litra b), i Rådets første direktiv 89/104/EØF ..., hvilken bestemmelse er identisk

med nævnte artikel 7, stk. 1, litra b), dom af 8.4. 2003, forenede sager C-53/01 – C-55/01, Linde m.fl., Sml. I, s. 3161, præmis 40) (32).

Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds, der består af en almindeligt oplyst, rimelig opmærksom og velunderrettet gennemsnitsforbruger af de pågældende varer eller tjenesteydelser, har af mærket (jf. Linde m.fl.-dommen, præmis 41, og dom af 12.2.2004, sag C-363/99, Koninklijke KPN Nederland, ... præmis 34 (33)).

Det fremgår i denne forbindelse af de appellerede dommes begrundelse, at Retten ikke har begået nogen retlig fejl ved sin fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (34).

Retten har nemlig i overensstemmelse med Domstolens faste praksis vurderet, at de omhandlede varemærker mangler fornødent særpræg, når disse bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke mærkerne er søgt registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har, idet kundekredsen i disse sager består af alle forbrugere (35).

Retten har ligeledes med rette fastslået, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens form, har fornødent særpræg, er de samme som dem, der finder anvendelse på andre varemærke kategorier. Retten har imidlertid med henblik på anvendelsen af disse kriterier erindret om, at den relevante kundekreds' opfattelse ikke

nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af varens form og farver, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse ud fra deres eller deres emballages form uden noget grafisk eller tekstmæssigt element, og det kan således vise sig vanskeligere at bevise, at varemærket har særpræg, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, end når der er tale om et ord- eller figurmærke (jfr. i denne retning Linde m.fl.-dommen, præmis 48, og dom af 12.2.2004, sag C-218/01, Henkel ... præmis 52) (36).

Det følger heraf, at desto mere den form, der søges registreret, ligner den form, som der er størst sandsynlighed for at den omhandlede vare vil antage, desto mere sandsynligt er det, at den pågældende form mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. Det er kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor opfylder sin grundlæggende oprindelsesfunktion, som ikke mangler fornødent særpræg i henhold til den nævnte bestemmelse ... (37).

Da Retten fastslog, at varemærkerne, der søges registreret, mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, begik den følgelig ikke en retlig fejl i forhold til denne bestemmelse og Domstolens relevante praksis (38).

For så vidt angår Rettens konkrete anvendelse af kriterierne i denne sag bemærkes, at den indebærer bedømmelser af faktisk karakter. Det er alene Retten, der

har kompetence til dels at fastlægge sagens faktiske omstændigheder – når bortses fra tilfælde, hvor den faktiske urigtighed af Rettens konstateringer fremgår af de aktstykker, den har fået forelagt – dels at bedømme disse faktiske omstændigheder. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder udgør derfor ikke – med mindre der er tale om en forkert gengivelse af de for Retten fremlagte beviser – et retsspørgsmål, der som sådan er underlagt Domstolens efterprøvelse under en appelsag ... (39).»

Det fantes i de appellerte dommer intet som kunne gi anledning til en formodning om at Retten ikke skulle ha foretatt sin vurdering av varemerkene særpreg på grunnlag av helhetsinntrykket av merkene, og anførselen om dette måtte således forkastes.

Rettens konstatering av at ettersom det var tale om dagligvarer, var gjennomsnittsforbrukerens oppmerksomhetsnivå overfor tablettens form og farge ikke høyt, var en bedømmelse av faktisk karakter, og følgelig ikke underlagt Domstolens prøvelse i en appelsak (jf. premiss 39 foran). Også anførselen på dette punkt måtte således forkastes.

Procter & Gamble hadde gjort gjeldende at Retten feilaktig hadde unnlatt å ta stilling til spørsmålet om på hvilket tidspunkt det skal bedømmes om et registreringssøkt varemerke har det nødvendige særpreg. Det burde, ble det hevdet, undersøkes hva slags tabletter for formålet som var vanlige på søknadstidspunktet, og vurderes hvorvidt de søkte varemerkene skilte seg i vesentlig grad fra disse. Også denne anførsel måtte forkastes. Når Retten hadde fastslått at de varemerkene som var søkt registrert ikke gjorde det mulig å

fastslå de omfattede varenes opprinnelse, var det ikke nødvendig å ta standpunkt til spørsmålet om hvilket tidspunkt som var relevant ved bedømmelsen av særpreget, og denne konklusjon kunne ikke anfektes med henvisning til det større eller mindre antall tabletter som allerede fantes på markedet.

Birger Stuevold Lassen

Degenerasjon av varemerke – hvilken kundekrets er den relevante?

Björnekulla Fruktindustrier reiste sak mot Procordia Food med påstand om opphevelse av Procordias vern for varemerket BOSTONGURKA, idet man anførte at merket hadde tapt sitt særpreg og ble oppfattet som en artsbetegnelse for syltede, hakkede agurker. Björnekulla påberopte seg bl.a. to markedsundersøkelser som var rettet mot forbrukerne, mens Procordia påsto seg frifunnet og påberopte seg bl.a. en markedsundersøkelse rettet mot beslutningstagere i store virksomheter innenfor dagligvarehandelen, storkjøkener og matutsalg.

Tingsrätten fant, på bakgrunn av bemerkninger i forarbeidene til den svenske varemerkeloven, at den relevante kundekrets ved vurderingen av om BOSTONGURKA hadde tapt sitt særpreg, var det distribusjonsledd som Procordias undersøkelse var rettet mot. Tingsrätten frifant Procordia, da Björnekulla ikke hadde godgjort at BOSTONGURKA hadde mistet det nødvendige særpreg.

Björnekulla brakte saken inn for Svea hovrätt. Etter hovrättens oppfatning fremgikk det hverken av ordlyden i den svenske varemerkelovs § 25 eller av varemer-

kedirektivets art. 12, 2, a, hvilken kundekrets som er relevant ved vurderingen av om et varemerke har tapt sitt særpreg. Hovrätten mente at etter den svenske loven, tolket i lys av sine forarbeider, var den relevante kundekrets den krets, som beskjeftiget seg med avsetningen av varen. Retten var imidlertid usikker på om loven, med en slik tolkning, var forenlig med varemerkedirektivet. Hovrätten besluttet derfor å utsette saken, og å forelegge Domstolen dette prejudisielle spørsmål:

«Såfremt en vare går igennem flere led, før den når forbrugeren, hvilke eller hvilken er i så fald i henhold til varemærkedirektivets artikel 12, stk. 2, litra a), den relevante kundekrets ved vurderingen af, om et varemærke er blevet en almindelig betegnelse inden for handelen for den vare, for hvilken det er registreret?»

Domstolen pekte i sin dom 29. april 2004 i sak C-371/02, under henvisning til tidligere avgjørelser, på at en nasjonal domstol som skal fortolke nasjonale rettsforskrifter, hva enten de er eldre eller yngre enn et direktiv, er forpliktet til, i videst mulig omfang å fortolke dem i lyset av direktivets ordlyd og formål og å fremkalle det med direktivet tilsiktede resultat, uansett om det i forarbeidene til den nasjonale bestemmelse måtte finnes elementer som kunne føre til en annen fortolkning.

Avgjørende for besvarelsen av det forelagte spørsmål var forståelsen av uttrykket «inden for handelen» i direktivets art. 12, 2, a.

Domstolen bemerket at de fellesskapsrettslige bestemmelser etter fast rettspraksis skal fortolkes og anvendes ensartet i lyset av de versjoner som foreligger på alle fellesskapspråk. I den foreliggende sak var situa-

sjonen at den engelske og den finske versjon brukte ord som kun tar sikte på ervervskretser, mens ordene i den spanske, danske, tyske, greske, franske, italienske, nederlandske, portugisiske og svenske versjon både tar sikte på forbrukere og endelige brukere samt på distributørene av varen. I størstedelen av språkversjonene var således bestemmelsen ikke begrenset til kun å angå ervervskretser. Denne konstatering ble støttet av direktivets alminnelige oppbygning og formål. Varemerkets avgjørende funksjon er å garantere opprinnelsen av varen eller tjenesteytelsen som er omfattet av varemerket, overfor forbrukeren eller den endelige bruker, som dermed settes i stand til uten risiko for forveksling å atskille varen eller tjenesteytelsen fra varer eller tjenesteytelser med en annen opprinnelse. For at varemerket skal kunne utøve sin funksjon som vesentlig bestanddel av den ordning med lojal konkurranse som skal gjennomføres etter EF-traktaten, skal det utgjøre en garanti for at alle varer eller tjenesteytelser som er forsynt med det, er blitt fremstilt under kontroll av én bestemt virksomhet, som er ansvarlig for varens eller tjenesteytelsens kvalitet.

«Fællesskabslovgiver har anerkendt dette som varemærkets afgørende funktion ved i direktivets artikel 2 at bestemme, at tegn, der kan gengives grafisk, alene kan udgøre et varemærke, såfremt de er egnede til at adskille en virksomheds varer eller tjenesteydelser fra andre virksomheders ...

Konsekvenserne af denne betingelse fremgår bl.a. af direktivets artikel 3 og 12. Artikel 3 opregner de situationer, hvor varemerket fra begyndelsen ikke kan opfylde varemærkets funk-

tion som angivelse af oprindelsen, og artikel 12, stk. 2, litra a), vedrører den situation, hvor varemærket ikke længere opfylder denne funktion.

Selv om varemærkets funktion som angivelse af oprindelsen først og fremmest er afgørende for forbrugeren eller den endelige bruger, er den også vigtig for de mellemlidende, der forhandler varen. Ligesom i forhold til forbrugerne eller de endelige brugere er den med til at bestemme deres adfærd på markedet.

I almindelighed er det opfattelsen hos forbrugerne eller de endelige brugere, der er afgørende. Hele handelsprocessen har nemlig til formål, at nogen inden for denne kreds skal købe varen, og mellemlidendes opgave er i lige så høj grad at opdage og forudse efterspørgslen på den pågældende vare, som at styrke og styre denne efterspørgsel.

Den relevante kundekreds omfatter derfor først og fremmest alle forbrugere og endelige brugere. Alt efter de omstændigheder, der kendetegner markedet for den omhandlede vare, skal det imidlertid også tages hensyn til mellemlidendes indflydelse på beslutninger om køb og dermed til deres opfattelse af varemærket» (premissene 21–25).

På baggrund af det anførte besvarte Domstolen det forelagte spørgsmål slik:

«Artikel 12, stk. 2, litra a), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal i de tilfælde, hvor en vare, der er omfattet af et registreret varemærke, distribueres gennem flere led til forbrugeren eller den endelige bruger, fortolkes således, at den relevante kundekreds ved vurderingen af,

om et varemærke er blevet en almindelig betegnelse inden for handelen for den omhandlede vare, udgøres af samtlige forbrugere eller endelige brugere og – alt efter de omstændigheder, der kendetegner markedet for den omhandlede vare – af samtlige erhvervsdrivende, der forhandler den.»

Birger Stuevold Lassen

VAREMERKERETT – MARKEDSFØRINGSRETT

FINN.no AS begjærte midlertidig forføyning med krav om at Telecom Europe AS endret eller stanset bruken av domenenavnet «nettfinn.no» på Internett, idet man hevdet at det forelå forvekslingsfare med varemærket «FINN.no» i strid med varemerkelovens § 4 og atferd i strid med god forretningsskikk etter markedsføringslovens § 1. Oslo byfogdembete nedla forbud, men Telecom Europe erklærte kjæremål, og Borgarting lagmannsrett avsa under dissens kjennelse for at begjæringen ikke ble å ta til følge.

FINN.no erklærte videre kjæremål til Høyesteretts kjæremålsutvalg, og anførte at lagmannsrettens flertall hadde tolket markedsføringslovens § 1 uriktig når det uttalte at den konkrete forvekslingsfare etter varemerkelovens § 4 også var avgjørende i forhold til markedsføringsloven. Retten hadde dermed unnlatt å ta stilling til om det forelå atferd i strid med god forretningsskikk fra Telecom Europes side utenfor området for forvekslingsfare. Det var også begått saksbehandlingsfeil, ettersom begrunnelsen på dette punkt måtte anses som mangelfull.

Kjæremålsutvalget opphevet ved kjennelse 17. mars 2004 (Rt. 2004 s. 495) lagmannsrettens avgjørelse og hjemviste saken til ny behandling. Kjæremålsutvalget fant at lagmannsrettens flertalls uttalelse om at «vurderingen etter firmaloven og markedsføringsloven i all hovedsak må bli den samme – idet det er den konkrete forvekslingsfare som er avgjørende», ikke var «en tilfredsstillende vurdering av om det her er tale om en etterligning i strid med god forretningsskikk, jf. markedsføringsloven § 1».

Birger Stuevold Lassen

TREDJEMANNSVERN

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse

Lov nr. 17/2004 om finansiell sikkerhetsstillelse trådte i kraft 1. juli i år. Den gjennomfører direktiv 2002/47/EF. Forarbeidene er særlig Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) og en arbeidsgrupperapport som bare er publisert på nettet (http://odin.dep.no/filarkiv/171834/Rapport_-_finansiell_sikkerhetsstillelse.pdf).

Poenget med loven er å harmonisere, klargjøre og forenkle regler som er relevante for panthavere, slik at internasjonal kredittgivning ikke hemmes. Dette kan ha betydning for låntakeres muligheter til å få kreditt utenlands. Men det er kanskje vel så viktig for å sikre omsetteligheten av lån som allerede er ytt.

Det er bare «finansiell» sikkerhetsstillelse som berøres av loven, og det er et ganske snevert begrep

(§ 2). Det dreier seg om pant i «finansielle instrumenter» (typisk verdipapirer og aksjer; panteloven §§ 4-1 til 4-2a) og «kontante innskudd» (bankkonti; panteloven § 4-4). «Finansielle instrumenter» skal etter forarbeidene defineres som i verdipapirhandeloven nr. 79/1997 § 1-2 andre ledd, og er altså snevrere enn det som kan pantsettes etter panteloven §§ 4-1 til 4-2a. Det forutsettes at alle finansielle instrumenter kan kontraktspantsettes. Sikringsseksjon er likestilt med pant (§ 3).

Loven gjelder når pant er stillet overfor myndigheter eller nærmere opplistede finansinstitusjoner, men ikke om pantet er stillet av en fysisk person (§ 1). Den er ikke begrenset til internasjonale transaksjoner eller parter med EU- eller EØS-tilknytning. Lovens virkeområde er gjort atskillig videre enn det direktivet krever, idet en har valgt å inkludere pant stillet av alle juridiske personer, ikke bare finansinstitusjoner o.l.

Loven medfører vesentlige innskrenkninger i sentrale insolvensregler, som

- at debitor ikke kan pantsette konkursboets aktiva (§ 5, jf. konkursl § 100),
- at tinglysning av sikkerhetsrett må skje før konkursåpning (§ 5),
- at pant for eldre gjeld kan omstøtes (§ 5, jf. dekningsl § 5-7),
- at adgangen til motregning i konkurs er begrenset (§ 6, jf. dekningsl § 8-1),
- at tvangsfullbyrdelse må følge tvangsfullbyrdelseslovens regler (§ 7, jf. tvangsfullbyrdelsesl § 1-3).

Det mest bemerkelsesverdige er vel ikke unntakene, men at reglene opprettholdes uavkortet utenfor lovens virkeområde når en først mener det er forsvarlig å oppheve reglene innenfor virkeområdet. Dette innebærer at et

pant til en bank ofte kan stå seg, mens en svært liknende panteavtale stillet overfor en annen på samme tid kan bli omstøtt på objektivt grunnlag, mangle rettsvern osv. Det kan synes vanskelig å begrunne en slik forskjellsbehandling, særlig når direktivet ikke tvinger en til det.

Overbeheftet eierandel ved samlivsbrudd

Høyesteretts dom 6. mai i år (Rt. 2004 s. 782) handler om en formentlig vanlig situasjon ved oppløsning av samliv: Mannens del av boligen var overbeheftet, og boligen skulle selges. Kvinnen så seg derfor nødt til å innfri mannens gjeld for å få solgt boligen heftelsesfritt.

Det er helt normalt av mannens bank (eller annen kreditor) å motta intervensjonsbetaling fra kvinnen i et slikt tilfelle (og det samme gjelder selvsagt om kjønnsrollene byttes). Skal heftelsene på mannens del falle bort, må det skje ved tvangssalg. Kvinnen er nok i en tvangssituasjon ved oppløsning av samliv, da salget ofte må skje raskere og med høyere pris enn det tvangssalgsreglene tillater. Men denne tvangssituasjonen er det tillatt for banken å dra fordel av. Det er lite overraskende at Høyesteretts dom bekrefter dette.

Litt overraskende er det kanskje at Høyesterett tilsynelatende godtar bankens synspunkt om at saken har stor praktisk betydning for «risikoen ved kreditt generelt og finansinstitusjoner spesielt.» Det dreier seg her om en sikkerhet som forutsetningsvis ikke ville holdt ved et tvangssalg, og derfor neppe bør være relevant i bankens risikovurdering.

Det som var spesielt i denne

saken, var at mannens del av eiendommen var for høyt satt i grunnboka. Han eide i virkeligheten bare 37% og ikke 50%, som det sto i grunnboka. Hadde han eid 50%, hadde hans andel ikke vært overbeheftet i vesentlig grad.

Det er nok noen og hver som kan stusse over hvilke virkninger en slik feil i grunnboka kan ha. Partene var enige om at feilen ikke ga banken noen sterkere rett, og det er nok riktig.

Men skjønnte intervensjonsbetaleren det? Hvis det ikke er på det rene at hun skjønnte dette, hevdet hun senere, var det ikke riktig av banken å ta imot intervensjonsbetaling, og den burde kunne kreves tilbake (etter reglene om *condictio indebiti*). For når hun ikke skjønnte dette, var hun fratatt muligheten til å vurdere tvangssalg fremfor frivillig salg, hevdet hun.

Høyesterett avviste uten videre at banken hadde noen forpliktelser overfor kvinnen når det gjaldt å forklare situasjonen. At kontakten hadde skjedd via mannen, synes ikke å ha vært avgjørende. Det er ingenting i dommen som tyder på at banken noen gang vil ha en omsorgsplikt overfor slike intervensjonsbetalere, slik den for eksempel ville hatt om kvinnen hadde stilt kausjon i stedet for å betale, jf. Rt. 1984.28 (Tromsø Sparebank).

Høyesterett pekte på at kvinnen allerede var bundet ved en videre salgssavtale. Men slike avtaler kan en kjøpe seg ut av. Dette må være kvinnens valg. Jeg kan derfor ikke skjønne at videresalget kan være avgjørende i forholdet til banken.

Jeg anbefalte kvinnen å få prøvd saken for Høyesterett. Det viste seg at gjeldende rett ikke hjalp henne. Men når gjeldende rett er klarlagt slik, kan ikke

lovgiveren være passiv. Etter dommen må det være lovgiverens sak å finne en egnet jungelfører i det rettslige villniset en finner ved oppløsning av samliv, slik at folk slipper å betale eks-ektefellers gjeld ved overbeheftede eierandeler – iallfall når det skjer uten at de vet at de har et valg. Profesjonelle kredittgivere, som tjener på at slike situasjoner med overbeheftede andeler oppstår, må være et nærliggende alternativ når en slik jungelfører skal utpekes.

Tinglysning i strid med delingsforbud

Det er fast tinglysningspraksis at det ikke kan tinglyses i strid med tinglyste heftelser på eiendommen. Således kan det ikke tinglyses deling av en eiendom med tinglyst delingsforbud. Men hva når det hevdes at gamle villa-klausuler, delingsforbud o.l. har falt bort ved at forholdene har endret seg, ved regulering osv.? Skal da tinglysning i strid med servitutten fremdeles nektes? Dette var spørsmålet i Høyesteretts kjennelse 1. juni i år, der en berettiget etter et delingsforbud (en strøksservittutt) protesterte på tinglysning av en delingsforretning.

Avgjørelsen ble fattet i avdeling etter muntlig forhandling. Justisdepartementet opptrådte som hjelpeintervenient for den kjærende part (som vant frem). Siden dette var et videre kjæremål, tok Høyesterett ikke stilling til lagmannsrettens vurdering av hvorvidt servitutten sto seg.

Høyesteretts vurderingstema var om deling var «åpenbart urettmessig» pga. det tidligere delingsforbudet. Flertallet kom da til at «tinglysningsmyndighetene ikke har noen plikt til å håndheve

de gamle strøksservittuttene.» Mindretallet på én fremholdt at iallfall når en av de berettigede etter servitutten protesterte, måtte tinglysning nektes.

I praksis innebærer flertallets synspunkt at den berettigede etter servitutten har søksmålsbyrden, mens mindretallets innebærer at den som vil dele har søksmålsbyrden. Når slike servittutter stort sett har falt bort, er det kanskje naturlig å legge søksmålsbyrden på den som hevder at det foreligger et unntakstilfelle, slik flertallet gjør.

Mindretallet viser til at tinglysningsreglene bør være enkle å håndheve, men ikke så enkle at alt skal tinglyses uten hensyn til om det strider mot det som er tinglyst før. Rettsteknisk problematiske grensdragningsspørsmål oppstår da likevel. Så lenge vurderingstemaet er om tinglysning er «åpenbart urettmessig», kan vel rettstekniske hensyn uansett ikke ha stor vekt.

Internasjonal omstøtelseskompetanse

Et norsk kommandittselskap utbetaler NOK 600.000 til en utenlandsk kommandittist, og går deretter konkurs. Er da den norske tingretten som åpnet konkurs, kompetent til å avgjøre omstøtelseskravet mot kommandittisten, som ikke har verneing i Norge? Dette spørsmålet ble besvart benektende av Høyesterett 16. juni i år, i et kjæremål som ble behandlet i avdeling med muntlig forhandling. Verken konkursloven § 145 tredje ledd eller ulovfestede regler ga verneing.

Kjennelsen synliggjør behovet for å få gjennomarbeidede regler om internasjonale insolvensspørsmål i norsk rett. Regler som

dem i EUs insolvensforordning (1346/2000/EF) – som ikke er en del av EØS-retten – ville hjulpet et langt stykke på vei.

I den konkrete saken dreide det seg om subjektiv omstøtelse. Det slår meg at konkursboet kunne kommet like langt ved å anlegge et erstatningssøksmål på uakt-somhetsgrunnlag. I så fall ville det vel være skadestedsverneing i Norge. Men uansett ville det nok kunne bli problemer med å fullbyrde en norsk dom i utlandet, i dette tilfellet på Cayman Islands.

Motregning i konkurs

Gulating lagmannsretts dom 29. april i år gjaldt bankens motregning av kassekredittgjeld og en innkommende betaling. Retten la til grunn at motregning kunne ha skjedd om betalingen hadde kommet frem til kassekredittkontoen før konkursåpning. Spørsmålet var om det spilte noen rolle at betalingen da enda befant seg på vei fra bankens utenlandske korrespondentbank, som hadde mottatt oppgjør for noen vekslende debitor eide.

Lagmannsretten fant at dette ikke spilte noen rolle. Beløpet var endelig innbetalt, og det var avtalt med debitor at det skulle settes inn på kassekredittkontoen. Dette medfører at bankens stilling blir den samme enten den bruker en filial eller en korrespondentbank, og noen konkursrettslig grunn til å sondre mellom disse to tilfellene er det ikke.

Erik Røsæg

Gjenlevende ektefelles råderett i uskifte over gjenstander som førstavdøde har testamenterert over til felles livsarving. Høyesteretts dom av 6. mai 2004 (Rt. 2004 s. 777).

Sakens parter, søsknene A og B var uenige om hvem som var eier av ferieeiendommen «Odden». Foreldrene giftet seg i 1948 og hadde felleseie. I 1993 opprettet faren et testament, hvorefter B bl.a. skulle arve ferieeiendommen «Odden». Faren døde i 1999, og moren ble sittende i uskiftet bo. Skifteretten reiste spørsmålet om testamentet innebar at «Odden» skulle tilfalle B allerede ved farens bortgang. B sa seg enig i at moren kunne sitte i uskifte også med de aktiva som testamentet omhandlet, og hun overtok hele felleseiet uskiftet. I 2000 solgte hun eiendommen til A. Det ble ikke anført at salget skjedde til underpris. Både A og moren var kjent med innholdet av førstavdødes testament.

B tok ut stevning med påstand om at han var eier av «Odden», subsidiært at overdragelsen til A måtte omstøtes og eiendommen tilbakeføres til uskifteboet. Herredsretten (Kragerev) kom til at eiendommen kunne omstøtes for en ideell halvpart (retten kom prejudisielt til at «Odden» var ervervet av ektefellene i fellesskap). Salget av hele eiendommen var ifølge herredsretten i strid med et ulovfestet lojalitetsprinsipp. Begge parter anket til lagmannsretten (Agder LA-2002-00312), som stadfestet herredsrettens dom.

A anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. B motanket for så

vidt gjaldt eierbrøken, men motanken ble avvist av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Som ny anførsel for Høyesterett gjorde A gjeldende at førstavdødes testament bygget på en faktisk villfarelse som måtte ha vært motiverende for testasjonen, nemlig at han eide hele eiendommen. Det ble følgelig anført at testasjonen måtte settes til side etter al. § 65 annet ledd.

Hovedspørsmålet i saken gjelder forståelsen av arveloven § 18 første ledd, hvor det heter at «atlevande ektemake rår i levande live som ein eigar over alt som høyrer til buet, med dei atterhald som særskilt er fastsette». Det er nærmere bestemt hva som ligger i «dei atterhald som særskilt er fastsette», Høyesterett tar stilling til. Det ble ikke nødvendig for Høyesterett å gå inn på spørsmålet om testasjonen kunne settes til side etter al. § 65 annet ledd, da A nådde frem med sin prinsipale påstand.

I avsnitt (25), tar Høyesterett utgangspunkt i at gjenlevende ektefelle som sitter i uskifte i utgangspunktet har en eiers rådighet ved livsdisposisjoner, og at dette er et utslag av den sterke stilling lovgiver har ønsket å sikre gjenlevende ektefelle i forhold til arvingene. Videre, i avsnitt (26), peker førstvoterende på de lovfestede begrensninger i råderetten som ligger i al. §§ 19, 21 og 24 annet ledd. Ingen av disse rettslige grunnlagene ble anført av B.

B hadde for alle tre instanser anført at førstavdødes testament er et «atterhald» som må respekteres etter § 18. Høyesterett kunne ikke gi ankemotparten medhold i dette. Førstvoterende uttaler i avsnitt (28):

«Passusen «med dei atterhald som særskilt er fastsette» ble

foreslått i lovproposisjonen, Ot.prp. nr. 36 (1968–1969). På side 149 heter det at departementet vil foreslå at «innskrenkningene i adgangen til å gi gaver m.m. skilles ut i en egen paragraf (§ 19)», og at det var hensiktsmessig i § 18 «å vise til de innskrenkninger i råderetten som særskilt er fastsatt». At dette tok sikte på de begrensningene som ville følge av loven selv, finner jeg utvilsomt.»

Så, i avsnitt (29), kommer et *obiter dictum* hvor førstvoterende uttaler seg om de tilfeller hvor adgangen til uskifte ikke er ubetinget og selve grunnlaget for uskiftet kan medføre begrensninger i råderetten. Som eksempel nevnes når et særkullsbarn gir samtykke til at gjenlevende kan overta boet uskiftet, jf. arveloven § 10, men samtidig knytter betingelser til sitt samtykke. Han viser her til dommen inntatt i Rt. 1992 s. 374, og uttrykker at «dersom gjenlevende da velger å overta boet uskiftet, må vedkommende respektere slike ensidig fastsatte begrensninger». Det er her interessant å se at Høyesterett fastholder uttalelsene i konstituert høyesterettsdommer Lødrups votum om betingelser for å samtykke til uskifte. I dommen fra 1992 ble det slått fast at det var adgang til å sette slike vilkår. Vilråene kan «oppstille både begrensninger i rådigheten over uskiftemidlene utover reglene i arveloven § 19, og modifisere eller sette til side bestemmelser i en ektepakt, så lenge ikke tredjemanns rettigheter blir krenket. Vilrået kan også innebære andre fordelingsbrøker enn de som følger av arveloven § 26, forutsatt at eventuelle livsarvingers pliktdelsrett ikke blir berørt» (s. 377). At det var adgang til å sette betingelser for et fortsatt uskifte

etter gjengifte, var allerede fastslått i dommen inntatt i Rt. 1982 s. 149 på s. 154. Videre ble det i Rt. 1992 s. 374 antatt at vilkårene for uskiftet ikke nødvendigvis brakte forholdet utenfor uskifte-reglene ellers. Med uttalelsene i avsnitt (29), har vi fått et nytt autoritativt uttrykk for at betingelser for samtykke til uskifte aksepteres av rettsordenen. De nærmere regler om slikt samtykke er imidlertid fortsatt ganske vage i konturene.

Høyesterett gjør en viktig distinksjon mellom disse tilfellene hvor rådighetsbegrensningene kan følge av grunnlaget for uskiftet – samtykket – og tilfeller som den foreliggende sak hvor gjenlevende hadde et ubetinget krav på å overta felles-eiet uskiftet med fellesbarna. I et slikt tilfelle, sier førstvoterende, kan han «ikke se at førstavdødes ensidige disposisjon over «Odden» kan innskrenke den råderetten som følger av loven» (avsnitt 30).

I avsnitt (31) kommer Høyesterett med uttalelser om hvordan al. § 11 rettelig er å forstå. En testasjon til fordel for en livsarving kan medføre en begrensning i adgangen til å overta felleseiet uskiftet. Dette forutsetter imidlertid (1) at førstavdøde i testament har gitt uttrykk for at en livsarving bør ha helt eller delvis arveoppgjør, (2) at livsarvingen krever at boet helt eller delvis skal skiftes, og (3) at retten finner at helt eller delvis skifte kan foretas. I denne vurderingen, som retten må gjøre etter eget skjønn, skal det etter § 11 første ledd annet punktum tas hensyn til både arvingene og gjenlevende ektefelle. Testamentet er ikke i seg selv tilstrekkelig som grunnlag for rådighetsbegrensninger, idet skifterettens medvirkning er nødvendig. Høyesterett viser til at

bestemmelsen «får anvendelse også når testasjonen – som i dette tilfellet – ikke berører noen pliktdelsarv, og også gjelder bestemte gjenstander, jf. Lødrup: Arverett, 4. utgave side 351, Augdahl/Hambro: Arveloven med kommentarer, 1992, side 42 og Unneberg: Arveretten med dødsboskifte, 1990, side 338.» Uttalelsene om al. § 11 må også anses for *obiter dicta*, da B for Høyesterett ikke fastholdt at han ble eier av eiendommen ved farens død.

Et poeng som kan være verdt å merke seg, er det som fremkommer sist i avsnitt (32). Etter at det er slått fast at det ikke er nødvendig å ta stilling til om et krav etter al. § 11 ville ha nådd frem, sies det at «det heller ikke er anført å være truffet noen avtale med gjenlevende som kunne begrense hennes adgang til å disponere over eiendommen». Det forutsettes altså at arvingene også utenfor de tilfellene hvor et uskifte er basert på samtykke, kan inngå avtaler med gjenlevende ektefelle som begrenser hennes rådighet over boet.

Høyesterett slår så fast i avsnitt (33) at gjenlevende hadde den råderett over uskifteboet som følger av hovedregelen i arveloven § 18 første ledd – altså at hun råder som en eier.

Det neste Høyesterett måtte ta stilling til, var om gjenlevende, ved å selge eiendommen i strid med førstavdødes siste vilje, overtrådte en ulovfestet lojalitetsplikt. På dette grunnlaget ble omstøtelseskravet tatt til følge av herredsretten og lagmannsretten. B viste til at det vil foreligge en slik lojalitetsplikt når en arv overtas etter et gjensidig testament, og at en tilsvarende plikt må gjelde ved uskifte. B sikter antageligvis til dommen inntatt i Rt. 1953 s. 1274, som Lødrup

anser som et utslag av en generell regel om at disposisjoner som er klart **illojale overfor testamentet**, skal settes til side (Lødrup, Arverett 4. utg. 1999 s. 176, uthevet av Lødrup).

Høyesterett var ikke enig i dette utgangspunktet. I avsnitt (35) uttales:

«Hvis en gjenlevende ektefelle tiltrer arven etter et gjensidig testament, har vedkommende fri rådighet «i levande live», jf. arveloven § 67 nr. 1. Eventuelle begrensninger må i utgangspunktet utledes av testamentet, og gjenlevende kan ikke opptre «i strid med testamentets ånd og mening», jf. Rt. 1953 s. 1274. Men vår sak dreier seg om et uskifte, der de begrensningene i råderetten som gjenlevende må respektere, til sikring av arvingenes interesser, følger av loven. Lojalitetshensynet er dermed ivaretatt gjennom lovens egne bestemmelser.»

Utgangspunktet til Høyesterett er altså at arveloven uttømmende angir de begrensningene som ligger i gjenlevendes rådighet over det uskiftede bo, og at den lojalitet som kreves av gjenlevende overfor førstavdøde og arvingene, er innbakt i lovens bestemmelser. Det bør her bemerkes at et ulovfestet lojalitetsprinsipp forutsettes å eksistere av mindretallet i Rt. 1982 s. 948 på s. 957 (Holmøy og Schweigaard Selmer). En liten rettmulighet åpner imidlertid førstvoterende for i avsnitt (36), hvor det ikke helt utelukkes at rådighetsbegrensningene i arvelovens uskiftekapittel kan suppleres av en ulovfestet lojalitetsplikt. Det er retts tekniske og prosessøkonomiske hensyn som begrunner Høyesteretts uvilje mot å statuere et ulovfestet lojalitets-

prinsipp. Det sies at «uskifteinstituttet i utgangspunktet er tjent med regler som, så vidt mulig, gir klare og forutberegnelige avgrensninger av gjenlevendes handlingsrom. Dette kan også bidra til å forebygge tvister.» Det kan stilles spørsmål ved hvor godt fundert denne begrunnelsen er. Klarhet og forutberegnelighet hadde selvfølgelig vært ønskelig, men den rikholdige rettspraksis vi har, særlig omkring al. § 19 (se nærmere Lødrup, TfR 1984 s. 213–253), viser at klarhet og forutberegnelighet ikke akkurat preger rettsområdet.

Dersom det skulle eksistere et ulovfestet lojalitetsprinsipp, kunne Høyesterett under enhver omstendighet vanskelig se at gjenlevendes opptreden i dette tilfellet ville kunne karakteriseres som illojal. Eiendommen, «Odden», var innbragt av ektefellene i fellesskap og eid av dem med en ideell halvpart hver. De har hatt forskjellig syn på hvem som burde overta eiendommen, men jeg kan ikke se at den enes syn skal gis en høyere prioritet enn den annens» (avsnitt (37)).

Personlig stiller jeg meg åpen for å kunne supplere rådighetsbegrensningene i uskiftekapittelet med et ulovfestet lojalitetsprinsipp, men lojalitetslæren må fungere som en sikkerhetsventil for unntakstilfeller, og ikke fortrenge de lovfestede rådighetsbegrensningene. Hadde faktum i vår sak ligget noe annerledes an, slik at fritidseiendommen faktisk var særskilt ført inn i boet av førstavdøde, ville jeg anta at lojalitetsprinsippet kunne ha gjort seg gjeldende. Da har man også en viss støtte i al. § 18 annet ledd annet punktum, som begrenser gjenlevendes mulighet til ved testament å rå over eiendeler

særskilt innført i boet av førstavdøde.

John Asland

ARBEIDSRETT

Tariffavtalens stilling ved omdannelse og overføring av virksomhet – Arbeidsrettens dom 1. juli 2004 (Inr. 25/2004)

Ved overføring av virksomhet består rettigheter og plikter etter arbeidsavtale som hovedregel uendret i henhold til reglene i arbeidsmiljølovens kap. XII A; erververen blir bundet overfor de arbeidstagere som overtas, på samme måte som overdrageren var det. Arbeidsmiljølovens regler omfatter derimot ikke en *tariffavtale* som sådan. Og her er utgangspunktet det motsatte: Ved et «reelt eierskifte» blir erververen *ikke* bundet av den tariffavtalen overdrageren var bundet av. Denne regelen har imidlertid visse begrensninger. Dommen bidrar til avklaring på begge punkter.

Saksforholdet var i korte trekk: Den tidligere Arbeiderpressens Tarifforening (ATF) ble nedlagt pr. 31. desember 1999, og medlemsbedriftene ble tilsluttet NHO/Mediebedriftenes Landsforening (MBL) med virkning fra 1. januar 2000. For disse ble medieoverenskomsten LO/HK – NHO/MBL gjort gjeldende, men med en del særbestemmelser for de bedriftene som pr. 31. desember 1999 var omfattet av den overenskomsten ATF hadde med LO/HK. Dette gjaldt bl.a. A-pressen ASA, som er morselskap i A-pressekonsernet, og en rekke av dets datterselskaper.

Som resultat av en konsernstyrt

omorganiseringsprosess ble det etablert et nytt, heleid, datterselskap høsten 2002, A-pressen Tjenestesenter AS (APTS). Selskapet ble innmeldt i NHO/MBL med virkning fra 1. januar 2003. Dels fra 1. januar, dels fra senere tidspunkter i 2003 overtok APTS så økonomi- og regnskapsfunksjoner m.v. for og fra morselskapet og syv datterselskaper. Seks av disse åtte selskapene, herunder morselskapet, var bundet av medieoverenskomsten med dens særbestemmelser. Omlegningen berørte arbeidsoppgavene til 32 arbeidstagere i syv av de åtte selskapene. Av disse gikk 15, fra fire av de åtte berørte selskapene, over til APTS; 17 valgte å bli der de var. Våren 2004 hadde APTS 24 ansatte og en noe større kundekrets enn den selskapet fikk ved omlegningen i 2003.

Medieoverenskomsten LO/HK – NHO/MBL ble gjort gjeldende for APTS med virkning fra 1. januar 2003. Det var imidlertid uenighet om grunnlaget og om også særbestemmelsene for tidligere ATF-bedrifter var bindende for APTS. Arbeidsretten formulerte problemstillingen i saken som et spørsmål om APTS «ved etableringen *uten videre* (uth. her) ble bundet av medieoverenskomsten i samme omfang som de åtte selskapene som avga arbeidsoppgaver og ansatte til bedriften». Dette besvarte retten, enstemmig, med et ja.

Arbeidsretten fremholdt at stiftelsen av APTS og overføringen av arbeidsoppgaver til dette nye selskapet «utvilsomt [var] reelle transaksjoner, i den forstand at de ikke ble gjennomført pro forma for å omgå den bestående tariffavtalen». De måtte likevel bedømmes som noe annet enn «overdragelse av virksomhet» («reelt eierskifte») i den forstand

dette har vært lagt til grunn som et grensedragningskriterium i rettspraksis. Begrunnelsen er særlig knyttet til to forhold. Den overføringen av oppgaver som fant sted, kunne ikke anses som noen «definitiv» overdragelse av virksomhet, men var etter rettens syn «en form for utsetting av tjenesteproduksjon som ensidig kan reverseres av hver av oppdragsgiverne». Dette synspunktet står i sammenheng med det annet og mest sentrale. Reelt sett var det her tale om en «rent faktisk og rettslig omorganisering av virksomhet innen et konsern». Det gjorde seg gjeldende en sterk grad av sentral styring og integrasjon innad i konsernet. Opprettelsen av APTS som et «felles tjenestesenter» hadde konserninterne formål. Både APTS og de åtte berørte bedriftene hadde i praksis helt ut de samme eiere. For så vidt var det ikke naturlig å anse APTS som en ny *selvstendig* bedrift, adskilt fra og uavhengig av konsernet. Da var det heller ikke grunnlag for at «morselskapet og de berørte datterselskaper ved slik faktisk og rettslig omorganisering skal kunne frigjøre seg fra sine tariffmessige forpliktelser». Og i forhold til spørsmålet om *bundethet for APTS* var det ikke avgjørende at to av de åtte bedriftene ikke hadde vært bundet av medieoverenskomsten. Det avgjørende var etter rettens syn at overenskomsten og særbestemmelsene var bindende for «hovedtyngden» av de berørte virksomhetene, og det forelå ikke noen «andre særegne forhold» som skulle tilsi at APTS ikke måtte anses tariffbundet.

Dommen både bygger på og videreutvikler noen hovedlinjer i rettspraksis på området. Den tar utgangspunkt i doktrinen om at erververen ikke overtar tariffbun-

dethet ved et «reelt eierskifte» («reell overdragelse»), med henvisning spesielt til «Securitasdommen» i ARD 1988 s. 38. Den tradisjonelle hovedregelen blir for så vidt bekreftet. Grensedragningen mot det som ikke kan regnes som «reelt eierskifte», spesielt ved ulike former for omorganisering m.v., har vært den mest sentrale problemstilling i rettspraksis. Dommen knytter seg her uttrykkelig til den hovedlinjen i rettspraksis som har utspring i «prambyggerdommen» i ARD 1920–21 s. 341, og siterer et nøkkelsynspunkt i denne: «Det er ikke organisasjonsformene, men det faktiske økonomiske fellesskap mellom bedriftens enkelte grener som må være avgjørende og bestemmende. Det må være en naturlig og selvsagt forutsetning for en tariffavtale, at en bedrift ikke blir løst fra sine tariffplikter ved ensidige, rent organisatoriske disposisjoner ...» (ARD 1920–21 s. 341, på s. 344). Dommen i APTS-saken fører dette prinsippet videre, både med «hovedtyngde»-synspunktet og ved anvendelsen av den generelle normen på en konsernintern omorganisering. På dette punkt kan dommen også sees i sammenheng med «Hakon Detaljdommen» i ARD 2001 s. 1. Der ble spørsmålet om tariffbundethet drøftet i forhold til en fusjon som reelt sett var en form for konsernintern reorganisering, og hvor morselskapet var den primært tariffbundne virksomhet. Arbeidsretten tok ikke noe klart standpunkt til de selskapsrettslige fusjonsreglenes anvendelse i forhold til tariffavtaler. Deler av rettens resonnement har derimot lignende trekk som i APTS-saken, og dommen kan utvilsomt diskuteres i lys av denne.

Spørsmålet om en tariffbundet bedrift blir fri sine forpliktelser

ved en omorganisering, er ett. Prinsipielt sett er det et annet spørsmål om en «ny» bedrift (juridisk person) også blir tariffbundet. Her har rettspraksis bare gitt mer usikre holdepunkter. Dommen om APTS bygger på et slags konsekvens- og identifikasjonssynspunkt og kan nok sees som uttrykk for en regel om at som utgangspunkt blir den «nye» bedrift tariffbundet i denne typen tilfeller. Resultatet ble for så vidt det samme i ARD 2001 s. 1. Men på lignende måte som der uttrykte Arbeidsretten seg med en viss varsomhet og forbehold for «særegne forhold», som vel kan oppfattes som refleksjoner av de mer generelle reservasjoner i ARD 1988 s. 38. De tariffrettslige reguleringer er så mangfoldige at man må holde åpent for andre løsninger, selv om hovedregelen i omorganiseringstilfeller o.l. som her må være at tariffbundethet går over.

Stein Evju

Program for seminarrekke ved Institutt for privatrett høst 2004

Følgende tema vil bli tatt opp:

Onsdag 22. september kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00

International insolvens- og tingsret – utviklingstendenser og fremtidsperspektiver
v/ professor dr. juris Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, København Universitet

Tirsdag 19. oktober kl. 14.00 – 17.00 i Gamle Festsal, Urbygningen

Seminar i anledning Lucy Smith 70 år

Barnerettskonvensjonen/Barnerett/Universitetspolitikk, se eget program på Instituttets hjemmeside:
<http://www.jus.uio.no/ifp/>

Tirsdag 16. november kl. 17.15 – senest slutt kl. 19.00

Restitusjon, stansing og erstatning ved ulovlig statsstøtte v/ førsteamanuensis dr. juris Erling Hjelmeng,
Institutt for privatrett

Hvis intet annet blir oppgitt, finner seminarerne sted i Biblioteket, Institutt for privatrett, Domus Media,
Vestfløyen, annen etasje, inngang Søylehallen.

Påmelding til Sigrid Christiansen tlf. 22 85 97 27/faks 22 85 97 26 eller via Instituttets hjemmeside:
<http://www.jus.uio.no/ifp/>

Med vennlig hilsen

Viggo Hagstrøm

Professor dr. juris

Invitasjon 3. møte

Fagseminar i familie- og arverett

Institutt for privatrett

Fagseminaret er et forum hvor advokater og andre praktikere, lærere og forskere i familierett kan drøfte
aktuelle familie- og arverettslige spørsmål. Vi håper at de som arbeider med disse fagene teoretisk og
praktisk kan møtes i fruktbar dialog.

Tredje møte blir **tirsdag 12. oktober 2004 kl. 16 – 18** på lunsjrommet, Institutt for privatrett, Domus
Media, 2. etg. vestfløyen.

Prinsippet om «markedspris» på skifte – problemer i praksis

– takseringstidspunktet, el. § 69, 2. ledd, jf. Rt. 2001 s. 360

– vederlag for bruksrett, el. § 68, 2. ledd

Innledning ved professor Peter Lødrup og professor Tone Sverdrup

Forberedt kommentar ved advokat Anne-Blanca Dahl

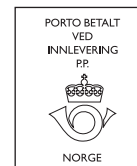
Påmelding til Bjørg Bachke b.k.bachke@jus.uio.no, eller
tlf. 22 85 97 06/fax 22 85 96 20.

Vennlig hilsen

Tone Sverdrup Peter Lødrup

Returadresse:
Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum, 0101 Oslo

B



INSTITUTT FOR PRIVATRETT

Det juridiske fakultet, UiO

Nye utgivelser – Institutt for privatretts Stensilserie

STENSILSERIE NR. 166

–

**LECTURES ON COMPARATIVE
LAW OF CONTRACTS**
Giuditta Cordero Moss

Seriene kan bestilles hos bokhandel
eller kjøpes direkte hos
Akademika AS, Karl Johans gt.,
eller
O. Norli, Universitetsgt, Oslo

For tidligere utgivelser se:
www.jus.uio.no/ifp/stensilserie.html

Nytt i privatretten

Nytt i privatretten utgis av Institutt for privatrett ved Universitetet i Oslo i samarbeid med Cappelen Akademisk Forlag.

Hovedredaktør: Peter Lødrup
Forlagsredaktør: Eirik Spillum

Et doms- og emneregister for *Nytt i privatretten* er tilgjengelig på forlagets nettsider:
www.cappelen.no

Abonnement fås ved henvendelse til Cappelen Akademisk Forlag, telefon 22 98 58 25 eller telefaks 22 98 58 45

Et årsabonnement (2004) på *Nytt i privatretten* koster kr 440,-. Studentabonnement koster kr 150,-. Abonnementet løper til det blir oppsagt skriftlig.

Henvendelser om *Nytt i privatretten* rettes til:

Cappelen Akademisk Forlag
Postboks 350 Sentrum
0101 Oslo
E-post: jus@cappelen.no
<http://www.cappelen.no>

Nytt i privatretten © J.W. Cappelens forlag a.s 2004

Neste hefte kommer november 2004.