**Kommentert mønsterbesvarelse**

Fag: BRV 215 Immaterialrett

Eksamensdato: 24.11.2022

Kandidat: Aksel Johansen Rennemo

Besvarelse kommentert av:

Kenneth Bråten, CMS Kluge

I samarbeid med



Overført fra originaldokument av Carina Kristoffersen, fagansvarlig JUFO 2023. 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.

**1.0 Innledning**

Oppgaven vil gi en redegjørelse for vernetiden til de immateriale rettighetene varemerke, patent og opphavsrett.

Det vil først kort gis en redegjørelse for hva de forskjellige rettighetene gir vern for.

**1.1 Varemerke**

Et varemerke er etter varemerkeloven (vml.) § 2 alle slags tegn som er "egnet til å skille" en virksomhets varer eller tjenester fra andres. Som eksempel gis ord, ordforbindelser, navn, bokstaver, tall, figurer og avbildninger. Dette er ikke en uttømmende liste, men et fåtall eksempler på hvilke tegn som kan registeres som varemerke. Ytterligere vilkår for registrering fremgår av vml. §§ 14-16.

Et gyldig registrert varemerke gir innehaveren en enerett til å benytte merket som kjennetegn for varer eller tjenester i næringsvirksomhet. Det betyr at det bare er innehaveren som kan benytte merket som et kjennetegn for bestemte varer og tjenester. Merket gir et vern mot inngrep så langt det strekker seg etter vml. § 4.

**1.2 Patent**

Et patent er en registrerbar rettighet som gir en næringsdrivende en enerett til en teknisk løsning på et teknisk problem. Det er snakk om et vern for utnyttelse av oppfinnelser som kan utnyttes industrielt jf. patentloven (patl.) § 1. Oppfinnelser er, etter forarbeider og
rettspraksis, det som har teknisk karakter, teknisk effekt og er reproduserbart.

For å kunne få meddelt patent stilles det krav til at patentet er nytt, og at det skiller seg vesentlig fra det som er kjent. Både vurderingen av om noe er nytt og om det skiller seg vesentlig fra det som er kjent avgjøres ut fra teknikkens stand dagen før inngivelsesdagen.

Akkurat som ved varemerke gir patent en kommersiell enerett. Det betyr at andre ikke uten samtykke kan benytte den samme tekniske løsning i næringsvirksomhet.

**1.3 Åndsverk/Opphavsrett**

Opphavsretten gir, i likhet med de ovennevnte rettigheter, en enerett til utnyttelse av noe. I opphavsretten er det som beskyttes et åndsverk, altså en frembringelse på det "litterære eller kunsteriske" området jf. åndsverksloven (åvl.) § 2.

Et åndsverk er et litterært eller kunstnerisk verk av "envher art" som er uttryk for "original og individuell skapende åndsinnsats" jf. åvl. § 2. En viktig forskjell fra patent og varemerke er at man ikke kan søke om registrering for åndsverk. Dette fører, i motsetning til for varemerke og patent, til at man ikke kan søke i et register for å lete etter andres rettigheter og klargjøre hvor ens egne muligheter starter/slutter.

For å verne om den eneretten man får etter åvl. § 3 må man derfor påvise vernet reaktivt i en domstolsprosess. I den prosessen må man først bevise for domstolen at verket oppfyller lovens krav og fortjener vern, før man deretter ser hen til om det er skjedd et inngrep i eneretten.

**2.0 Hoveddel**

Oppgaven vil videre redegjøre for vernetid generelt og for hver enkelt rettighet, før det deretter gjøres en sammenligning av forskjeller og likheter avslutningsvis.

**2.1 Vernetid generelt**

Som forklart ovenfor gir både patent, varemerke og opphavsrett en enerett til utnyttelse av det man har skapt. Alle disse rettighetene søker å opprettholde en rettferdig balanse mellom allmennhetens rettigheter og den individuelle innehavers rettigheter. Derfor gjelder det, for alle områdene, bestemmelser om vernetid. Til tross for at rettsområdene bærer atskillige likheter er det kanskje innen vernetiden at skillet i de grunnleggende hensyn bak rettighetene kommer sterkest til syne.

Vernetiden er den tiden innehaveren av rettigheten kan sitte med eneretten. Etter at vernetiden er utløpt kan ikke lenger innehaveren påberope seg eneretten som grunnlag for å gjøre inngrep i andres handlinger. Hvor lang vernetiden er vil derfor kunne ha store konsekvenser og være avgjørende for hvordan et foretak går frem.

**2.2 Vernetid for varemerke**

I utgangspunktet foreligger det ikke noe vernetid for varemerker.

Etter vml. § 32 gjelder nemlig registreringen i ti år av gangen, men man står fritt til å fornye så mange ganger man ønsker. Det er ingen begrensninger i antall ganger man kan søke.

De grunnleggende hensynene bak varemerker er blant annet opprinnelsesgarantifunksjonen og reklamefunksjonen. Begge disse taler mot at det skal foreligge en absolutt tidsfrist for vern av et varemerke.

Som jeg så vidt var inne på ovenfor er et varemerke sin rolle å fungere som kjennetegn for en virksomhets varer og tjenester. Varemerket skal altså fungere som en opplysningsmekanisme for kundekretsen, slik at de kan være sikre på at de får den kvalitet de forventer. Varemerket garanterer for at varen faktisk stammer fra den riktige produsent og at varene eller tjenestene har en viss kvalitet.

Videre har varemerket en iboende reklamefunksjon. Det er i dag flere velkjente varemerker som umiddelbart vekker assosiasjoner i merkets kundekrets. Selve varemerket kan også ha stor selvstendig verdi. Denne reklamefunksjonen gjør seg kanskje sterkest gjeldende fra innehaverens side, men den er like fullt en viktig egenskap ved varemerket.

En ytterligere, vel så viktig, funksjon av varemerket er at det skal sørge for lojalitet mellom næringsdrivende. Dersom man har et vernet varemerke hindrer man at andre legger seg tett opptil eget merke, og derfor tjener på det opprinnelige merkets opparbeidete goodwill.

På dette grunnlag kan man i praksis opprettholde vern for et varemerke så lenge det er ønskelig. All den tid varemerket er egnet til å skille en bedrifts varer og tjenester fra andre bedrifters står de grunnleggende hensynene som står bak vernet seg enda. Det gjør seg altså ikke med styrke gjeldende hensyn som taler for å oppheve vernet. At det har gått lang tid er jo intet selvstendig argument for at varemerket har mistet sine egenskaper eller evne til å oppfylle sin rolle.

Om man skulle åpnet for at eneretten til varemerker falt bort etter en gitt tid ville det ført til en vanskelig hverdag for både bedrifter og forbrukere. Varemerket ville ikke lenger kunnet oppfylt sin grunnleggende funksjon som garantist for opprinnelse og kvalitet, ettersom enhver kunne benyttet samme varemerke eller lagt seg så tett opptil et eksisterende merke at det utelukkende ville skapt forvirring. En slik rettstilstand er åpenbart uholdbar.

Å gi varemerker en absolutt vernetid er derfor sterkt uønsket. Eneretten til varemerket kan derimot falle bort av andre grunner. Det vil gis en kort redegjørelse for disse i det følgende.

For det første gjelder det ingen enerett om varemerket er registrert i strid med bestemmelsene i vml. §§ 12-16. Varemerket vil, etter en innsigelse, måtte kjennes ugyldig dersom dette skjer. En annen ting er at varemerket kan være innarbeidet etter vml. § 3 tredje ledd om det har vært i bruk lenge, men dette vil jeg ikke gå nærmere inn på.

For det andre kan eneretten falle bort om den er i strid med § 8 første ledd. Bestemmelsen regulerer eneretten til et varemerke der det er utvist passivitet ved inngrep.

For det tredje kan eneretten falle bort dersom merket er utsatt for degenerering jf. vml. § 36. Under degenerering faller blant annet at merket har blitt den alminnelige betegnelsen på en vare eller tjeneste. Et eksempel er for eksempel varemerket Thermos for termo-flasker.

For det fjerde kan ikke-bruk av et merke føre til bortfall. Dette skjer om merket ikke er tatt i bruk innen fem år eller om bruken har vært avbrutt i fem år. Dette forutsetter imidlertid at andre reiser innsigelse mot varemerket.

For det femte kan selvfølgelig innehaver av merket selv beslutte at merket skal frigjøres.

**2.2 Vernetid for Opphavsrett**

Det avgrenses mot anonyme åndsverk (§ 12), verk som ikke tidligere er offentliggjort (§13) og åndsverk som ikke har opphavsrettslig vern (§ 14) og øvrige særbestemmelser om vernetid. Kun hovedregelen vil behandles i det følgende.

Vernetiden for opphavsretten er sterkt avvikende fra varemerkeretten. Mens det i varemerkeretten ikke gjelder noen absolutt vernetid, er denne svært viktig for åndsverkene.

Vernetiden for åndsverk etter åvl. er nemlig 70 år etter skaperens død. Det innebærer at verket er vernet i hele skaperens levetid, og deretter at eneretten består i 70 år etter opphaverens død. Dette fremgår av åvl. § 11.

Grunnlaget for at vernet varer i hele 70 år etter opphaverens død, er det sterke personlige båndet en opphaver har til sitt åndsverk. Dette kan gjenfinnes allerede i åvl. § 2, hvor det stilles krav til at et verk er utslag av en "original og skapende åndsinnsats" for at det skal gis vern.

Hensynet bak vernet er altså at opphaveren har en sterk personlig tilknytning til det han har skapt. Dette kommer til syne på flere måter. Selv om opphaveren selger videre eneretten til sitt verk vil han fortsatt ha krav på å bli navngitt og ha vern mot krenkende bruk etter åvl. § 5. Regelen er direkte forankret i nettopp det nære forholdet mellom opphaver og åndsverk.

Når det personlige ved vernet står så sentralt kan man spørre seg hvorfor det ikke er tidsubestemt, slik det er for varemerker.

Dette er på grunn av at opphaverens rettigheter må avveies mot almenhetens interesser. Selv om den personlige tilknytningen står sterkt, vil det sette betydelige skranker for den videre samfunnsmessige og kulturelle utviklingen om åndsverk vernes på tidsubestemt basis. Grensen på 70 år etter død er derfor en avveining mellom opphavers behov og allmennhetens behov.

Retten til navngivelse består selv om vernetiden har utløpt.

**2.3 Vernetid for patent.**

Et gyldig registrert patent gir patenthaveren enerett til å utnytte patentet i 20 år jf. patl. § 40.

Dette er en absolutt grense, med unntak av at det for vise oppfinnelser som tar lang tid å få registrert (typisk på det medisinske området) gis 25 års beskyttelse.

Hensynet bak den absolutte tidsgrensen på 20 år, som må sies å være svært kort, er at patentretten er bygget på en grunnleggende samfunnskontrakt mellom patenthaver og allmennheten. Patenthaveren oppnår en enerett til å utnytte den teknologiske nyvinningen, men dette i bytte av at patentet offentliggjøres jf. patl. § 22. Dette fører til at teknikken blir kjent, og derfor at andre kan bygge videre på den, i bytte mot eneretten til å utnytte patentet.

Det ville brutt med denne samfunnskontrakten om vernetiden var for lang, slik at allmennheten ikke på noen måte kunne gjort nytte av oppfinnelsen utenom slik patenthaveren tillater. Det er igjen altså en avveining mellom allmennhetens interesser og rettighetshaverens interesser.

Videre ville en for lang vernetid ha ført til at teknikken sto stille. Patenthavers visshet om at han ikke har et ubegrenset vern for utnyttelsen av fremgangsmåten tvinger ham til å videreutvikle teknikkens stand slik at han kan få vern for nye oppfinnelser. Gjør han ikke dette vil han stå på bar bakke den dag patentet utløper.

At vernetiden er relativt kort underbygges også av at teknologien og teknikkens stand sjelden står stille. Det ville være sterkt urimelig for allmennheten om alt det vesentlige av teknikk er underlagt eneretter, foruten utdatert og gammel teknologi, som uansett ikke har noe anvendelsesområde i dagens samfunn.

**2.4 Sammenligning**

De forskjellige rettighetsområdene har altså vidt forskjellige regler hva gjelder enerettens varighet.

Der opphaveren og varemerkehaveren nyter et tidsmessig langtrekkende vern må patenthaveren ta til takke med et relativt kortvarig vern. Også opphaverens vern er imidlertid tidsbegrenset, mens en bedrift i praksis kan fornye sitt varemerke så lenge det ikke foreligger grunnlag for å avslutte bruken eller det av andre grunner faller bort.

De store forskjellene som foreligger kan i all hovedsak begrunnes i de avvikende hensyn som gjør seg gjeldende.

Den sterke personlige tilknytningen ligger til grunn for vernetiden på 70 år for åndsverk, men noe slikt hensyn finnes ikke for patentet. Det er riktignok slik at en patenthaver kan ha lagt ned en tilsvarende innsats som en opphaver, og at han har utvist en "original og skapende åndsinnsats", men hensynet til allmennheten og den tekniske utvikling taler sterkt imot at patenthaveren av den grunn skal kunne få enerett i hele hans levetid og deretter 70 år etter egen død.

Varemerkets funksjon er som nevnt å fungere opplysende og verne næringsdrivende mot illojal snylting. Å verne mot illojal snylting kan med styrke også gjøres gjeldende for det andre rettighetene, men det gir allikevel ikke utslag i noen utvidet vernetid av den grunn. Varemerkets hovedrolle er å virke opplysende, noe som ikke kan sies om patentet eller åndsverket.

**Oppgavetekst:**

**Oppgave 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 rettslige spørsmål som vil behandles hver for seg.

Det første spørsmålet er om Anna og Iris Kimura kan få patent for oppfinnelsen.

Vilkårene for patent fremgår av patl. § 2.

Her heter det at patent meddeles på "oppfinnelser" som er "nye" i forhold til hva som var "kjent" før patentsøknadens inngivelsesdag. I tillegg må oppfinnelsen "skille[r] seg vesentlig" fra det som var kjent.

Spørsmålet er altså først om det foreligger en "oppfinnelse[r]".

Det fremgår av forarbeider og rettspraksis at en oppfinnelse er en teknisk løsning på et problem som har teknisk karakter, teknisk effekt og er reproduserbar.

At noe har teknisk karakter innebærer at det utnytter naturens materialer og energi. Det legges til grunn at dette er tilfellet for turbuencabulatoren.

Videre må oppfinnelsen ha teknisk effekt. I dette kravet ligger det at oppfinnelsen må virke. Dette må også anses oppfylt ettersom det ikke foreligger opplysninger som tilsier annet.

Oppfinnelsen må også være reproduserbar. Også dette legges til grunn slik faktum fremstår.

Videre gis patent bare på "nye" oppfinnelser. Om noe er nytt eller ikke skal avgjøres utifra hva som var "kjent" før patentsøknadens inngivelsesdag.

Turboencabulatoren var blitt presentert på konferansen. Etter patl. § 2 andre ledd anses alt som er blitt "alment tilgjengelig" som "kjent". Det vises deretter spesifikt til at foredrag kan være et slik tilfelle.

Avgjørende for vurderingen er om de som var på foredraget var en "større eller ubestemt krets" av mennesker. Vurderingstemaet fremgår av Stenvik, 2013 og forarbeidene. Det avgjørende er om man har kontroll på hvem som har tilgang på informasjonen.

Det må uten videre legges til grunn at det var snakk om en "større eller ubestemt krets" av mennesker. Ved inngangen til konferansen ble det ikke sjekket om man hadde meldt seg på, og det opplyses heller ikke at det ble opplyst at informasjonen var hemmelig på noen måte.

En slik krets med mennesker kan man ikke hevde å ha kontroll over.

Alt som ble presentert på konferansen er derfor "kjent" og inngår i vurderingen av nyhet etter patl. § 2.

Umiddelbart kan det derfor virke som at oppfinnelsen ikke er ny. Dette er imidlertid ikke tilfellet, ettersom presentasjonen ikke opplyste om hva oppfinnelsen ble laget av. Dette fikk Anna vite fra Dr Lustig personlig, etter å ha signert en NDA.

Oppfinnelsens materiale kan derfor ikke anses kjent.

Det legges til grunn at en fagperson ikke vil kunne tenke seg til at det er materialene unobtainium eller nonexistium som er nødvendige for oppfinnelsens funksjon. Dette ettersom faktum opplyser at Anna lurte på hva turboencabulatoren var laget av, at det store spørsmålet etter forelesingen var encabulatorens materiale, og at encabulatoren ikke ville fungert uten riktig materiale.

Etter LB-2015-90322 er en oppfinnelse ny hvis "den forut for prioritetsdagen ikke kunne utledes direkte og utvetydig av et mothold, sett i lys av fagpersonens alminnelige kunnskap". Videre uttaler retten at "dette innebærer at alle trekk ved oppfinnelsen må framgå av motholdet, enten direkte eller implisitt".

Oppfinnelsen medfører altså nyhet ettersom fagmannen ikke kan tenke seg til hvilke materialer som må benyttes.

Ettersom oppfinnelsen er ny må man gå videre til å vurdere om oppfinnelsen "skiller seg vesentlig" fra det som er kjent.

Det som er kjent er som nevnt det som ble presentert på konferansen.

Vurderingen av om noe "skiller seg vesentlig" fra det som er kjent, skal ta utgangspunkt i fagpersonen. Kravet er jf. EPC artikkel 56 første punktum oppfylt om løsningen ikke fremstår som nærliggende i forhold til teknikkens stand for en fagperson.

Av den nordiske patentutredningen fra 1964 side 127 fremgår det at fagpersonen er en gjennomsnittsfagmann uten særlig oppfinnerevne, men som er fullt ut kjent med teknikkens stand, og har evne til å utnytte alt det kjente materiale på en god fagmessig måte.

Som forklart ovenfor gir imidlertid faktum anvisning på at det nettopp ikke vil være nærliggende for en fagmann å tenke seg til hvilket materiale som er brukt. Som en konsekvens av dette vil oppfinnelsen "skille[r] seg vesentlig" fra det som var kjent på søknadstidspunktet.

Der vilkårene for patent er oppfylt har søkeren et rettskrav på patent.
Konklusjonen synes altså å være at Anna og Iris Kimura kan få patent på oppfinnelsen.

Anna og Iris vil derfor trolig få innvilget patentet, men det vil **neppe** stå seg ved innsigelse fra Dr Lustig.

Å opprettholde Anna og Iris Kimuras patentrett på oppfinnelsen ville vært sterkt urimelig.

Det sentrale for om patent kan innvilges er hvilket materiale encabulatoren er laget av. Anna tilegnet seg denne informasjonen fra Dr Lustig. Som en forutsetning for å dele denne informasjonen måtte Anna undertegne en fortrolighetsavtale.

Når Anna deretter fortalte hvilket materiale encabulatoren var laget av, medførte det mislighold av kontrakten med Dr Lustig.

Anna har i realiteten her fått tilgang på en hemmelighet. Forretningshemmeligheter beskyttes etter forretningshemmelighetsloven.

Etter lovens § 2 er en forretningshemmelighet opplysninger som "ikke" er "allment kjent eller lett tilgjengelig". Videre må opplysningene ha "kommersiell verdi", og det "fordi" de er hemmelige, og innehaveren må ha truffet "rimelige tiltak" for å holde opplysningene hemmelige.

Det er på det rene at opplysningene Anna fikk tilgang på ikke er "allment kjent eller lett tilgjenelig". Det er også klart at de har "kommersiell verdi" og at dette er "fordi" de er hemmelige. Her henviser jeg til drøftelsen av patent ovenfor. Videre er det klart at en NDA må være tilstrekkelig "rimelige tiltak" for å hindre at opplysningene blir allment kjent.

Hvilket materiale encabulatoren var laget av var altså en forretningshemmelighet.

Inngrep i forretingshemmeligheter forbys av § 3. Etter bestemmelsens andre ledd må ingen gjøre inngrep i en forretningshemmelighet ved å "bruke eller formidle" hemmeligheten som vedkommende har fått kunnskap om "i strid med første ledd".

Innunder første ledd faller "annen adferd i strid med god forretningsskikk" jf. bokstav b.

Å misligholde en NDA vil klart falle inn under bokstavens ordlyd. Det foreligger en forventing om at slike avtaler holdes, og Dr Lustig kan ikke bebreides for at Anna har misligholdt avtalen.

Å bruke opplysningen om hva encabulatoren var laget av var altså et brudd på forretningshemmelighetsloven i tillegg til mislighold av avtale.

Dr Lustig vil derfor kunne angripe patentet etter både alminnelige avtalerettslige prinsipp og forretningshemmelighetsloven.

Som en konsekvens av dette vil jeg, for spørsmålet om patent, fraråde Anna og Iris Kimura fra å søke patent. Det vil føre til store rettslige konsekvenser for dem. Dette er fordi Anna på en illojal måte utnytter informasjon til egen vinning. Patent gir enerett, og du vil krenke Dr Lustigs innsats som er lagt ned for å finne opp encabulatoren.

Dersom Anna ønsker det, kan det være i hennes interesse å kontakte Dr Lustig og informere om at hun bruker feil materiale. Slik kan hun kanskje få rett til en prosentandel av omsetningen til patentet eller på annen måte bli kompensert. Å selvstendig søke om patent, derimot, vil være sterkt å fraråde.

For det andre er spørsmålet om Anna kan få registrert varemerket Weinstein Films.

 Det legges til grunn at Harvey Weinstein ikke eksisterer.

De alminnelige vilkår for registrering av varemerker fremgår av vml. § 14.

Etter § 14 kan et varemerke registreres om det består av "tegn" som kan "gjengis grafisk" og beskyttes etter § 2. Merket må videre ha "særpreg som kjenneteng for slike varer eller tjenester som det gjelder".

I vml. § 2 fremgår det at et tegn for eksempel kan være "ord", "ordforbindelser" eller "navn".

Det er på det rene at "Weinstein Films" må falle inn under disse eksemplene.

Både vml. § 2 og § 14 stiller et krav om at merket må ha "særpreg", altså at det må være "egnet til å skille" en virksomhets varer eller tjenester fra andres.

Det avgrenses her mot de beskrivende varemerkene. Etter vml. § 14 andre ledd bokstav a. kan ikke et varemerke registreres om det "angir varens eller tjenestens art, beskaffenhet, mengde, formål, verdi, geografiske opprinnelse [...] eller andre egenskaper ved varen eller tjenesten".

Terskelen for å registrere varemerker synes imidlertid å være relativt lav, selv for varemerker som må anses relativt beskrivende. Særlig kommer dette til uttrykk i Høyesteretts dommer om Gule sider (Rt. 2005 s. 1601) og God morgon (Rt. 2002 s. 391).

I gule sider-dommen hadde merket, gjennom omfattende markedsføring og annonsering, "slitt" seg til særpreg, selv om det i utgangspunktet var beskrivende.

I God morgon-dommen fikk et svenskt handelslag registrert "god morgon" som varemerke for appelsinjuice. Registreringen må sies å ligge nær den nedre grense av hva som kan anses beskrivende.

Felles for merker som er på grensen til beskrivende er at de har et relativt svakt vern, Dette betyr at andre merker vil kunne legge seg ganske tett opp mot merket uten at det foreligger inngrep. Kjennetegnslikheten og Vareslagslikheten kan altså være stor, uten at dette nødvendigvis gir rett til å kreve bruken stanset eller kreve vederlag fra den annen part.

Selv om vernet er svakere, er det altså en noe lav terskel for registrering av varemerker, selv om de må sies å være relativt beskrivende.

Spørsmålet er først om varemerket er beskrivende.

Anna driver med filmproduksjon. Å bruke ordet "films" vil, selv om det er på engelsk, være svært beskrivende for hennes virksomhet.

Ordet kommer imidlertid etter "Weinstein". Dette er et ord med stort særpreg. I Søtt og Salt- dommen (Rt. 2008 s. 1268) ble det uttalt at man må legge vekt på de dominerende preg ved varemerket. Selv om dommen gjaldt vurdering av inngrep i et varemerke må synspunktet sies å ha overføringsverdi her.

Ordet Weinstein har her et dominerende preg. Det som da førte til at merket var beskrivende, "films", får derfor en slag birolle, og er ikke det som fanger øyet ved merket.

Etter dette er merket ikke beskrivende etter vml. § 14 andre ledd.

Foruten at et merke ikke kan være beskrivende må det som nevnt ha særpreg, og det må være egnet til å skille en virksomhets tjenester eller varer fra andres.

I denne vurderingen har Høyesterett i Gule sider-dommen uttalt at det sentrale er om merket har "evne til å tiltrekke seg en viss oppmerksomhet" og om det er av en slik art at det er "egnet til å feste seg i erindringen" til dem som møter merket.

I denne vurderingen pekes det igjen til at ordet "films" er svært beskrivende. Dette skulle i utgangspunktet tilsi at merket ikke oppfyller kravene Høyesterett stiller.

Det avgjørende er imidlertid hvilket inntrykk ordet "Weinstein" gir og hvordan helhetsinntrykket påvirkes av det.

At ordet er et etternavn utelukker ikke registrering. Andre med samme etternavn kan etter vml. § 5 andre ledd bokstav a fortsatt benytte eget navn i samsvar med god forretningsskikk. Både Johaug, Northug og Dæhli er eksempler på varemerker som også er etternavn.

Etternavnet kan ikke anses å være normalt her i Norge. Dette vil føre til at man biter seg merke i det når man møter på det. Den uvanlige bokstaven "W" får en slags ekstra dominerende posisjon når det kommer først i merket, noe som er svært uvanlig i norsk språkbruk.

Betydningen av at W-en kommer først kan allikevel ikke veie for tungt, ettersom den alminnelige nordmann, hvertfall innen filmbransjen, er godt kjent med engelsk som språk.

Det kan heller ikke anses som særlig originalt å benytte eget etternavn etterfulgt av "films" som et varemerke. Friholdsprinsippet taler derfor mot at man burde få registrert et slikt merke.

Til tross for dette vil altså etternavnet være så uvanlig at det må anses å ha "enve til å tiltrekke seg en viss oppmerksomhet" og være "egnet til å feste seg i erindringen".

Det legges derfor, under noe tvil, til grunn at "Weinstein films" har særpreg, og kan registreres som et varemerke jf. vml. § 14.

En annen sak er at merket vil nyte et svakt vern. Ordet "films" nyter i seg selv ikke vern for filmproduksjon eller virksomhet, da det er beskrivende. "Weinstein" er et etternavn, og andre med samme etternavn kan fritt benytte det i næringsvirksomhet. Merket ligger nok nærme den nedre grensen for registrering, og Anna må derfor tåle at andre næringsdrivende legger seg tett opptill hennes merke.

Mitt råd til Anna er derfor å søke om å få varemerket registrert, men at det ikke bør forventes at merket vil ha et sterkt vern. Anna må derfor finne seg i at andre legger seg tett opptil merket. Registrering av varemerke er imidlertid viktig for den fremtidige veksten og driften av filmselskapet.

For det tredje er spørsmålet om det oppstår opphavsrettslige problemer i forbindelse med dokumentaren.

Spørsmålet er først om Annas dokumentar er et åndsverk.

Et åndsverk er et "litterært eller kunstnerisk[e]" verk som er uttrykk for "original og skapende åndsinnsats".

Spørsmålet er først om dokumentarfilmen er et "litterært eller kunstnerisk[e]" verk.

Orlyden isolert taler mot dette, da den tilsier at det bare er kuns og litteratur som er omfattet. Dokumentarfilm kan neppe sies å være kunst eller litteratur. Ordlyden må imidlertid forstås som at den omfatter svært mye. Dette følger alledere av oppramsingen som foretas i bokstav a. til m. Etter dette er det klart at en dokumentarfilm oppfyller vilkåret. Særlig bokstav e. er av relevans her.

Selv om en dokumentarfilm er et verk innenfor det litterære eller kunstneriske området kreves det at verket er uttrykk for en "original og individuell skapende åndsinnsats. Dette er et vilkår om verkshøyde, en slags nedre grense for hva som kan være åndsverk.

Spørsmålet er altså om dokumentarfilmen er uttrykk for en "original og individuell skapende åndsinnsats".

En naturlig språklig forståelse tilsier at det må være snakk om noe originalt som har fått personlige preg, og at det oppstilles en viss nedre grense.

Vurderingen som skal foretas er rent rettslig. Det er ikke anledning til å legge vekt på kunstkvalitative vurderinger.

I Painer-dommen uttalte EU-retten at opphaveren må ha hatt valgmuligheter for at det skal være snakk om åndsverk. Saken gjaldt opphavsrett til portrettfotografier, og retten la i den forbindelse vekt på de valgmuligheter hadde ved å endre på kamereainnstillinger, bakgrunn, positurer og redigering av bildet i ettertid.

EU-retten, som har rettskildemessig betydning for Norge som følge av EØS-avtalen, har videre lagt atskillig vekt på risikoen for dobbeltfrembringelser. Det vil altså tale mot at vilkåret om verkshøyde er oppfylt om en annen kunstner kan tenkes å ha kommet til et helt likt resultat.

Selv om saken her gjelder film, og ikke portrettfotografi, må de samme momentene kunne tillegges vekt. Det sentrale er om verket har fått et individuelt preg.

Vilkåret om verkshøyde er videre ikke et vilkår om nyhet. Man kan fritt la seg inspirere av andre så lenge det får uttrykk i noe som er originalt og individuelt.

Når Anna skulle lage dokumentarfilmen hadde hun store valgmuligheter. Det fremgår av faktum at hun bevisst satt opp kameraet slik at det fanget opp hele scenen, og at det ikke var i veien for deltakerene på konferansen. Det legges også til grunn at hun har hatt betydelige valgmuligheter hva gjelder bildenes utseende. Hun kunne fritt stille inn kameraets innstillinger og kan også redigere bildene i ettertid.

Dette trekker i retning av at filmen er et åndsverk.

Til dette kan det innvendes at Anna bare har filmet det som har skjedd. Hun har ikke bestemt over handlingen, det som blir sagt og gjort, på noen måte. Det er på det rene at konferansen ville gått på likt vis uavhengig av om Anna hadde filmet eller ikke. Annas kreative valg har altså vært svært begrenset. En annen kunstner kunne kommet til et resultat som i det vesentlige fremstile det samme som Annas film.

På den annen side igjen vil forskjellene i filming og redigering her være avgjørende. Anna har gjennom disse valgene unektelig satt sitt personlige preg på dokumentarfilmen.

Dokumentarfilmen er altså uttrykk for "original og individuell skapende åndsinnsats", og er et åndsverk.

At filmen er et åndsverk gir Anna en rekke rettigheter etter åndsverksloven. Det reiser seg imidlertid visse problemstillinger knyttet til innholdet i Annas film.

Det fremgår av faktum at det under konferansen ble brukt både musikk og film som er underlagt andres opphavsrett.

Disse andre åndsverkene, herunder DJ Khaleds "All I Do Is Win", utdragene fra de populære filmene og Dr Lustigs egne film, har deres respektive opphavere enerett til jf. åvl. § 3.

Utgangspunktet er derfor at å inkludere disse verkene i egen dokumentarfilm vil stride mot de opprinnelige opphaveres enerett, med mindre det innhentes samtykke.

Dette må være utgangspunktet.

Spørsmålet er allikevel om åvl. § 30 kan komme til anvendelse.

Bestemmelsen gir rett til å benytte verk som er "offentliggjort" om disse kun utgjør en "del av bakgrunnen" eller spiller en "tilfeldig" eller "underordnet" rolle i sammenhengen.

Begrepet "offentliggjort" er legaldefinert i åvl. § 10 første ledd. Det skilles mellom at et verk er "offentliggjort" og "utgitt". Anvendelse av åvl. § 30 forutsetter førstnevnte.

Etter åvl. § 10 er et åndsverk først offentliggjort når det "lovlig" er "gjort tilgjengelig for allmenheten".

En naturlig språklig forståelse tilsier at allmenheten fritt må kunne ha tilgang til verkene.

Dette kan ikke være tilfellet for musikken eller de populære filmene. Disse verkene må anses utgitt, men ikke offentliggjorte. Opphaverene til disse verkene vil fortsatt ha en sterk kommersiell interesse i dem, og det kreves at man betaler for å på lovlig vis få tilgang til dem.

Hensynet til informasjonsfrihet og ytringsfrihet kan trekke i den andre retningen, men ikke med tilstrekkelig styrke til å fravike lovens utgangspunkt om at disse verkene ikke fritt kan tas med i andre verk.

For Dr Lustigs egen film stiller spørsmålet seg annerledes. Denne filmen må anses "offentliggjort" ettersom man fritt kunne komme inn på konferansen uten å betale vederlag. Det foreligger ikke opplysninger om at Dr Lustig ikke ønsket at dette skulle være tilfellet, og dette legges derfor til grunn.

For å kunne omsette og tjene penger på dokumentarfilmen må altså Anna innhente tillatelse fra rettighetshaverene til de populære filmene og DJ Khaleds sang. Eventuelt må hun klippe vekk disse delene av filmen.

En ytterligere problemstilling er retten til eget bilde og filmingen av dokumentaren

Retten til eget bilde fremgår av åvl. § 104, og slår fast at "fotografi" som "avbilder en person" ikke kan gjengis eller vises offentlig uten samtykke.

Selv om det her er snakk om video, og ikke fotografi, taler hensynene bak bestemmelsen for å la den gjelde analogisk. Film er nettopp flere fotografier satt sammen, og det er hensynet til privatlivet som begrunner regelen.

Selv om bestemmelsen kommer til anvendelse vil den neppe være problematisk for Annas dokumentarfilm. Av bestemmelsens bokstav c. fremgår det at retten til eget bilde ikke gjelder dersom bildet gjengir "forsamlinger".

Konferansen må anses for å være nettopp en "forsamling".

Ytterligere støtte for at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse er bokstav b. Her unntas avbildninger hvor "personen er mindre viktig enn hovedinnholdet i bildet".

For dokumentarfilmen er det de tekniske løsninger som diskuteres som er det sentrale, og ikke personene som blir avbildet.

Åvl. § 104 kommer altså ikke til anvendelse.

Til tross for at jeg her har kommet til at § 104 ikke kommer til anvendelse vil det være ryddig av Anna å innhente samtykke fra de personene som man tydelig kan se ansikter på. Ansiktene kan med enkelthet forvrenges eller gjøres ugjenkjennelige om de ikke ønsker å bli avbildet.