**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV 215 Immaterialrett

Eksamensdato: 24.11.2022

Kandidat: Andrea Øren

Besvarelse kommentert av:

I samarbeid med

Et bilde som inneholder Font, logo, Grafikk, symbol

Automatisk generert beskrivelse

Overført fra originaldokument av Carina Kristoffersen, fagansvarlig JUFO 2022. Oppgaven inneholder både kandidatens besvarelse og oppgaveteksten. Da oppgaveteksten vises løpende i oppgaven er denne farget lysegrå slik at det skal være lettere å skille fra kandidatens besvarelse.

**Oppgavetekst:**

**Oppgave 1)**

Angi vernetid for rettsområdene patenter, varemerker, og opphavsrettigheter, og

diskuter hvorfor hver vernetid er så langt som det er, og hvorfor de er forskjellige. Ta med i

betraktningene målene for de respektive beskyttelsene.

Oppgaven tar opp vernetiden for patent, varemerker og opphavsrett, samt begrunnelsen for vernetiden og hvorfor det er forskjell. Til slutt blir målene med beskyttelsene diskutert.

Vernetiden for patent er 20 år (med mulighet for 5 års utvidelse for medisiner), jf. patentloven § 40. Eneretten til patent skal stimulere til utvikling og innovasjon. Ved å gi enerett til kommersiell utnyttelse gis det belønning for å utvikle noe nytt, og dette gir insentiv til å skape. Konsekvensen av dette er at ingen andre kan lage det samme, eller noe som er veldig likt, i løpet av vernetiden. Hensynet til utviklingen er også grunnen til at vernetiden ikke er lenger. Etter 20 år har oppfinner fått tid til å utnytte oppfinnelsen kommersielt, og få belønning for sitt arbeid. Etter dette er det nødvendig å la andre benytte seg av oppfinnelsen og videreutvikle denne. Eventuelt kan utviklingen ha komt så langt at det ikke lenger er behov for vern for den opprinnelige oppfinnelsen.

Vernetiden for varemerker er evig, så lenge man betaler lisensavgiften hvert tiende år, jf. varemerkeloven § 32, og ikke lar varemerket være ubrukt i 5 år eller mer, jf. § 37. Hensynene som ligger til grunn for varemerke er opprinnelsesgarantifunksjonen, jf. Google-dommen, kvalitetsgarantifunksjonen, jf. Arsenal-dommen, reklamefunksjon, goodwill og investeringsvernet. Dess lenger man bruker et varemerke, jo mer goodwill opparbeider man seg. I tillegg investerer man mer og mer etterhvert som tiden går. Det er ingen mothensyn som tilsier at retten til varemerke skal falle bort etter en viss tid.

Vernetiden for opphavsrettigheter er 70 år etter opphavers død, jf. åndsverkloven (åvl) § 11.

Hensynene som ligger til grunn for opphavsretten er at man skal kunne høste frukter av eget arbeid, investeringsvern, vern mot krenkende bruk og anerkjennelse. Reglene skal skape insentiv til kunstnerisk innsats. Et viktig poeng i denne forbindelse er at de kun er de økonomiske rettighetene som faller bort når vernetiden er ute, dette er fordi det kan bli vanskelig å holde styr på hvem som faktisk er innehaver av rettighetene så lenge etter opphavers død. I tillegg har man fått tilstrekkelig belønning for sitt arbeid. De ideelle rettighetene faller derimot aldri brukt, disse rettighetene innebærer at man har rett til å bli navngitt, samt vern mot krenkende bruk, jf. åvl. § 5.

Vernetiden for opphavsrett er såpass lang, og mye lenger enn de andre, fordi den knytter seg særlig til opphavers person. Det vil på ikke hemme utviklingen i samfunnet selv om åndsverk har lang vernetid. Behovet for videreutvikling er ikke det samme som i patent.

Grunnen til at vernetiden er forskjellig er fordi det ligger helt ulike hensyn til grunn, og eneretten omfatter rettigheter på svært forskjellige området. Patent er viktig for den tekniske og funksjonelle utviklingen i samfunnet, og det ville hatt en hemmende effekt dersom vernetiden var lang.

Målet for patentretten er å gi incentiv til teknisk innovasjon. Det presumeres at viljen til å skape og utvikle noe nytt blir større når man kan få eneretten til å utnytte dette kommersielt, slik at man tjener penger. Om man hadde brukt mye tid og penger på å utvikle noe, for at alle andre skulle utnytte denne innsatsen og selge oppfinnelsen, ville det ikke foreligge den samme motivasjonen. Rimelig balanse mellom belønning og konkurranse.

Målet for varemerkeretten er at forbrukerne skal kunne foreta et bevisst valg av hvilke merker de kjøper, og kunne skille opphavet mellom ulike merker. I tillegg skal man hindre at andre urimelig snylter på andres innsats og arbeid.

Målet for opphavsretten er å gi incentiv til kulturell innsats, gi rettighetern til de som skaper åndsverk, samt finne en rimelig balanse mellom opphaver og samfunnets interesser, jf. åvl § 1.

**Oppgave 2)**

Anna Weinstein er en uavhengig filmskaper som liker å lage korte dokumentarer om nye vitenskapelige og teknologiske spørsmål. Hun har nylig blitt fasinert av ryktene om en ny oppfinnelse som kan forandre verden kalt ‘turbo encabulator’.

Anna hørte at det skulle avholdes en konferanse et sted, hvor det ble sagt at oppfinneren av turboencabulatoren, Dr. Lustig, skulle snakke om den. Anna tenkte at hun ville delta på konferansen for å lære mer, forhåpentligvis høre om turboencabulatoren, og kanskje filme litt som hun kunne klippe inn i sin første korte dokumentar om ecabulatorer. Hun mente dette kunne bli en god kortfilm fordi enkabulasjonsmiljøet var relativt nytt og ukjent.

Dessuten skulle konferansen holdes i Drammen (i Norge), og hun hadde alltid ønsket å oppleve den byen.

Anna ankom konferansen, som svarte til forventningene. Drammen var en flott industriell skjønnhet av en by fylt av vitenskapelig energi. Alle kjendisene i ‘futurism science’ var der som for eksempel @noeducationjustspeculation Dr. von Dbldoom og The Weird Science Twins fra tiktok. Hun hadde ikke meldt seg på konferansen, men det så ikke ut til at noen brydde seg. Ingen sjekket etter inngangsbillett da hun gikk inn og satte opp kamerautstyret sitt.

Anna prøvde å sette utstyret sitt på et lite iøynefallende sted, i håp om at ingen ville legge merke til henne der hun filmet. Hun sørget også for at hele scenen ble filmet, slik at hun også filmet storskjermen bak talerne.

Anna startet å ta opp fra begynnelsen av konferansen. De første talerne presenterte om ‘carbon nano-tublarities’. Panelet om ‘quantum water bed turbulence’ var også interessante. Derimot ventet alle på den store kjendisen Dr. Lustig etter lunsj.

Dr Lustig gikk til slutt på scenen og ble mottatt som en rockestjerne mens DJ Khaled’s ‘All I Do Is Win’ spilte. Han vinket, jublet og danset, for deretter å starte presentasjonen om turboencabulatoren. Presentasjonen var veldig grundig. Den inkluderte en beskrivelse av turboencabulatoren, hvordan den fungerer, og inkluderte til og med diagrammer! Det var også en veldig underholdende presentasjon, da han av og til spilte klipp fra populære filmer og en fem minutters lang film om hvordan han skapte turboencabulatoren. Det store spørsmålet etter presentasjonen var fortsatt hva turboencabulatoren var laget av. Selv om alt Dr. Lustig presenterte var veldig nytt, var materialet avgjørende for at turboencabulatoren skulle fungere. Dette måtte Anna vite!

Anne skyndte seg til Dr. Lustig mot slutten av konferansen. Hun introduserte seg selv, forklarte at hun laget en kort dokumentar og ba om et eksklusivt intervju. Dr. Lustig virket fornøyd med at noen laget en dokumentar for et større publikum om dette området. De fant et lite rom for å gjennomføre intervjuet. I løpet av intervjuet spurte Anna hva turboencabulatoren var laget av. Dr. Lustig sa at han kunne fortelle henne det så lenge hun signerte en NDA (konfidensialitetsavtale). Anna sa det var greit og signerte NDAen. Dr. Lustig avslørte deretter at turboencabulatoren var laget med unobtainium. Dr. Lustig ga også Anna fysiske kopier av sin konferansepresentasjon, som inkluderte diagrammer. Alt ble merket "Konfidensielt".

Etter konferansen begynte Anna å redigere dokumentaren sin. Mens Anna var i studio, ville hennes ansatt Iris Kimura holde Anna med selskap. De diskuterte vitenskapelige spørsmål. Iris Kimura var en vitenskapsmann og vitenskapelig rådgiver for Anna og selskapet hennes. Det var ikke uvanlig for dem å diskutere sensitiv informasjon. Iris Kimuras arbeidsavtale inneholdt en NDA.

Det var opplagt for Iris Kimura at materialet til turboencabulatoren var avgjørende for at den skulle fungere etter å ha sett på opptakene mens de redigerte. Anna avslørte at materialet var unobtainium. Dette overrasket Iris Kimura fordi alle i bransjen visste at unobtainium var omtrent det samme som nonexistium, og etter Iris Kimuras mening ville nonexistium faktisk gi bedre resultater. Anna og Iris Kimura tenkte at de kanskje burde sende inn en patentsøknad for en turboencabulator laget med nonexistium. De hadde allerede nesten all informasjonen de trengte fra konferansepresentasjonen, inkludert diagrammer til turboencabulatoren. De kunne med andre ord bare bruke dette til patentsøknaden. Iris Kimura trodde også at Annas dokumentar ville være et seriøst bidrag og at derfor burde bruke dokumentaren til å styrke merkevaren sin. Iris Kimura foreslo for Anna å sende inn en varemerkesøknad for Weinstein Films.

Gi Anna råd om alle immaterielle rettighetsproblemer som du kan identifisere i teksten. Tenk på en oversikt over de juridiske spørsmålene som kan oppstå og IP-områdene som er involvert; en grunnleggende beskrivelse av hvorfor disse juridiske spørsmålene er involvert i saken; og hvilke strategiske råd du ville gi til Anna. Sørg for å vurdere hvert område vi har gjennomgått i kurset: patenter, opphavsrettigheter, varemerker og forretningshemmeligheter. Vurder også Annas rettigheter og andres rettigheter som kanskje må respekteres.

Oppgaven reiser en rekke juridiske spørsmål innenfor immaterialretten. De juridiske problemstillingene knyttet til opphavsretten blir behandlet først.

De grunnleggende vilkårene for at noe skal være et åndsverk er at det er en frembringelse, på det litterære eller kunsteriske området, som har verkshøyde, jf. forarbeidene.

Vilkåret om verkshøyde blir i loven betegnet som "original og individuell skapende åndsinnsats", jf. åndsverkloven (åvl.) § 2 andre ledd.

Bestemmelsen oppstiller en ikke-uttømmende liste over hva som kan være et åndsverk, "filmverk" er en av de, jf. § 2 andre ledd bokstav e.

For at et verk kan sies å ha verkshøyde må man ha kunne foretatt noen valg, jf. Painer- dommen. Dersom det bare en en måte å gjøre noe på, er verket ikke et utrykk for opphavers personlige og individuelle innsats.

I denne dommen var det fotografi som var vurderingstemaet, fotografi og film har visse likhetstrekk.

Det fremgår av faktum at Anna har filmet presentasjonene, og at hun begynte å redigere den etter konferansen var ferdig. Hvorvidt hun kan få opphavsrett til dokumentaren vil bro på hvorvidt hun tilfører noe nytt og individuelt, eller ikke. Å sette opp et kamera og filme andre sin presentasjon kunne hvem som helst ha gjort.

Etter åvl. § 2 bokstav b kan "muntlige foredrag" også regnes som åndsverk. Dette vil ha stor betydning for hvorvidt Anna i det hele tatt har lov å utgi sin dokumentar, fordi dette betyr at alle som har holdt en presentasjon, vil ha enerettene som følger av opphavsrett, dersom vilkårene er oppfylt.

Det fremgår ikke klart av faktum, men det legges til grunn de muntlige presentasjonene er utrykk for "original og individuell skapende åndsinnsats" jf. åvl. § 2 andre ledd.

De muntlige presentasjonene kan derfor sies å være åndsverk etter åvl. § 2.

Spørsmålet i det følgende er om dokumentaren til Anna kan regnes som et samleverk etter åvl. § 7.

Etter denne bestemmelsen kan den som ved å "sammenstille flere åndsverk (...) skaper et samleverk, har opphavsrett til samleverket", "men denne retten gjør ingen innskrenkning i opphavsretten til de enkelte verk som samleverket består av".

Anna kan på grunnlag av denne bestemmelsen få opphavsrett til sin dokumentar, altså samleverket som består av flere åndsverk (presentasjonene). Det viktige poenget i bestemmelsen er derimot at det ikke medfører noen innskrenking i opphavsretten til de opprinnelige åndsverkene. De har følgelig forsatt eneretten til å tilgjengeliggjøre verket for allmennheten, jf. åvl. § 3 første ledd.

Anna må derfor få samtykke fra hver enkelt opphaver til presentasjonene, før hun har muligheten til å utgi sin dokumentar.

At Anna har informert Dr. Lustig om sin dokumentar, og han uttrykte begeistring for dette, kan tale for at han har gitt sitt samtykke til at hans presentasjon vises i dokumentaren.

På en annen side knytter Dr. Lusting sin entustiasme til at noen lager en dokumentar "om dette området". Det fremgår heller ikke at hun eksplisitt har sagt at hun har filmet hans presentasjon. Dette taler sterkt mot at Anna ikke har noe samtykke fra Dr. Lusting til å filme og gi ut en dokumentar som inneholder hans presentasjon. I tillegg blir alt merket med "konfidensielt" når Anna får presentasjonen, problematikken rundt dette tas opp senere i presentasjonen.

Det fremgår også av faktum at Dr. Lustig brukte utklipp av en del kjente filmer i sin presentasjon. Dersom Anna skal ha med dette i sin dokumentar må hun også få samtykke fra opphaver til disse verkene. Dr. Lustig kan ikke gi Anna samtykke til dette, fordi man kan ikke gi videre rett til bruk av en annens åndsverk, selv om man har fått rettighetene til å bruke det selv. I så fall må dette fremgå uttrykkelig av avtalen, jf., og det fremgår ikke av faktum at det foreligger her.

Et strategisk råd til Anne vil i denne forbindelse bli å innhente samtykke fra alle opphaverne som verkene som inngår i hennes dokumentar. I tillegg må hun sette sitt preg på dokumentaren og foreta valg slik at verket oppfyller kravet til individuell og originalt skapende åndsinnsats. Dersom hun gjør det vil hun ha opphavsretten til samleverket, dokumentaren.

Videre blir de juridiske spørsmålene knyttet til patent diskutert.

De overordnede vilkårene for å få patent er at det er en oppfinnelse som er ny "i forhold til hva som var kjent før patentsøknadens innvilgelsesdag" og "skiller seg vesentlig" fra oppfinnelser som finnes fra før, jf. patentloven (patl.) § 2 første ledd.

Andre ledd utpensler hva som inngår i ordet "kjent", nemlig at dette er alt som er blitt "alment tilgjengelig". Etter forarbeidene anses noe som alment tilgjengelig dersom en større og ubestemt krets av personer kan gjøre seg kjent med informasjonen (ikke noe krav om at noen faktisk har gjort det).

Det fremgår av faktum at oppfinnelsen turbo encabulator er ny, og at den kan forandre verden. Det legges dermed til grunn at dette oppfinnelsen oppfyller vilkårene som skal til for å få patent. Det fremgår derimot ikke av faktum at oppfinnelsen faktisk er patentert, og det legges til grunn for videre drøftelse at den ikke er det.

Det fremgår ikke av faktum hvor mange som deltok på konferansen, men at ingen sjekket inngangsbillett taler for at kretsen er ubestemt, da man ikke har mulighet til å få full oversikt over hvem som deltok og ikke. Kravene fra forarbeidene om en større og ubestemt krets må ses i sammenheng. Jo mer ubestemt, jo mindre trenger kretsen å være for at informasjonen anses som alment tilgjengelig.

Ut fra vilkårene kan dermed ikke Dr. Lustig søke patent for sin oppfinnelse, fordi den vil ikke oppfylle kravet om "ny", da informasjonen er gjort alment tilgjengelig etter patl. § 2, fordi informasjonen er spredt til en ubestemt krets.

Av § 2 siste ledd punkt 2. er det derimot et unntak. Man kan søke patent innen seks måneder selv om oppfinnelsen har blitt alment tilgjengelig søkeren "har forevist oppfinnelsen på en slik offisiell eller offisielt anerkjent internasjonal utstilling som omhandles i Paris den 22. november 1928 vedtatte konvensjon om internasjonale utstillinger".

Selv om konvensjonen er i Norge kan det type på at den er internasjonal, da alle "kjendisene" innenfor feltet er til stede, og flere av disse har engelse navn. Det fremgår derimot ikke av faktum at konvensjonen er offisielt anerkjent og det legges til grunn at den ikke er  
det. Unntaket kommer ikke til anvendelse.

En oppfinnelse regnes ikke som alment kjent dersom alle som vet om den har taushetsplikt, enten uttrykkelig eller underforstått.

At alt ble merket med konfidensielt før det ble gitt til Anna kan tale for at informasjonen ikke ble alment kjent når den ble vist på konferansen, på grunnlag av en underforstått avtale om konfidensialitet.

Det fremgår derimot av faktum at ingen sjekket inngangsbillett, og Anne hadde heller ikke meldt seg på konferansen. Dette taler for av hvem som helst kunne vært i den salen, og det er derfor en ubestemt krets som har gjort seg kjent med presentasjonen til Dr. Lusting. Det er ingenting som taler for at man kan legge til grunn en underforstått konfisendialitetsavtale når det gjelder presentasjonen Dr. Lusting holdt på konferansen.

Dr. Lusting kan derfor ikke søke patent på sin oppfinnelse for turbo encabulator (heretter t.e.)

Spørsmålet blir dermed om Anna og Iris kan sende inn en patentsøknad for en turboencabulator laget med nonexistium.

Nyhetskravet som fremgår av patl. § 2 innebærer at patentet sammenlignes med teknikkens stand på tidspunktet for søknaden. Altså alle mothold (dokumenter og annet som kan inneholde informasjon) på det relevante området.

For at nyhetskravet ikke skal være oppfylt må det finnes et mothold som inneholder alle patentkravene som fremgår av søknaden.

Anna og Iris skal som sagt søke patent for en t.e. med nonexisticum. Dette er en forskjell fra Dr. Lusting som har brukt unobtainium i sin oppfinnelse, og nyhetskravet er dermed oppfylt, forutsatt at det ikke finnes noe annet mothold som er identisk.

Spørsmålet blir dermed om patentet "skiller seg vesentlig" fra det som var kjent, jf. patl. § 2. Altså om oppfinnelsen oppfyller kravet til oppfinnelseshøyde.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden "vesentlig" tilsier at det må være en tydelig og markert forskjell.

At det må ha skjedd en utvikling er også i tråd med hensynene som ligger til grunn for patentretten. Oppfinneren må få et reelt vern til å utnytte sin oppfinnelse, og andre kan dermed ikke gjøre små, uvesentlige forskjeller og komme unna med det. I dette tilfellet foreligger det riktignok ikke en krenkelse av et vern uansett, da Dr. Lusting ikke har patent på sin oppfinnelse.

I vilkåret til oppfinnelseshøyde er det lov å kombinere flere mothold.

Når det skal gis vern for patent er det basert på en fagmann sin forståelse av ordlyden i søknaden. Og hvilken forståelse vedkommende har av de mothold som fins.

Dersom en videreutvikling er nærliggende for en fagmann, basert på de mothold som finnes, er ikke kravet til oppfinnelseshøyde oppfylt, jf. Det fremgår videre av forarbeidene at dersom en fagmann ville prøvd ut denne oppfinnelsen med rimelig tro om å lykkes, er ikke kravet til oppfinnelseshøyde oppfylt.

Det fremgår av faktum at alle i bransjen visste at ubobtainium var omtrent det samme som nonexistium. Det ville etter dette vært nærliggende for en fagmann å prøve Dr. Lustings

oppfinnelse, byttet ut med nonexistium, med rimelig tro om å lykkes. Vilkåret til oppfinnelseshøyde ville etter dette ikke vært oppfylt, men et viktig poeng i denne forbindelse er at det ikke er kjent akkurat hvilket material som ble brukt. Dette fremgår ikke av presentasjonen som ble holdt på kovensjonen og er følgelig ikke alment kjent.

Anna og Iris kan etter dette få patent på en torbuencabulator laget med nonexistium basert på patentlovgivningen.

Men et viktig problem er at Anna har undertegnet en konfidensialitetsavtale når hun fikk vite hvilket materiale oppfinnnelsen ble laget av.

Spørsmålene knyttet til forretningshemmeligheter blir behandlet i det følgende.

Forretningshemmelighetslovens formålet er å "sikre innehavere av forretningshemmeligheter vern mot urettmessig tilegnelse, bruk og formidling av hemmeligheten".

Selve tilegnelsen er ikke urettmessig, siden Anne har fått vite det av Dr. Lustig.

Etter § 2 er det tre vilkår som må oppfylles for at opplysninger skal regnes som en forretningshemmelighet. De må være "hemmelige", altså ikke "allment kjent eller lett tilgjengjelig"jf. bokstav a, ha "kommersiell verdi fordi de er hemmelige", jf. bokstav b og innehaveren må ha "truffet rimelige tiltak for å holde [opplysningene] hemmelige", jf. bokstav c.

Det fremgår av faktum at ingen vet hvilket material oppfinnelsen er laget av og at dette var avgjørende for at oppfinnelsen skulle virke. Opplysningene var følgelig hemmelige og hadde kommersiell verdi. At Anna måtte signere en konfidensialitetsavtale før hun fikk vite opplysningen taler for at det er truffet rimelige tiltak for å holde den hemmelig.

Opplysningene om å bruke unobtainium i oppfinnelsen t.e. er følgelig en forretningshemmelighet.

Etter formålet i loven er dermed Dr. Lusting sikret mot urettmessig "bruk og formidlig" av hemmeligeheten.

Spørsmålet blir dermed om Annas hensikt om å søke patent, samt fortelle om dette til Iris var brudd på dette.

Naturlig språklig forståelse av "formidling" er å fortelle det videre. At Iris sin arbeidsavtale inneholdt en konfidensialitetsavtale kan ikke veie opp for at Anne ikke har lov å videreformidle den informasjonen hun har fått. Dette ville innebære en omgåelse av hensikten med konfidensialitetsavtalen Anne har undertegnet.

Det er derimot ikke nok at det har skjedd bruk og formidling, den må også være "urettmessig", jf. § 1. Altså at den er gjort på en måte som ikke er lovlig.

At Anne har planer om å bruke opplysningene til å søke patent, og dermed få økonomisk vinning, taler for at det er urettmessig bruk.

Iris har kunnskap på fagfeltet som gjør at hun kan ha verdi av informasjonen Anne fikk av Dr. Lusting, dette taler for at formidlingen er urettmessig.

Det kan også argumenteres for at det ville være urimelig at Anna og Iris skulle få patent på en utvikling Dr. Lusting hadde skapt, bare at de hadde gjort en liten endring. Her kan hensynene til snylting på andres innsats, som ligger til grunn for reglene i varemerkeretten, anvendes analogisk. Det ville også trolig stride mot forretningshemmelighetsloven § 3 første ledd bokstav b om "god forretningsskikk".

God forretningsskikk er en rettslig standard som må fastlegges konkret, jf. Wegners sybord. Et vurderingstema i denne forbindelse er om man bruker andres innsats til berikelsesformål.

Dette må sies å ha skjedd her da Anne bruker alt av Dr. Lusting sitt arbeid og vil tjene på dette.

Annes bruk og formidling er dermed i strid med loven om forretningshemmeligheter.

Et strategisk råd i denne forbindelse ville være å inngå et samarbeid med Dr. Lusting, slik at bruken kan bli rettmessig.

Til slutt blir spørsmålene knyttet til varemerke behandlet.  
I denne forbindelse kommer varemerkeloven (vml.) til anvendelse.

Etter vml. § 1 kan man få enerett til å bruke et varemerke som "kjennetegn" for "varer eller tjenester" i "næringsvirksomhet".

Det fremgår av vml. § 2 at et varemerke kan bestå av alle slags tegn som er "egnet til å skille" en virksomhets varer eller tjenester fra andres. Etter forarbeidene innebærer dette et krav til særpreg.

Hvorvidt et varemerke er egnet til å skille en vare eller tjeneste fra andre, beror på en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor man skal ta utgangspunkt i gjennomsnittsforbrukeren på området.

I God Morgon dommen poengterer Høyesterett at kravet til sæpreg settes temmelig lavt etter EF-rettslige materialer. (EU-rett har betydning fordi varemerkeloven er en gjennomføring av varemerkedirektivet, jf. Gule Sider dommen).

Anna vil søke rett til varemerket Weinstein Films.

Etter vml. § 5 kan man ikke få varemerkerett på en "slik del av et varemerke som det ikke ville være adgang til å registrere særskilt".

På grunn av friholdelsesbehovet er det ikke adgang til å registrere generiske ord eller uttrykk som varemerke.

Ordet "films" vil være et generisk uttrykk for dokumentarfilmer, og det er derfor ikke adgang til å få varemerkerett til denne delen av varemerket.

Spørsmålet blir dermed om Weinstein har tilstrekkelig særpreg og distinktivt nok, jf. God morgon, til at Anna kan få varemerkerett.

Weinstein er Annas etternavn, § 5 andre ledd oppstiller en regel om at andre kan bruke "sitt navn" i "samsvar med god forretningsskikk" uansett om det foreligger varemerkerett. Andre vil følgelig ha en viss adgang til å benytte seg av navnet. Dette taler mot at det gis varemerkerett, fordi det ikke vil være tilstrekkelig klart for en gjennomsnittforbruker hvem som står bak varemerket.

Dersom varemerkeretten skulle nektes må det enten være "identisk" med et annet varemerke, eller skape "risiko for forveksling", jf. vml § 4. At merket kan skape assosiasjoner til noe annet er ikke tilstrekkelig, jf. Mozell-dommen.

Denne vurderingen tar igjen utgangspunkt i gjennomsnittsforbrukeren, som etter forarbeidene er en rimlig opplyst, tilstrekkelig oppmerksom og informert forbruker. Vareslagslikhet og kjennetegnslikhet har betydning for denne helhetsvurderingen, jf. forarbeidene.

Varemerker som er vanlige ord og uttrykk, vil ha et snevrere vern enn ord som er fantasi og påfunn.

Et etternavn er ikke fantasi og vil dermed ha et snevert vern.

At varemerket kan brukes av andre med samme etternavn taler for at det er fare for forveksling, og at det ikke kan gis varemerkerett. Andre vil kunne bruke sitt etternavn på enkeltpersonforetak og lignende.

Et alternativ er å benytte seg av foretaksnavn, da kan Anna bruke hele sitt navn dersom hun har et enkeltpersonforetak, og det ikke er registrert identisk foretaksnavn fra før, jf. foretaksnavneloven §§ 1-1 og 2-1.

Dersom Anna fikk varemerkerett, vil vernet være snevert, jf. God morgon. Et strategisk råd til Anna vil være å finne et navn som er mer særegent og distinktivt, slik at hun får et bredere vern for sitt varemerke.