

Sensorveiledning JUR 1820 Patent- og varemerkerett vår 2022 (BA)

1. Generelt

Eksamen holdes som hjemmeeksamen 4 timer. Under hjemmeeksamen har studentene tilgang til alle kilder tilgjengelig på nett, i tillegg til at de har lærebøker og andre læremidler tilgjengelig.

Kunnskapskravene i faget krever «god kunnskap om hva som er gjenstand for beskyttelse og hvilke vilkår som må være oppfylt for å oppnå rettsvern» og «god kunnskap om hvordan krenkelsesvurderingen foretas for de forskjellige rettighetstypene». I tillegg kreves forståelse for forholdet til hvordan EU/EØS-retten påvirker norsk rett. Det betyr at kunnskapskravet er «god kunnskap» om de sentrale spørsmålene begge deloppgavene reiser.

Veiledningen er skrevet uten at jeg har lest noen besvarelser. Oppgaven har to deler, de diskuteres nedenfor. Målet for veiledningen er å fremheve de punktene som kandidatene bør og kan ta opp ut fra pensum og undervisning, ikke å gi noen fullstendig oversikt over alle problemstillinger som kan drøftes. Oppgaveteksten sier klart at prosessuelle spørsmål ikke skal drøftes; dette er også spørsmål som i stor grad faller utenfor pensum. Merk at oppgaveteksten nok heller ikke er spesielt klar på de prosessuelle rammene for tvistene og ikke legger opp til at dette skal tas opp.

Spørsmålene i oppgaven har vært behandlet på forelesninger. Alle forelesningene er podcastet eller er opptak.

Etter eksamen har det kommet opp at det var treghet i Lovdata rundt tidspunktet for innlevering av hjemmeeksamen. Dette kan bety at enkelte studenter kan ha fått noen problemer med å laste inn henvisninger mot slutten av eksamenstiden. Eksamenstiden er rutinemessig tillagt tid for å håndtere eventuelle tekniske utfordringer for alle studentene.

2. Varemerkerett teori

Forklar hva som menes med «gjennomsnittsforbrukeren» i varemerkeretten, hvilken rettslig betydning dette konseptet har, og i hvilke sammenhenger det har betydning.

Temaet er behandlet i Lassen/Stenvik særlig s. 318-322 og det er grundig tatt opp i forelesninger. Gjennomsnittsforbrukeren er et uttrykk for den målestokken som anvendes i flere varemerkerettslige vurderinger. Begrepet er særlig sentralt når det gjelder spørsmålet om forvekselbare varemerker, enten ved inngrep etter varemerkeloven § 4 eller ved registrering etter § 16.

Studentene forventes å kunne si noe om at begrepet «gjennomsnittsforbrukeren» kommer fra EU-domstolens praksis, og gir uttrykk for en målestokk ved vurderingen av forvekselbarhet. I flere dommer har EU-domstolen lagt til grunn at gjennomsnittsforbrukeren er alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velunderrettet, men sjelden har anledning til å sammenligne to merker foran seg, og må stole på sitt ufullstendige erindringsbilde om det eldste merket. EU-domstolen definerer gjennomsnittsforbrukeren for hver sak, ut fra hvilke varer eller tjenester det gjelder og hvilke kunder som kjøper disse. Dermed kan gjennomsnittsforbrukeren være næringsdrivende i en bestemt bransje og ikke alltid en alminnelig forbruker. Studentene bør få frem at dette får betydning for hvor oppmerksom gjennomsnittsforbrukeren er om varemerker.

Studentene bør også kunne få frem at i norsk rett har domstoler og administrative organer brukt uttrykket «omsetningskretsen». Dette peker på det samme vurderingstema, nemlig hvordan merker

oppfattes av kundene for de aktuelle varer eller tjenester, og at dette er en gruppe som må identifiseres konkret.

Jeg forventer at studentene kan peke på inngrepsvurderingen og vurderingen av forvekselbarhet som spørsmål der konseptet gjennomsnittsforbrukeren spiller en sentral rolle. De flinke kandidatene vil kunne peke på sammenhenger i varemerkeretten. For eksempel er gjennomsnittsforbrukeren/omsetningskretsen målestokken ved vurderingen av et merkes særpreget og om et merke er beskrivende etter § 14 og om et merke er innarbeidet etter § 3. Det bør gis god uttelling for kandidater som klarer å se hvordan konseptet gjennomsnittsforbrukeren/omsetningskretsen får betydning for de varemerkerettslige vurderingene. For eksempel at det kreves at «en ikke ubetydelig del» av omsetningskretsen kan ta feil for at det skal være tale om forveksling, at gjennomsnittsforbrukeren fester seg mest ved de sentrale og mest fremtredende merkedelene, slik at disse også tillegges mest vekt både ved vurderingen av særpreget og forvekselbarhet og så videre.

Oppgaven er begrenset i omfang, og studentene vil ha læreboken tilgjengelig under hjemmeeksamen. De bør også kunne finne frem til og drøfte hvordan konseptet har vært brukt av særlig Høyesterett i praksis. Jeg har ikke nevnt spesielle dommer her, da det er flere gode eksempler i praksis som like godt kan belyse spørsmålet. Selvstendighet og evne til analyse og å se sammenhenger bør gi god uttelling.

3. Varemerkerett

Oppgaven reiser flere spørsmål, både relatert til vilkårene for registrering av varemerke og inngrep i varemerkeretten. De grunnleggende spørsmålene om særpreget, vilkårene for registrering og inngrep er behandlet i pensum og på forelesning, se også Lassen/Stenvik s. 310 følgende og s. 63-94.

For det første er det spørsmål om bruken av varemerket LLAMA FUERTE Y FELIZ gjør inngrep i BBW Ltda sitt varemerke MAIS FORTE LHAMA og dermed ikke kan registreres etter varemerkeloven § 16 jf. § 4. Dette beror på om BBW Ltda har oppnådd beskyttelse for sitt merke gjennom innarbeidelse etter varemerkeloven § 3 tredje ledd. Oppgaven legger opp til å drøfte særlig to spørsmål, nemlig om merket MAIS FORTE LHAMA er beskrivende og om det kan stiftes varemerkerett ved innarbeidelse for et merke som er beskrivende, og om det har betydning for innarbeidelsen at BBW Ltda var alene på det norske markedet i perioden merket eventuelt ble innarbeidet.

Når det gjelder det første spørsmålet, følger det klart av dommen Rt-2005-1601 GULE SIDER, at beskrivende merker kan oppnå vern ved innarbeidelse, men terskelen blir i så fall høyere. For merket MAIS FORTE LHAMA, er det opplyst at det kan oversettes med STERKERE LAMA fra portugisisk. Hvorvidt et merke er beskrivende, må vurderes med utgangspunkt i den norske gjennomsnittsforbrukerens oppfatning. Det kan nok legges til grunn at omsetningskretsen for fôr til lama er næringsdrivende, høyt spesialisert og dermed særlig oppmerksomme, men det kan ikke legges til grunn at de forstår portugisisk. Dette kan dermed ikke være til hinder for at vern oppnås gjennom innarbeidelse.

Det andre og vanskeligere spørsmålet, er om det har betydning for innarbeidelsen at BBW Ltda var alene på det norske markedet i innarbeidelsesperioden. Det er et vilkår for vern gjennom innarbeidelse at merket er blitt «godt kjent som noens særlige kjennetegn». Så lenge det kun er en leverandør/produsent i markedet, kan en ikke forvente at omsetningskretsen er særlig oppmerksomme

på merket som kjennetegn for en bestemt produsent. Det bør imidlertid ikke være til hinder for vern at det ikke har vært konkurrenter i markedet. Kandidater som får noe ut av dette, bør honoreres.

Det er endelig anført at merkebeskyttelsen må være bortfalt siden BBW Ltda ikke har brukt merket på et år. Det følger av ordlyden i varemerkeloven § 3(3) at vernet varer «så lenge» merket er godt kjent som noens særlige kjennetegn. Det er ingen opplysninger i faktum om hvorvidt omsetningskretsen fortsatt oppfatter merket som et kjennetegn eller ikke. Studentene bør få frem at det sentrale er hvordan omsetningskretsen oppfatter merket, og ikke den faktiske bruken.

Til slutt er spørsmålet om Yasmins merke LLAMA FUERTE Y FELIZ må nektes registrert etter varemerkeloven § 14 fordi det er beskrivende. Ordene kan oversettes fra spansk til LAMA STERK OG GLAD. På norsk ville merket nok være beskrivende for fôr til lama, men spørsmålet er om den norske gjennomsnittsforbrukeren vil forstå så mye spansk at ordenes meningsinnhold formidles. Spørsmålet er behandlet i pensum og på forelesning. Vurderingen blir som ovenfor, men det må nok legges til grunn at den norske gjennomsnittsforbrukeren forstår mer spansk enn portugisisk. Dette er også enkle og ofte brukte spanske ord. Flinke studenter vil få frem at merket nok vil få et relativt svakt vern dersom det registreres, fordi ordet LLAMA ikke kan få vern som del av merke for fôr til lama.

Etter mitt syn, reiser oppgaven sentrale problemstillinger som alle kandidatene bør kunne si noe om. Problemer med nok tid er antagelig den viktigste begrensende faktoren.

4. Generelt om sensuren

Opgaven har to deler, og det er ikke angitt noen tidsmessig fordeling. Del II er mer arbeidskrevende enn del I, men det vil ta noe tid å skrive selvstendige analyser i del I og ikke bare gjengi hovedpunkter fra læreboken. Begge oppgaver gjelder sentrale varemerkerettslige spørsmål som også er sentrale i pensum. Jeg oppfatter at det er nok å gjøre for 4 timers eksamenstid, og at god metode, solid kunnskap og fornuftige, selvstendige drøftelser er det som bør gi mest uttelling.

Studentene har tilgang ubegrenset med kilder under hjemmeeksamen. Jeg mener studentene bør klare å holde seg til det sentrale, og bruke avgjørelser fra Høyesterett og EU-domstolen. Studentene bør ha godt med praksis både for del I og del II. På grunn av tidspresset bør kravene til kildebruk ikke settes for høyt.

Til hjemmeeksamen er det mange studenter som trener ved å skrive ferdig tekst eller disposisjoner om sentrale spørsmål i fagene. Dette er en fin måte å lære seg stoffet på. I eksamenssensuren innebærer det at det bør gis god uttelling for å stille klare og konkrete problemstillinger, og at konkrete gode drøftelser bør gi mer uttelling enn lange, teoretiske utgreiinger som ikke er knyttet til oppgaven.

Jeg oppfatter oppgaven til sammen som krevende fordi det er mange spørsmål, og en del kandidater vil kunne få problemer med tiden. Jeg tenker kandidatene bør kunne bestå selv om kun en av delene er besvart, men at det i så fall ikke er aktuelt med A, og nok heller ikke B, fordi det å kunne beregne tid og prioritere er også en del av eksamen.

01.05.2022

Inger B. Ørstavik, Institutt for Privatrett, UiO