

## **Sensorveiledning/studentveiledning Markedsrett (JUR 1285), eksamensoppgave vår 2012**

### **1 Innledende bemerkninger. Om faget, læringsmål og hensikten med veiledningen**

Markedsrett er et nystartet bacheloremne fom. våren 2012, så dette er første gang det avvikles eksamen i faget. Emnets opplegg er spesielt i forhold til andre fag, ved å være et oversiktsemne som i realiteten omfatter flere fagdisipliner (konkurranserett, markedsføringsrett, immaterialrett), og ved at undervisningen – og dermed mye av læringen – skjer i form av en “gjennomgående case” (rammecase), som belyser de problemstillinger som omfattes av emnebeskrivelsen og læringsmålene. Læringsmålene er angitt som følger:

*“Emnet skal gi en grunnleggende forståelse for hensynene bak de relevante regelsett og sammenhengen mellom dem. Det skal sette studentene i stand til å foreta enkle immaterialrettslige og konkurranserettslige vurderinger.”*

Det er angitt på fagets nettside at eksamen “har basis i” rammecasen. Dette har overfor studentene vært presisert dit hen at eksamen vil ta opp problemstillinger og innfallsvinkler som det blir øvd på gjennom rammecasen. I den forbindelse er det viktig å presisere at faget ikke bare har et konfliktløsningsperspektiv, men også inntar konfliktforebyggings- og rådgivningsperspektiv. Dette kan nok oppleves som uvant for studentene, noe det bør tas hensyn til ved første gangs eksamen.

Meningen med denne veiledningen er todelt. Foruten å si noe om hvordan bedømmelsen av vårens eksamensbesvarelser bør skje, skal den også gi en pekepinn til studenter ved senere eksamener om hva de kan forvente. Det anses som spesielt viktig ettersom fagets opplegg skiller seg fra andre fag studentene har vært i befatning med. Veiledningen er derfor også mer utfyllende og forklarende enn den ellers ville ha vært.

### **2 Om oppgaven**

Det har blitt kommunisert til studentene, både på fagets nettside og muntlig på forelesninger, at det bare gis praktiske oppgaver i faget. Det skal derfor ikke ha kommet som noen overraskelse på studentene at de får en “case” som skal løses. Oppgaven er imidlertid ingen tradisjonell praktikumsoppgave av den type studentene har vært vant med å få til andre eksamener. Den er inspirert av virkelige hendelser – lansering av kaffekjeden Starbucks i Norge – og det stilles til dels andre spørsmål enn det som er vanlig i ordinære

praktikumsoppgaver. Til dette kommer at faget er et oversiktsfag, hvilket – i tråd med læringsmålene i faget – impliserer at kandidatene blir prøvd mer i bredden enn i dybden. Dette har vært forsøkt kommunisert til studentene, men erfaringen med vårens eksamen viser at mange kandidater nærmer seg oppgaven som en vanlig praktikumsoppgave, og besvarelsene blir gjennomgående altfor omstendelige ved problemformuleringene og drøftelsene. Dette medfører at oppgaven åpenbart har blitt oppfattet som mer omfattende enn det som er intensjonen. Det kommer ikke som noen overraskelse, ettersom det ikke før har vært gitt eksamen i faget som har kunnet synliggjøre det som har vært forsøkt formidlet. Ved vårens eksamen bør det tas hensyn til dette på den måten at kandidatene i første rekke vurderes ut fra det de har skrevet og ikke det de ikke har rukket å gjøre. Det viktigste er med andre ord om de demonstrerer forståelse i det de har gjort. For senere eksamener bør studentene være bedre forberedt på at eksamensoppgavene i dette faget er noe annerledes enn i andre fag, og at fagets karakter som oversiktsfag avspeiles i hva som kreves for å besvare spørsmålene,

### **3 Oppgave 1: Hvilke muligheter finnes for rettsbeskyttelse av Starbucks' kjennetegn og design i Norge? Vil du anbefale Starbucks å inngi søknader om varemerkeregistrering og/eller designregistrering? Hva bør i så fall søkes registrert?**

I dette spørsmålet inntas rådgivningsperspektivet. Dette perspektivet skal studentene være kjent med særlig gjennom rammecasens spørsmål 1, selv om faktumet der er annerledes. Man får fremlagt et visst materiale og skal vurdere mulighetene for rettsbeskyttelse og hensiktsmessigheten av å registrere rettigheter. Faktum i oppgaven er tilrettelagt slik at svarene i det førstnevnte spørsmålet er nokså opplagte og ikke trenger særlig drøfting. Det er spesielt i denne delen studentenes tilvante perspektiv skaper vanskeligheter og dermed også tidsproblemer som forplanter seg i de neste spørsmålene. Vilkårene for rettsbeskyttelse problematiseres gjennomgående i altfor stor grad, som om det var tale om tvilsomme spørsmål som er gjenstand for tvist. Som sagt bør vi ha forståelse for at vårens kandidater får problemer med å “skjære gjennom” her. Senere studentkull får imidlertid en klar påminnelse om at rådgivningsperspektivet er sentralt i dette faget.

Kandidatene bør helst raskt konstatere at både ordmerket STARBUCKS og Starbucks-logoen oppfyller vilkårene for registrering i varemerkelovens § 2 og § 14. Mange kandidater drøfter

om særprekkravet i § 14 første ledd og forbudet mot registrering av deskriptive kjennetegn i § 14 annet ledd bokstav a), er til hinder for registrering. En slik drøftelse er unødvendig, ettersom registreringsvilkårene klart er oppfylt. I lys av det som er sagt ovenfor om at det er en uvant oppgaveform for studentene, bør det ikke trekkes for slike drøftelser, men de kan heller ikke gis noen uttelling.

Det er positivt om kandidatene får frem at også det avbildede vareutstyret (engangskopper, iskrememballasje og kaffekopp med logo) kan registreres. Selv om formen i seg selv ikke er særpreget, tilfører Starbucks-logoen vareutstyret som helhet den nødvendige distinktivitet.

Enkelte kandidater peker på at registreringen av datterselskapet, Starbucks Norge AS, gir kjennetegnsværn etter foretaksnavneloven, og det er i så fall positivt.

Designregistrering kan tenkes for både logo, vareutstyr og butikkfasade. Her vil det imidlertid være naturlig å peke på at designlovens nyhetskrav vil hindre registrering dersom designen allerede har vært brukt eller vist i utlandet (forut for nyhetsfristen), jf. designlovens § 3, § 5 og § 6. Få kandidater ser dette poenget, og man skal være forsiktig med å trekke for det, ettersom oppgaven ikke utvetydig opplyser at designen har vært brukt i utlandet. Derimot bør kandidatene se at det er nyheten på søknadstidspunktet (2006) som er avgjørende. Dersom man forutsetter at nyhetskravet er oppfylt, bør kravet om individuell karakter kort behandles. I så fall bør kandidatene få frem at det må være logoen som eventuelt kan tilføre designen som helhet individuell karakter. De øvrige deler av vareutstyret og butikkfasaden er banale og velkjente.

Noen kandidater tar opp spørsmålet om opphavsrettslig vern av Starbuckslogoen. Det er positivt om dette nevnes, men det bør i så fall gjøres kort.

Spørsmålene om Starbucks bør søke varemerke- og designregistrering, og hva som i så fall bør søkes registrert, besvares kort av de fleste kandidatene. Gode kandidater peker på at ordmerket STARBUCKS allerede har innarbeidelsesvern etter varemerkelovens § 3 tredje ledd, men at registrering likevel vil gi visse fordeler. Gode kandidater får også frem at varemerke- og designregistrering kan kumuleres, forutsatt at registreringsbetingelsene er til stede etter begge lover. Et naturlig spørsmål er om Starbucks bør nøye seg med ordmerkeregistrering eller om også logo og eventuelt vareutstyr bør registreres. Her kan det nevnes at en registrering av vareutstyret ikke vil gi vern for elementer som ikke er registrerbare i seg selv (slik som emballasjens og koppens form), jf. varemerkelovens § 5

første ledd, og at Starbucks derfor vil ha lite å vinne på å registrere vareutstyret i tillegg til logoen. Det er også mulig å reise spørsmålet om registreringen av foretaksnavnet gir et tilfredsstillende vern i seg selv, og derfor gjør varemerkeregistrering unødvendig eller mindre viktig. Kandidatene går i svært liten grad inn på slike spørsmål, og de drøfter stort sett heller ikke verdien av å kumulere varemerke- og designregistrering. I lys av kandidatens prestasjoner kan forventningsnivået ikke legges særlig høyt for denne delen av oppgaven.

**4 Oppgave 2: Drøft og besvar følgende spørsmål: a) er standardavtalens regulering av franchisetakernes videresalgspriser til slutt kunder i strid med konkurranseloven § 10? b) er standardavtalens regulering av innkjøp av Starbucks-varer i strid med konkurranseloven § 10? (Utdelt hjelpemiddel: gruppefritaket for vertikale avtaler)**

Heller ikke dette spørsmålet inngår som del i en konflikt, så hovedpoenget er om kandidatene ser de konkurranserettslige implikasjonene av standardavtalen. Utgangspunktet bør tas i krrl. § 10 som tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 og TEUF artikkel 101. Praksis knyttet til disse bestemmelsene er tungtveiende rettskilder. Oppgaven bygger på stoff som er omhandlet i rammecasens spørsmål 5 og 6.

Kandidatene bør raskt kunne slå fast at en standardavtale mellom Starbucks og franchisetakere (som skal operere som selvstendige virksomheter) utgjør en “avtale” mellom uavhengige “foretak” (definert i krrl. § 2) etter krrl. § 10 første ledd.

De sentrale spørsmålene her er om avtalen har et konkurransebegrensende formål eller virkning, jf. krrl. § 10 første ledd, og om gruppefritaket for vertikale avtaler får anvendelse, jf. forskriften til krrl. om dette. Oppgaven inneholder ikke faktum til å foreta en individuell drøftelse av vilkårene i § 10 tredje ledd, slik at behandlingen av dette kan gjøres meget kort.

Kandidatene står fritt i disponeringen av spørsmålene her. De fleste vil følge spørsmålsstillingen (a og b), men det går også an å strukturere drøftelsen annerledes.

Konkurranserettslig sett går det et skille mellom prisklausulen og innkjøpsreguleringen. Selv om begrensninger i prisfastsettelse er problematisk under konkurransereglene, stiller det seg annerledes med anbefalte priser som forhandlerne står fritt til å fravike, bortsett fra at høyere prisoverskridelser “straffes” med høyere innkjøpspriser. Det siste vil kunne virke som

maksimalpriser, noe som er det motsatte av minimumspriser. I gruppefritaket (forskriftens § 4a) er prisfastsettelse nevnt som en “særlig alvorlig begrensning” som ikke faller inn under fritaket, men det presiseres at det ikke fratår leverandøren muligheten for å sette veiledende priser eller maksimalpriser. Forutsetningen er at “de ikke som følge av press eller incitament fra noen av partene får karakter av faste priser eller minstesalgpriser”. Det gjør de neppe i dette tilfellet. Isolert faller dette tilfellet under gruppefritaket, men fritaket får ikke anvendelse i alle tilfelle på grunn av innkjøpsreguleringen, jf. nedenfor. Dermed er det berettiget å drøfte prisklausulen under krrl. § 10 første ledd. Her bør det – av de grunner som er nevnt – fastslås at klausulen ikke har et konkurransebegrensende formål, idet den kan sies å virke som incentiv for franchisetakerne til ikke å øke prisene. Oppgaven gir ikke nok holdepunkter for å foreta noen ordentlig virkningsanalyse, og det er da heller ikke meningen. Men innholdet av reguleringen og det forhold at det er tale om etableringen av en ny markedsaktør i en slik bransje, gir liten grunn til konkurransemessige bekymringer.

Det stiller seg annerledes med innkjøpsreguleringen. Den faller strengt tatt inn under forskriften § 4d, om kryssleveranser mellom forhandlere innenfor et selektivt distribusjonssystem, men det er det få kandidater som ser. Det er ikke så farlig så lenge man ser de negative sidene klausulen har for konkurransen i markedet. Restriksjoner på kryssalg mellom medlemmer av selektive distribusjonssystemer har i alle fall av EU-domstolen vært ansett som en avtale med konkurransebegrensende formål, jf. sak 86/82, Hasselblad. Klausulen omfattes derfor av krrl. § 10 første ledd. Noe grunnlag for individuelt fritak etter krrl. § 10 tredje ledd er det neppe, og oppgaven legger som sagt heller ikke opp til å drøfte dette.

Ved bedømmelsen av besvarelsene er det viktige at kandidatene viser forståelse for grunnprinsippene i konkurranseretten, og at man – i henhold til læringskravene – viser seg i stand til å foreta enkle konkurranserettslige vurderinger. At det bommes litt på rettsgrunnlagene får ikke avgjørende betydning så lenge man ser hvilke implikasjoner klausulene har for konkurransen i markedet.

- 5 Oppgave 3: Drøft og besvar følgende spørsmål: a) Er Black Bears salg av kaffen Charbucks Blend og av kaffekoppen som er vist ovenfor, i strid med bestemmelser i varemerkeretten og markedsføringsloven? b) Foreligger det grunnlag for å kjenne ugyldig eller slette Starbucks varemerkeregistrering eller designregistrering?**

Denne delen er den som har mest preg av en vanlig praktikumsoppgave, ettersom det er tale om en konflikt mellom to parter som skal løses. Men heller ikke på dette punkt er oppgaven så omfattende som det kanskje kan virke. De relevante krenkelsesspørsmålene er omhandlet i rammecasens spørsmål 9.

Under delspørsmål a) bør kandidatene først og fremst finne frem til den relevante bestemmelsen i varemerkelovens § 4 første ledd bokstav b), og de bør få frem at både direkte og indirekte forveksling kan rammes. Det må anses som klart at det her ikke foreligger noen risiko for direkte forveksling. Til det er kjennetegnene for ulike. Spørsmålet om indirekte forveksling er det derimot mulig å problematisere, og i så fall er det positivt om kandidatene får frem at likhet i ett selvstendig og særpreget kjennetegnselement – i dette tilfellet likheten mellom ordene STARBUCKS og CHARBUCKS – etter omstendighetene kan skape en risiko for indirekte forveksling. Noen kandidater går inn på spørsmålet om STARBUCKS er et velkjent varemerke som har krav på vern etter § 4 annet ledd, og det er i så fall positivt.

Ved vurderingen av om det foreligger en krenkelse av markedsføringsloven, bør kandidatene finne frem til de relevante bestemmelsene i § 25 og § 30. Ved behandlingen av § 30 kan kandidatene trekke på behandlingen av forvekselbarhetsspørsmålet etter varemerkeloven. De fleste kandidatene kommer til at det ikke foreligger forvekselbarhet, og at markedsføringslovens § 30 derfor ikke kommer til anvendelse. Ved drøftelsen av markedsføringslovens § 25 bør kandidatene få frem at det skal utvises varsomhet med å supplere spesialbestemmelsene om kjennetegn med generalklausulen i § 25 i et tilfelle hvor det ikke foreligger forvekslingsrisiko, og at det i så fall må foreligge et element av klanderverdig optreden. Det at Black Bear har latt seg inspirere av Starbucks lanseringsplaner for Norge, innebærer i seg selv intet slikt moment av klanderverdighet. Oppgaven gir heller ikke andre opplysninger som gjør det naturlig å konstatere et brudd på § 25.

Delspørsmål b) bør besvares helt kortfattet, idet oppgaven ikke inneholder stoff for noen nærmere drøftelse av ugyldighetsspørsmålene. Kandidatene kan i stor grad vise til det de har sagt under oppgave 1. For varemerket kan det pekes på at slettelssøksmål etter § 37, som følge av manglende bruk av varemerket etter søknadsdagen, kan være et alternativ til ugyldighet, men få kandidater ser dette poenget. Det kan heller ikke forventes, i lys av at bruksplikten bare er kort berørt i pensumlitteraturen. For designregistreringen er det mest

naturlig å peke på at manglende oppfyllelse av nyhetskravet, som følge av bruk i utlandet, kan være ugyldighetsgrunn etter designlovens § 25.

## **6 Oppsummering. Om vurderingen av besvarelsene**

Mange av kandidatene har åpenbart hatt tidsproblemer. Dette understrekes av at fagansvarlig har fått flere henvendelser fra studenter som har funnet oppgaven altfor omfattende. Som angitt ovenfor skyldes det i første rekke at problemformuleringene og drøftelsene – særlig i spørsmål 1 – blir for omstendelige i forhold til det som forventes i faget. Faget er et praktisk orientert oversiktsfag, og skal blant annet gi studentene øving i å “skjære gjennom”, i tillegg til at man skal lære å innta andre perspektiv enn konfliktløsningsperspektivet. Det må imidlertid vises forståelse for at faget er nytt og uvant for det første kullet som avlegger eksamen i det, og det er det som sagt tatt hensyn til ved sensuren. Senere kull må imidlertid være forberedt på oppgaver av tilsvarende karakter. Vårens oppgave gir grunnlag for å øve nærmere på det.

Når dette er sagt, viser vårens eksamen at kandidatene har ervervet imponerende kunnskaper om et stort rettsfelt på kort tid. Resultatene må samlet sett anses som svært gode.

Oslo, 5. juni 2012

Ole-Andreas Rognstad

Are Stenvik

Eirik Østerud