

UiT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

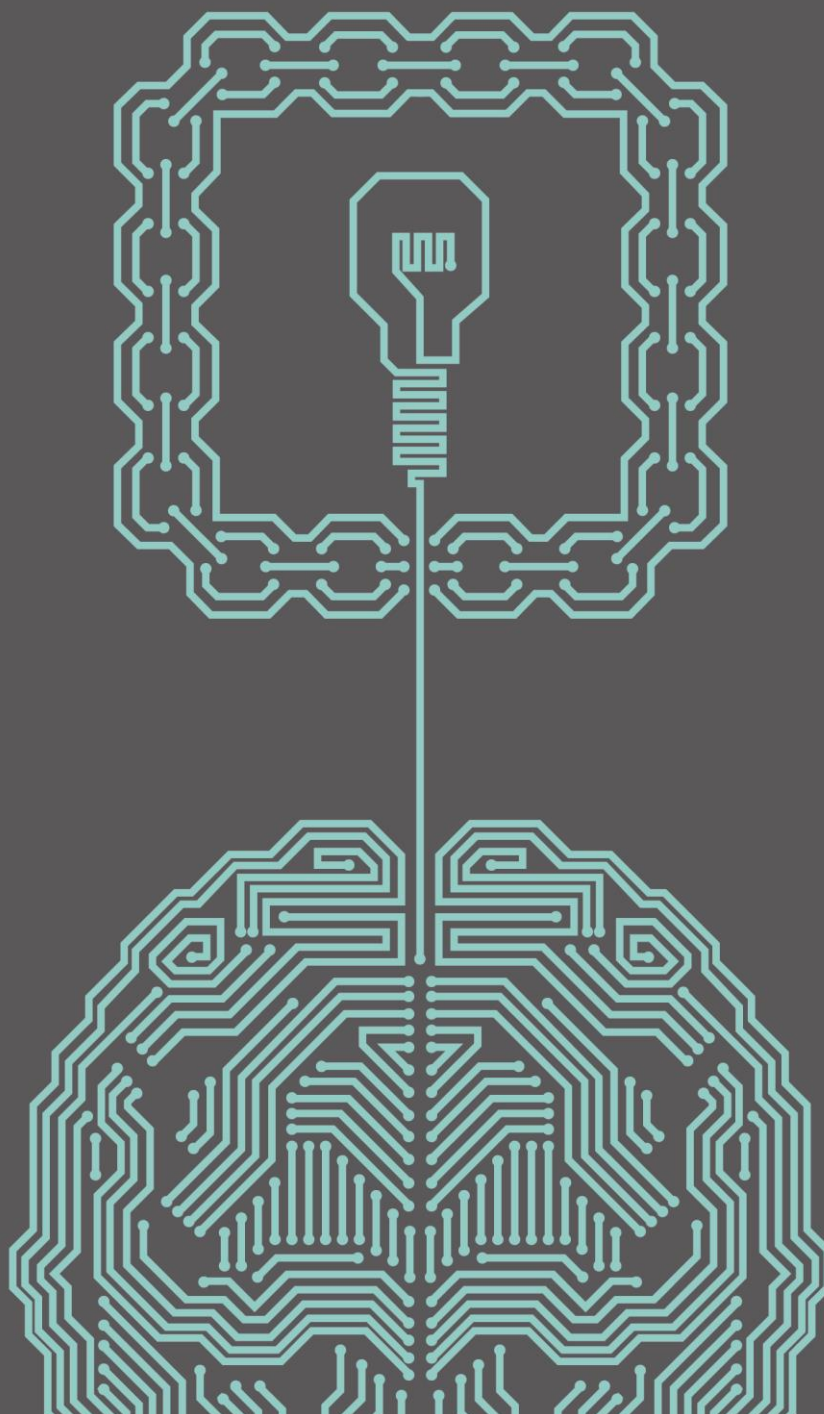
Det juridiske fakultet

Pantsettelse av immaterielle rettigheter

Bjørn Løvteit

Avhandling levert for graden Philosophiae Doctor

Mai 2019



Bjørn Løvteit

PANTSETTELSE AV
IMMATERIELLE
RETTIGHETER

INNHold

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema.....	1
1.2	Historikk.....	8
1.3	Internasjonal påvirkning.....	17
1.4	Samfunnsbetydning.....	22
1.5	Metoderefleksjoner.....	30
1.5.1	Rettsdogmatisk metode	30
1.5.2	Nærmere om bruk av reelle hensyn.....	32
1.5.3	Nærmere om bruk av utenlandsk rettsstoff.....	36
2	IMMATERIALRETTIGHETENES SÆREGENHETER SOM PANTEOBJEKTER	43
2.1	Innledning.....	43
2.2	Immaterialrettigheter som formuesgoder	44
2.2.1	Formuesgoder som rettsstiftelser, rettsposisjoner og underliggende objekter.....	44
2.2.2	Skillet mellom immaterialrett og tradisjonell eiendomsrett til ting.....	49
2.2.2.1	<i>Generelt.....</i>	<i>49</i>
2.2.2.2	<i>Forskjeller med hensyn til negativ og positiv avgrensning.....</i>	<i>51</i>
2.2.2.3	<i>Ulike krav til rettslig grunnlag</i>	<i>52</i>
2.2.2.4	<i>Ideelle aspekter.....</i>	<i>53</i>
2.2.2.5	<i>Ulike typer beføyelser.....</i>	<i>56</i>
2.2.2.6	<i>Ulik varighet.....</i>	<i>57</i>
2.2.2.7	<i>Forskjeller i graden av tinglig karakter.....</i>	<i>58</i>
2.2.3	Immaterialrettighetenes underliggende objekter	61
2.3	Immaterialrettigheter som usikre panteobjekter	69
2.3.1	Usikker eksistens og gyldighet.....	69
2.3.2	Usikker verdi	74
2.4	Rettighetsoverlapp.....	79
2.4.1	Overlapp mellom ulike immaterialrettigheter	79
2.4.2	Overlapp med rettigheter etter markedsføringsloven	83
2.4.3	Nærmere om forholdet mellom immaterialrettighetene og ubeskyttet informasjon.....	88
2.5	Immaterialrettighetenes internasjonale karakter.....	90
3	PANTERETTSLIGE RAMMER	93
3.1	Innledning.....	93
3.2	Pantelovens semideklaratoriske karakter	94
3.2.1	Omgåelse gjennom <i>pro forma</i> -klassifisering	94
3.2.2	Adgangen til å fravike reglene i panteloven.....	97

3.3	Spesialitetsprinsippet.....	99
3.4	Lovkravet.....	102
3.5	Fullstendighetskravet.....	104
3.6	Omsettelighetsvilkåret.....	105
3.6.1	Generelt	105
3.6.2	Lovfestede omsetningsbegrensninger for immaterialrettigheter	107
3.6.3	Bortfall av omsetningsbegrensninger på pantsettelses- eller realisasjonstidspunktet .	111
3.6.4	Omsetning som forutsetter samlet overdragelse med virksomheten for øvrig	114
3.7	Realisasjonsreglene	117
3.7.1	Generelt	117
3.7.2	Realisasjon gjennom namsmyndighetene.....	117
3.7.3	Forhåndsavtalt realisasjon utenfor namsapparatet.....	121
3.8	Lovvalgsspørsmål.....	126
3.8.1	Noen presiseringer og avgrensninger	126
3.8.2	Generelle utgangspunkter for lovvalg	129
3.8.3	Fastere lovvalgsregler for spørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter .	132
4	SÆRSKILT PANTSETTELSE AV IMMATERIALRETTIGHETER.....	143
4.1	Innledning.....	143
4.2	Hjemler og vilkår for særskilt pantsettelse	144
4.2.1	Særskilt pantsettelse av patenter.....	144
4.2.2	Særlig om supplerende beskyttelsessertifikater.....	146
4.2.3	Særskilt pantsettelse av planteforedlerrett.....	147
4.3	Særskilt pantsettelse av søknader	148
4.3.1	Generelt	148
4.3.2	Panthavers stilling ved innvilget pantsatt søknad.....	151
4.3.3	Panthavers stilling ved henleggelse, avslag eller overføring av pantsatt søknad	151
4.3.4	Panthavers stilling ved deling og utskillelse av pantsatte patentsøknader	152
4.4	Særskilt pantsettelse av lisenser	154
4.4.1	Generelt	154
4.4.2	Kort om ulike typer lisenser	155
4.4.3	Særlig om tilleggsforpliktelser	157
4.5	Rettigheter og plikter på sikringsstadiet.....	160
4.6	Spørsmålet om særskilt pantsettelse av varemerker	165
4.6.1	Lund-utredningen anbefalte ingen særskilt pantsettelsesadgang.....	165
4.6.2	Særlig om forholdet mellom varemerkeretten og en virksomhets «goodwill»	166
4.6.3	Nærmere om forslaget om å åpne for særskilt pantsettelse	168
4.6.4	Kort om utleggspant	170
4.7	Begrenset adgang til særskilt pantsettelse	170

5	PANTSETTELSE AV IMMATERIALRETTIGHETER SOM DRIFTSTILBEHØR.....	175
5.1	Innledning.....	175
5.2	Pantsetter må være næringsdrivende.....	176
5.3	Immaterialrettigheten må anses som driftstilbehør.....	178
5.3.1	Generelt.....	178
5.3.2	Panteretten omfatter også lisenser.....	180
5.3.3	Panteretten omfatter også søknader.....	182
5.3.4	Særlig om opphavsrett og nærstående rettigheter.....	184
5.3.4.1	<i>Nærmere om hvilke rettigheter som omfattes</i>	184
5.3.4.2	<i>Ervervsvilkåret</i>	187
5.3.4.3	<i>Særlig om det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet</i>	193
5.3.5	Forholdet til utenlandske immaterialrettigheter.....	195
5.3.6	Kan ubeskyttet informasjon være omfattet?.....	195
5.4	Rettigheten må være bestemt for pantsetters næringsvirksomhet.....	207
5.5	Rettigheten kan ikke være bestemt for å utnyttes gjennom overdragelse eller lisensiering.....	209
5.6	Pantsettelsen må gjelde driftstilbehøret som tingsinnbegrep.....	211
5.6.1	Generelt.....	211
5.6.2	Immaterialrettigheter på vei inn i driftstilbehørspantet.....	211
5.6.3	Immaterialrettigheter på vei ut av driftstilbehørspantet.....	214
5.6.4	Panteretten kan bare avgrenses til driftsmessig adskilte avdelinger.....	216
5.6.5	Prioritetsvikelser som alternativ avgrensning.....	217
5.7	Rettigheter og plikter på sikringsstadiet.....	218
6	RETTSVERN, EKSTINKSJON OG PRIORITET	223
6.1	Innledning.....	223
6.2	Løsningsmodeller.....	225
6.3	Rettighetskollisjoner.....	233
6.3.1	Kollisjonsspørsmålet.....	233
6.3.2	Dobbeltsuksjoner.....	234
6.3.3	Hjemmelsmannskonflikter.....	236
6.3.4	Skillet mellom ekstinksjon og konsumpsjon.....	237
6.4	Ulike former for ekstinksjon.....	241
6.4.1	Generelt.....	241
6.4.2	Kreditorekstinksjon.....	241
6.4.3	Ekstinktive godtroerverv.....	242
6.4.3.1	<i>Avtaleekstinksjon</i>	242
6.4.3.2	<i>Preskriptive godtroerverv</i>	246
6.5	Tidsprioritet som utgangspunkt.....	247
6.6	Immaterialrettsregistrenes rettslige troverdighet.....	248
6.6.1	Immaterialrettsregistrene er ikke realregistre.....	248

6.6.2	Registrenes opprinnelige formål og nyere utvikling	250
6.6.3	Registrene har delvis negativ troverdighet	252
6.6.4	Registrene har ikke positiv troverdighet.....	257
6.6.4.1	<i>Ingen lovbestemmelser om avtaleekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser</i>	<i>257</i>
6.6.4.2	<i>Bakgrunnen for manglende positiv troverdighet</i>	<i>259</i>
6.6.4.3	<i>Ingen objektiv statlig erstatningsordning for den som lider tap</i>	<i>262</i>
6.6.4.4	<i>Noen rettspolitiske betraktninger</i>	<i>263</i>
6.7	Lovfestede rettsverns- og ekstinksjonsregler	264
6.7.1	Noen innledende merknader.....	264
6.7.2	Tolking av rettsvernsregler om beskyttelse mot kreditorekstinksjon	265
6.7.3	Rettsvern og ekstinksjon knyttet til registrering av særskilte rettserverv	271
6.7.3.1	<i>Generelt.....</i>	<i>271</i>
6.7.3.2	<i>Registrering beskytter mot kreditorekstinksjon.....</i>	<i>273</i>
6.7.3.3	<i>Registrering beskytter mot avtaleekstinksjon og har ekstinksjonsvirkninger.....</i>	<i>275</i>
6.7.3.4	<i>Nærmere om innsending av krav om anmerkning og beregning av mottakelsestidspunkt.....</i>	<i>277</i>
6.7.4	Rettsvern og ekstinksjon knyttet til registrering av driftstilbehørspant.....	277
6.7.4.1	<i>Generelt.....</i>	<i>277</i>
6.7.4.2	<i>Registrering beskytter mot kreditorekstinksjon.....</i>	<i>278</i>
6.7.4.3	<i>Registrering beskytter mot avtaleekstinksjon.....</i>	<i>278</i>
6.7.4.4	<i>Registrering har begrensede ekstinksjonsvirkninger.....</i>	<i>279</i>
6.7.5	Kort om designlovens begrensede rettsverns- og ekstinksjonsregler	283
6.7.6	Kort om enkelte godtroervervslignende spesialregler	285
6.8	Kan det være grunnlag for ulovfestet avtaleekstinksjon?.....	288
6.8.1	Spørsmålet om avtaleekstinksjon krever lovhjemmel	288
6.8.1.1	<i>Generelt i formueretten kreves det ikke lovhjemmel for å anerkjenne avtaleekstinksjon.....</i>	<i>288</i>
6.8.1.2	<i>Tidsprioritetsnormens styrke i immaterialretten.....</i>	<i>290</i>
6.8.1.3	<i>Foreløpige konklusjoner.....</i>	<i>296</i>
6.8.2	Ulike grunnlag for ulovfestet avtaleekstinksjon	297
6.8.2.1	<i>Ingen ren rimelighetsvurdering</i>	<i>297</i>
6.8.2.2	<i>Lovanalogi.....</i>	<i>300</i>
6.8.2.3	<i>Ekstinksjonsprinsipper</i>	<i>301</i>
6.8.2.4	<i>Sensurnormen.....</i>	<i>309</i>
6.8.3	Nærmere om «sterke grunner»	320
6.8.4	Forholdet til eiendomsvernet i EMK P1-1	323
6.9	Noen typetilfeller der ulovfestet avtaleekstinksjon kanskje kan være aktuelt.....	330
6.9.1	Avtaleekstinksjon av uregistrerte utleggspant	330
6.9.2	Ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser	331
6.9.3	Prioritering av fullstendige overdragelser	334
6.9.4	Prioritering av den som først utnytter rettsposisjonens objekt	336
6.9.5	Prioritering av overdragelser til forvaltningsorganisasjoner	341
6.9.6	Ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser	343

6.9.6.1	<i>Noen utgangspunkter</i>	343
6.9.6.2	<i>Konflikter med ikke-tingsrettslige hjemmelsmenn</i>	345
6.9.6.3	<i>Konflikter med opprinnelige rettighetshavere som hjemmelsmenn</i>	346
6.9.6.4	<i>Konflikter med omsetningsledd som hjemmelsmenn</i>	347
6.9.7	Omsetningsserververes ekstinksjon av driftstilbehørspant	352
7	PANTSETTELSE AV OVERLAPPENDE IMMATERIALRETTIGHETER	357
7.1	Problemet.....	357
7.2	Ingen adgang til særskilt pantsettelse av pakker med overlappende rettigheter.....	360
7.3	Aksjepant som løsning	363
7.4	Konkursrettslige løsninger.....	365
7.5	Avtalefestede løsninger	370
7.6	Tvangslisenser som løsning.....	374
7.7	Tilbehørsnormen som løsning	381
7.7.1	Den alminnelige ulovfestede tilbehørsnormen	381
7.7.2	Forholdet til lovkravet	387
7.7.3	Tilbehørsnormens anvendelse på immaterialrettigheter	392
7.7.3.1	<i>Problemer med endringer i rettsposisjonenes dominans</i>	392
7.7.3.2	<i>Forholdet til spesialitetsprinsippet i opphavsretten</i>	394
7.7.4	Nærmere om selve vurderingen.....	397
7.7.5	Rettsvernsspørsmål.....	403
7.8	Særlig om forholdet til domenenavn	405
8	AVSLUTTENDE REFLEKSONER	415
	SUMMARY IN ENGLISH	419
	KILDELISTE	423 / I

FORKORTELSER

AIPPI	The International Association for the Protection of Intellectual Property
COM	Uttalelsesnummer for uttalelser fra Europakommisjonen
EEC	Treaty establishing the European Economic Community
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstolen
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjonen
EMK P1-1	EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1
EPC	Den europeiske patentkonvensjonen
EU	Den europeiske unionen
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet
FN	De forente nasjoner
HR	Avgjørelsesnummer for avgjørelser fra Norges Høyesterett
ICANN	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
Innst. L	Innstilling til Stortinget med forslag til lovvedtak
Innst. O	Innstilling til Odelstinget
IP	Internet protocol
JDLOV	Uttalelsesnummer for uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling
Jf.	Jamfør (i henhold til)
KFIR	Avgjørelsesnummer for avgjørelser fra Klagenemnda for industrielle rettigheter
M.fl.	Med flere
Meld. St.	Melding til Stortinget
LB	Avgjørelsesnummer for avgjørelser fra Borgarting lagmannsrett
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridisk Arkiv
NORID	Norsk registreringstjeneste for internett domenenavn
NOU	Norges offentlige utredninger
NU	Nordisk utredningsserie
NUT	Offentlige utredninger
Nr.	Nummer
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
PCT	Patentsamarbeidskonvensjonen
Prop. L	Proposisjon til Stortinget med forslag til lovvedtak
Prop. LS	Proposisjon til Stortinget med forslag til lovvedtak og stortingsvedtak

Red.	Redaktør
RG	Rettens Gang
Rt.	Norsk Retstidende
Sml.	Sammenlign
TAHER	Avgjørelsesnummer for avgjørelser fra Asker og Bærum tingrett
TEC	Treaty establishing the European Community
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TRIPS	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UCC	Uniform Commercial Code
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UPOV	International Union for the Protection of New Varieties of Plants
USA	Amerikas forente stater
Vol.	Volum
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WTO	World Trade Organisation

Kortnavn for lover, forskrifter, direktiver, forordninger og rettspraksis har fullstendige henvisninger i kildelisten bakerst. Litteraturhenvisninger er fullstendige i fortløpende fotnoter. Fullstendig litteraturliste fremgår for øvrig også av kildelisten bakerst.

1 INNLEDNING

1.1 TEMA

Høsten 2015 vedtok FNs medlemsland 17 bærekraftsmål.¹ Dette er mål for global bærekraftig utvikling frem mot 2030. Et av disse målene er å bygge solid infrastruktur, fremme inkluderende og bærekraftig industrialisering og bidra til innovasjon.² Det har herunder blitt presisert at teknologi og innovasjon kan bidra til å løse miljømessige utfordringer som følger av å bygge ut infrastruktur.³ Under dette overordnede målet er det formulert en rekke delmål. Et av dem er å øke tilgangen til finansielle tjenester, herunder rimelig kreditt.⁴

Innovasjon, teknologi og rimelig kreditt settes her i sammenheng. Denne sammenhengen danner langt på vei utgangspunktet for temaet i denne avhandlingen. Et virkemiddel for å oppnå rimelig kreditt er å stille sikkerhet, gjerne i form av pant. Pantesikret kreditt er en viktig finansieringskilde, og de fleste selskaper vil i løpet av sin utvikling oppleve en eller annen form for pantesikret finansiering.⁵ I tradisjonelle industribedrifter stiftes det gjerne panterett i fysiske formuesgoder. For innovasjons- og teknologibedrifter vil de største verdiene sjelden ligge i fysiske eiendeler. I stedet vil verdiene ofte ligge i de såkalte immaterialrettighetene. For at slike virksomheter skal kunne oppnå best mulig kredittvilkår, kan det være nødvendig å stille disse rettighetene som pant.

En panterett er ifølge panteloven § 1-1 første ledd «en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet)».⁶ Stiftelsen av en panterett innebærer at et bestemt formuesgode blir forhåndsutskilt fra en skyldners formuesmasse, og forbeholdt som dekningsobjekt for en bestemt kreditor.⁷ Panthaverens dekningsprivilegium blir særlig tydelig dersom pantsetter går konkurs. De usikrede kreditorene må da ta til takke

¹ Se FNs nettsider www.fn.no.

² Bærekraftsmål nr. 9.

³ Regjeringens visjon for en aktiv industripolitikk er at Norge skal være en ledende industri- og teknologinasjon, jf. Meld. St. 27 (2016–2017) side 9.

⁴ Delmål nr. 9.3.

⁵ Se Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 10.

⁶ Formuleringen «et krav» er noe upresis. Det er ingenting i veien for at én panterett tjener som sikkerhet for flere krav. De ulike kravene kan gjerne tilhøre ulike kreditorer. Mer om dette hos Kåre Lilleholt, «Pantebrev i ny form» i *Lov og Rett*, 2002 side 416–425 (på side 418). For en utførlig redegjørelse for legaldefinisjonen av pantebegrepet, se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2, 3.* utgave, Oslo 2005 side 25–29.

⁷ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 12. Se også Thor Falkanger, *Introduksjon til panteretten*, 2. utgave, Oslo 2013 side 15.

med dividende for sine krav.⁸ Panthaveren kan derimot få full dekning, såfremt pantets verdi er tilstrekkelig.⁹ En panterett kan på denne måten redusere risikoen knyttet til en kredittytelse, og således bidra til at lån tilbys på rimeligere vilkår.¹⁰

Reglene for pantsettelse har i næringsssammenhenger langt på vei vært rettet mot varehandel og tradisjonell industri. Slike virksomheter gjør ofte investeringer i for eksempel forretningslokaler, fabrikker, transportmidler og verktøy, og kan uten særlige problemer stille disse tingene som pant for investeringskreditt.¹¹ Det panterettslige regelverket er godt tilpasset pantsettelse av fysiske formuesgoder. Dette er ting som forholdsvis enkelt kan verdivurderes, slik at det legges til rette for å yte kreditt som står i et realistisk forhold til verdien av sikkerheten som stilles. Banker og andre kredittyttere foretrekker derfor gjerne sikkerhet i fysiske ting.¹² Virksomheter som hovedsakelig driver forskning, utvikling, informasjonstjenester eller kulturskaping vil imidlertid sjelden eie fysiske ting av tilstrekkelig verdi til å være egnet som panteobjekter. Størsteparten av verdiene i slike virksomheter vil i stedet knytte seg til forskningsresultater, kunnskap, kunst, musikk og annen intellektuell kapital. På denne måten kan det sies at innovasjons-, teknologi- og kulturvirksomheter eier verdifull informasjon fremfor verdifulle ting.¹³

Informasjon er i utgangspunktet allemannseie, og kan som hovedregel fritt utnyttes av enhver. Dersom alle nye frembringelser fritt kunne ha blitt kopiert, markedsført og solgt, ville det imidlertid ikke eksistert effektive insentiver til å drive innovasjon.¹⁴ Produktutvikling er gjerne en langvarig og kostbar prosess, og mer avansert teknologi har ført til økte kostnader.¹⁵ For at markedsaktører skal legge ned tilstrekkelig med investeringer, tidsbruk og ressurser til å drive innovasjon, er det nødvendig at de aktørene som faktisk forestår innovasjonen, sikres

⁸ Jf. reglene i dekningsloven kapittel 6. Beskrevet hos Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 side 391–400.

⁹ Jf. forutsetningsvis dekningsloven § 8-14. Se for øvrig Thor Falkanger, *Introduksjon til panteretten*, 2. utgave, Oslo 2013 side 15–16 og side 73.

¹⁰ Se NOU 2018: 5 side 22.

¹¹ Se Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festschrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 558) og Bronwyn H. Hall, «The Financing of Research and Development» i *Oxford Review of Economic Policy*, 2002, vol. 18 nr. 1, side 35–51 (på side 40).

¹² Se Bronwyn H. Hall, «The Financing of Research and Development» i *Oxford Review of Economic Policy*, 2002, vol. 18 nr. 1, side 35–51 (på side 40).

¹³ Begrepet «informasjon» kan defineres som manifestasjonen av valg som noen har truffet i overensstemmelse med et språk, jf. Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 117.

¹⁴ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 73.

¹⁵ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009 side 72–73, med ytterligere henvisninger.

resultatene av den innsatsen de legger ned.¹⁶ Lovgivningen har derfor etablert visse enerettsposisjoner knyttet til resultatene av intellektuelt skapende virksomhet, og til kjennetegn. Disse enerettighetene kalles immaterialrettigheter, eller immaterielle rettigheter.¹⁷

Det er forholdsvis store forskjeller mellom de ulike immaterialrettighetene. Likevel har de flere likhetstrekk, særlig med hensyn til overordnet formål og struktur i lovverket. Disse likhetstrekkene kommer jeg tilbake til i kapittel 2. Her i innledningen gir jeg bare en kort oversikt over hvilke rettsposisjoner som anses som immaterialrettigheter.

De tre viktigste immaterialrettskategoriene er patentrett, opphavsrett og varemerkerett. Et patent er en enerett til å utnytte en oppfinnelse, det vil si en praktisk løsning på et problem, der løsningen har teknisk karakter, teknisk effekt og er reproduserbar.¹⁸ Opphavsretten er på sin side en enerett til å utnytte åndsverk, det vil si litterære eller kunstneriske verk som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett.¹⁹ Åndsverkloven inneholder også bestemmelser om såkalte nærstående rettigheter, som blant annet omfatter utøvende kunstners enerett til å råde over sine fremføringer av verk, produsentrettigheter, eneretten til fotografiske bilder og databaseretten.²⁰

En varemerkerett er derimot en enerett til å bruke et varemerke som kjennetegn for varer eller tjenester.²¹ I motsetning til patent- og opphavsretten, som langt på vei søker å fremme nyskaping, har varemerkeretten et annet formål. Det varemerkeretten tar sikte på å beskytte, er ikke selve merket, men den opprinnelses- og kvalitetsgarantien som et merke kommuniserer overfor et marked.²² Oppbygning av en opprinnelses- og kvalitetsgaranti krever gjerne store investeringer og strategisk markedsføring, og det er disse verdiene som skal beskyttes av

¹⁶ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 72–73.

¹⁷ Definisjonen er hentet fra Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 14. Begrepet er definert på lignende måte hos Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 9. Definisjonen er kanskje ikke helt passende for databasevernet i åndsverkloven § 24, ettersom det som her beskyttes er sammenstillinger av et større antall opplysninger, som det ikke er nødvendig med noen intellektuell skapende innsats for å frembringe.

¹⁸ Jf. patentloven § 1 første ledd. Mer om oppfinnelsesbegrepet hos Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 122, med henvisning til NU 1963: 6 side 96–98. Se for øvrig også Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 30–35.

¹⁹ Jf. åndsverkloven § 2 andre ledd.

²⁰ Jf. henholdsvis åndsverkloven § 16, § 20, § 23 og § 24.

²¹ Jf. varemerkeloven § 1 første ledd

²² Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 25–27.

varemerkeretten. På denne måten blir varemerker nært knyttet til det som ofte omtales som renommé eller «goodwill».²³

Opphavsretten oppstår uten formaliteter, så snart et åndsverk blir skapt.²⁴ Patenter kan derimot bare oppstå gjennom søknad og registrering.²⁵ Varemerkerett kan oppnås enten gjennom søknad og registrering, eller gjennom innarbeidelse.²⁶ En viss kjennetegnbeskyttelse kan for øvrig også oppnås gjennom retten til foretaksnavn og sekundære forretningskjennetegn etter foretaksnavneloven § 1-1.

Ved siden av patent-, opphavs- og varemerkeretten finnes det flere mindre kjente immaterialrettigheter som gjerne havner litt i skyggen av de tre hovedkategoriene. Disse er plante-foredlerrett, designrett og kretsmønsterrett. Planteforedlerretten er en enerett til å utnytte en foredlet plantesort.²⁷ En foredlet plantesort er en plantesort som har fått sine egenskaper forbedret gjennom tradisjonelle foredlingsmetoder og genteknologi, eller som et resultat av utvalg fra blant annet viltvoksende plantemateriale.²⁸ Systemet for planteforedlerrettigheter har betydelige fellestrekk med patentsystemet.²⁹ En designrett er på sin side en enerett til å utnytte utseendet til et produkt eller en del av et produkt.³⁰ Kretsmønsterretten er derimot en enerett til utnyttelsen av den utformingen som ligger til grunn for produksjon av integrerte kretser, som blant annet er essensielle i datamaskiner og mikroprosessorer.³¹ Design- og plante-foredlerrett kan bare oppnås ved søknad og registrering.³² Kretsmønsterretten oppstår derimot automatisk, så snart et kretsmønster er blitt frembrakt.³³

Immaterialrettigheter utgjør i dag en av hjørnesteinene i verdensøkonomien.³⁴ Rettighetene anses som viktige rammebetingelser for innovasjon, for å skape insentiver til investering i

²³ Se Birger Stuevold Lassen, «Oversikt over immaterialrettighetene» i *Lov og Rett*, 1994 side 451–469 (på side 463).

²⁴ Jf. åndsverkloven § 2 første ledd.

²⁵ Jf. patentloven § 1 første ledd, jf. lovens kapittel 2.

²⁶ Jf. varemerkeloven § 3.

²⁷ Jf. planteforedlerloven § 1 første ledd.

²⁸ Se Ot.prp. nr. 15 (1992–1993) side 6 og 12.

²⁹ Se Ole Kristian Fauchald, «Patenter og allmenningens tragedie» i *Lov og Rett*, 2001 side 399–412 (på side 409), hvor også enkelte forskjeller mellom de to systemene fremheves.

³⁰ Jf. designloven § 2 nr. 1, jf. § 1 første ledd.

³¹ Se Ot.prp. nr. 34 (1989–1990) side 3.

³² Jf. henholdsvis designloven § 1 første ledd og planteforedlerloven § 1 første ledd, jf. lovens kapittel 2.

³³ Jf. kretsmønsterloven § 1 første ledd.

³⁴ Se COM(2013) 813 final side 1–2 og WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009 side 6. Se også Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 29.

forskning og utvikling, samt for at ny teknologi skal kunne omsettes i et fritt marked.³⁵ Verdien av immaterialrettighetene er stadig økende.³⁶ Dette skyldes i stor grad at samfunnet utvikler seg bort fra det som ofte kalles et tradisjonelt industrisamfunn, og mot det som ligner mer på et informasjons- og teknologisamfunn.³⁷ Verdien av mange selskapers immaterialrettigheter er i dag langt større enn verdien av deres øvrige eiendeler.³⁸ De immaterielle rettighetene omsettes i betydelig utstrekning, og handel med slike rettigheter er en viktig bestanddel av det moderne forretningsamfunnet.³⁹ Avtaler om overdragelse og lisensiering av immaterialrettigheter kan i mange tilfeller utgjøre en del av selve grunnlaget for en næringsvirksomhet.⁴⁰

I utgangspunktet burde immaterialrettighetene være godt egnet til pantsettelse.⁴¹ I Norge er det likevel ingen utbredt bruk av immaterialrettigheter til kredittsikringsformål. For eksempel var det i mai 2019 bare registrert 74 særskilte pantsettelse hos Patentstyret.⁴² Dette kan nok delvis skyldes at immaterialrettighetene har iboende strukturelle særegenheter som kan gi opphav til særskilte problemstillinger i forbindelse med pantsettelse. Målsetningen med dette avhandlingsarbeidet har vært å belyse de problemstillingene som kan oppstå, og gjennom systematiserte drøftelser klargjøre innholdet i de generelle reglene som skal løse disse problemstillingene, samt komme med løsningsforslag der rettstilstanden er uklar. En viktig del av nyhetsverdien og originaliteten ved avhandlingen ligger i systematiseringen av forholdsvis ukjent, og lite behandlet, rettsstoff. Denne systematiseringen skal videre avdekke uklarheter og svakheter i regelverket, og bidra med rettspolitiske innspill til hvordan rettstilstanden kan forbedres på dette området.⁴³

³⁵ Se COM(2013) 813 final side 1–2 og Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 29, med henvisning til EU-kommisjonens uttalelser i COM(2008) 465/3.

³⁶ Se Shawn K. Baldwin, «To Promote the Progress of Science and Useful Arts: A Role for Federal Regulation of Intellectual Property as Collateral» i *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143 nr. 5, side 1701–1738 (på side 1737). Se også Harald Irgens-Jensen, «Ansattes oppfinnsomhet – bedrifters hemmelighold» i *Lov og Rett*, 2018 side 3–18 (på side 3).

³⁷ Mer om dette i Meld. St. 27 (2016–2017) side 9–11 og 64–77.

³⁸ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 7, Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 6 og Shawn K. Baldwin, «To Promote the Progress of Science and Useful Arts: A Role for Federal Regulation of Intellectual Property as Collateral» i *University Of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143 nr. 5, side 1701–1738 (på side 1704). Se også Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 77–79.

³⁹ Se Jens Schovsbo, *Immaterialrettsaftaler*, København 2001 side 4.

⁴⁰ Se Jens Schovsbo, *Immaterialrettsaftaler*, København 2001 side 4.

⁴¹ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 73.

⁴² Jf. e-post fra Patentstyret fra 8. mai 2019.

⁴³ Mer om dette i punkt 1.5.2 nedenfor.

I forlengelsen av dette skal avhandlingen fylle et informasjonsbehov. Det såkalte Kapitaltilgangsutvalget har i NOU 2018: 5 etterlyst tiltak for å øke kjennskapen til muligheten til å pantsette immaterialrettigheter.⁴⁴ Denne avhandlingen skal bidra til å bedre kjennskapen til dette regelverket. Dette kan gjøre det enklere for kredittyttere å ta hensyn til en virksomhets immaterialrettigheter i en kredittvurdering, og det kan da bli lettere for innovasjons- og teknologivirksomheter å oppnå rimelig kreditt, hvilket igjen kan bidra til å oppnå FNs bærekraftsmål.

Avhandlingens tema er pantsettelse av immaterielle rettigheter. Begrepet «pantsettelse» sikter til panterett stiftet gjennom avtale, og er valgt for å avgrense temaet mot reglene om utleggspant og legalpant.⁴⁵ Av omfangshensyn gir jeg ingen inngående beskrivelser av reglene om utlegg og legalpant i immaterialrettigheter. Selv om drøftelsene i noen grad også berører utleggspant, er temaet først og fremst panterett stiftet ved avtale.⁴⁶

Under temaet «pantsettelse av immaterielle rettigheter», ligger det en rekke ulike problemstillinger. Jeg skal ikke beskrive alle her i innledningen, men reiser dem underveis der det passer. Noen hovedproblemstillinger bør likevel nevnes, ettersom dette bidrar til å sette rammene for opplegget videre. Den første hovedproblemstillingen knytter seg til hva som kreves for å stifte gyldig panterett i de ulike immaterialrettighetene. Her skilles det mellom generelle pantsettelsesforutsetninger, og pantsettelsesvilkår som er særegne for henholdsvis særskilte pant og driftstilbehørspant. De generelle panterettslige rammevilkårene drøftes i kapittel 3. Vilkårene for særskilt pantsettelse drøftes i kapittel 4, mens vilkårene for å stifte driftstilbehørspant drøftes i kapittel 5. I forbindelse med stiftelse av panterett redegjøres det også for enkelte rettsvirkninger som følger av at immaterialrettigheter pantsettes. En pantsettelse medfører visse rettigheter og plikter i sikringsperioden, og gir i tillegg panthaver rett til å kreve pantet realisert. Reglene om realisasjon behandles i det mer generelle kapittel 3. Hvilke rettigheter og plikter som gjelder på sikringsstadiet, er ulikt for særskilte pantrettigheter og driftstilbehørspant, og dette drøftes derfor i henholdsvis kapittel 4 og 5.

Panterettigheter behøver rettsvern for å kunne fungere som effektive sikkerhetsrettigheter. Det er ikke tilstrekkelig at en panterett er gyldig stiftet. For å være beskyttet mot etterfølgende kreditorbeslag, må panteretten ha oppnådd rettsvern gjennom en nærmere bestemt retts-

⁴⁴ Jf. NOU 2018: 5 side 82.

⁴⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 28.

⁴⁶ Utleggspant berøres blant annet i punkt 4.6.4.

vernsakt. Etablering av rettsvern beskytter ofte lang på vei også mot ekstinktive godtroerverv. Enkelte generelle rettsvernforutsetninger nevnes allerede i kapittel 3.⁴⁷ Ellers drøftes rettsvernsspørsmålene hovedsakelig i kapittel 6. Her drøfter jeg ikke bare hvordan rettsvern etableres for panterrettigheter i immaterialrettigheter, men også hvilke rettsvirkninger det kan medføre at rettsvern oppnås. I tillegg undersøker jeg hvilke regler som gjelder for å avgjøre en panteretts prioritet i forhold til konkurrerende rettsstiftelser, herunder om det finnes muligheter for ulovfestet avtaleekstinksjon.

Ved pantsettelse av immaterialrettigheter kan det bli krevende å avgjøre omfanget av en panterett. Det generelle omfanget av henholdsvis særskilte pantsettelse og driftstilbehørspant drøftes allerede i kapittel 4 og 5. Dersom en særskilt pantsatt immaterialrettighet overlapper med en eller flere andre immaterialrettigheter, kan det imidlertid oppstå noen spesielle problemstillinger som kan gjøre det vanskelig å ta stilling til omfanget av en pantsettelse. Hvordan slike overlappsproblemer kan løses, drøftes nærmere i kapittel 7.

Før jeg går nærmere inn på avhandlingens rettslige problemstillinger, må temaet plasseres i et kontekstmessig rammeverk. For det første må temaet settes i en historisk sammenheng. Dette bidrar til en bedre forståelse for hvordan rettskildene på området har oppstått, og for hvilke formål de aktuelle rettsreglene tar sikte på å ivareta.⁴⁸ Historikken blir temaet for punkt 1.2 og 1.3, men slik at punkt 1.3 særlig fokuserer på hvilken internasjonal påvirkning som har skjedd med hensyn til de norske reglene om pantsettelse av immaterialrettigheter. Videre i punkt 1.4 ser jeg nærmere på hvilken samfunnsbetydning det kan ha med en adgang til å pantsette immaterialrettigheter. Her fremhever jeg også enkelte ulemper som kan følge med det å legge til rette for kredittvekst i for høy grad.

Temaets historikk og samfunnsbetydning har klare forbindelseslinjer til metoderefleksjonene i punkt 1.5. Historikken er viktig for å forstå hvordan rettskildene på området har oppstått, og danner dermed et utgangspunkt for metoderefleksjonene, som sier noe om hvordan disse rettskildene skal brukes. Både historikken og samfunnsbetydningen kan også kaste lys over formålet med reglene på dette området. Redegjørelsene kan da gi normative bidrag ved å belyse ulike reelle hensyn som kan vektlegges som rettskilde. Hvordan reelle hensyn påvirker rettsanvendelsen, beskrives nærmere i punkt 1.5.2.

⁴⁷ Se punkt 3.3

⁴⁸ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 245.

1.2 HISTORIKK

Panteretten kan spores langt tilbake i tid. For eksempel hadde romerne utviklet regler om både håndpant og underpant.⁴⁹ Romerretten var imidlertid relativt materialistisk, og befattet seg lite med annet enn håndgripelige ting.⁵⁰ Pantsettelse av uhåndgripelige formuesgoder var en fremmed tanke. Romerne hadde heller ikke utviklet immaterialrettslige enerettsposisjoner egnet for pantsettelse. Selv om det foregikk bokproduksjon, fantes det ikke regler som lignet opphavsrettigheter.⁵¹ Det var vanlig for både kunstnere, handelsmenn og håndverkere å benytte merker for egne produkter, men det var likevel ikke utviklet kjennetegnsrettigheter.⁵² Skulle pantsettelse av immaterialrettigheter bli aktuelt, måtte først de immaterielle rettighetene utvikles.

Utviklingen av immaterialrettslig beskyttelse begynte ikke før i senmiddelalderen.⁵³ En forklaring på hvorfor det ikke skjedde tidligere, kan være at det på begynnelsen av middelalderen ikke skjedde noen utpreget kulturutfoldelse på det skapende eller tekniske området.⁵⁴ Teknologien var underutviklet, og det ble sjelden gjort oppfinnelser.⁵⁵ Det foregikk en viss åndsverkproduksjon, men hverken samfunnsforholdene eller tidsånden lå til rette for utvikling av opphavsrettigheter.⁵⁶ Enkelte har hevdet at dette skyldtes at det ikke eksisterte effektive metoder for kopiering og spredning, slik at det ikke var noe behov for rettslig beskyttelse.⁵⁷ Således var det et vendepunkt da boktrykkerkunsten kom til Europa omkring år 1450, som gjorde det mulig med reproduksjon i større skala enn tidligere.⁵⁸ I Kina hadde det imidlertid blitt trykket bøker siden 800-tallet, uten at denne reproduksjonsteknikken hadde foranlediget opphavsrettslignende regler.⁵⁹

⁴⁹ Se Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 4–9, Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 20 og NUT 1970: 2 side 12.

⁵⁰ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 18.

⁵¹ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 17–18.

⁵² Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 33. Dette hadde foregått allerede siden oldtiden, jf. Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 46.

⁵³ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 46–47.

⁵⁴ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 19.

⁵⁵ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 18–19.

⁵⁶ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 19.

⁵⁷ Se for eksempel Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 18, samt Marianne Levin, «Immaterialrätten – en introduktion» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 17–39 (på side 17).

⁵⁸ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 19, Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 47 og Hans Maris Graasvold, Eirik Djønne og Jon Bing, *Norsk Skribentrett*, Oslo 2006 side 15–16.

⁵⁹ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 17.

Boktrykkerkunsten kom imidlertid til Europa i en brytningstid der det skjedde en vekselvirkning mellom flere ulike sosiale, økonomiske og kulturelle forhold. Blant annet fikk kirken og klostrene mindre innflytelse over kulturproduksjonen, og det var et stadig større publikum som tilegnet seg eksemplarer av åndsverk.⁶⁰ Risikoen for at åndsverk ble brukt i strid med en opphavers interesser, økte tilsvarende. Det var på denne måten flere forhold i senmiddelalderen som medførte et økt behov for immaterialrettslig beskyttelse.⁶¹ I kombinasjon med boktrykkerkunstens nye produksjonsmuligheter fikk retten til eksemplarframstilling en betydelig økonomisk verdi som gjorde det nødvendig med regler om hvem som skulle ha rett til disse nye verdiene.⁶² Teknologisk utvikling spilte ikke bare en rolle for utviklingen av opphavsretten, men var også essensiell for utviklingen av patentretten. Ved fremveksten av ny teknologi ble det nødvendig med rettslig beskyttelse av teknologien, og det ble derfor utviklet patentlignende rettigheter.⁶³

Selv om det i senmiddelalderen oppstod immaterialrettslignende rettsposisjoner, var det ikke tale om enerettigheter på samme måte som dagens immaterialrettigheter.⁶⁴ Rettighetene var underutviklet, og i all hovedsak var det kun tale om særskilte fyrstelige privilegier eller mer eller mindre vilkårlige nådesakter fra statsmakten.⁶⁵ Slike privilegier hadde ikke et fast innhold, og var preget av betydelig usikkerhet.⁶⁶ Videre skilte disse privilegiene seg fra moderne immaterialrettigheter ved at de tok sikte på å beskytte anvendt arbeidskraft og investert kapital fremfor intellektuelt skapende virksomhet.⁶⁷ Patentlignende privilegier kunne således karakteriseres som industribeskyttelse fremfor oppfinnerbeskyttelse, og opphavsrettslignende privileger kunne karakteriseres som forlagsbeskyttelse fremfor forfatterbeskyttelse.⁶⁸ Privilegienes usikre innhold, og mer eller mindre personlige tilknytning til rettighetshaveren, gjorde overdragelse lite praktisk. Pantsettelse av immaterialrettslignende privilegier var derfor ikke aktuelt. I Norge forelå i tillegg et kirkerettslig forbud mot å ta renter av pengelån.⁶⁹ Dette

⁶⁰ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 19–20.

⁶¹ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 19 og Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretsposisjoner*, København 1965 side 47.

⁶² Se Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 27.

⁶³ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretsposisjoner*, København 1965 side 47.

⁶⁴ Om formuesgodebegrepet, se punkt 2.2.1 nedenfor.

⁶⁵ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 45, Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 14, Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 27 og Hans Maris Graasvold, Eirik Djønne og Jon Bing, *Norsk Skribentrett*, Oslo 2006 side 16–17.

⁶⁶ Se Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 21.

⁶⁷ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretsposisjoner*, København 1965 side 54.

⁶⁸ Se Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 13 og Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretsposisjoner*, København 1965 side 55.

⁶⁹ Se NUT 1970: 2 side 13.

forbudet gjorde det vanskelig å tjene penger på å yte kreditt. Privilegiepraksisen var heller ikke særlig utbredt i Norge, ettersom forholdene var små og fattigslige.⁷⁰ Skulle pantsettelse av immaterialrettigheter bli aktuelt, måtte de immaterialrettslignende privilegiene videreutvikles til mer faste og forutsigbare enerettigheter.

Immaterialrettens virkelige gjennombrudd kom ved industrialiseringen på 1800-tallet.⁷¹ Moderne patentlovgivning ble først innført i USA i 1790, men flere europeiske land fulgte etter rundt århundreskiftet.⁷² Industrialiseringens nye metoder for effektiv masseproduksjon gjorde at det kunne hentes ut store verdier fra intellektuelle frembringelser og kjennetegn for varer og tjenester. Dette førte til at immaterialretten ble av stor betydning, og mot slutten av 1800-tallet hadde de fleste industrilandene bygd opp en noenlunde effektiv og håndterlig immaterialrettslovgivning.⁷³

Industrialiseringen og den nye immaterialrettslovgivning gjorde etter hvert immaterialrettighetene til interessante panteobjekter. Fra USA finnes det et eksempel på slik pantsettelse allerede fra slutten av 1800-tallet, da Thomas Edison pantsatte sitt patent på den elektriske glødestrømlampen for et lån han brukte til å starte opp sitt eget selskap.⁷⁴ Dette selskapet utviklet seg senere til å bli dagens General Electric, som er et av verdens største selskaper.⁷⁵ Pantsettelse av immaterialrettigheter var imidlertid forholdsvis uvanlig på dette tidspunktet, selv i USA. Det skulle ta lang tid før dette ble en mer vanlig form for kredittsikring.

Mot slutten av 1900-tallet begynte pantsettelse av immaterialrettigheter å bli forholdsvis populært i USA.⁷⁶ Dette hadde nok sammenheng med de nye mulighetene til digital data-behandling og elektronisk informasjonsflyt, som utviklet seg etter at den elektroniske datamaskinen ble oppfunnet i 1946.⁷⁷ Immaterialrettigheter knyttet til edb-teknologi ble etter hvert

⁷⁰ Se Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 38.

⁷¹ Se Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 27.

⁷² Se Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 48.

⁷³ Se Marianne Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011 side 27.

⁷⁴ Se Shawn K. Baldwin, «To Promote the Progress of Science and Useful Arts: A Role for Federal Regulation of Intellectual Property as Collateral» i *University Of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143 nr. 5, side 1701–1738 (på side 1701).

⁷⁵ Se Shawn K. Baldwin, «To Promote the Progress of Science and Useful Arts: A Role for Federal Regulation of Intellectual Property as Collateral» i *University Of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143 nr. 5, side 1701–1738 (på side 1701).

⁷⁶ Se Brian W. Jacobs, «Using Intellectual Property to Secure Financing After the Worst Financial Crisis Since the Great Depression» i *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2011, vol. 15 nr. 2, side 449–463 (på side 450–451).

⁷⁷ Mer om den første elektroniske datamaskinen hos Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 78–79.

svært verdifulle formuesgoder, og tilsvarende attraktive panteobjekter. Denne utviklingen fortsatte frem til år 2000, da den såkalte IT-boblen sprakk.⁷⁸ Det oppstod da en finanskrisen (dot-com-krisen) i internettsektoren og beslektede sektorer, som gjorde immaterialrettigheter langt mindre attraktive som panteobjekter. I årene som fulgte, økte bruken av immaterialrettigheter som panteobjekter på ny, før den igjen fikk en drastisk nedgang med den globale finanskrisen i 2008. I dagens samfunn har informasjons- og teknologivirksomheter igjen betydelig fremgang i USA, noe som har ført til ny økning i bruken av immaterialrettigheter som panteobjekter.⁷⁹

I Norge var situasjonen annerledes. På den tiden Thomas Edison pantsatte patentet på gløde-trådlampspæren, var det ikke mulig å pantsatte immaterialrettigheter i Norge. Den norske panteloven av 1857, som gjaldt på dette tidspunktet, inneholdt i utgangspunktet et krav om overlevering for pantssettelse av alle typer formuesgoder andre enn fast eiendom. For uhåndgripelige formuesgoder som immaterialrettigheter, innebar kravet i realiteten et pantsettelsesforbud.⁸⁰

I tiden før panteloven av 1857 var det ikke noe formelt hinder for pantssettelse av immaterialrettigheter. Kong Christian Den Femtis Norske Lov fra 1687 ga i utgangspunktet adgang til både stiftelse og tinglysning av panterett i alle typer formuesgoder.⁸¹ I 1807 kom også den dansk-norske høyesterett til at generalpant måtte være tillatt.⁸² Hvorvidt pantssettelsesadgangen også omfattet datidens immaterialrettigheter er uklart. Problemstillingen kan imidlertid ikke ha vært særlig aktuell på dette tidspunktet. De fyrstelige privileger som utgjorde immaterialretten frem til midten av 1700-tallet, var som nevnt ikke egnet som panteobjekter. Utviklingen bort fra privilegiesystemet kom heller ikke langt nok før 1857 til at pantssettelse kunne bli aktuelt.

⁷⁸ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 101–102.

⁷⁹ Se Brian W. Jacobs, «Using Intellectual Property to Secure Financing After the Worst Financial Crisis Since the Great Depression» i *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2011, vol. 15 nr. 2, side 449–463 (på side 451). Se for øvrig også Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 214.

⁸⁰ Jf. Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 302, samt Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 523 og Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 184. Se også NUT 1970: 2 side 35.

⁸¹ Se NUT 1970: 2 side 14 og 29, samt Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 40.

⁸² Se Carl-Bernhard Kjelstrup, «Kanskje litt generalpant?» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 277–290 (på side 278).

For opphavsretten skjedde det første skrittet bort fra privilegiesystemet ved en forordning av 1741 i datidens Danmark-Norge. Forordningen hadde et svært begrenset nedslagsfelt. Den gjaldt bare litterære verk, eneretten kunne bare gjøres gjeldende av forlag, den omfattet bare trykking, og flere problemstillinger var uavklarte.⁸³ Regulering fremstod som relativt tilfeldig. Pantsettelse av en slik forleggerrett kan hverken ha vært praktisk eller ønskelig. Forordningen ble stående som Norges opphavsrettslige hovedlov frem til 1876–1877, men da opphavsretten omsider ble videreutviklet, hadde håndpantregelen i panteloven av 1857 gjort pantsettelse av opphavsrett umulig.

Norge hadde heller ikke kommet langt med patentrettsutviklingen i tiden før 1857. Dette skyldtes for det første at det norske jordbruks- og fiskerisamfunnet ikke var ordentlig med på den industrialiseringen som foregikk i andre land på begynnelsen av 1800-tallet. Næringslivet var i all hovedsak dårlig utviklet, og dersom det mot formodning ble gjort nye oppfinnelser, kunne slike prosjekter trolig realiseres uten tilsvarende brysom konkurranse som gjorde det nødvendig med effektiv immaterialrettslig beskyttelse i industrilandene.⁸⁴ Innenfor jordbruk-, fangst- og fiskerinæringene var det i tillegg manglende vilje til å ta i bruk nye redskaper og metoder. Da spørsmålet om en norsk patentlov kom opp på 1820-tallet, skyldtes dette hovedsakelig et ønske om modernisering av lovgivningen på linje med andre land, og ikke et utstrakt behov for noen norsk patentlovgivning.⁸⁵ Etter at den første norske lovbestemmelsen om patent ble vedtatt i 1839, var antallet patentsøknader beskjedent, og søknadene gjaldt som regel mindre viktige oppfinnelser.⁸⁶ Da den teknologiske utviklingen omsider satte i gang, ble videreutviklingen av patentlovgivningen bremsset av en sterk antipatentbevegelse.⁸⁷ Samtidig ble pantsettelse av patenter hindret gjennom panteloven av 1857.

I nyere tid har immaterialrettighetene blitt videreutviklet på en måte som har gjort dem anerkjent som formuesgoder på en lignende måte som eiendomsretten til fast eiendom og løsøregjenstander.⁸⁸ Dette fikk betydning da arbeidet med en ny norsk pantelov ble satt i gang på slutten av 1950-tallet. Arbeidet begynte med oppnevningen av det såkalte Sivillovbokutvalet i 1953. Dette var et offentlig utvalg som skulle arbeide med utkast til ny lovgivning på gitte

⁸³ Mer om denne forordningen hos Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 22.

⁸⁴ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 17.

⁸⁵ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 17–18.

⁸⁶ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 18.

⁸⁷ Se Alain Pottage og Brad Sherman, «On the prehistory of intellectual property» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 11–28 (på side 15–18). Se for øvrig også Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 18–21.

⁸⁸ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 45.

privatrettslige områder.⁸⁹ Utvalgets innstilling til ny pantelov ble oversendt departementet i 1970.⁹⁰ Etter at innstillingen hadde vært ute på høring, gjorde departementet en del justeringer før lovutkastet ble oversendt Stortinget.⁹¹ Justiskomiteen i Stortinget gjorde i tillegg en god del endringer før ny pantelov ble vedtatt i 1980.⁹²

Panteloven av 1980 var ingen revolusjon av panteretten. Den gamle panteloven av 1857 hadde gjennom spesiallovgivningen fått så mange unntak fra overleveringskravet at systemet var uoversiktlig, samtidig som overleveringskravet ikke lenger hadde sin tilsiktede funksjon.⁹³ Da overleveringskravet i 1980 ble begrenset til pantsettelse av ikke-realregistrerbare løsøre-gjenstander, verdipapirer og innløsningspapirer, var dette i stor grad en kodifisering av gjeldende rett, ettersom kravet allerede hadde blitt vesentlig uthulet.⁹⁴ Overleveringskravet ble i stedet erstattet av et krav om lovhjemmel for pantsettelse.⁹⁵

Den nye panteloven innebar likevel vesentlige endringer med hensyn til muligheten til å pantsette immaterielle rettigheter. Gjennom den nye ordningen med driftstilbehørspant ble det gitt en viss adgang til å stille immaterialrettigheter som pant. Driftstilbehørspantet var imidlertid ingen nyskaping i seg selv. Bergverksforetak hadde i lang tid hatt adgang til å underpantsette sitt driftsløsøre sammen med sin faste eiendom. Lignende ordninger gjaldt også for hotellforetak, fabrikker og annen industri, fiskeri- og jordbruksvirksomhet, samt transportvirksomhet.⁹⁶ I 1980 ble det imidlertid gitt en generell lovbestemmelse som ga alle næringsdrivende hjemmel til samlet underpantsettelse av sitt driftstilbehør sammen med den faste eiendommen virksomheten knyttet seg til. Denne lovbestemmelsen omfattet ikke bare tradisjonelt driftsløsøre, men også noen nærmere bestemte immaterialrettigheter.⁹⁷ Pantsettelse av immaterialrettigheter var på dette tidspunktet nytt i norsk rett.⁹⁸

Det var flere viktige hensyn som begrunnet at immaterialrettigheter skulle omfattes av driftstilbehørspantet. Sivillovbokutvalet påpekte at utnyttelse av immaterialrettigheter ofte var nød-

⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 7.

⁹⁰ Se NUT 1970: 2.

⁹¹ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978).

⁹² Se Innst. O. nr. 19 (1979–1980).

⁹³ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 14–15, samt NUT 1970: 2 side 15–16.

⁹⁴ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 19.

⁹⁵ Se punkt 3.4 nedenfor.

⁹⁶ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 21 og NUT 1970: 2 side 19–20.

⁹⁷ Se NUT 1970: 2 side 42–43.

⁹⁸ Se NUT 1970: 2 side 42.

vendig for driften av en virksomhet, samt at rettighetene kunne representerte store verdier.⁹⁹ Formålet med driftstilbehørspanet var i stor grad at det skulle være mulig å benytte totalverdien av en virksomhet som kredittgrunnlag, og ettersom totalverdien ikke utelukkende bestod av fysiske eiendeler, ble det nødvendig å inkludere visse immaterialrettigheter for å oppnå dette formålet.¹⁰⁰ Sivillovbokutvalet fremhevet i tillegg vanskeligheter knyttet til det å skille ut immaterialrettigheter fra en virksomhet for øvrig. Et varemerke kunne for eksempel ikke skilles fra den «goodwill» verdien av varemerket knyttet seg til. Selv om det ikke er noe i veien for at en virksomhet selges uten at patenter følger med, påpekte Sivillovbokutvalet at dette kunne medføre at virksomhetens verdi reduseres betydelig.¹⁰¹ Dersom produksjonsutstyr er spesialtilpasset for å produsere en spesiell patentert oppfinnelse, ville dette utstyret blitt verdiløst dersom det ikke kunne utnyttes sammen med patentet. Sivillovbokutvalet mente videre det var nødvendig å inkludere varemerker i driftstilbehørspanet slik at ikke produksjonsresultatet til en virksomhet reduseres som følge av at produkter må lanseres under nye og ukjente navn.

Da panteloven ble vedtatt i 1980, kunne immaterialrettigheter bare pantsettes sammen med øvrig driftstilbehør. Det var ingen adgang til særskilt pantsettelse. Sivillovbokutvalet mente det ikke var nødvendig med noen særskilt pantsettelsesadgang, ettersom det i stor utstrekning var mulig å skaffe kapital ved å utstede lisenser.¹⁰² Da Sivillovbokutvalets forslag var ute på høring, var flere høringsinstanser uenige i dette, og mente det forelå et behov for særskilt pantsettelse. Departementet var enig i at det kunne være aktuelt å bygge ut registreringsordningene for patenter, design og varemerker slik at registrering kunne gi rettsvern for særskilte panterettigheter.¹⁰³ Det ble likevel ikke innført noen særskilt pantsettelsesadgang i denne omgangen:

«Departementet mener dette er en tanke som det kan være verdt å overveie, men finner ikke å kunne foreslå en slik reform gjennomført i forbindelse med utkastet til ny pantelov. Spørsmålet bør etter departementets mening utredes nærmere og

⁹⁹ Se NUT 1970: 2 side 42–43.

¹⁰⁰ Se NUT 1970: 2 side 84.

¹⁰¹ Se NUT 1970: 2 side 84.

¹⁰² Se NUT 1970: 2 side 85.

¹⁰³ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 51–52. Departementet viste til høringsuttalelsen til Patentstyret (da kalt Styret for de industrielle rettsvern) som i sin høringsuttalelse hadde vist til at denne tanken allerede var tatt opp hos Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 302. Selve ideen om pantsettelse av patenter hadde også tidligere vært nevnt hos Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 185. Det var således ingen ny idé departementet presenterte.

gjøres til gjenstand for vanlig høringsbehandling før det eventuelt blir fremmet noe forslag.»¹⁰⁴

Det gikk 30 år før forslaget om å utrede spørsmålet nærmere ble gjennomført. I mellomtiden var pantsettelsesadgangen for immaterialrettigheter begrenset til ordningen med driftstilbehørspant.

Driftstilbehørspantet innebar en del begrensninger i adgangen til å pantsette immaterialrettigheter. Panteretten omfattet opprinnelig kun rett til varemerke, patent, design og ervervet opphavsrett, herunder rett til utøvende kunstners fremføring av et verk. Det var bare næringsdrivende som hadde en pantsettelsesadgang, og det var påkrevd at immaterialrettighetene var bestemt for pantsetters næringsvirksomhet for at de skulle være omfattet av en pantsettelse. En ytterligere forutsetning var at pantsettelsen skjedde sammen med det øvrige driftstilbehøret, samt den eiendommen pantsetters næringsvirksomhet knyttet seg til. Det var ikke mulig å plukke ut bestemte formuesgoder til pantsettelse. Hele driftstilbehøret ble pantsatt slik den var definert i loven. Driftstilbehørspantet fikk rettsvern ved tinglysing sammen med eiendomspantet i Grunnboken.

I 1990 ble kretsmønsterloven vedtatt, som innførte kretsmønsterretten i norsk rett.¹⁰⁵ Tre år senere gjorde planteforedlerretten sitt inntog gjennom vedtakelsen av planteforedlerloven.¹⁰⁶ Samtidig med vedtakelsen av planteforedlerloven ble driftstilbehørspantet utvidet til å omfatte planteforedlerrett. I tillegg ble kretsmønsterretten tatt inn i pantelovens beskrivelse av driftstilbehør. Dette hadde lovgiver glemt da kretsmønsterloven ble vedtatt i 1990.¹⁰⁷ I 2001 ble kravet om pantsettelse av driftstilbehør sammen med fast eiendom opphevet.¹⁰⁸ Samtidig ble rettsvernsakten endret, slikt at panteretten skulle tinglyses på den næringsdrivendes blad i Løsøreregisteret fremfor i Grunnboken.

De siste tiårene har norske oppfinnelser skapt store inntekter for næringslivet.¹⁰⁹ Spørsmålet om særskilt pantsettelse ble derfor tatt opp på nytt. I 2008 ble det omsider igangsatt et utredningsarbeid om særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter, slik departementet hadde

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52.

¹⁰⁵ Se Ot.prp. nr. 34 (1989–1990) side 6–12.

¹⁰⁶ Se Ot.prp. nr. 15 (1992–1993) side 6–10.

¹⁰⁷ Se Ot.prp. nr. 15 (1992–1993) side 21.

¹⁰⁸ Se mer om bakgrunnen for dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 262–264.

¹⁰⁹ Se Harald Irgens-Jensen, «Ansattes oppfinnsomhet – bedrifters hemmelighold» i *Lov og Rett*, 2018 side 3–18 (på side 3), med eksempler på betydningsfulle oppfinnelser.

foreslått allerede i 1978. Det ble ikke nedsatt noe offentlig utvalg til å foreta utredningsarbeidet, slik at forarbeidene ikke består av noen tradisjonell NOU. I stedet ble utredningsarbeidet overlatt til advokat Astri M. Lund. Oppdraget fra departementet var å vurdere om det burde etableres en adgang til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter, samt utarbeide et forslag til lovregulering for slik pantsettelse.¹¹⁰ Utredning ble levert 12. desember 2011 (Lund-utredningen). Det ble foreslått å åpne for særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter, og at slik pantsettelse skulle få rettsvern ved registrering i de respektive registrene.

Departementet fulgte Lund-utredningens forslag om å åpne for særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter. Begrunnelsen var i all hovedsak at den samfunnsmessige betydning av nyskaping og kunnskap er økende, samt at forskning og utvikling som oftest krever mye kapital.¹¹¹ Det ble også påpekt at driftstilbehørspantet ikke er fleksibelt nok til å ivareta pantsettelsesbehovet til ulike typer virksomheter der immaterielle rettigheter utgjør en vesentlig del av verdien.¹¹² Ved pantsettelse av immaterialrettigheter som del av et driftstilbehørspant, er det heller ikke alltid slik at verdien av de aktuelle immaterialrettighetene blir tatt tilstrekkelig hensyn til ved vurderingen av størrelsen på kreditten som skal ytes. Det er da ikke nødvendigvis forholdsmessighet mellom verdien av immaterialrettighetene i et driftstilbehørspant og kreditten panteretten sikrer.¹¹³

Reglene om særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter ble vedtatt 23. januar 2015, og trådte i kraft 1. juli 2015.¹¹⁴ Samtidig ble driftstilbehørspantet utvidet til å gjelde søknader om registrerbare immaterialrettigheter, i tillegg til at produsentrettigheter, rett til database og rett til fotografisk bilde ble inkludert blant immaterialrettighetene som inngår i en slik panterett.¹¹⁵

¹¹⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 7.

¹¹¹ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 31.

¹¹² Se Prop. 101 L (2013–2014) side 31–32.

¹¹³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37. Se også Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 37, om tilsvarende situasjon for det britiske «floating charge».

¹¹⁴ Det ble også gjort endringer i patentloven og planteforedlerloven med hensyn til de nye registreringsordningene.

¹¹⁵ Se punkt 5.3 nedenfor.

1.3 INTERNASJONAL PÅVIRKNING

Internasjonal påvirkning er ikke nytt for immaterialretten. Harmonisering av immaterialretten har vist seg å være viktig for å tilrettelegge for internasjonal handel og kunnskapsdeling.¹¹⁶ Et grunnleggende kjennetegn med den moderne immaterialretten er derfor at den preges av internasjonalt samarbeid.¹¹⁷ Selv om rettsområdene som omfattes av immaterialretten er territorielt avgrenset, har ikke objektene for de ulike rettsposisjonene nødvendigvis territoriell karakter.¹¹⁸ Både åndsverk, oppfinnelser og kjennetegn kan flyttes på tvers av landegrenser uten de samme anstrengelsene som kreves for å flytte fysiske ting.¹¹⁹ Det har derfor vært et utstrakt behov for å skape noenlunde harmoniserte internasjonale regler.

Allerede i 1883 ble Pariskonvensjonen vedtatt, som delvis harmoniserte deltakerlandenes regler for de industrielle immaterialrettighetene.¹²⁰ Norge sluttet seg til konvensjonen i 1885.¹²¹ For opphavsretten begynte det internasjonale samarbeidet med Bernkonvensjonen, som ble vedtatt i 1886.¹²² Norge tiltrådte konvensjonen i 1896.¹²³ Paris- og Bernkonvensjonen administreres av WIPO, som er et organ underlagt FN.¹²⁴ I 1994 ble den såkalte TRIPS-avtalen på kort tid fremforhandlet i WTO etter at USA presset på for å styrke beskyttelsen av de immaterielle rettighetene, samt for å flytte noe av WIPOs innflytelse over til WTO.¹²⁵ TRIPS-avtalen tilkjente alle partene de samme rettighetene som partene i henholdsvis Paris- og Bernkonvensjonen, uavhengig av om de var tilsluttet disse konvensjonene.¹²⁶ I tillegg

¹¹⁶ Se Henry Olsson, «The Revolution in International Intellectual Property Law; The World Trade Organization» i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 523–545 (på side 524–525).

¹¹⁷ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 62.

¹¹⁸ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 41. Mer om objektsterminologien i punkt 2.2.3 nedenfor.

¹¹⁹ Mer om dette i punkt 2.5 nedenfor.

¹²⁰ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 64.

¹²¹ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 30.

¹²² Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 64. Norge er også formelt tilsluttet Verdenskonvensjonen (*Universal Copyright Convention*), men dette er et helt perifert beskyttelsessystem som bare får anvendelse i helt spesielle og sjeldne tilfeller, jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 49, samt Birger Stuevold Lassen, *Internasjonal opphavsrett. En innføring*, Oslo 1995 side 40–41. Verdenskonvensjonen blir ikke nærmere behandlet i denne avhandlingen.

¹²³ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 45. For vernet av utøvende kunstnere, fonogramprodusenter og kringkastingsforetak, får også Romakonvensjonen betydning, som Norge sluttet seg til i 1978, jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 51.

¹²⁴ Se WIPOs nettside www.wipo.int.

¹²⁵ Se Birger Stuevold Lassen, «Bern, Trips, EØS og Phil Collins – om utenlandske opphavsmenns og fotografers vern etter norsk rett» i David R. Doublet, Kai Krüger og Asbjørn Strandbakken (red.), *Stat, politikk og folkestyre – Festskrift til Per Stavang*, Bergen 1998 side 455–466 (på side 460–461), samt Birger Stuevold Lassen, «Opphavsretten mot tusenårsskiftet – Hvor står vi, hvor går vi hen – hvem bestemmer?» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1997 side 454–467 (på side 459).

¹²⁶ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 67.

etablerte TRIPS-avtalen felles håndhevings- og konfliktløsningsmekanismer som ikke fantes i Paris- og Bernkonvensjonen.¹²⁷ Norge er tilsluttet TRIPS-avtalen gjennom ratifisering av WTO-avtalen i 1994.¹²⁸

Ingen av disse konvensjonene regulerer pantsettelse direkte, men flere av dem sier noe om overdragelsesadgangen, som er en forutsetning for pantsettelse.¹²⁹ For eksempel sier TRIPS-avtalens artikkel 28 andre ledd at patenteiere skal «have the right to assign, or transfer by succession, the patent and to conclude licensing contracts». Her kommer det tydelig frem at konvensjonsforfatterne har ment at eieren av et patent skal ha en vid adgang til å disponere over patentet gjennom ulike tingsrettslige beføyelser.¹³⁰ Adgang til overdragelse er også forutsatt i Bernkonvensjonens artikkel 2 sjette ledd, som sier beskyttelsen etter konvensjonen «shall operate for the benefit of the author and his successors in title». Bernkonvensjonen inneholder på den annen side bestemmelser som begrenser overdragelsesadgangen. Artikkel 6bis første ledd sier original opphaver i alle tilfeller beholder visse ideelle rettigheter til et åndsverk, uavhengig av overdragelse av de økonomiske rettighetene knyttet til det aktuelle åndsverket.¹³¹

I tillegg til de nevnte konvensjonene har EØS-samarbeidet hatt mye å si for utviklingen av Norges immaterialrettslige regler.¹³² For opphavsretten og varemerkeretten er dette de internasjonale reglene som har hatt størst innflytelse.¹³³ Ved siden av det konvensjonsbaserte samarbeidet, har det foregått et lovgivningssamarbeid i Norden for flere av immaterialrettighetene. Både patentloven, varemerkeloven og åndsverkloven er basert på nordiske lov-samarbeid, slik at regelverket i stor grad er harmonisert innad i Norden.¹³⁴

Panteretten har frem til nylig i all hovedsak ikke vært utsatt for internasjonal påvirkning. Innenfor formueretten er panteretten et av de rettsområder der det er størst forskjeller mellom

¹²⁷ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 67.

¹²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 73 (1995–1996) side 3.

¹²⁹ Se punkt 3.6 nedenfor.

¹³⁰ Se WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009 side 20.

¹³¹ Mer om ideelle rettigheter i punkt 2.2.2.4 nedenfor. Se for øvrig også Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 59.

¹³² Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009 side 68–70.

¹³³ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 53 og Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011, side 29–30.

¹³⁴ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011, side 28, Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 41 og Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 32–33

ulike land, selv innenfor Norden.¹³⁵ Da panteloven av 1980 ble vedtatt, skulle den ikke gjennomføre noen av Norges folkerettslige forpliktelser. Den skulle heller ikke ta hensyn til noen internasjonale føringer, ettersom slike ikke forelå på dette tidspunktet. Heller ikke den nærmere reguleringen av overdragelse og lisensiering av immaterialrettigheter har blitt harmonisert.¹³⁶ De nevnte konvensjonssamarbeidene forutsetter gjerne at tingsrettslige aspekter av immaterialretten overlates til nasjonale myndigheter. Dette kommer uttrykkelig frem av EPC artikkel 74, som sier europeiske patentsøknader som formuesgoder er underlagt nasjonale tingsrettslige regler.¹³⁷

I senere tid har panteretten fått mer internasjonal oppmerksomhet. UNCITRAL formulert i 2010 en guide med anbefalinger til hvordan et land bør utforme sine panterettslige regler.¹³⁸ UNCITRAL er et organ under FN som jobber med modernisering og harmonisering av regler knyttet til internasjonal forretningsvirksomhet.¹³⁹ Anbefalingene tar sikte på å hjelpe medlemslandene i å utvikle moderne kredittsikringslovgivning for å tilrettelegge for rimelig kreditttilgang.¹⁴⁰ De er kun rådgivende, og ikke rettslig forpliktende for noen av FNs medlemsland.

Selv om anbefalingene fra 2010 i prinsippet også skulle gjelde pantsettelse av immaterialrettigheter, var det usikkert om anbefalingene var helt forenelige med de særegne prinsippene som immaterialrettsreglene er bygd opp rundt. Dette førte til at UNCITRAL i 2011 formulerte supplerende anbefalinger som særskilt omhandlet pantsettelse av immaterielle rettigheter.¹⁴¹ Dette supplementet oppstod på grunnlag av et samarbeid mellom UNCITRAL og WIPO, der det ble undersøkt hva slags regler som gjaldt for pantsettelse av immaterialrettigheter i de

¹³⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 36, Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 30 og Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepannt over landegrensene*, Bergen 2005 side 243.

¹³⁶ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 133, med ytterligere henvisninger.

¹³⁷ Se også artikkel 148, samt NOU 1976: 49 side 48.

¹³⁸ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010.

¹³⁹ Se UNCITRALs hjemmeside www.uncitral.org.

¹⁴⁰ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 1.

¹⁴¹ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011.

fleste av WIPOs medlemsland.¹⁴² Undersøkelsene avdekket store forskjeller i pantsettelsesadgangen, og svært ulikeartede regelverk.¹⁴³

I etterkant publiserte UNCITRAL i 2014 retningslinjer for implementering av rettsvernsregistre.¹⁴⁴ Videre i 2016 publiserte UNCITRAL en modellov basert på de tre tidligere publiserte anbefalingene.¹⁴⁵ Modelloven er ment å omfatte panterett i immaterielle rettigheter i tillegg til andre formuesgoder.¹⁴⁶ Generalforsamlingen i UNCITRAL synes å ha stor tro på den samfunnsmessige betydningen reglene i denne modelloven kan få.¹⁴⁷

UNCITRALs anbefalinger kan kanskje være et viktig første skritt i retning av internasjonal harmonisering av reglene om pantsettelse av immaterialrettigheter. På den annen side har anbefalingene blitt kritisert for å være for vage og generelle, samt for i for stor grad å ha karakter av et «soft law»-prosjekt som ikke tar ordentlig stilling til spørsmålene som reises.¹⁴⁸ Anbefalingene presenterer ikke alltid helt fullstendige løsninger. De er heller ikke folkerettslig bindende på noen måte, og det er usikkert om statenes lovgivere vil gjennomføre de anbefalte løsningene. Foreløpig har det ikke skjedd noen internasjonal harmonisering basert på UNCITRALs anbefalinger.¹⁴⁹ Norge er et eksempel på et land der anbefalingene har fått minimal betydning.

De norske reglene om pantsettelse av immaterialrettigheter har i svært liten grad blitt påvirket av UNCITRAL. Lund-utredningen nevner enkelte mer eller mindre tilfeldige deler av anbefalingene, uten at de ser ut til å ha virket inn på lovgivningsarbeidet.¹⁵⁰ I departementets stortingsproposisjon nevnes anbefalingene bare i direkte sitater fra Lund-utredningen. Det er i det hele tatt påfallende hvor lite oppmerksomhet som ble viet disse anbefalingene i det norske lovgivningsarbeidet, særlig ettersom forfatteren av Lund-utredningen selv deltok på møter i arbeidsgruppen som utformet utkastet til de supplerende anbefalingene om pantsettelse av

¹⁴² Se WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009 (Annex 1: WIPO Questionnaire on Security Interests in Intellectual Property). Tilgjengelig på www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=17582.

¹⁴³ Resultatene av undersøkelsene er oversiktlig beskrevet hos Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 115–120.

¹⁴⁴ Se UNCITRAL, *Guide on the Implementation of a Security Rights Registry*, Wien 2014.

¹⁴⁵ Se UNCITRAL, *Model Law on Secured Transactions*, Wien 2016.

¹⁴⁶ Jf. modellovens artikkel 1.

¹⁴⁷ Se UNCITRAL, generalforsamlingens resolusjon 71/136, 13. desember 2016 side 2.

¹⁴⁸ Se Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 128–129, med ytterligere henvisninger.

¹⁴⁹ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 134.

¹⁵⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 28–30, hvor deler av anbefalingene gjennomgås.

immaterialrettigheter.¹⁵¹ Antakelig skyldes dette i stor grad at helt grunnleggende elementer fra norsk panterett, slik som lovkravet og spesialitetsprinsippet, ikke er å gjenfinne i UNCITRALs anbefalinger.¹⁵²

UNCITRAL er ikke det eneste internasjonale organet som har gitt føringer for regler om pantsettelse av immaterialrettigheter. EU har, gjennom EØS-samarbeidet, også begynt å legge slike føringer. I motsetning til UNCITRALs anbefalinger, er direktivene og forordningene som omfattes av EØS-samarbeidet folkerettslig bindende for Norge. Den 16. desember 2015 ble et nytt varemerkedirektiv vedtatt (direktiv 2015/2436). Dette direktivet erstatter direktiv 2008/95, som har vært EUs hovedinstrument for europeisk harmonisering av varemerkeretten.¹⁵³ Artikkel 23 i det nye varemerkedirektivet har følgende ordlyd:

- «1. Et varemerke kan uafhængigt af virksomheden pantsættes eller gøres til genstand for andre tingslige rettigheder.
2. Medlemsstaterne fastsætter procedurer med henblik på at kunne notere tingslige rettigheder i deres registre.»

Bestemmelsen forplikter medlemsstatene til å åpne for at det skal kunne stiftes panterett og andre tinglige rettsstiftelser i varemerker. Bakgrunnen for bestemmelsen var et ønske om at varemerker i større utstrekning skulle behandles på samme måte som mer tradisjonelle formuesgoder.¹⁵⁴ Her skimtes en fortsettelse av utviklingen av immaterialrettighetene fra å være noe særegent og uhåndterlig mot å bli konkrete og lett-omsettelige formuesgoder. Denne utviklingen vil trolig fortsette i fremtiden, og en pantsettelsesadgang er helt sentral i denne sammenhengen.

Artikkel 23 i det nye varemerkedirektivet forutsetter at pantsettelse skal kunne skje uavhengig av virksomheten for øvrig. Pantsettelse av varemerker gjennom det norske drifts-tilbehørspantet er derfor ikke en ordning som oppfyller kravene.¹⁵⁵ Det må gjøres endringer i

¹⁵¹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 7.

¹⁵² Mer om lovkravet og spesialitetsprinsippet i punkt 3.3 og 3.4 nedenfor.

¹⁵³ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 29–30.

¹⁵⁴ Se direktivets fortale avsnitt 34, samt EU-kommisjonens uttalelse i COM(2013) 162 punkt 2.16.

¹⁵⁵ Se punkt 5.6 nedenfor.

norsk rett for å gjennomføre direktivet. Arbeidet med å endre loven er blitt påbegynt, men er ikke fullført.¹⁵⁶

1.4 SAMFUNNSBETYDNING

Et dynamisk og velfungerende kredittmarked anses som en forutsetning for et konkurranse-dyktig næringsliv.¹⁵⁷ Synet på panterettigheter som et samfunnsnyttig fenomen står derfor sterkt både i økonomisk og i juridisk teori.¹⁵⁸ Hovedgrunnen til dette er at panteretten virker kredittskapende.¹⁵⁹ Panteretten gir pantsetter tilgang på kapital som i utgangspunktet er bundet opp i hans formuesgoder, og han får på denne måten mulighet til å gjøre nye investeringer.¹⁶⁰

Tilgang på kreditt er ofte en forutsetning for å kunne realisere ideer i næringslivet.¹⁶¹ Selvfinansiering er sjelden et alternativ.¹⁶² Det har likevel vært vanskelig å fremskaffe presise beregninger som viser panterettens direkte kreditt effekt.¹⁶³ Enkelte vil hevde at panteretten ikke har noen vesentlig betydning for kredittvolumet i samfunnet, men kun for de vilkårene som betinger kredittytelsene.¹⁶⁴ Internasjonalt foreligger er det likevel forholdsvis bred enighet om at pantesikret kreditt er en av de mest effektive metodene for å innhente kapital.¹⁶⁵ Pantesikrede lån utgjør i dag enorme verdier.¹⁶⁶

Forskning og utvikling kan være svært kapitalkrevende, og det kan være vanskelig å skaffe finansiering til slik virksomhet.¹⁶⁷ Dette gjelder særlig mindre nyoppstartede forsknings- og utviklingsbedrifter, som generelt har høyere kapitalkostnader enn sine større konkurrenter og virksomheter i andre sektorer.¹⁶⁸ Pantsettelse av immaterialrettigheter kan være et viktig virkemiddel for å tilrettelegge for rimelig kreditt uavhengig av hvilken type virksomhet det er tale om. Likestilling av ulike virksomhetstyper med hensyn til pantsettelsesmulighetene var

¹⁵⁶ Mer om dette i punkt 4.6 nedenfor.

¹⁵⁷ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 71.

¹⁵⁸ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 71.

¹⁵⁹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 22.

¹⁶⁰ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Oslo 2010 side 94–95.

¹⁶¹ Se Meld. St. 27 (2016–2017) side 12 og NOU 1993: 16 side 134.

¹⁶² Se NUT 1970: 2 side 27.

¹⁶³ Se NOU 1993: 16 side 135.

¹⁶⁴ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 13–14.

¹⁶⁵ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 1–2.

¹⁶⁶ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Oslo 2010 side 95.

¹⁶⁷ Se Bronwyn H. Hall, «The Financing of Research and Development» i *Oxford Review of Economic Policy*, 2002, vol. 18 nr. 1, side 35–51 (på side 35).

¹⁶⁸ Se Bronwyn H. Hall, «The Financing of Research and Development» i *Oxford Review of Economic Policy*, 2002, vol. 18 nr. 1, side 35–51 (på side 48).

en uttalt målsetning allerede ved forberedelsen av panteloven fra 1980.¹⁶⁹ Det er også en utberedt målsetning i internasjonale sammenhenger at virksomheter bør kunne utnytte alle sine tilgjengelige aktiva til kredittsikring.¹⁷⁰

Små og mellomstore bedrifter representerer hoveddelen av europeiske virksomheter.¹⁷¹ Slike virksomheter velger ofte å beskytte sine intellektuelle ressurser gjennom hemmeligholdelse og beskyttelse etter markedsførings- eller konkurranseretten, fremfor å etablere formelle immaterialrettsposisjoner.¹⁷² Dette kan skyldes at det er kostnader knyttet ikke bare til etablering og opprettholdelse av formelle immaterialrettigheter, men også til håndteringen av slike rettigheter. Av hensyn til tilgjengeliggjøring av ny teknologi, er det imidlertid ønskelig at det registreres patenter, fremfor at teknologi hemmeligholdes. En adgang til å pantsette registrerte immaterialrettigheter kan potensielt føre til en økning i registreringsaktiviteten.

Kreditt sikret med panterett i immaterialrettigheter er ikke den eneste måten å finansiere forskning, utvikling og andre former for innovasjon. Usikret kreditt kan noen ganger være et alternativ. Ulike kredittvurderingssystemer har gjort at bankene i mindre grad er avhengig av sikkerhetsstillelse for å yte kreditt.¹⁷³ Slike systemer sammenligner en låntakers karakteristikk med karakteristikk hos tidligere låntakere lagret i en database. Dermed kan banken undersøke om en potensiell låntaker ligner mest på tidligere låntakere som har innfridd sine forpliktelser, eller om de ligner mest på tidligere låntakere som har misligholdt sine forpliktelser. På denne måten kan kredittvurderingssystemene gi nyttige indikatorer på om en låntaker vil overholde kredittvilkårene eller ikke. Slike kredittvurderingssystemer er imidlertid basert utelukkende på standardisert informasjon. Immaterialrettigheter er i sin natur ikke standardiserte. Det er derfor vanskelig ved bruk av kredittvurderingssystemer å ta hensyn til verdien av en virksomhets immaterialrettigheter, ettersom enhver immaterialrettighet i utgangspunktet er unik.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Se NUT 1970: 2 side 42.

¹⁷⁰ Se WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009 side 7 og 16. Se også UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 2.

¹⁷¹ Se EU-kommisjonens uttalelse COM(2008) 465/3 side 10.

¹⁷² Se EU-kommisjonens uttalelse COM(2008) 465/3 side 10.

¹⁷³ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 562).

¹⁷⁴ Se Iwan Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 562).

Det er også mulig å utnytte en immaterialrettighet som kredittsikkerhet uten å pantsette rettigheten som sådan. Dersom en immateriell rettighet genererer en jevn kontantstrøm, for eksempel gjennom en lisensavtale, kan denne kontantstrømmen pantsettes som pengekrav pantsetter har eller kommer til å få mot navngitt skyldner i et særskilt nevnt rettsforhold, jf. panteloven § 4-4 første ledd. Dette kan også gjøres med vederlag som innkreves gjennom særskilte innkasseringsorganisasjoner, slik som TONO, som krever inn vederlag på vegne av opphavere ved offentlige fremføringer av musikkverk.¹⁷⁵ Kreditt sikret med panterett i fordringer er derfor en vanlig finansieringsform i opphavsrettsbaserte bransjer.¹⁷⁶

Kontantstrømmer knyttet til immaterialrettigheter kan også utnyttes til finansieringsformål på andre måter. I enkelte land kan immaterialrettigheter gjøres til gjenstand for såkalt verdipapirisering.¹⁷⁷ Dette er en finansieringsmodell utviklet i USA på 1970-tallet, men som i ettertid er blitt populær også i en del andre land, særlig Canada, Storbritannia og Australia.¹⁷⁸ Mot slutten av 1990-tallet begynte verdipapirisering å bli knyttet til immaterialrettigheter.¹⁷⁹

Verdipapirisering av immaterialrettigheter innebærer at det opprettes et spesialforetak, ofte kalt «single purpose vehicle», og at rettighetshaveren til en eller flere immaterialrettigheter overdrar til dette spesialforetaket kontantstrømmene knyttet til de aktuelle rettighetene.¹⁸⁰ Spesialforetaket finansierer ervervet av kontantstrømmene ved å hente inn kreditt fra investorer i kapitalmarkedet, gjennom utstedelse av obligasjoner (rentebærende gjeldsbrev).¹⁸¹ Ansvar til spesialforetaket overfor obligasjonseierne er som regel sikret med panterett i de underliggende immaterialrettighetene.

Denne formen for verdipapirisering har vært spesielt populær innenfor film- og musikkindustrien.¹⁸² I 1997 innhentet musikeren David Bowie USD 55 000 000 gjennom verdi-

¹⁷⁵ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 36.

¹⁷⁶ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 36.

¹⁷⁷ Se NOU 2001: 23 side 33.

¹⁷⁸ Se NOU 2001: 23 side 31.

¹⁷⁹ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 146).

¹⁸⁰ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 135). Generelt om verdipapirisering av immaterialrettigheter hos Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 132–150. Se for øvrig også NOU 2018: 5 side 79–80.

¹⁸¹ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 135–136).

¹⁸² Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 148).

papirisering av fremtidige inntekter knyttet til salg av hans første 25 album.¹⁸³ Deretter var det flere kjente musikere som benyttet lignende verdipapirisering for å innhente betydelige mengder kapital.¹⁸⁴ Verdipapirisering av opphavsrettigheter har vist seg å være en nyttig metode for kapitalinnhenting i det amerikanske finansmarkedet.¹⁸⁵

Frem til 2001 ble verdipapirisering hverken benyttet i Norge eller de øvrige nordiske landene.¹⁸⁶ På den tiden behøvde spesialforetakene konsesjon som finansieringsforetak, samtidig som de måtte oppfylle kapitaldekningskrav, dersom de skulle gjennomføre verdipapirisering.¹⁸⁷ Med slike krav ble verdipapirisering lite praktisk. I 2002 ble finanslovgivningen endret slik at spesialforetak for verdipapirisering ble unntatt konsesjons- og kapitaldekningskravene på visse vilkår.¹⁸⁸ I praksis ble likevel ikke verdipapirisering noen utbredt finansieringsmetode i Norge.¹⁸⁹

I USA fikk verdipapirisering generelt stor utbredelse. Obligasjonene var lette å omsette, og risikoen fremstod som lav fordi spesialforetaket normalt ikke hadde andre forpliktelser enn de betalingsforpliktelsene som fulgte av obligasjonsutstedelsen. Det var stor tiltro til verdipapirisering som finansieringsform. Dessverre skyltes optimismen delvis at flere finansaktører ikke ordentlig forstod hva konstruksjonene innebar.¹⁹⁰ Konstruksjonene fremstod som risikofrie, men i realiteten var ikke risikoen borte; den var skjult.¹⁹¹

Det området der verdipapirisering hadde størst utbredelse i USA, var i boliglånsmarkedet. Verdipapirisering av boliglånsporteføljer ga kredittinstitusjoner muligheten til å få umiddelbar dekning for sine utlån. Disse kredittinstitusjonene følte da at de kunne yte lån til kunder som normalt ikke ville fått innvilget en lånesøknad på grunn av manglende betalingsevne eller manglende evne til å stille sikkerhet.¹⁹² Som en følge av dette bestod verdipapiriserte boliglånsporteføljer ofte av lån med høy risiko. For å fjerne noe av risikoen ble lånene kreditt-

¹⁸³ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 146).

¹⁸⁴ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 147–148).

¹⁸⁵ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 148).

¹⁸⁶ Se NOU 2001: 23 side 31.

¹⁸⁷ Se NOU 2001: 23 side 35.

¹⁸⁸ Se den nå opphevede finansieringsvirksomhetsloven § 2-38, samt NOU 2001: 23 side 55–56.

¹⁸⁹ Se NOU 2011: 8 B side 937.

¹⁹⁰ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 105.

¹⁹¹ Se Jan Job de Vries Robbé, *Securitization Law and Practice – In the Face of the Credit Crunch*, Alphen aan den Rijn 2008 side 7–8.

¹⁹² Se NOU 2018: 5 side 79.

forsikret gjennom såkalte «credit default swaps». ¹⁹³ Strukturen på disse finansielle instrumentene ble etter hvert så kompleks at det ikke uten videre var enkelt å forutse hvem som ville ende med å bære risikoen for de virkelig store tapene. ¹⁹⁴ Verdipapiriserte boliglån fikk gjerne høy «rating», men viste seg likevel å være svært tapsutsatte. ¹⁹⁵ Da risikoen omsider materialiserte seg i form av reelle tap, fikk dette katastrofale følger.

I 2007 og 2008 ble verdipapiriserte boliglånsporteføljer den utløsende årsaken til en global finanskriser. ¹⁹⁶ Soliditetssvikt i de obligasjonsutstedende spesialforetakene førte til et umiddelbart og dramatisk kursfall i obligasjonsmarkedet, som i vesentlig grad bidro til sviktende tillit til kapital- og verdipapirmarkedene. ¹⁹⁷ Den akutte usikkerheten som oppstod, rammet det internasjonale obligasjons- og pengemarkedet hardt, og fikk da også ringvirkninger i den allminnelige bank- og forsikringsnæringen. ¹⁹⁸ Utviklingen skapte betydelige problemer for norske banker og forsikringsforetak. ¹⁹⁹

I etterkant av finanskrisen kom det omfattende lovgivning som tok sikte på å forhindre lignende kriser i fremtiden. Blant annet ble den norske finansieringsvirksomhetsloven opphevet og erstattet av finansforetaksloven. Finansforetaksloven gjør ikke lenger unntak fra konsesjons- og kapitaldekningskravene for spesialforetak for verdipapirisering. Verdipapirisering er derfor ingen praktisk finansieringsform i Norge. I 2018 kom Kapitaltilgangsutvalget med en utredning som foreslo å gjeninnføre regler om verdipapirisering i Norge. ²⁰⁰ Utvalget mente verdipapirisering blant annet kan bidra til mer effektiv risikospredning, bedre tilgang til kreditt, nye finansieringsmuligheter og frigjøring av kapital som heller bør lånes ut til husholdninger og foretak. ²⁰¹ Utredningen er imidlertid fortsatt under behandling. Det kredittbehovet verdipapirisering av immaterialrettigheter dekker i USA, må i

¹⁹³ Se Bjørn Skogstad Aamo, *Læring fra kriser*, Bergen 2016 side 90, samt Jan Job de Vries Robbé, *Securitization Law and Practice – In the Face of the Credit Crunch*, Alphen aan den Rijn 2008 side 30 og side 139–144.

¹⁹⁴ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 98.

¹⁹⁵ Se NOU 2018: 5 side 79.

¹⁹⁶ Se NOU 2018: 5 side 79. Usikkerheten knyttet til verdipapiriserte boliglånsporteføljer var imidlertid bare en av flere samvirkende årsaker til denne finanskrisen. Krisen startet da den amerikanske investeringsbanken Lehman Brothers gikk konkurs, og noe av grunnen til ringvirkningene denne konkursen fikk var at amerikanske investeringsbanker ikke var underlagt kapitalkrav, og at det derfor var liten dekning til bankens fordringshavere, jf. Bjørn Skogstad Aamo, *Læring fra kriser*, Bergen 2016 side 88.

¹⁹⁷ Se NOU 2011: 8 B side 937.

¹⁹⁸ Se NOU 2011: 8 B side 937.

¹⁹⁹ Se NOU 2011: 8 B side 937.

²⁰⁰ Se NOU 2018: 5 side 80.

²⁰¹ Se NOU 2018: 5 side 79–80.

Norge i stedet dekkes gjennom alminnelige lån sikret med panterett i immaterialrettigheter eller fordringer knyttet til slike rettigheter.

Det er som nevnt panterettens kredittskapende funksjon som er dens viktigste rettspolitiske begrunnelse.²⁰² Men som jeg allerede har vært inne på, har god kredittilgang også en skyggeside. I løpet av de siste 30 årene har Norge, og verden for øvrig, opplevd flere økonomiske «kriser» delvis forårsaket av overstimulert kredittvekst.²⁰³ En sentral årsak til disse krisene har vært en overdreven optimisme knyttet til visse bransjer, for eksempel internettsektorens vekst i forkant av dot-com-krisen i 2000, eller visse finansielle instrumenter, for eksempel de verdipapiriserte boliglånsporteføljene i forkant av finanskrisen i 2008. Slik overdreven optimisme kan bidra til å skjule fremfor å redusere kredittrisiko, hvilket medfører at økonomiske nedgangstider får kraftigere virkninger enn de ellers ville hatt.

Når panteretten ses i sammenheng med finanskrisen fra 2008, er det tydelig at samfunnet har behov for at aktørene i finansmarkedet enkelt skal kunne vurdere risikoen ved sine engasjementer. Det bør ikke være anledning til å opprette konstruksjoner som er egnet til å skjule risiko. De relativt firkantede reglene i panteretten, kombinert med finansregulatoriske restriksjoner, kan bidra til at det ikke utvikles unødvendig komplekse konstruksjoner for kredittsikring. Reglene om pantsettelse av immaterialrettigheter bør utformes på en måte som tar hensyn til de særegne risikomomentene som gjør seg gjeldende for slike rettigheter. På denne måten kan det legges til rette for at risikoen håndteres i stedet for at den kamufleres. Kamuflert risiko kan få svært uheldige konsekvenser dersom den materialiserer seg i reelle tap.

Et hensiktsmessig rammeverk for pantsettelse av immaterialrettigheter forutsetter at det er mulig å fastslå verdien av panteobjektene med en viss grad av nøyaktighet, slik at långiverne kan vurdere hvilke reelle fordeler pantesikringen bringer inn i kredittforholdet.²⁰⁴ Det kreves imidlertid særskilt spesialkompetanse for å vurdere immaterialrettigheters verdi og egnethet som panteobjekt.²⁰⁵ Alminnelige finansinstitusjoner besitter sjelden denne kompetansen. Dette kan være noe av forklaringen på hvorfor pantsettelse av immaterialrettigheter i flere

²⁰² Se NUT 1970: 2 side 28–29 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 22.

²⁰³ Se Bjørn Skogstad Aamo, *Læring fra kriser*, Bergen 2016 side 13–47 og side 87–111.

²⁰⁴ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 562).

²⁰⁵ Se punkt 2.3 nedenfor.

land enda ikke er noen utbredt form for kredittsikring. Fra departementets side er det heller ikke forventet at dette skal bli særlig utbredt i Norge:

«Departementet ser ikke for seg at antallet særskilte pantsettelser vil bli stort. Sverige har siden 1987 hatt bestemmelser om pantsettelse av patenter i sin patentlov. I perioden 2005 til 2010 har antallet pantsettelsesavtaler som har blitt krevd anmerket i Sverige det enkelte år variert mellom 20 og 37. Den enkelte pantsettelsesavtalen kan gjelde flere patentsøknader og patenter, slik at antallet søknader eller patenter som har blitt pantsatt det enkelte år er betydelig høyere enn antallet pantsettelsesavtaler som har blitt krevd anmerket, indikerer. Det er grunn til å tro at antallet særskilte pantsettelser vil bli færre i Norge enn i Sverige dersom det åpnes for særskilt pantsettelse her.»²⁰⁶

Et bedre utbygd regelverk for pantsettelse kan imidlertid stimulere til kompetanseutvikling hos finansinstitusjonene, eller til at det etableres et marked for eksterne tilretteleggere som har spesialkompetanse på det å vurdere immaterialrettigheters egnethet som panteobjekter.²⁰⁷ Når pantsettelse av immaterialrettigheter ikke forventes å få særlig stor betydning i Norge, skyldes nok dette at Norge ennå ikke har utviklet et tilstrekkelig effektivt marked for omsetning av slike rettigheter, slik at realisasjon av slike pant potensielt kan bli vanskelig.²⁰⁸ Kapitaltilgangsutvalget hadde et lignende syn på saken:

«Utvalget har grunn til å tro at omfanget av lån som er gitt med pant i patenter, er lite sammenlignet med andre former for pant. Dette skyldes trolig flere forhold – dels at patenteringsgraden i norske bedrifter er lav, og dels at långivere har liten erfaring med å tiltre slike pant og realisere vesentlige verdier dersom bedriften som utviklet patentet, ikke har fått det til.»²⁰⁹

Det finnes som nevnt eksempler på land der immaterialrettigheter benyttes til kredittsikring i betydelig utstrekning. Ettersom både verdien av, og den samfunnsmessige betydningen til, immaterialrettighetene stadig er økende, kan det tenkes at det vil utvikle seg et effektivt marked for omsetning av immaterialrettigheter også i Norge. Dagens samfunnsutvikling kan

²⁰⁶ Prop. 101 L (2013–2014) side 32.

²⁰⁷ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 39.

²⁰⁸ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 36.

²⁰⁹ NOU 2018: 5 side 82.

tyde på at bruken av immaterialrettigheter som panteobjekter vil øke på sikt.²¹⁰ Dette er også i tråd med globale utviklingstrender.²¹¹

Det finnes lite konkret statistikk om bruk av immaterialrettigheter som panteobjekter. I det hele tatt er det gjort lite empirisk forskning som kan være egnet til å indikere hvorvidt pantsettelse av immaterialrettigheter faktisk gir økt kreditttilgang. Noen få slike studier har likevel blitt gjort. I 2004 gjennomførte Universitetet i Swansea en studie om bruk av immaterialrettigheter til kredittsikring i Wales.²¹² Studien var hovedsakelig relatert til små og mellomstore teknologibaserte virksomheter, og ble utført gjennom spørreundersøkelser som ble besvart av 301 virksomheter, samt 46 juridiske rådgivere og regnskapsførere. Mens 73 prosent opplevde at immaterialrettigheter hadde en positiv innvirkning på finansinstitusjoners beslutning om hvorvidt det skulle ytes kreditt, var det bare 54 prosent som opplevde at immaterialrettigheter kunne bidra til mer gunstige lånebetingelser.²¹³ Det var bare ni prosent av de undersøkte virksomhetene som hadde benyttet sine immaterialrettigheter til kredittsikring, men 60 prosent svarte at de ville vurdere dette i fremtiden.²¹⁴

Universitetet i New Hampshire gjennomførte i 2007 en lignende studie. Undersøkelsen gjaldt bruk av patenter til kredittsikring, og omfattet omlag 700 små og mellomstore bedrifter i New England.²¹⁵ Selv om 78 prosent av selskapene svarte at de hadde patentrettigheter, var det bare 18 prosent som hadde brukt disse rettighetene til å sikre kreditt. Det var imidlertid 22 prosent som planla å bruke patentene som kredittsikkerhet i fremtiden.

Den beskjedne bruken av immaterialrettigheter til kredittsikring som ble avdekket i den første studien, ble delvis begrunnet med at rettsreglene om pantsettelse av immaterialrettigheter var uklare.²¹⁶ Studien fremhevet et behov for en mer forutberegnelig rettsstilstand på området.²¹⁷ Dette er neppe særegent for Wales. Panterettslige regler er nødt til å være forutberegnelige for at kreditorer skal kunne stole på at panterettigheter gir tilfredsstillende sikkerhet. Uten

²¹⁰ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 32.

²¹¹ Se WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009 side 129 (Annex I).

²¹² Se Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004.

²¹³ Se Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 38 og side 45–46.

²¹⁴ Se Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 48–49.

²¹⁵ Se Venky Venkatachalam, *Use of Patents in Securing Financing: A Survey of New England Firms*, Durham 2007.

²¹⁶ Se Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 89.

²¹⁷ Se Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 89.

forutberegnelighet kan ikke panteretten være kredittskapende.²¹⁸ Rettsvitenskapelig forskning på dette området kan bidra til bedre forståelse av regelverket, slik at reglene lettere kan oppnå sitt kredittskapende formål.

1.5 METODEREFLEKSJONER

1.5.1 Rettsdogmatisk metode

Avhandlingens siktemål er klargjøring og systematisering av ulike rettsspørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter.²¹⁹ Metoden som benyttes for å besvare problemstillingene, er rettsdogmatisk.²²⁰ Dette innebærer at utgangspunktet for analysene er såkalt vanlig juridisk metode, det vil si den metoden som øverste instans i rettssystemet bruker for å løse rettslige spørsmål.²²¹ Den øverste instansen i det norske rettssystemet er Norges Høyesterett, jf. Grunnloven § 88 første ledd. Analyser av høyesterettspraksis har langt på vei dannet felles holdninger til grunnleggende rettskildespørsmål innenfor den juridiske profesjonen.²²² Metoden til Høyesterett danner således utgangspunktet for den rettsdogmatiske metoden.²²³

Det finnes likevel viktige forskjeller mellom rettsdogmatikk og domstolspraksis. Domstolenes primære oppgave er å løse de konkrete sakene de får forelagt.²²⁴ Samfunnsoppdraget er for øvrig noe videre enn dette, ettersom domstolene også skal bidra til avklaring og utvikling av

²¹⁸ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Oslo 2010 side 95.

²¹⁹ Klargjøring og systematisering er ansett som en av rettsvitenskapens hovedoppgaver, jf. Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 228.

²²⁰ Begrepet «rettsdogmatikk» er kritisert blant annet hos Eva-Maria Svensson, «De lege interpreta – om behovet av metodologisk refleksjon» i *Juridisk Publikation*, 2014 side 211–226 (på side 219), Ellen Eftestøl-Wilhelmsson, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn» i *Lov og Rett*, 2006 side 83–97 (på side 84 og 97) og Jan Hellner, *Metodproblemet i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm 2001 side 22–23.

²²¹ Se Jan Fridtjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen 1998 side 13.

²²² Grunnleggende metode for rettsanvendelse, basert på analyser av høyesterettspraksis, er blant annet beskrevet hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018, Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 og Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001.

²²³ Denne typen utgangspunkt for rettsvitenskapelig metode er kritisert hos Morten Kinander, «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen» i *Kritisk Juss*, 2000 side 109–127.

²²⁴ Jf. NOU 2001: 32 A side 127 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 35. Se også Gunnar Aasland, «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis» i *Jussens Venner*, 2000 side 157–179 (på side 157).

den materielle retten.²²⁵ Dette gjeler særlig for Høyesterett, som har som oppgave å ivareta rettsenhet og lede rettsutviklingen på områder der lovgivningen ikke strekker til.²²⁶

Rettsdogmatikken er derimot en sjanger innenfor rettsvitenskapen, og rettsvitenskapen har ikke som oppgave å løse konkrete saker. Innenfor rettsdogmatikken legges det derfor større vekt på systematisering, generalisering og kritisk analyse enn det gjøres hos domstolene. Dette skyldes nok først og fremst at en domstol er avhengig av at partene tilrettelegger beslutningsgrunnlaget, og er bundet av partenes påstander og påstandsgrunnlag, mens rettsvitenskapen står fritt til å formulere sine problemstillinger og rettslige utgangspunkter.²²⁷ Rettsvitenskapen må heller ikke forholde seg til de samme tidsfristene som domstolene, og får på denne måten mer tid til refleksjon.

I snever forstand er rettsdogmatikkens oppgave begrenset til klargjøring og systematisering av rettsspørsmål, eller fastlegging av det som ofte kalles gjeldende rett.²²⁸ For å oppfylle grunnleggende vitenskapsidealer er det imidlertid påkrevd å vise reflekterende holdninger til egne fremgangsmåter og standpunkter.²²⁹ På denne måten blir rettsdogmatikk i snever forstand en utilstrekkelig vitenskapssjanger. Når denne avhandlingen beskrives som rettsdogmatisk, må dette forstås i videre forstand. Dette innebærer først og fremst at avhandlingen skal bidra med forklaringer på hvorfor reglene har det innholdet de har. For eksempel forklarer jeg i punkt 4.7 hvorfor adgangen til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter er så begrenset som den er, mens jeg i punkt 6.6.4 bruker en del tid på å undersøke hvorfor immaterialrettsregistrene ikke er tillagt positiv troverdighet i rettslig forstand. For å kunne forklare et regelverk på en hensiktsmessig måte, er det imidlertid nødvendig med et godt utbygd begrepsapparat. Rettsdogmatikken legger gjerne større vekt på generell begrepsutvikling enn det domstolene gjør.

²²⁵ Jf. NOU 2001: 32 A side 127. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 565).

²²⁶ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1980–1981) side 4, samt Rt. 2003 side 359 (avsnitt 94).

²²⁷ Se Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» i *Jussens Venner*, 2004 side 329–342 (på side 338).

²²⁸ Se Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen 1998 side 13.

²²⁹ Se Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 34, med ytterligere henvisninger, Jan Fridthjof Bernt, «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren» i Kai Krüger, Kåre Lilleholt og Gudrun Holgersen (red.), *Nybrott og Odling – Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, Bergen 2002 side 259–272 (på side 261) og Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen 1998 side 14–15.

Avhandlingstemaet berører enkelte mer abstrakte problemstillinger knyttet til teoretiske grunnbegreper. For eksempel står skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter sentralt for enkelte drøftelser, i tillegg til at diskusjonen om immaterialrettighetenes underliggende objekter har en viss betydning. Avhandlingen inneholder derfor noen drøftelser hvor det reflekteres nærmere over disse grunnbegrepene, særlig i punkt 2.2. Det har imidlertid vært nødvendig å begrense refleksjonsdybden. En fullstendig analyse av grunnbegrepene på dette rettsområdet ville ikke vært mulig å gjennomføre uten at tematikken hadde distansert seg for mye fra rettsanvenderenes metoder og rettskildebruk.²³⁰ Selv om begrepsbruk og etablerte læresetninger kanskje kunne vært problematisert i enda større grad, har jeg sett det nødvendig å sette punktum for den teoretiske refleksjonen der videre drøftelser ville ha endt i filosofiske sidespor uten betydning for praktisk rettsanvendelse.²³¹

1.5.2 Nærmere om bruk av reelle hensyn

Høyesterett har ved drøftelsen av panterettslige spørsmål uttalt at det finnes «atskillig plass for å legge vekt på reelle hensyn» der det øvrige rettskildematerialet ikke utpeker noen klar løsning, jf. Rt. 1995 side 1181 (på side 1187). Panteloven er en forholdsvis kortfattet lov, og i noen sakstiltfeller kan utfylling på grunnlag av reelle hensyn bli nødvendig for å presisere regelinnholdet tilstrekkelig til å løse en sak.²³² Dette har nær sammenheng med domstolenes ansvar for å avklare og utvikle retten.²³³

Det er blitt gjort en rekke forsøk på å definere begrepet «reelle hensyn», og det er forholdsvis store sprik mellom ulike oppfatninger og beskrivelser av denne rettskilden.²³⁴ Jeg skal ikke forsøke å oppstille noen fullgod generell beskrivelse av reelle hensyn.²³⁵ I stedet skal jeg knytte noen kortere kommentarer til hvilken rolle reelle hensyn spiller i denne avhandlingen.

²³⁰ Befatning med livsfjerne begrepsspørsmål omtales gjerne som «begrepsjurisprudens». Mer om dette hos Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 67–70. Om forholdet mellom dybde-refleksjon og rettsanvendelse, se særlig Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 33–36, med omfattende ytterligere henvisninger.

²³¹ Se Henrik Zahle, *At forske ret*, København 2007 side 238–239.

²³² Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 297 og 302) og Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005 side 43.

²³³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 288).

²³⁴ Ulike oppfatninger er oversiktlig beskrevet hos Sverre Blandhol, *De beste grunner*, Oslo 2013 side 12–13 og 22–37.

²³⁵ Dette kanskje ikke mulig, jf. Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 273.

Torstein Eckhoff beskriver reelle hensyn som vurderinger av «resultatets godhet».²³⁶ Denne godheten kan ifølge Eckhoff enten knyttes til resultatet i en konkret sak, eller til den generelle normen som anvendes. Det er nok sistnevnte godhet som bør settes i sentrum. Sverre Blandhol har beskrevet dette slik:

«Det er (...) verdt å understreke at rettsanvendelsen som utgangspunkt går ut på å finne frem til løsninger som kan gjelde som *generelle* normer eller regler, også når man tar stilling til individuelle rettsspørsmål (...) Dette utgangspunktet har forankring i rettens grunnleggende idé om å behandle like tilfeller likt. Oppgaven ved rettsanvendelse er altså ikke å finne den løsningen som har de beste grunner for seg i den konkrete rettstvisten/rettsspørsmålet isolert sett, men den løsningen som har de beste grunner for seg som rettslig norm for denne typen spørsmål.»²³⁷

Når reelle hensyn brukes i denne avhandlingen, er det for å finne frem til hvilken løsning som har de beste grunnene for seg som generell norm for et nærmere bestemt rettsspørsmål. Dette utelukker imidlertid ikke at individuelle trekk ved et tenkt faktum kan påvirke hvilken løsningsnorm som har de beste grunnene for seg. Helt ekstraordinære sakstilfeller kan gi behov for reguleringer som avviker fra de mer generelle utgangspunktene, noe som for eksempel var tilfellet i Rt. 1984 side 605 og Rt. 1995 side 1181, som begge gjaldt hvorvidt det kunne ses bort fra uoppfylte rettsvernkrav ved spørsmål om kreditorvern.²³⁸ Det bør imidlertid være slik at selv om disse tilfellene reguleres på særegne måter, gjelder den avvikende reguleringen generelt, i den forstand at tilsvarende ekstraordinære tilfeller blir underlagt den samme reguleringen. Hvorvidt ekstraordinære tilfeller kan gi grunnlag for særreguleringer, kommer jeg blant annet inn på i punkt 6.9, hvor jeg drøfter mulige ulovfestede avvik fra de prioritetsreglene som i utgangspunktet gjelder for konkurrerende rettsstiftelser i immaterialrettigheter.

I vurderinger av generelle normers «godhet» ligger det først og fremst en virkningsbasert vurdering, det vil si en vurdering av hvilket tolkningsresultat som er best egnet til å oppnå en ønsket virkning.²³⁹ Innenfor panteretten blir dette gjerne et spørsmål om hvilke tolkningsalternativer som best kan realisere panterettens kredittskapende formål. Slike hensyn ble for

²³⁶ Jf. Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 side 371.

²³⁷ Sverre Blandhol, *De beste grunner*, Oslo 2013 side 26 (kursiv i original).

²³⁸ Mer om disse dommene i punkt 6.7.2 nedenfor.

²³⁹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger (‘reelle hensyn’)» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 291), Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 43 og 156 og Sverre Blandhol, *De beste grunner*, Oslo 2013 side 38–41.

eksempel tillagt stor vekt i Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 70–71).²⁴⁰ Formålsbetraktninger kan imidlertid ikke behandles i et vakuum. Tolkningalternativene må også vurderes ut fra sitt materielle innhold og rettssikkerhetshensyn.²⁴¹ For eksempel kan hensynet til usikrede kreditorer, forsvarlig bobehandling, notoritets- og publisitetshensyn tale for andre tolkningsalternativer enn hensynet til panterettens kredittskapende effekt. Slike hensyn ble særlig fremhevet i Rt. 2008 side 1170 (avsnitt 54).²⁴² Også retstekniske og systemorienterte vurderinger kan påvirke rettsanvenderens valg av tolkningsalternativ.²⁴³ Dette er vurderinger av hvilket tolkningsresultat som fremstår som best praktikabelt og mest prosessbesparende, samt hva som passer best inn i regelverket for øvrig.²⁴⁴

Det er likevel klare grenser for hvilken påvirkning reelle hensyn kan ha på innholdet i en rettsregel. Bruken av reelle hensyn må alltid være lojal overfor lovgiver.²⁴⁵ Herunder må det tas hensyn til at samfunnsborgerne kan ha innrettet seg i henhold til en naturlig forståelse av ordlyden i loven.²⁴⁶ Det at domstolenes rettsutviklende rolle begrenses av folkesuvereniteten, kommer blant annet til uttrykk i forarbeidene til tvisteloven:

«Rettsutviklingen gjennom Høyesteretts praksis må skje i samspill med de lovgivende myndigheter og med en vekt på spørsmål der Stortinget har overlatt den videre rettsutvikling til domstolene.»²⁴⁷

Det dynamiske og normative aspektet som reelle hensyn bringer til rettsanvendelsen, åpner også for kritisk analyse, eller såkalt rettspolitikk. Selv om rettsdogmatikken i første omgang skal beskrive gjeldende rett, er en del av rettsvitenskapens oppgaver også å evaluere den retts-

²⁴⁰ Mer om denne dommen i punkt 7.7 nedenfor.

²⁴¹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger (‘reelle hensyn’)» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 291) og Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 43 og 156.

²⁴² Mer om denne dommen i punkt 3.2.1 nedenfor.

²⁴³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 43–44 og 156.

²⁴⁴ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger (‘reelle hensyn’)» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 291).

²⁴⁵ Mer om dette hos blant andre Gunnar Aasland, «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis» i *Jussens Venner*, 2000 side 157–179 (på side 164), Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger (‘reelle hensyn’)» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 304) og Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005 side 40–41.

²⁴⁶ Se Gunnar Aasland, «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis» i *Jussens Venner*, 2000 side 157–179 (på side 1604).

²⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 302–303.

tilstanden som beskrives.²⁴⁸ Dette innebærer at det innenfor rettsdogmatikken må være rom for vurderinger *de lege ferenda*. Her er det tale om formålsrasjonelle vurderinger, i den forstand at regelverket evalueres ut fra den evnen det har til å oppnå et tilsiktet formål. Slike vurderinger foretas imidlertid sjelden av domstolene.²⁴⁹

I noen uheldige tilfeller har Høyesterett anvendt reelle hensyn som henvisninger til tilsynelatende eksterne og objektive faktorer, uten noen ordentlig beskrivelse av hvilke vurderinger som ligger til grunn for en bestemt forståelsen av rettstilstanden.²⁵⁰ Dette er ikke eksempler til etterlevelse.²⁵¹ I stedet bør det fremgå klart hvilke vurderinger og hvilket kunnskapsgrunnlag en rettsanvender bygger på for å hevde at det ene resultatet er uttrykk for en bedre generell regel enn det andre. Dette gjelder for øvrig også for argumenter som fremføres *de lege ferenda*. Selv rent rettspolitiske vurderinger bør bygge på et kunnskaps- eller verdigrunnlag.

Vektlegging av reelle hensyn gjør at rettsanvendelsen påvirkes av hvilken kunnskap rettsanvenderen har om konsekvensene av bestemte rettsregler eller tolkningsresultater.²⁵² Dette øker kravene til rettsanvenderens samfunnsforståelse.²⁵³ Jo større kunnskap en rettsanvender har om eventuelle ønskede virkninger av et bestemt tolkningsresultat, desto større grunn kan det være til å anvende denne kunnskapen for å begrunne det aktuelle resultatet. Den kunnskapen som ligger til grunn for valget av et tolkningsalternativ, bør i størst mulig grad bygge på et etterprøvbart grunnlag. Dette bidrar til å løsrive rettsanvendelsen fra rettsanvenderens egne subjektive oppfatninger.

Hvilket grunnlag reelle hensyn kan bygge på, er ikke like fastlåst som for andre rettskilder. Jan Fridthjof Bernt har formulert dette poenget slik:

²⁴⁸ Se for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 289), Gunnar Aasland, «Noen synspunkter på Høyesteretts bruk av rettslitteraturen» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 side 667–678 (på side 676) og Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» i *Jussens Venner*, 2004 side 329–342 (på side 335–336).

²⁴⁹ Det finnes unntak, særlig Rt. 1952 side 989.

²⁵⁰ Se for eksempel Rt. 1986 side 164 (på side 167) og Rt. 1999 side 192 (på side 202).

²⁵¹ Jf. kritikken hos Morten Kinander, «Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? – To betydninger, noen problemer» i *Lov og Rett*, 2002 side 224–241 (på side 233–240), med ytterligere henvisninger til annen høyesterettspraksis der reelle hensyn brukes på denne måten.

²⁵² Se Sverre Blandhol, *De beste grunner*, Oslo 2013 side 30 og 39.

²⁵³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 297).

«Reelle hensyn bringes ikke til oss på steintavler; de er uttrykk for en bestemt analyse av det samfunnet som omgir oss og de verdier som det bør ta sikte på å fremme.»²⁵⁴

Det er flere ulike faktorer som kan bidra med samfunnsanalyser egnet til å avdekke reelle hensyn som kan vektlegges i rettsanvendelsen. For eksempel har det ved bruken av reelle hensyn vært en klar vekselvirkning mellom rettspraksis og juridisk litteratur.²⁵⁵ Videre kan utenlandske og internasjonale rettskilder gi uttrykk for relevante verdioppfatninger.²⁵⁶ Bruk av fremmed rettsstoff kan på denne måten virke berikende for analysene, særlig i tilfeller der nasjonale rettskilder gir få bidrag til løsningen av et rettsspørsmål. I det følgende knytter jeg noen nærmere kommentarer til avhandlingens bruk av utenlandsk rettsstoff.

1.5.3 Nærmere om bruk av utenlandsk rettsstoff

Utenlandske rettsavgjørelser har i utgangspunktet ingen direkte rettskildeværdi i norsk rett.²⁵⁷ Den myndigheten domstolene har fått gjennom Grunnloven og prosesslovgivningen, gjelder bare norske domstoler. Fra dette utgangspunktet må det gjøres unntak dersom norsk lovgivning er basert på internasjonale konvensjoner eller internasjonalt lovsamarbeid.

Norsk immaterialrettslovgivning er i stor grad farget både av EU-samarbeidet, andre konvensjoner og fellesnordisk lovsamarbeid.²⁵⁸ Ved tolkingen av nasjonale rettsregler knyttet til innhold, tilblivelse og opphør av immaterialrettigheter, vil det være relevant, og noen ganger også nødvendig, å trekke inn utenlandske og internasjonale rettskilder.²⁵⁹ Enkelte underproblemstillinger i denne avhandlingen berører slike spørsmål.²⁶⁰ De tingsrettslige, herunder panterettslige, elementene ved immaterialrettighetene har imidlertid i svært liten grad vært gjenstand for internasjonal harmonisering.²⁶¹ Utenlandsk rettsstoff har derfor i all

²⁵⁴ Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» i *Jussens Venner*, 2004 side 61–73 (på side 71).

²⁵⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger (‘reelle hensyn’)» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309 (på side 290) og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 side 105. Juridisk litteratur har imidlertid ingen normerende funksjon i seg selv, jf. Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 82.

²⁵⁶ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 177.

²⁵⁷ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 567).

²⁵⁸ Se punkt 1.3 ovenfor.

²⁵⁹ Mer om dette hos blant andre Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplarer*, Oslo 1999 side 26–28 og Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 218–227.

²⁶⁰ Se særlig punkt 6.8.4 og punkt 7.6.

²⁶¹ Se Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 10.

hovedsak ingen direkte rettskildeværdi for avhandlingens problemstillinger, men benyttes i stedet som opplysnings- og inspirasjonskilde.²⁶²

Utenlandsk rettslitteratur har vært en viktig opplysnings- og inspirasjonskilde for avhandlingsarbeidet. Ettersom immaterialretten i stor grad er internasjonalt harmonisert, har fremmed rettslitteratur bidratt til å belyse generelle strukturelle særegenheter med immaterialrettighetene som formuesgoder, som også gjør seg gjeldende for norsk rett.²⁶³ Når immaterialrettighetene langt på vei er strukturert på samme måte i ulike land, vil forskjellige retts-systemer oppleve mange av de samme problemstillingene i forbindelse med pantsettelse, selv om pantsettelsesreglene som sådan varierer betydelig. Fremmed rettslitteratur får på denne måten en viktig støttefunksjon med hensyn til problemtilnærming og problemforståelse.²⁶⁴

Selv om utenlandsk rettsstoff ikke har direkte rettskildeværdi i norsk rett, kan det likevel gi normative bidrag indirekte. Dersom utenlandsk rettsstoff inneholder god argumentasjon for en bestemt løsning, kan norske rettsanvendere vektlegge denne argumentasjonen i vurderingen av hva som i norsk rett kan anses som en god og hensiktsmessig regel.²⁶⁵ Vektleggingen av utenlandsk rettsstoff har da nær sammenheng med reelle hensyn. Her må det imidlertid utvises en viss forsiktighet. Rettsanvendere må kritisk vurdere argumentasjonen i utenlandsk rettsstoff opp mot øvrige nasjonale rettskilder, og må selv ta stilling til hvilke tolkningsresultater som fremstår som de rettspolitiske beste reglene.²⁶⁶

Foruten nasjonale rettskilder som lov, forarbeider, rettspraksis og litteratur, er det antakelig anbefalingene fra UNCITRAL som er best egnet til å belyse hvilke tolkningsalternativer innenfor panteretten som rettspolitisk er å foretrekke. UNCITRALs anbefalinger er basert på sammenligninger av en rekke ulike lands pantsettelsesregelverk, og det er grundig drøftet og vurdert hvilke løsninger som anses som best. Ved tolkningen av norske panterettslige regler

²⁶² Generelt om slik bruk av utenlandsk rettsstoff hos Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og tolerance – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 567).

²⁶³ Se særlig punkt 2.2 nedenfor.

²⁶⁴ Mer om dette hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 439, med ytterligere henvisninger.

²⁶⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og tolerance – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 571–573), med ytterligere henvisninger til relevant rettspraksis.

²⁶⁶ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og tolerance – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 573).

kan det derfor være relevant å vektlegge hvilke løsninger UNCITRAL har anbefalt. Dette underbygges av at det overordnede formålet med anbefalingene er å tilrettelegge for en økning i pantesikret kreditt, på lignende måte som formålet med norsk panterett er å virke kredittskapende.²⁶⁷ Videre bygger anbefalingene på målsetninger om forutberegnelighet og publisitet, hvilket er viktige hensyn å ivareta også i det norske kredittlivet.²⁶⁸ Forutberegnelighet er spesielt viktig for å unngå fremtidige finanskriser som kan oppstå som følge av ukontrollert kredittvekst og uforutsigbare sikringsarrangementer.²⁶⁹ På denne måten kan anbefalingene fra UNCITRAL gi normative bidrag til løsningen av enkelte problemstillinger. Dette har særlig vært tilfellet for lovvalgsspørsmålene i punkt 3.8.

Det er likevel enkelte momenter som taler for at rettsanvendere bør utvise varsomhet med å vektlegge UNCITRALs anbefalinger ved tolkningen av norsk panterett. På enkelte områder bygger anbefalingene på prinsipper som kan komme i konflikt med de prinsippene norsk panterett er bygget på. For eksempel anbefales det at «the law should enable debtors to utilize the full value inherent in their assets to obtain credit», og videre at «[i]n order to achieve this objective, the regime should be as comprehensive as possible».²⁷⁰ Norsk panterett er derimot mer restriktiv, og pantsettelsesadgangen er begrenset med hensikt. Tanken i norsk rett har vært at det bør være igjen visse frie aktiva av hensyn til usikrede kreditorer og forsvarlig behandling.²⁷¹ Dette er hensyn som er blitt mindre vektlagt hos UNCITRAL.

De anbefalte løsningene hos UNCITRAL ligger nært opptil amerikansk panterett.²⁷² I USA har det blitt etablert et generelt pantsettelsessystem under UCC artikkel 9.²⁷³ UCC er ikke en del av føderal lovgivning, men i stedet et harmoniseringsverktøy for lovgivning på delstatsnivå. Reglene i UCC artikkel 9 er vedtatt av alle delstatene i USA.²⁷⁴ Likhetene mellom

²⁶⁷ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 20, samt UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 1 og 19.

²⁶⁸ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 19.

²⁶⁹ Se punkt 1.4 ovenfor.

²⁷⁰ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 20.

²⁷¹ Jf. punkt 3.4 nedenfor.

²⁷² Jf. Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 129 og Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrensler*, Bergen 2005 side 635.

²⁷³ UCC artikkel 9 inneholder en rekke paragrafer, og har et omfang større enn den norske panteloven. Det er liten grunn til å sitere UCC artikkel 9 i sin helhet. Generelt om pantsettelsessystemet i UCC artikkel 9 hos Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 70–113.

²⁷⁴ Jf. Xuan-Thao Nguyen, «Collateralizing Intellectual Property» i *Georgia Law Review*, 2007, vol. 42 nr. 1, side 3–45 (på side 20).

UNCITRAL og UCC er ikke nødvendigvis negativt.²⁷⁵ De fleste kjente suksesshistoriene knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter stammer fra USA.²⁷⁶ I England har UCC artikkel 9 gjerne blitt ansett som et forbilde i forbindelse med endringer av engelsk panterett.²⁷⁷ Det er også komparative studier fra England som har konkludert med at UCC artikkel 9 representerer det mest moderne, rasjonelle og anvendelige pantsettelsesregelverket i verden.²⁷⁸ Studiene er imidlertid eldre enn UNCITRALs anbefalinger. Den forbilderollen som UCC artikkel 9 tidligere har hatt, har nok i dag langt på vei blitt overtatt av anbefalingene fra UNCITRAL. UCC artikkel 9 kan imidlertid fortsatt være et nyttig sammenligningsgrunnlag som kan virke berikende for analysene i denne avhandlingen.

I USA har det også blitt utarbeidet en modellavtale for pantsettelse av immaterialrettigheter. Denne skal gjøre det lettere for praktiserende jurister å utarbeide dokumentasjon for lån sikret med panterett i immaterielle rettigheter.²⁷⁹ Arbeidet ble utført av et utvalg oppnevnt av Commercial Finance and Uniform Commercial Code Committees og American Bar Association. Ettersom amerikanske finansieringsjurister og immaterialrettsjurister tilsynelatende snakker litt ulike «språk», ble det i tillegg utarbeidet en introduksjonsrapport for å lette immaterialrettsjuristenes arbeid med modellavtalen.²⁸⁰ Den amerikanske modellavtalen er ikke helt ulik de sikkerhetsavtalene som i Norge ofte benyttes som del av dokumentasjonen for større kommersielle lån. Modellavtalen er et nyttig verktøy for å illustrere hvordan særskilte problemstillinger knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter kan håndteres i praksis. Det finnes også ulike offentlige tilgjengelige standardavtaler.²⁸¹

Noen ren komparativ analyse foretas ikke i denne avhandlingen. Med «komparativ analyse» menes i korte trekk sammenligninger av ulike rettssystemer med sikte på å belyse likheter og forskjeller, fulgt av bearbeidelser av disse funnene gjennom for eksempel å forklare dem ut

²⁷⁵ Motsatt Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 129, med ytterligere henvisninger.

²⁷⁶ Jf. punkt 1.2 og 1.4 ovenfor.

²⁷⁷ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006 vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 561).

²⁷⁸ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 570).

²⁷⁹ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928.

²⁸⁰ Se «Task Force Introductory Report and Background Considerations: Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 849–882 (punkt 1.1).

²⁸¹ Se særlig www.contractstandards.com/public/contracts/intellectual-property-security-agreement (sist lest 9. februar 2018).

fra historiske, kulturelle eller metodologiske perspektiver.²⁸² Et stykke på vei eksisterer det allerede arbeider som sammenligner ulike lands regler knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter. Viktigst av disse arbeidene er anbefalingene fra UNCITRAL. Her løftes hovedforskjellene mellom ulike lands pantsettelsesregelverk fortløpende frem i drøftelsene. Materialet var basert på en rapport utarbeidet av WIPO, som også er egnet til å gi en viss internasjonal oversikt.²⁸³ Lund-utredningen inneholder i tillegg beskrivelser av reglene for pantsettelse av immaterialrettigheter etter dansk, finsk, svensk, tysk og østerriksk rett.²⁸⁴ Det finnes også en studie fra 2016 utarbeidet av AIPPI, som gir en oversikt over adgangen til å pantsette immaterialrettigheter i en rekke ulike land.²⁸⁵ Studien omfattet imidlertid bare registrerte immaterialrettigheter. Ingen av disse arbeidene er rettsvitenskapelige komparative analyser, men mer oversiktspregede fremstillinger. De danner et godt utgangspunkt for å forstå variasjonsbredden i de ulike landenes pantsettelsesregler, men gir ingen historiske, kulturelle eller metodologiske forklaringer på hvorfor forskjellene har oppstått. Det synes derfor fortsatt å være et behov for rettsvitenskapelige komparative studier på dette området.

Når jeg likevel har valgt å fokusere på en rettsdogmatisk analyse av norsk rett, skyldes dette omfanget og kompleksiteten av problemstillinger knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter etter nasjonale regler. Regelverket er forholdsvis nytt, det er i utvikling, og flere problemstillinger er uavklarte. Når innholdet i norsk rett langt på vei er uklart, er grunnlaget for komparasjon noe sviktende. Det kan føre galt av sted dersom komparasjon igangsettes uten at innholdet i nasjonale rettsregler først er kartlagt. I en dansk artikkel som sammenligner reglene om pantsettelse av immaterialrettigheter i dansk og norsk rett, er norsk rett beskrevet

²⁸² Mer om dette hos Michael Bogdan, *Komparativ Rättskunnskap*, 2. opplag, Stockholm 2003 side 17–25.

²⁸³ Se WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009 (Annex 1: WIPO Questionnaire on Security Interests in Intellectual Property). Tilgjengelig på www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=17582.

²⁸⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 30–35. Gjengitt også i Prop. 101 L (2013–2014) side 11–15. En kortfattet beskrivelse av reglene i dansk, norsk, finsk, tysk, engelsk og amerikansk rett finnes også hos Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som creditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 216–218.

²⁸⁵ Se AIPPI, *Summary Report – Security interests over intellectual property*, Milano 2016. Tilgjengelig på aippi.org/committee-publications/?committee-id=39765.

feil på flere punkter.²⁸⁶ Dette kunne kanskje vært unngått dersom det eksisterte en samlet fremstilling av de norske reglene. Denne avhandlingen skal bidra med en slik fremstilling.

²⁸⁶ Se Jens Bjørn Jensen, «Selvstendig underpantsettning af immaterialret i Norge og Danmark – betydning af sikringsakter» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2015 side 523–534. Jensen sier for det første at norsk rett samsvarer med anbefalingene fra UNCITRAL, og at dette forklares i Lund-utredningen (på side 524). Lund-utredningen inneholder imidlertid ingen slike forklaringer, og norsk rett avviker fra anbefalingene på flere punkter. Jensen sier også at tredjemannskonflikter mellom et driftstilbehørspant og særskilte retts-ervert avgjøres ut fra hvilken rettighet som først ble registrert, jf. patentloven § 44 a femte ledd (på side 526). Bestemmelsen det henvises til regulerer imidlertid bare tilfeller der det særskilte rettservet ble registrert først, men ikke tilfeller der driftstilbehørspantet ble registrert først. Jensen gir inntrykk av at bestemmelsen regulerer begge tilfeller, men dette er ikke riktig.

2 IMMATERIALRETTIGHETENES SÆREGENHETER SOM PANTEOBJEKTER

2.1 INNLEDNING

Det kan bare stiftes panterrett i «formuesgoder», jf. panteloven § 1-1 første ledd. Immaterialrettighetene skiller seg betydelig fra andre mer tradisjonelle formuesgoder. En åpenbar særegenhet, er at immaterialrettighetene ikke relaterer seg til fysiske objekter.²⁸⁷ Dette er imidlertid ikke noe som utelukkende særpreger immaterialrettighetene.²⁸⁸ Et pengekrav er for eksempel heller ikke knyttet til noe fysisk objekt.²⁸⁹ Det samme kan sies om aksjer. Selv om retten til aksjer kan være knyttet til dokumentbaserte aksjebevis, er det ikke disse dokumentene som utgjør rettighetens objekt. Overdragelser av aksjebevis har ingen betydning for overdragelser av aksjer som sådan. I stedet er det den økonomiske verdien aksjene representerer som utgjør selve formuesgodet retten til aksjer knytter seg til.²⁹⁰ Aksjenes økonomiske verdi kan således ikke identifiseres i noe bestemt fysisk objekt. Det samme kan sies om offentligrettslige bevillinger og tillatelser.²⁹¹

Det som er særegent bare for immaterialrettighetene, og som skiller dem fra andre rettigheter til ikke-fysiske ting, er at de bygger på rettslige strukturer som ikke finnes på andre rettsområder.²⁹² Disse rettslige strukturene beskrives nærmere i dette kapitlet. Som følge av slike strukturelle særegenheter, kan det i pantsettelsessituasjoner være nødvendig å håndtere dem annerledes, både praktisk og rettslig. Hvordan rettighetene skal og bør håndteres, drøftes i avhandlingens etterfølgende kapitler. I dette kapitlet tar jeg først og fremst sikte på å belyse hvilket særpreg immaterialrettighetene innehar som panteobjekter og dermed legge grunnlaget for avhandlingens senere drøftelser.

Jeg starter i punkt 2.2.1 med å bygge opp et begrepsapparat for å beskrive formuesgoder generelt. Et slikt begrepsapparat er nødvendig for å kunne forklare hva som skiller immaterialrettighetene fra andre mer tradisjonelle formuesgoder. Når immaterialrettighetene

²⁸⁷ Se for eksempel Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 8, Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 3 og Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 32.

²⁸⁸ Som påpekt av Birger Stuevold Lassen, er ikke dette noe særegent for immaterialretten, jf. Birger Stuevold Lassen, «Oversikt over immaterialrettighetene» i *Lov og Rett*, 1994 side 451–469 (på side 458).

²⁸⁹ Se Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 62.

²⁹⁰ Se Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2014 side 56.

²⁹¹ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 7.

²⁹² Se særlig Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 85.

skal sammenlignes med andre formuesgoder, blir det nødvendig å gjøre noen avgrensninger. Formuesgodebegrepet favner svært vidt, og en inngående sammenligning med alle andre formuesgoder ville sprengt rammene for denne avhandlingen. I punkt 2.2.2 fokuseres derfor sammenligningen på strukturelle forskjeller mellom immaterialrett og alminnelig eiendomsrett til ting, ettersom det vanligste panteobjektet tradisjonelt har vært eiendomsretten til fast eiendom og løsøre.

De mest spesielle egenskapene til immaterialrettighetene relaterer seg til det som kan kalles rettighetenes underliggende objekter. Her bygger immaterialrettighetene på sammenligningsvurderinger som det er nødvendig at en pantøver til en viss grad forstår, for å kunne forutberegne sin rettsposisjon og ta nødvendige hensyn til risikoelementer. I punkt 2.2.3 bruker jeg derfor en del tid på å beskrive hva slags objekter immaterialrettighetene egentlig knytter seg til.

Videre drøfter jeg forholdet mellom de ulike immaterielle rettighetene, samt disse rettsposisjonenes forhold til enkelte regler i markedsføringsloven som kan ligne immaterialrettigheter. Jeg drøfter også forholdet mellom immaterialrettsbeskyttet informasjon og ubeskyttet informasjon. Til slutt i kapitlet redegjør jeg for immaterialrettighetenes internasjonale karakter, og hvilken betydning dette kan få for pantsettelse av immaterielle rettigheter.

2.2 IMMATERIALRETTIGHETER SOM FORMUESGODER

2.2.1 Formuesgoder som rettsstiftelser, rettsposisjoner og underliggende objekter

For å beskrive skillet mellom immaterialrettigheter og andre formuesgoder, er det først nødvendig med en nærmere undersøkelse av hva som ligger i begrepet «formuesgode». Formuesgodebegrepet benyttes både i panteloven, dekningsloven, tvangsfullbyrdelsesloven og annen sentral formuerettslig lovgivning. Det finnes imidlertid ingen legaldefinisjon av begrepet, og hverken forarbeider eller rettspraksis har forsøkt å gi noen generell definisjon.²⁹³ Uten noen rettslig definisjon av formuesgodebegrepet, må rettsanvendere være varsomme med å trekke slutninger fra begrepet som sådan. Det er imidlertid mulig å beskrive noen typiske generelle

²⁹³ I dekningsloven § 2-2 ble begrepet «formuesgode» med vilje benyttet fremfor «formuesgjenstand» fordi begrepet «gode» var mer abstrakt, jf. NOU 1972: 20 side 255. Se for øvrig også Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 48.

egenskaper som formuesgodene innehar, uten at dette nødvendigvis skal gi grunnlag for materielle rettsvirkninger.

Felles for lovbestemmelsene som benytter formuesgodebegrepet, er at de regulerer situasjoner der formuesgodene potensielt skal omgjøres til penger. Dette kommer særlig klart til uttrykk gjennom pantelovens definisjon av panterettsbegrepet, som sier en panterett er «en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet)», jf. panteloven § 1-1 første ledd. Skal denne formuleringen ha noe praktisk meningsinnhold, må det aktuelle formuesgodet potensielt kunne ha økonomisk verdi, og det må i prinsippet kunne gjøres til gjenstand for omsetning.²⁹⁴ Uten panteobjekter med disse egenskapene, kan ikke panterettigheter representere reelle dekningsprivilegier. Pantet må kunne realiseres gjennom omsetning, og omsettelighet ligger derfor i kjernen av formuesgodebegrepet.²⁹⁵ Slike betraktninger er også fremtredende i rettslitteraturen. Blant annet har Kåre Lilleholt beskrevet formuesgodene slik:

«Vi kan ikkje avgjera ein gong for alle kva som er formuesgode, og vi kan ikkje gå ut frå at uttrykket har same innhald i alle samanhengar. Vi får nøye oss med å seie at formuesgoda *typisk* har økonomisk verdi, at dei *typisk* kan gå over frå ein person til ein annan, og at vi *typisk* kan disponere over formuesgoda ved avtale.»²⁹⁶

Selv om begrepet «formuesgode» i første omgang kan gi assosiasjoner til nærmere bestemte objekter, er det ikke disse objektene alene som utgjør formuesgodene.²⁹⁷ Når formuesgoder omsettes, er det i realiteten rettsposisjoner som overføres fra ett rettssubjekt til et annet.²⁹⁸ På denne måten kan nok begrepet «formuesrettigheter» være mer presist, men dette er uansett to sider av samme sak. Det sentrale er at formuesgodebegrepet i første omgang ikke sikter til

²⁹⁴ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 48–49.

²⁹⁵ Se Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 274.

²⁹⁶ Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 20 (kursiv i original). Sitert også hos Svein Kristian Arntzen, «Strukturkvotetilatelser som formuesgoder» i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.) *Juss i nord – Hav, fisk og urfolk*, Oslo 2012 side 121–135 (på side 121), samt gjengitt hos Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 525).

²⁹⁷ Sml. Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 61, som heller vil benytte begrepet «formuesobjekt» for å presisere at også verdiløse ting («formuesonde») kan omfattes.

²⁹⁸ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 21.

objekter, men til rettsposisjoner markedet kan være villig til å betale penger for.²⁹⁹ Objektsrelasjonen er en tradisjonell forenkling.³⁰⁰

Selv om omsetning av formuesgoder i realiteten er omsetning av rettsposisjoner, kan ikke disse rettsposisjonene ha noen markedsverdi med mindre de knyttes til underliggende ressurser, enten aktuelle eller potensielle.³⁰¹ Typen ressurs er gjerne avgjørende for hvilken rettighetskategori et formuesgode faller inn under.³⁰² Et pengekrav er for eksempel knyttet til formuesmassen til en nærmere bestemt skyldner, mens en eiendomsrett tradisjonelt er knyttet til en løsøregegenstand eller til et nærmere bestemt landområde.³⁰³ Immaterialrettighetene beskrives gjerne på samme måte. For eksempel kan det sies at et patent er knyttet til en nærmere bestemt oppfinnelse, og at en opphavsrett er knyttet til et nærmere bestemt åndsverk. Disse underliggende ressursene omtales ofte som rettighetenes «objekter» eller «gjenstander».³⁰⁴ Ressurselementet i formuesgodene beskrives da som en objektsrelasjon, og denne objektsrelasjonen blir sentral for å kunne indentifisere hva som bidrar til å gi et formuesgode markedsverdi.³⁰⁵ Immaterialrettighetenes objektstilknytning er imidlertid noe spesiell, hvilket jeg kommer tilbake til senere.³⁰⁶

Et fellestrekk ved formuesgodene, er at de består av rettsposisjoner som etablerer en viss eksklusiv rådighet over de underliggende objektene. Denne eksklusive rådigheten kan et rettssubjekt enten inneha alene, eller i sameie med andre. Rettighetshaveren får en enerett til bestemte former for utnyttelse, og kan nekte allmennheten, eller en abstrakt avgrenset del av allmennheten, tilsvarende utnyttelse. Det er denne fortrinnsretten som rettighetshaveren har fremfor allmennheten, som gjør at et marked kan være villig til å betale penger for å tre inn i

²⁹⁹ Jf. Stig H. Solheim, «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 105–108 (på side 106), med henvisning til et foredrag holdt av Jens Edvin A. Skoghøy.

³⁰⁰ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 69.

³⁰¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 69.

³⁰² Offentligrettslige tillatelser står her i en særstilling. Om disse kan sies å knytte seg til noe objekt, må dette i så fall være de nærmere bestemte handlingene som ikke alle har rett til å utføre, men som det offentlige har gitt noen tillatelse til å utføre. Mer om dette hos Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 113.

³⁰³ Nærmere om eiendomsrettsbegrepet i punkt 2.2.2.1 nedenfor.

³⁰⁴ Nærmere om immaterialrettighetenes såkalte «objekter» i punkt 2.2.3 nedenfor.

³⁰⁵ Ole-Andreas Rognstad synes å se noe annerledes på dette, jf. Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjeksrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 525).

³⁰⁶ Se punkt 2.2.3 nedenfor.

rettsposisjonene. Eksklusiviteten bidrar på denne måten til at den underliggende ressursen kan ha økonomisk verdi.³⁰⁷

De ulike rettsposisjonene er samlebetegnelser for et knippe beføyelser som kan gjøres gjeldende overfor potensielle rettighetskrenkelser, og etablerer dermed såkalt «statisk» beskyttelse.³⁰⁸ Den statiske rettsbeskyttelsen skal sikre at eieren oppnår den fordelaktige posisjonen som han er tilkjent ved å eie det aktuelle formuesgodet.³⁰⁹ For eksempel kan eieren av en fast eiendom i utgangspunktet nekte andre å kjøre bil over eiendommen eller oppføre bygninger på den. På samme måte kan eieren av et patent forby andre å utnytte den underliggende oppfinnelsen i næringsvirksomhet, jf. patentloven § 1 første ledd. Rettsposisjonene utgjør formuesgodenes statiske element.

Formuesgodene inneholder ikke bare statiske elementer. Det vil ikke bare oppstå rettsproblemer knyttet til inngrep i de aktuelle rettsposisjonene, men også spørsmål knyttet til overdragelse eller andre former for rettighetssuksesjon, for eksempel pantsettelse. Når noen stifter en rett til et formuesgode, behøver vedkommende beskyttelse mot andre som hevder å ha kolliderende rettigheter til det samme formuesgodet. Dette er rettsspørsmål knyttet til formuesgodenes «dynamiske» beskyttelse.³¹⁰ Den dynamiske beskyttelsen befatter seg alltid med rettsstiftelser i en eller annen form, enten det er eierrettigheter, bruksrettigheter (lisenser) eller panterrettigheter.

Ut fra det jeg skisserte ovenfor, består formuesgodene av tre elementer: Dynamiske rettsstiftelser, statiske rettsposisjoner og økonomiske ressurser (de underliggende objektene).³¹¹ Basert på denne strukturen, vil rettssubjekters tilknytning til økonomiske ressurser alltid gå veien om rettsstiftelser og rettsposisjoner. For eksempel kan en kreditor være eier av et pengekrav mot en nærmere bestemt skyldner. I dette eksemplet er den dynamiske rettsstiftelsen en eierrett, den statiske rettsposisjonen er et pengekrav, mens det underliggende objektet er skyldnerens betalingsevne (formuesmasse). Tilsvarende er situasjonen for

³⁰⁷ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 47.

³⁰⁸ Se Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 242, samt Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 17.

³⁰⁹ Se Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 151–152.

³¹⁰ Se Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 242–243, samt Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 20.

³¹¹ Gjennom denne forklaringsmodellen har jeg implisitt akseptert at det eksisterer et skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter, sml. Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 130. Som jeg kommer tilbake til under punkt 2.2.2.7 nedenfor, mener jeg dette skillet kan være hensiktsmessig, selv om det er blitt kritisert i litteraturen.

immaterialrettighetene. En vareprodusent kan for eksempel ha lisens til et patent på en nærmere bestemt oppfinnelse. Her er den dynamiske rettsstiftelsen en lisens (bruksrett), den statiske rettsposisjonen er et patent, mens det underliggende objektet er en oppfinnelse. Samme type rettighet kan imidlertid veksle mellom å fungere som dynamisk rettsstiftelse og statisk rettsposisjon. En lisens er for eksempel en dynamisk rettsstiftelse for lisenstakeren, men dersom lisensen pantsettes, fungerer den som en statisk rettsposisjon for panthaveren. For panthaver er det panteretten som da utgjør det dynamiske elementet.

Når det er tale om fysiske formuesgoder (det vil si rettsposisjoner knyttet til fysiske objekter), blir det dynamiske og statiske elementet ofte samlet i ett begrep. Man sier gjerne at noen eier en eiendom, selv om man egentlig mener at vedkommende har en eiendomsrett knyttet til en fast eiendom. Tilsvarende er situasjonen for løsøreobjektene. Objektet står da i sentrum.³¹² Begrepsbruken kan her gi inntrykk av at rettsstiftelser kan knyttes direkte til fysiske objekter, og ikke må gå veien om en rettsposisjon. Her er begrepsbruken for immaterialrettighetene mer presis. Man sier gjerne at noen har et patent på en oppfinnelse. Her kommer det klart frem at det er rettsposisjonen (patentet) vedkommende innehar og kan disponere over, og ikke det underliggende objektet (oppfinnelsen).³¹³ Realitetene er imidlertid de samme, selv om begrepsbruken er noe forenklet når det tales om fysiske ting.

I enkelte tilfeller blandes eierrett som rettsstiftelse sammen med eiendomsrett som rettsposisjon.³¹⁴ Dette er ikke spesielt problematisk dersom det er tale om fysiske ting. Derimot kan en slik begrepsbruk bli noe forvirrende når immaterialrettighetene skal beskrives. I en slik begrepsverden kan det sies at immaterialrettighetene er underlagt eiendomsrett, og således utgjør eiendomsrettens objekt.³¹⁵ Som statiske rettsposisjoner er imidlertid eiendomsretten og immaterialrettighetene svært ulike. Det er derfor ikke alltid fruktbart å beskrive immaterialrettighetene på måter som kan gi inntrykk av at de er underlagt eiendomsrett. Kanskje kan dette føre til feilaktige oppfatninger om at det kan gjøres analogier fra

³¹² Se Jørn Øyrehagen Sunde, «Det relasjonelle egedomsrettsbegrepet - eit essay om egedomsrettsbegrepet, egedomsrett og egedom» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 575–592 (på side 590), som påpeker at objektet står i sentrum for eiendomsrettsbegrepet uansett om man opererer med et såkalt substansielt eller funksjonelt eiendomsrettsbegrep.

³¹³ Se Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterede rettigheter?» i *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 526).

³¹⁴ Se for eksempel Peter Mortensen, *Indledning til tingsretten*, 2. utgave, København 2009 side 34

³¹⁵ Slik for eksempel Peter Mortensen, *Indledning til tingsretten*, 2. utgave, København 2009 side 34. Tilsvarende også Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 434, der det tales om «overføring av eiendomsretten til patenter».

eiendomsretten over til immaterialretten i større grad enn det egentlig er grunnlag for.³¹⁶ Dette problemet bør imidlertid ikke overdrives. Igjennom reglene om pantsettelse og rettsvern har lovgiver i stor grad plassert immaterialrettighetene innenfor alminnelige tingsrettslige rammer.³¹⁷ Rettsvernsreglene for immaterialrettighetene er langt på vei bygget opp etter mønster fra tinglysningssystemet for fast eiendom. For pantsettelser, og overdragelser for øvrig, kan det derfor i noen tilfeller være grunnlag for visse analogier fra alminnelige tingsrettslige regler.³¹⁸ Dette kommer jeg tilbake til særlig i punkt 6.8 og 6.9. Poenget i denne omgangen er at det kan være særegenheter ved immaterialrettighetene som rettsanvendere bør ta hensyn til ved vurderingen av hvorvidt alminnelige tingsrettslige regler kan komme til anvendelse. For å være i stand til å ta slike hensyn, er det nødvendig med en nærmere redegjørelse for hvilke egenskaper som skiller immaterialrettighetene fra tradisjonelle eiendomsrettigheter til fysiske ting. Dette blir temaet for neste drøftelse.

2.2.2 Skillet mellom immaterialrett og tradisjonell eiendomsrett til ting

2.2.2.1 Generelt

Som statiske rettsposisjoner bør det gjøres et skille mellom immaterialrett og det som tradisjonelt har vært omtalt som eiendomsrett. Dette gjøres ikke alltid. Enkelte har gått så langt som å kalle immaterialretten for intellektuell eller åndelig eiendomsrett.³¹⁹ Det engelske begrepet «intellectual property» kan sies å bygge på lignende betraktninger, selv om begrepet «formuesgode» nok er den mest treffende oversettelsen av «property» i denne sammenhengen. Begrepet «intellectual property» har imidlertid blitt kritisert på lignende måte som parallellene enkelte i nordisk rettsvitenskap har trukket mellom eiendomsrett og immaterialrett.³²⁰

Det er forholdsvis vesentlige forskjeller mellom immaterialrett og eiendomsrett til ting. På bakgrunn av dette har det blitt ført en omfattende diskusjon i nordisk rettslitteratur om

³¹⁶ Se Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 15.

³¹⁷ Se særlig punkt 6.2 nedenfor. Lignende oppfatning hos Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 131.

³¹⁸ Tilsvarende Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 556.

³¹⁹ Det er særlig arbeidet av Frederik Vinding Kruse som ga grunnlag for slike synspunkter, jf. Mogens Kocktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 193–195, med ytterligere henvisninger til Kruses arbeider.

³²⁰ Deler av denne kritikken er beskrevet hos Lionel Bently, «Trade secrets» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 60–93 (på side 60–62).

immaterialrettighetene bør betraktes som eiendomsrettigheter eller ikke.³²¹ Den tradisjonelle eiendomsrettskonstruksjonen spilte en viktig rolle for utviklingen av immaterialretten i et historisk perspektiv, men dagens immaterialrett har i stor grad løsrevet seg fra eldre tanker om at immaterialrettighetene representerte former for eiendomsrettigheter.³²² Det virker nå som om dette er den alminnelige oppfatningen i nordisk rettsvitenskap. Dette utelukker imidlertid ikke at immaterialrettighetene likevel anses som eiendom i noen bestemte rettslige sammenhenger. For eksempel har EMD lagt til grunn at disse rettighetene utgjør eiendomsinteresser i henhold til EMK P1-1, og dermed er beskyttet av EMKs eiendomsvern.³²³ Eiendomsbegrepet i EMK er imidlertid autonomt, og er ikke nødvendigvis i samsvar med det som i andre sammenhenger betraktes som eiendom.³²⁴

For å belyse forskjellene mellom immaterialrett og tradisjonell eiendomsrett til ting, er det først nødvendig å si noe om hva som menes med «eiendomsrett». Begrepet har ikke et fast innhold. Jeg tar ikke sikte på å oppstille noen allmenngyldig definisjon. Dette er nok heller ikke mulig, ettersom begrepet alltid må forstås i lys av den konteksten det brukes.³²⁵ Som allerede antydnet, benytter jeg begrepet i langt snevrere forstand enn for eksempel EMD.

I denne avhandlingen brukes eiendomsrettsbegrepet bare om retten til fysiske ting, det vil si fast eiendom og løsøre. Dette er forholdsvis vanlig i tingsrettslige sammenhenger.³²⁶ Tidvis brukes begrepet både om statisk og dynamisk rettsbeskyttelse. Dette kan imidlertid bidra til å tåkelegge noen av formuerettens strukturer. Jeg bruker derfor begrepet bare til å beskrive statisk rettsbeskyttelse.

³²¹ Diskusjonen er oppsummert med ytterligere henvisninger hos Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001 side 18–19 og hos Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterede rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 520–526).

³²² Se Mogens Kockvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 193 og Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 15.

³²³ Jf. for eksempel *Anheuser-Busch* (særlig avsnitt 66–72), med ytterligere henvisninger til relevant EMD-praksis. Se også EMDs avgjørelse i *Balan* (avsnitt 34), som følger opp synspunktene fra *Anheuser Busch*. Se for øvrig også Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 135–136, med ytterligere henvisninger.

³²⁴ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 149, med ytterligere henvisninger.

³²⁵ Se for eksempel Jørn Øyrehagen Sunde, «Det relasjonelle eidedomsrettsomgrepet – eit essay om eidedomsrettsomgrepet, eidedomsrett og eidedom» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festschrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 575–592 (på side 588).

³²⁶ Se Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 61–62, med ytterligere henvisninger.

2.2.2.2 Forskjeller med hensyn til negativ og positiv avgrensning

Eiendomsretten beskrives ofte som summen av alle positive og negative beføyelser eieren kan utøve.³²⁷ Denne «summen» blir gjerne betraktet som negativt avgrenset. I dette ligger at retten er «altomfattende», såfremt det ikke finnes særlige begrensninger i lovgivningen, eller igjennom rettsstiftelser til fordel for andre.³²⁸ Dette har sammenheng med at ingen har klart å gi noen fullgod positiv beskrivelse av hvilke konkrete beføyelser som inngår i en eiendomsrett.³²⁹ Eiendomsretten forklares da i stedet som den mest omfattende retten et rettssubjekt kan ha til å råde over en ting.³³⁰ I enkelte tilfeller beskrives den som en total og eksklusiv rådighet.³³¹ En variant av denne definisjonen er lagt til grunn i Rt. 1918 side 403:

«Eiendomsretten til en gjenstand er efter en formentlig fastslaaet definition retten til at raade over sin eiendom med de almindelige indskrænkninger, som flyter umiddelbart av loven eller retsordenen.»³³²

Allerede her skiller immaterialrettighetene seg betydelig fra eiendomsretten til ting. Mens eiendomsretten kan beskrives som negativt avgrenset, er immaterialrettighetene i første omgang strukturert som positivt avgrensede rettigheter.³³³ For eksempel er opphavsretten i åndsverkloven § 2 første ledd angitt som en «enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for almenheten».

³²⁷ Se for eksempel Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 376–377, Gunnar Eriksen, *Alders tids bruk*, Bergen 2008 side 99, Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 3 og Jørn Øyrehaugen Sunde, «Det relasjonelle egedomsrettsomgrepet - eit essay om egedomsrettsomgrepet, egedomsrett og egedom» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 575–592 (på side 589). En slik definisjon kan ses på som en variant av den engelske «bundle of rights»-definisjonen, jf. for eksempel Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 32–33, med ytterligere henvisninger. «Bundle of rights»-teorien er kritisert, men det vil sprengte avhandlingens grenser å drøfte dette nærmere her. Se Henry E. Smith, «Property as the Law of Things» i *Harvard Law Review*, 2012 side 1691–1726 (på side 1694–1700) for en drøftelse av dette. Se for øvrig også Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 31, med ytterligere henvisninger.

³²⁸ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 69, Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 41, 46 og 50, Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast egedom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 336), samt Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 16.

³²⁹ Se Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 139–143.

³³⁰ Slik for eksempel Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 69 og fra gammelt av Oscar Platou, *Forelæsninger over udvalgte emner af privatrettens almindelige del*, Kristiania 1914 side 43.

³³¹ Se for eksempel Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 41. Enkelte er kritiske til et slikt utgangspunkt, for eksempel Erlend Baldersheim, *Reglar om fast egedom*, Oslo 2010 side 45. Det vil imidlertid føre for langt å gå nærmere inn på en slik diskusjon i denne avhandlingen.

³³² Rt. 1918 side 403 (på side 405). Definisjonen er kritisert hos Erlend Baldersheim, *Reglar om fast egedom*, Oslo 2010 side 71, men jeg går ikke nærmere inn på denne kritikken her.

³³³ Se Svante Bergström, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala 1954 side 24, som imidlertid kun omtaler opphavsretten. Se for øvrig også Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 20–21.

Denne eneretten omfatter blant annet ikke det å gjøre et verk tilgjengelig for gjestene i et mindre privat selskap. Slik tilgjengeliggjøring faller utenfor de positivt angitte rammene. På bakgrunn av slike betraktninger, har Alf Ross beskrevet opphavsretten slik:

«Ophavsretten er (...) et Knippe Enkeltbeføjelser, der særskilt er angivet i Loven, og omfatter ikke enhver tænkelig Raaden, hvor der ikke er gjort Indskrænking.»³³⁴

Patentretten er også positivt avgrenset. Patentloven § 3 første ledd sier eneretten bare omfatter visse nærmere angitte former for utnyttelse av den patenterte oppfinnelsen. På samme måte er varemerkeretten positivt avgrenset til bruk av et merke for nærmere bestemte typer varer eller tjenester, jf. varemerkeloven § 4 første ledd. I alle immaterialrettslovene er det i tillegg oppstilt negative avgrensninger av det positivt angitte utgangspunktet. Immaterialrettighetene kan klart nok ikke anses som negativt avgrensede rettsposisjoner på samme måte som eiendomsretten. De bygger på et positivrettslig utgangspunkt.

2.2.2.3 Ulike krav til rettslig grunnlag

Det positivrettslige utgangspunktet for immaterialrettighetene har nær sammenheng med at de skiller seg fra eiendomsretten på et rettspolitisk plan.³³⁵ At rettssubjekter kan ha eiendomsrett til fysiske objekter, fremstår nærmest som en selvfølge, og for at markedsøkonomien skal fungere, er det helt fundamentalt at det finnes overførbare eiendomsrettigheter.³³⁶ Ettersom eiendomsretten til fysiske ting utgjør en del av selve fundamentet for formueretten, har deler av beføyelsene omfattet av denne retten ikke blitt lovfestet. Situasjonen er annerledes for immaterialrettighetene. Mads Bryde Andersen har beskrevet dette slik:

³³⁴ Alf Ross, «Ophavsrettens grundbegreber» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1945 side 321–353 (på side 339).

³³⁵ Se Mads Bryde Andersen, «Immaterialret og marked – et innlegg i diskussionen om opphavsrettens forhold til den almindelige konkurreret» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 402–414 (på side 403).

³³⁶ Jf. Stig H. Solheim, «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 105–108 (på side 108). Se også Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 15.

«Hvor den materielle ejendomsret så at sige er givet på forhånd – dens eksistens kræver i hvert fald ikke lovhjæmmel – gælder der i immaterialretten et ganske hårdhændet hjemmelskrav.»³³⁷

Dette hjemmelskravet har sammenheng med at immaterialrettighetene beskytter ressurser som i prinsippet kan utnyttes av alle, og at rettighetene således begrenser konkurransen.³³⁸ Når en rettighetshaver oppnår immaterialrettslig beskyttelse, skjer dette på bekostning av allmennheten.³³⁹ Immaterialrettighetene innebærer vidtgående forbudselementer, som kan få skadevirkninger både for forbrukere, andre næringsdrivende og samfunnet som helhet.³⁴⁰ En politisk beslutning om å etablere immaterialrettslige enerettsposisjoner, er således samtidig en beslutning om å begrense konkurransen.³⁴¹ Dette var bakgrunnen for den sterke anti-patentbevegelsen mot slutten av 1800-tallet.³⁴² Det kreves helt andre argumenter for å begrense konkurransen, enn det som kreves for å beskytte rettigheter knyttet til knapphetsgoder som for eksempel fast eiendom.³⁴³ Av den grunn må det påvises politisk vilje i form av lovgivning for å oppstille immaterialrettigheter.³⁴⁴

2.2.2.4 Ideelle aspekter

Nok en forskjell mellom immaterialrettigheter og eiendomsrett til ting, er immaterialrettighetenes ideelle aspekter. En del av begrunnelsen for at det eksisterer immaterialrettigheter, er en form for respekt for den menneskelige personligheten.³⁴⁵ Immaterialrettsposisjonene består derfor gjerne delvis av visse ideelle rettigheter. Særlig opphavsretten inne-

³³⁷ Mads Bryde Andersen, «Immaterialret og marked – et innlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold til den almindelige konkurrenceret» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 402–414 (på side 403). Se også Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 122–123 og Kai Krüger, «Transfer of technology in contracts for the delivery of objects to be produced», i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 349–366 (på side 351 og 363).

³³⁸ Se for eksempel Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) side 34–35.

³³⁹ Se Yochai Benkler, «Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain» i *New York University Law Review*, 1999, vol. 74, side 354–446 (på side 357).

³⁴⁰ Se Mads Bryde Andersen, «Immaterialret og marked – et innlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold til den almindelige konkurrenceret» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 402–414 (på side 403).

³⁴¹ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 73.

³⁴² Se Alain Pottage og Brad Sherman, «On the prehistory of intellectual property» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 11–28 (på side 15). Se for øvrig punkt 1.2 ovenfor.

³⁴³ Jf. Mads Bryde Andersen, «Immaterialret og marked – et innlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold til den almindelige konkurrenceret» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 402–414 (på side 403).

³⁴⁴ Tilsvarende Jens Schovsbo, *Immaterialretsaftaler*, København 2001 side 58. Se likevel Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 580–595, som påpeker at en viss ulovfestet rettsbeskyttelse trolig kan oppstå i kraft av personlighetsretten. Tilsvarende Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 115.

³⁴⁵ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 4.

holder forholdsvis sterk beskyttelse av den originale opphaverens ikke-økonomiske interesser. Lovgivningen har langt på vei anerkjent et sterkt personlig bånd mellom opphaveren og det verket han skaper.³⁴⁶

Etter åndsverkloven § 5 første ledd har opphaveren krav på å bli navngitt når det fremstilles eksemplarer av hans åndsverk, eller når det gjøres tilgjengelig for allmennheten.³⁴⁷ Bestemmelsens andre ledd sier verket ikke kan «endres eller gjøres tilgjengelig for allmennheten på en måte eller i en sammenheng som er krenkende for opphaverens eller verkets anseelse eller egenart». Dette omtales gjerne som en respektrett. Et lignende forbud kan ifølge § 108 første ledd også gjøres gjeldende selv om opphavsrettens vernetid er utløpt.³⁴⁸

Den ideelle beskyttelsen mot endringer av åndsverk, kommer òg til uttrykk i åndsverkloven § 68 første ledd, som sier overdragelse av opphavsrett ikke gir rett til å endre verket med mindre annet er avtalt.³⁴⁹ Andre ledd inneholder et forbudet mot videreoverdragelse, som på samme måte langt på vei er begrunnet i den nære sammenhengen mellom åndsverket og opphaverens renommé og anseelse.³⁵⁰ Opphaverens personlige tilknytning til verket er også en del av begrunnelsen for spesialitetsprinsippet i åndsverkloven § 67 andre ledd, som sier en opphaver som overdrar sin opphavsrett ikke skal «anses for å ha overdratt en mer omfattende rett enn det avtalen klart gir uttrykk for».³⁵¹ Ideelle betraktninger stod i tillegg sentralt i Rt. 1930 side 1210 (på side 1211), der en komponists renommé ble vektlagt i vurderingen av hvorvidt et musikkforlag hadde plikt til å utgi komponistens verker.

Åndsverkloven § 109 inneholder også et ødeleggelsesvern, som gir original opphaver rett til å bli varslet dersom et originaleksemplar må ødelegges.³⁵² Videre inneholder åndsverkloven §

³⁴⁶ Se Ingjerd Røytnås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 301).

³⁴⁷ Åndsverkloven § 5 viderefører i stor grad § 3 i åndsverkloven fra 1961, med et tillegg om at navngivelse må være praktisk mulig, jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 318.

³⁴⁸ Bestemmelsen er med språklige endringer en videreføring av § 48 i åndsverkloven fra 1961, jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 309 og 353.

³⁴⁹ Det gjelder unntak for byggverk og bruksgjenstander dersom endring «skjer av tekniske grunner eller av hensyn til bruken», jf. åndsverkloven § 39, samt for datamskinprogrammer, såfremt endring «er nødvendig for å bruke programmet i samsvar med dets formål, herunder også for å rette feil i programmet», jf. åndsverkloven § 41 første ledd.

³⁵⁰ Se Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 136).

³⁵¹ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 334. Mer om dette spesialitetsprinsippet i punkt 3.3 nedenfor.

³⁵² Bestemmelsen er med språklige endringer en videreføring av § 49 første ledd i åndsverkloven fra 1961, jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 354.

110 en tilgangsrett til originaleksemplarer.³⁵³ Den originale opphaverens ideelle interesser utgjør òg en del av begrunnelsen for at opphavsretten ikke kan være «gjenstand for utlegg eller annen tvangsforfølgning fra kreditorene hos opphaveren selv», jf. åndsverkloven § 77 første ledd. Francis Hagerup har beskrevet dette slik:

«Rettigheden er her forsaavidt formueretslig, som den af den berettigede selv kan gøres til gjenstand for økonomisk udnyttelse. Men der er tillige i retten et saa stærkt personligt moment, at ingen fremmed imod den berettigedes vilje kan trænge sig ind i dens udøvelse.»³⁵⁴

Den originale opphaveren kan ikke fraskrive seg navngivelses- eller respektretten, «med mindre det gjelder en bruk av verket som er avgrenset etter art og omfang», jf. åndsverkloven § 5 tredje ledd. Han kan derimot fritt gi samtykke til endringer som i utgangspunktet ville vært i strid med endringsforbudet, jf. åndsverkloven § 68 første ledd. Når slikt samtykke er gitt, skal det nok svært mye til for at eventuelle endringer kan anses å være «krenkende for opphaverens eller verkets anseelse eller egenart» på en måte som er i strid med respektretten i åndsverkloven § 5 andre ledd. På lignende måte vil intensiteten av klassikervernet i åndsverkloven § 108 første ledd påvirkes av hvilke typer tilgjengeliggjøring den originale opphaveren har samtykket til. Opphaveren kan for øvrig ikke fraskrive seg ødeleggelsesvernet i åndsverkloven § 109, eller tilgangsretten i åndsverkloven § 110. Det er likevel vanlig at avtaler om overdragelse av opphavsrettigheter inneholder klausuler som gjør at den originale opphaverens ideelle rettigheter i minst mulig grad griper inn i erververens rett til å utnytte åndsverket opphavsretten knytter seg til.³⁵⁵

Også patentretten, designretten og planteforedlerretten har visse ideelle aspekter, men i mindre grad enn opphavsretten. Den som frembringer en oppfinnelse, et design eller en plantesort har rett til å bli navngitt i en eventuell registreringssøknad.³⁵⁶ Designerens navn skal også innføres i Designregisteret.³⁵⁷ På lignende måte skal navnet på oppfinneren fremgå

³⁵³ Bestemmelsen er med språklige endringer en videreføring av § 49 andre og tredje ledd i åndsverkloven fra 1961, jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 354. For en nærmere gjennomgang av innholdet i hver av disse rettighetene, se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 197–213. Fremstillingen gjelder den gamle åndsverkloven fra 1961, men er fortsatt relevant, ettersom realitetsendringene ved den nye loven er beskjedne på dette området.

³⁵⁴ Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 188.

³⁵⁵ Se Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 47.

³⁵⁶ Jf. henholdsvis patentloven § 8 fjerde ledd, designloven § 13 fjerde ledd og planteforedlerloven § 4 andre ledd.

³⁵⁷ Jf. designloven § 13 fjerde ledd.

av patentskriftet som Patentstyret utgir samtidig med at patent meddeles.³⁵⁸ Det at oppfinneren av en patentert oppfinnelse er særlig beskyttelsesverdige, fremgår i tillegg av patentloven § 20 andre ledd, der Patentstyret på visse vilkår kan innrømme fritak fra å betale meddelelsesavgift til oppfinnere som selv søker om patent. Disse ideelle rettighetene kan ikke overdras, og er i utgangspunktet i behold selv om den aktuelle immaterialrettsposisjonen omsettes. Varemerkeretten og kretsmønsterretten er derimot ikke preget av lignende ideelle aspekter.

2.2.2.5 Ulike typer beføyelser

En ytterligere forskjell mellom eiendomsretten og immaterialrettighetene, er hvilke typer beføyelser disse rettsposisjonene består av. Eiendomsrett har elementer av positive rådighetsbeføyelser, ettersom rettighetshaveren får en positiv rett til å utnytte et knapphetsgode. Immaterialrettighetene kan derimot sies å være forbudsrettigheter.³⁵⁹ De knytter seg ikke til knapphetsgoder, men i stedet til fenomener som i prinsippet kan utnyttes av alle samtidig.³⁶⁰ Det ligger ingen positiv råderett i immaterialrettighetene, ut over det å kunne disponere over rettsposisjonene ved overdragelse, lisensiering eller pantsettelse (dynamisk rådighet). Immaterialrettighetene gir ikke rettighetshaveren noen formell rett til å utnytte rettighetenes objekter. Reelt sett ligger likevel mye av verdien til en immaterialrettighet i retten til å utnytte rettsposisjonens underliggende objekt. Retten til slik utnyttelse kan imidlertid være begrenset av regler utenfor immaterialrettslovgivningen. For eksempel kreves det markedsførings-tillatelse for å omsette legemidler, jf. legemiddeloven § 8.³⁶¹ En legemiddelprodusent kan ikke omgå dette kravet bare fordi han har tatt patent på et legemiddel. Det samme gjelder for øvrig også for andre formuesgoder. Eieren av en fast eiendom kan for eksempel ikke bygge i strid med en reguleringsplan bare fordi han har eiendomsrett til eiendommen.

Eiendomsretten til ting består både av faktiske og rettslige beføyelser, mens immaterialrettighetene bare består av rettslige. Eieren av en fast eiendom har rett til faktisk utnyttelse av eiendommen for eksempel ved å kjøre bil over den, dyrke den eller bygge hus på den.³⁶² Han kan imidlertid også gjøre rettslige beføyelser gjeldende, for eksempel ved å få dom som for-

³⁵⁸ Jf. patentloven § 21 tredje ledd andre punktum.

³⁵⁹ Jf. Alf Ross, «Ophavsrettens grundbegreber» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1945 side 321–353 (på side 351). Her er det imidlertid delte oppfatninger, jf. for eksempel Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verks-eksemplar*, Oslo 1999 side 96–97 og Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 25.

³⁶⁰ Se Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 19.

³⁶¹ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 280.

³⁶² Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 41.

byr naboen å bygge for nært nabogrensen.³⁶³ Immaterialrettighetene består derimot bare av rettslige beføyelser. Den enkle begrunnelsen er at objektet for de immaterialrettslige rettsposisjonene ikke eksisterer som utsnitt av den fysiske verdenen, og at det således ikke er mulig å råde faktisk over dem.

2.2.2.6 Ulik varighet

Nok en forskjell mellom eiendomsretten til ting og immaterialrettighetene er rettighetenes varighet. De fleste immaterialrettigheter er tidsbegrensede. For eksempel er varigheten av patenter og planteforedlerrettigheter i utgangspunktet 20 år.³⁶⁴ Opphavsrettens varer som hovedregel i 70 år etter utløpet av dødsåret til original opphaver.³⁶⁵ Designretten registreres for perioder på fem år av gangen.³⁶⁶ Flere femårsperioder kan registreres, men den samlede beskyttelsestiden kan aldri overstige 25 år.³⁶⁷ Registrering av varemerker gjelder i utgangspunktet i ti år fra søknadsdagen, men registreringen kan fornyes et ubegrenset antall ganger for en periode på ti år av gangen.³⁶⁸ Såfremt merkehaveren sørger for fornyelse, er varemerkeretten ikke tidsbegrenset på samme måte som de andre immaterialrettighetene.

Eiendomsretten til ting kan i prinsippet strekke seg ut i det uendelige. Det er ingen faste regler som begrenser eiendomsrettens varighet. Med unntak av varemerkeretten, er immaterialrettighetene derimot underlagt absolutte tidsbegrensninger. Med hensyn til varighet, har immaterialrettighetene mer til felles med pengekrav enn eiendomsrett, ettersom pengekrav foreldes etter reglene i foreldelsesloven. I forlengelsen av dette kan det nevnes at noen av immaterialrettighetene kan bortfalle gjennom ren passivitet. For eksempel skal et registrert varemerke slettes dersom merkehaveren «ikke innen fem år fra den dagen da endelig avgjørelse om registrering av merket ble truffet, har tatt merket i reell bruk her i riket for de varer eller tjenester det er registrert for, eller hvis bruken har vært avbrutt i fem år i sammenheng», jf. varemerkeloven § 37 første ledd første punktum. På lignende måte kan vernetiden for en kretsmønsterrett bli begrenset dersom rettigheten ikke blir «ervervsmessig utnyttet», jf. kretsmønsterloven § 5 andre ledd. Eiendomsretten til ting kan derimot ikke gå

³⁶³ Jf. plan- og bygningsloven § 29-4 andre ledd.

³⁶⁴ Jf. henholdsvis patentloven § 40 første ledd og planteforedlerloven § 13 første ledd første punktum.

³⁶⁵ Jf. åndsverkloven § 11.

³⁶⁶ Jf. designloven § 23 første ledd første punktum.

³⁶⁷ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 97.

³⁶⁸ Jf. varemerkeloven § 32. Innarbeidede varemerker er beskyttet så lenge vilkårene for innarbeidelse er oppfylt, jf. varemerkeloven § 3 siste ledd annet punktum.

tapt ved ren passivitet alene, og dette er ansett som en av de sikreste rettssetningene innenfor tingsretten.³⁶⁹

2.2.2.7 Forskjeller i graden av tinglig karakter

Både eiendomsrett og immaterialrettigheter kan sies å ha såkalt tinglig karakter.³⁷⁰ Begge sikter til et handlingsrom som er forbeholdt rettighetshaveren, og beføyelsene som inngår i dette handlingsrommet, kan gjøres gjeldende overfor en ubestemt krets av rettssubjekter.³⁷¹ Motstykket til slike tinglige rettighetene er de såkalte obligatoriske rettighetene, som oppstiller rettigheter og plikter mellom bestemte rettssubjekter.³⁷² Immaterialrettighetenes tinglige struktur har mer til felles med eiendomsretten enn for eksempel pengekravene.³⁷³

Skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er blitt kritisert.³⁷⁴ Særlig begrepet «tinglige rettigheter» blir sett på som problematisk.³⁷⁵ Det å tale om tinglige rettigheter kan gi inntrykk av at det eksisterer en direkte rettslig tilknytning mellom personer og objekter, noe som ikke kan sies å være noen realitet.³⁷⁶ Objekter kan ikke inneha rettigheter eller plikter. Rettssubjekter og objekter kan bare forbindes gjennom en kartlegging av alle obligatoriske forhold mellom ulike rettssubjekter.³⁷⁷ Videre er det ikke mulig å trekke noe ordentlig skarpt skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter. En tinglig rettighet vil ofte begynne som en obligatorisk rettighet, og det er ikke alltid selvsagt når den obligatoriske rettigheten går over til å bli tinglig, eller hvilke rettsvirkninger dette eventuelt skal få.³⁷⁸ Skillet er også kritisert

³⁶⁹ Jf. for eksempel Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast egedom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 331), med ytterligere henvisninger.

³⁷⁰ Se Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 278.

³⁷¹ Se Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 233 og Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 29–30.

³⁷² Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 29–30.

³⁷³ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 204.

³⁷⁴ Se blant annet Alf Ross, *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, København 1934 side 244–321, som dannet grunnlaget for omfattende etterfølgende diskusjoner. En oversiktlig gjennomgang finnes hos Alf Petter Høgberg, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 100–110.

³⁷⁵ Som påpekt hos Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 20–21, med ytterligere henvisninger.

³⁷⁶ Se Morten Kinander, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 side 673–685 (på side 675).

³⁷⁷ Se Morten Kinander, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 side 673–685 (på side 675), samt Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 44.

³⁷⁸ Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 30.

fordi begrepene «tinglig» og «obligatorisk» er egnet til å skjule de reelle verdivurderingene og rettspolitiske preferansene som ligger til grunn for en beskrivelse av rettstilstanden.³⁷⁹

På den annen side har skillet mellom tingsrett og obligasjonsrett i langt tid vært grunnleggende for systematiseringen av formueretten.³⁸⁰ Skillet spiller fortsatt en vesentlig rolle for forklaringen av grunnleggende elementer i formueretten.³⁸¹ Det er ikke mulig å beskrive rettsstiftelser i formuesgoder uten nærmere bestemte objektstilknytninger, enten fysiske eller immaterielle.³⁸² Begrepet «tinglige rettigheter» brukes for øvrig også i Luganokonvensjonen artikkel 22 for å beskrive vernetingsreglene i saker om fast eiendom.³⁸³ Hvorvidt et retts spørsmål kvalifiseres som tinglig eller obligatorisk har i tillegg betydning for hvilke lovvalgsregler som kommer til anvendelse.³⁸⁴ Videre opererer det nye varemerkedirektivet med et tilsvarende skille. Artikkel 23 sier varemerker skal kunne gjøres til gjenstand for «tingslige rettigheter», og at slike «tingslige rettigheter» skal kunne registreres i medlemslandenes registre.³⁸⁵ Direktivet krever ingen registreringsadgang for obligatoriske rettigheter. Det å skille mellom tinglige og obligatoriske rettigheter er vanlig i mange andre lands rettstradisjoner.³⁸⁶ Samlet sett kan det nok være grunn til å revurdere de kritiske norske holdningene til disse begrepene.

Når jeg omtaler immaterialrettighetene som tinglige, mener jeg at de kan gjøres gjeldende overfor en ubestemt krets av rettssubjekter. Det samme er tilfellet for eiendomsretten, som ofte sies at kan gjøres gjeldende overfor «alle».³⁸⁷ Immaterialrettighetene retter seg imidlertid ikke mot «alle» på samme måte som eiendomsretten i prinsippet kan gjøre. For at det skal foreligge et inngrep i en immaterialrettighet, forutsettes det gjerne at rettighetshaveren og

³⁷⁹ Se Morten Kinander, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 side 673–685 (på side 679).

³⁸⁰ En grundig redegjørelse for det historiske bakteppet for skillet finnes hos Alf Ross, *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, København 1934 side 244–294.

³⁸¹ Se Alf Petter Høgberg og Jo Hov, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016 side 29.

³⁸² Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 44–45.

³⁸³ Mer om dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 side 70–71. Se også Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 81.

³⁸⁴ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 432–433 og Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepanter over landegrenser*, Bergen 2005 side 266. Mer om lovvalg i punkt 3.8 nedenfor.

³⁸⁵ Se punkt 4.6 nedenfor.

³⁸⁶ Se Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 268.

³⁸⁷ Se for eksempel Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 30 og Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 203.

inngriperer står i en form for konkurranseforhold til hverandre.³⁸⁸ De fleste immaterialrettighetene setter bare forbud mot handlinger som skjer i næringsvirksomhet.³⁸⁹ Dette innebærer en innskrenkning av kretsen rettssubjekter immaterialrettighetene kan gjøres gjeldende overfor. Tilsvarende innskrenkninger finnes ikke for eiendomsretten til ting. Deresom noen for eksempel oppfører en bygning på en annens eiendom, er det i utgangspunktet uten betydning for inngrepsvurderingen om vedkommende skulle bruke bygget som næringslokale eller som privat bolig.

I varemerkeretten har konkurranseelementet fått enda større plass enn i de øvrige immaterialrettskategoriene.³⁹⁰ En varemerkerett kan som regel bare gjøres gjeldende innenfor en bestemt økonomikrets.³⁹¹ Varemerkeloven § 4 første ledd begrenser varemerkerettens omfang til «varer og tjenester av samme eller lignende slag». Slike begrensninger er begrunnet i allmennhetens friholdelsesbehov. Næringsdrivendes handlefrihet kan lett bli for snever dersom ethvert merke blir underlagt en for omfattende varemerkerett.³⁹²

Slike konkurransebetragtninger spiller generelt en betydelig rolle for å identifisere immaterialrettighetenes objekter. Derimot er den tradisjonelle eiendomsrettens objekter fysiske, og lar seg identifisere på en helt annen måte enn de immaterielle.³⁹³ Dette representerer kanskje den største forskjellen mellom immaterialrettighetene og eiendomsretten. Der eiendomsrettens objekter finnes som utsnitt av den fysiske verdenen, eksisterer ikke immaterialrettighetenes objekter på annen måte enn gjennom den rettsbeskyttelsen reglene gir.

³⁸⁸ Opphavsretten skiller seg noe ut på dette punktet, ettersom konkurransemomentet står en del svakere i opphavsretten enn innenfor de andre immaterialrettskategoriene, jf. Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 248–274.

³⁸⁹ Jf. patentloven § 1 første ledd, jf. § 3 tredje ledd nummer 1, varemerkeloven § 1 første ledd, jf. § 4 første ledd, designloven § 10 nummer 1 og planteforedlerloven § 1 første ledd, jf. § 3 første ledd. Planteforedlerloven bruker for øvrig begrepet «erhvervsmessig» i stedet for «næringsvirksomhet». Opphavsretten og kretsmønsterretten gjelder i prinsippet også utnyttelse utenfor næringsvirksomhet, men det gjøres unntak fra eksemplarframstillingsretten såfremt eksemplarene er til privat bruk, jf. henholdsvis åndsverkloven § 26 første ledd og kretsmønsterloven § 3 første ledd. Se for øvrig Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 564, samt Per Jonas Nordell, «Upphovsrättsligt skydd för kännetecken» i *Nordiskt Immateriellt Rättskydd*, 2002 side 103–117 (på side 110). Mogens Koktvedgaard mener derimot begrensninger til utnyttelse i næringsvirksomhet ikke kan anses som noe konkurransemoment, jf. Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 230–231. Jeg går ikke nærmere inn på en slik diskusjon, ettersom poenget her bare er å belyse at immaterialrettighetene retter seg mot en snevrere krets av rettssubjekter enn eiendomsretten.

³⁹⁰ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 563.

³⁹¹ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 205.

³⁹² Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 208–209.

³⁹³ Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 31.

Det har vært omstridt om immaterialrettighetene egentlig kan og bør beskrives i relasjon til immaterielle objekter. For å forstå hvordan immaterialrettigheter skal håndteres i pantsettelsessituasjoner, er det også nødvendig å forstå hva slags objekter disse rettsposisjonene knytter seg til, om de i det hele tatt kan sies å relatere seg til underliggende objekter. Dette blir temaet for neste drøftelse.

2.2.3 Immaterialrettighetenes underliggende objekter

En immaterialrettighet omtales gjerne som en enerett til å utnytte et nærmere bestemt «objekt», også kalt rettighetens «gjenstand».³⁹⁴ Det er naturligvis ikke tale om fysiske objekter, men om immaterielle ressurser i form av oppfinnelser, kjennetegn, åndsverk og lignende. Riktignok er eksemplarene av disse immaterielle objektene ofte fysiske, men det er ikke de fysiske eksemplarene som beskyttes av immaterialrettslovgivningen. Fysiske eksemplarer er i stedet å betrakte som løsøregjenstander underlagt alminnelig eiendomsrett.³⁹⁵ Rådighetsbeføyelsene i denne eiendomsretten kan imidlertid være begrenset av immaterialrettslovgivningen. For eksempel er råderetten til innehaveren av eksemplaret av et opphavsrettsbeskyttet åndsverk begrenset gjennom opphaverens enerett til å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten, jf. åndsverkloven § 2 første ledd.³⁹⁶ Innehaveren av et filmeksemplar kan således ikke spille av eksemplaret til offentlig beskuelse uten opphaverens samtykke, selv om han kan sies å ha eiendomsrett til eksemplaret.

Spørsmålet om immaterialrettighetene kan knyttes til noe immaterielt objekt, blir i rent bokstavelig forstand et spørsmål om rettsposisjonene er knyttet til «noen» eller «noe».³⁹⁷ Dette gir diskusjonen en klar parallell til diskusjonen om skillet mellom tinglige og obligatoriske rettigheter.³⁹⁸ På samme måte som for andre tinglige rettsposisjoner kan objektsterminologien gi inntrykk av at det er mulig å etablere et visst rettslig bånd mellom en rettighetshaver og et objekt, og at dette båndet eksisterer uavhengig av forholdet til andre

³⁹⁴ Se for eksempel Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 27–28.

³⁹⁵ Se Morten Rosenmeier, *Værkslæren i opphavsretten*, København 2001 side 17. Se for øvrig også Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 5, Gunnar Karnell, «Verksbegrepp och upphovsrätt» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1968 side 401–444 (på side 411), med ytterligere henvisninger, samt Svante Bergström, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala 1954 side 27.

³⁹⁶ Se Svante Bergström, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala 1954 side 31–32.

³⁹⁷ Se Gunnar Karnell, «Verksbegrepp och upphovsrätt» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1968 side 401–444 (på side 416).

³⁹⁸ Se punkt 2.2.2.7 ovenfor.

personer.³⁹⁹ Et slikt bånd er selvsagt ikke noe mer enn en forklaringsmodell. Det er ikke mulig for objekter å inneha rettigheter og plikter. En rettighetshaver står ikke i noe rettsforhold til objekter. Derimot kan han gjøre rettslige beføyelser gjeldende overfor andre som gjør inngrep i hans rettsposisjon. Spørsmålet blir da om det finnes noen mellomstasjon mellom subjektene som det er naturlig å kalle objektet. I så fall kan en objektsrelatert forklaringsmodell være hensiktsmessig. Det er imidlertid viktig å ha klart for seg at selv om immaterialrettighetene beskrives i relasjon til underliggende objekter, er de alltid relasjonsbundne. De gjelder mellom rettssubjekter, og ikke som herredømme over immaterielle objekter.⁴⁰⁰

De rettslige fenomenene som ofte betegnes som immaterialrettighetenes objekter, er viktige momenter for å bestemme det nærmere innholdet i de ulike rettsposisjonene.⁴⁰¹ Immaterialrettighetene er eksklusive enerettigheter, og for å sette ytre grenser for omfanget av eksklusiviteten, kan en objektsrelasjon være helt nødvendig.⁴⁰² En immaterialrettighets objekt spiller en sentral rolle for rettsanvendere som skal vurdere om vilkårene for immaterialrettsbeskyttelse er oppfylt, samt for å avgjøre omfanget av beskyttelsen, herunder om det er begått inngrep. Derimot har objektene ingen funksjon, eller eksistens for den saks skyld, ut over dette.⁴⁰³ De eksisterer bare i kraft av loven.⁴⁰⁴

Immaterialrettighetenes objekter er ikke ideer, jf. HR-2017-2165 (avsnitt 101).⁴⁰⁵ Det er ikke ideer som beskyttes av immaterialrettighetene, men den måten ulike ideer gjennomføres.⁴⁰⁶ Opphavsretten til et kunstverk med et bestemt motiv, beskytter for eksempel ikke motivet som sådan, men den kunstneriske utførelsen av det.⁴⁰⁷ På samme måte beskytter ikke patentet på et

³⁹⁹ Se Morten Kinander, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 side 673–685 (på side 674).

⁴⁰⁰ Se Henry E. Smith og Thomas W. Merrill, «What Happenend to Property in Law and Economics?» i *Yale Law Journal*, 2001, vol. 111, side 357–398 (på side 358).

⁴⁰¹ Se Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 241.

⁴⁰² Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 56.

⁴⁰³ Se Mogens Koktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 112–113 og Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 61.

⁴⁰⁴ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 55, med henvisning til Stig Strömholm, *Upphovsrättens verksbegrepp*, Stockholm 1970 side 151.

⁴⁰⁵ Dommen gjaldt opphavsrett, men heller ingen av de andre immaterialrettighetene beskytter ideer som sådan, jf. for øvrig også Rt. 1933 side 529 (på side 530), som gjaldt patent. Se også Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 213, samt Alain Pottage og Brad Sherman, «On the prehistory of intellectual property» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 11–28 (på side 12).

⁴⁰⁶ Se Tore Lunde, *God forretningskikk næringsdrivende imellom*, Bergen 2001 side 229, som også påpeker at det markedsføringsrettslige vernet har et videre rekkevidde. For en omfattende drøftelse av ulike idéteorier knyttet til opphavsretten, se Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 125–137.

⁴⁰⁷ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 138–139.

antibiotikapreparat ideen om et bakteriedrepende legemiddel, men den aktuelle kjemiske forbindelse, eller den tekniske fremgangsmåten for fremstilling av preparatet.

Når immaterialrettighetenes objekter hverken er eksemplarer eller ideer, blir spørsmålet hva de egentlig er. I lovgivningen er objektene angitt med vage begreper som «åndsverk» og «oppfinnelse», men det nærmere innholdet i disse begrepene kan være vanskelig å definere. Ifølge åndsverkloven § 2 andre ledd omfatter åndsverkbegrepet «litterære eller kunstneriske verk av enhver art, som er uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett». ⁴⁰⁸ Det at et åndsverk må være uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsett, omtales gjerne som et verkshøydekrav. ⁴⁰⁹ Hvorvidt verkshøydekravet er oppfylt, må vurderes ved å undersøke den utformingen opphaveren selv har gitt det aktuelle verket. ⁴¹⁰ De ytre grensene for en opphavsrett kan imidlertid ikke defineres ved bare å undersøke det eksemplaret som gir uttrykk for opphaverens utforming. Eksemplaret er ikke opphavsrettens objekt, men kun et bevismiddel i en inngrepsvurdering. ⁴¹¹

Opphavsrettsbeskyttelsen kan være snevrere enn det eksemplaret kan gi inntrykk av. Høyesterett har i Rt. 2012 side 1062 (avsnitt 86) presisert at graden av originalitet og særpreg ved et åndsverk vil være bestemmende for beskyttelsens rekkevidde, og at beskyttelsen bare «rekker så langt den individuelt skapende innsatt når». Opphavsretten kan derfor være avgrenset til bare å gjelde enkeltelementer i en frembringelse, og et eksemplar utgjør da ikke opphavsrettens objekt, ettersom det som beskyttes er snevrere enn frembringelsen som sådan. Graden av originalitet og særpreg vil også spille inn på hvor nært en etterligning kan komme før det foreligger et inngrep. ⁴¹²

Den nærmere rekkevidden av en opphavsrett defineres gjennom konkrete inngrepsvurderinger, der opphaverens utforming sammenlignes med en etterligning, for å avgjøre om bruken av etterligningen faller inn under opphaverens enerett etter åndsverkloven § 2 første

⁴⁰⁸ Se også HR-2017-2165 (avsnitt 66), Rt. 2013 side 822 (avsnitt 40), Rt. 2012 side 1062 (avsnitt 60), Rt. 2010 side 527 (avsnitt 23), Rt. 2007 side 1329 (avsnitt 43), Rt. 1940 side 327, Rt. 1962 side 964 og Rt. 1997 side 199.

⁴⁰⁹ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 316.

⁴¹⁰ Se Astri M. Lund, «Tripp trapp terningskast – Om opphavsrettens gjenstand» i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 461–476 (på side 461–462).

⁴¹¹ Se Svante Bergström, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala 1954 side 36–37.

⁴¹² Se Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 216–218, med omfattende ytterligere henvisninger.

ledd.⁴¹³ Dette kan være en relativt enkel øvelse med hensyn til for eksempel litterære verk, der innholdet i en bok gjerne sammenlignes med innholdet i en annen bok. Vurderingen blir derimot raskt mer komplisert når det er tale om kunstverk, musikkverk, eller andre verk som ikke kan sies å ha noe bestemt innhold.⁴¹⁴ Det som her må sammenlignes, er de opplevelsene opphaverens utforming og etterligningen formidler til den menneskelige bevisstheten.⁴¹⁵ Høyesterett har i HR-2017-2165 (avsnitt 113) formulert vurderingstemaet slik:

«Det avgjørende er om de individuelle trekk som beskyttelsen er knyttet til, går igjen på en slik måte at verket kan sies å ha bevart sin identitet».⁴¹⁶

På denne måten er ikke opphavsrettens objekt begrenset til åndsverket i den utforming opphaveren har gitt det, men kan også omfatte andre frembringelser som ligner åndsverket på en ulovlig måte. Eksemplarene av et åndsverk utgjør bare deler av, eller eksempler på, det beskyttede verket. De kan ikke alene definere opphavsrettens objekt.⁴¹⁷ Rettsposisjonens objekt er basert på sammenligninger av identitetsopplevelser.⁴¹⁸

Slike sammenligningsvurderinger er ikke særegent for opphavsretten. Inngrepsvurderingen for samtlige immaterialrettigheter forutsetter konkrete sammenligninger. I patentretten er det patentkravene som beskriver den patenterte oppfinnelsen, og det er dermed patentkravene som i utgangspunktet danner den rettslige rammen for omfanget av patentbeskyttelsen, jf. patentloven § 39.⁴¹⁹ Patentkravene kan dermed sies å beskrive patentets objekt, men patentkravene kan aldri fullstendig kodifisere en oppfinnelse. De kan bare forsøke å beskrive oppfinnelsen på best mulig måte.⁴²⁰ For å avgjøre om det foreligger et ulovlig inngrep, må

⁴¹³ Se for eksempel Rt. 2012 side 1062 (avsnitt 86). Se for øvrig Erik Wold, «Betydningen av subjektiv skyld i immaterial- og markedsføringsretten» i *Lov og Rett*, 2010 side 128–143 (på side 129).

⁴¹⁴ Se Morten Rosenmeier, *Værkslæren i opphavsretten*, København 2001 side 17.

⁴¹⁵ Se Mogens Kocktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 118.

⁴¹⁶ Med henvisning til Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 138, som igjen henviser til Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 101.

⁴¹⁷ Se Gunnar Karnell, «Verksbegrepp och upphovsrätt» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1968 side 401–444 (på side 420).

⁴¹⁸ Se Mogens Kocktvedgaard, *Immaterialretspositioner*, København 1965 side 124 og Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 209. Denne såkalte opplevelsesteorien har imidlertid blitt kritisert, jf. Morten Rosenmeier, *Værkslæren i opphavsretten*, København 2001 side 37, som blant annet påpeker at ulike mennesker har egne subjektive opplevelser av åndsverk, samt at det er vanskelig å ha noen opplevelse av kodene som er beskyttet av opphavsrett til datamaskinprogrammer. Se mer om opphavsrett til datamaskinprogrammer hos Jon Christian Thaulow, «Opphavsrett til datamaskinprogrammer – nærmere om vilkårene for opphavsrettsbeskyttelse og rettighetsfordelingen mellom flere opphavsmenn» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 390–417.

⁴¹⁹ Patentkrav er utførlig behandlet hos Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001.

⁴²⁰ Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 164.

patentkravenes meningsinnhold sammenlignes med den faktiske gjenstanden eller den fremgangsmåten som den potensielle inngriperen har utnyttet.⁴²¹ Selv om den påståtte inngrepsgjenstanden ikke omfattes direkte av patentkravene, kan det likevel foreligge inngrep gjennom såkalt ekvivalent (likeverdig) utnyttelse av den patenterte oppfinnelsen.⁴²² En slik ekvivalenslære ble lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2009 side 1055 (avsnitt 28):

«Jeg oppfatter den såkalte ekvivalenslæren som et forsøk på en teoretisk beskrivelse av når det ut fra dette er så stor likhet - ekvivalens - mellom inngrepsgjenstanden og patentgjenstanden, at det foreligger patentvern. Jeg legger derfor til grunn at det også ved tolkingen av patentloven § 39 må åpnes for (...) en mer skjønnsmessig identitetsvurdering, eller en ekvivalensvurdering.»⁴²³

Ekvivalenslærens nærmere innhold er fortsatt noe uklart.⁴²⁴ Det sentrale her er imidlertid at ekvivalenslæren bidrar til å utvide patentbeskyttelsen.⁴²⁵ På samme måte som opphavsrettsbeskyttelsen ikke er begrenset til den utforming opphaveren har gitt det beskyttede åndsverket, er patentbeskyttelsen heller ikke begrenset til patentkravenes beskrivelse av den beskyttede oppfinnelsen. Objektet for et patent eller en opphavsrett kan ikke defineres alene ved å undersøke henholdsvis patentkravene eller opphaverens egen utforming av åndsverket. Grensene for patent- og opphavsrettsbeskyttelse må trekkes ut fra konkrete sammenligninger underlagt forholdsvis kompliserte vurderinger av ekvivalens og identitetsopplevelse.

Sammenligningsvurderinger er også med på å trekke opp grensene for varemerkebeskyttelsen. Varemerkeretten etablerer i første omgang beskyttelse mot at andre i næringsvirksomhet bruker «tegn som er identisk med varemerket for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for», jf. varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a.⁴²⁶ Beskyttelsens rekkevidde er imidlertid videre enn det identiske. Ifølge bestemmelsens bokstav b, gir en varemerkerett også beskyttelse mot bruk av «tegn som er identisk med eller ligner varemerket for varer eller

⁴²¹ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 359.

⁴²² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 360.

⁴²³ Kjennelsen er kritisert på enkelte punkter hos Inger Berg Ørstavik, «Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2010 side 134–149 og Håkon Bleken, «Ekvivalens i norsk patentrett» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2010 side 108–133. At det eksisterer en ekvivalenslære i norsk patentrett er imidlertid ikke omdiskutert.

⁴²⁴ Se særlig Inger Berg Ørstavik, «Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2010 side 134–149 (på side 138–139 og 148–149).

⁴²⁵ Jf. Rt. 2009 side 1055 (avsnitt 32). Se for øvrig også Rt. 1933 side 529 (på side 532).

⁴²⁶ Denne beskyttelsen mot identisk varemerkebruk synes ut fra ordlyden å være absolutt, men med grunnlag i EU-domstolens praksis er det utviklet et tilleggsvilkår om at bruken må medføre en fare for å skade varemerkehaverens interesser knytte til varemerkets funksjon, for eksempel funksjon som opprinnelsesgaranti eller kvalitetsgaranti, jf. HR-2018-110 (avsnitt 49–51 og avsnitt 55).

tjenester av samme eller lignende slag, såfremt det er risiko for forveksling». Varemerkerettens «objekt» kan derfor ikke defineres ved alene å undersøke det beskyttede merket. Grensene for varemerkebeskyttelsen må ofte trekkes ut fra konkrete sammenligninger basert på vurderinger av forvekslingsrisiko.⁴²⁷ Hvorvidt det foreligger forvekslingsrisiko, må besvares ut fra en helhetsvurdering der både vareslags- og kjennetegnslighet spiller inn.⁴²⁸ Dette kan bli en forholdsvis komplisert vurdering, som Mogens Koktvedgaard har beskrevet på følgende måte:

«Denne afgreænsende proces hvilet på en meget omfattende og i hovedsagen international retstradition. Retsafgørelsene er utalige og kombinationsmulighederne uendelige. Man står med andre ord overfor et i praxis særkts gennemarbejdet retsområde, der frembyder et stort erfaringsmateriale, når man skal adskille de stridende parter. Varemærkeretten bliver dermed en kunst, der kun kan udøves med fuldkommenhed af den kyndige praktiker med den årelange erfaring.»⁴²⁹

Det er klart at ikke enhver panthaver som vurderer å yte kreditt sikret med panterett i immaterialrettigheter, kan anses som kyndige utøvere av den «kunst» det kan være å identifisere varemerkerettens objekt. På denne måten kan det bli vanskelig for en panthaver fullt ut å identifisere rekkevidden av de immaterialrettighetene som potensielt skal tjene som panteobjekter. Ytterligere komplisert blir det når den såkalte kodakregelen kan utvide varemerkebeskyttelsen. For varemerker som er velkjente her i riket, har varemerkeloven § 4 andre redd gjort unntak fra kravet om forvekslingsrisiko og tjeneste- eller vareslagslikhet, såfremt krenkerens bruk «ville medføre en urimelig utnyttelse av eller skade på det velkjente varemerkes særpreg eller anseelse (goodwill)».⁴³⁰ Her gjøres inngrepsspørsmålet avhengig av konkrete urimelighetsvurderinger, som igjen bidrar til at grensen for varemerkebeskyttelsen blir mer uklar.

⁴²⁷ Jf. Rt. 2008 side 1268 (avsnitt 41–42). Dommen er avsagt på grunnlag av den gamle varemerkeloven fra 1961 § 4 første ledd, jf. § 6 første ledd. Den nye varemerkelovens § 4 første ledd bokstav b viderefører imidlertid disse reglene, slik at eldre rettspraksis fortsatt er relevant, jf. Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) side 42. En generell redegjørelse for vurderingen av forvekslingsrisiko finnes blant annet hos Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 310–339.

⁴²⁸ Jf. Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) side 43, med henvisning til Rt. 1998 side 1988. Av nyere rettspraksis, se særlig Rt. 2016 side 1993 (avsnitt 51), med henvisninger til blant annet Rt. 2008 side 1268 og EUDomstolens dom i *Lloyd* (avsnitt 19).

⁴²⁹ Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 219.

⁴³⁰ Kodakregelen er nærmere behandlet hos Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 363–376, Pål Standnes Hurlen, «Kodakvern i varemerkeretten» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 148–194 og Andrew Bailey, «Trade mark functions and protection for marks with a reputation» i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, vol. 8 nr. 11, side 868–875.

Lignende sammenligningsvurderinger blir avgjørende for å definere objektet for også de andre immaterielle rettighetene, men de ulike rettighetskategoriene kan ha mer eller mindre særegne varianter.⁴³¹ Disse sammenligningene må gjøres konkret, og i relasjon til to nærmere bestemte frembringelser. På denne måten viser rettighetene seg først når det gjøres inngrep i rettsposisjonene og rettighetshaveren får et krav mot inngriperen.⁴³² Immaterialrettighetenes objekter eksisterer ikke som del av noen materiell virkelighet.⁴³³

Når immaterialrettighetenes objekter må defineres ut fra konkrete sammenligningsvurderinger, som alltid må knyttes opp mot to nærmere bestemte frembringelser, har det vært omdiskutert om det er hensiktsmessig å beskrive rettighetene som relatert til objekter.⁴³⁴ Denne diskusjonen har hovedsakelig versert rundt det opphavsrettslige verksbegrepet, som oftest relateres til en opplevelse eller et bevissthetsinnhold hos et nærmere bestemt publikum.⁴³⁵ Debatten ble igangsatt av Alf Ross, som i 1945 presenterte følgende betraktninger:

«Det er da klart, at Aandsværket ikke kan søges indenfor den fysiske Verden. Det skal have immateriel eller aandelig Eksistens. Men dette kan ikke betyde andet, end at det maa eksistere som aktuel Oplevelse (eller Disposition hertil) hos et eller flere Undivider, altsaa som Bevidsthedsfænomen. Værket selv, kunde man sige, er et vist Ideindhold; men dette Ideindhold kan ikke eksistere som Realitet paa anden Maade, end som Oplevelse hos et Individ. Vi kender nemlig ingen anden aandelig Verden end den, der findes i levende Menneskers Bevidsthed. Det vilde fx. være den rene Fantasi at tænke sig, at Aandsværker skulde findes sammenstuede et eller andet Sted og dér føre en selvstændig Eksistens uafhængig af al Oplevelse hos noget Individ. Et Kunstværk, fx., hvis materielle Manifestationer er gaaet til Grunde eller bortkomne, og som heller ikke lever i nogens Erindring, eksisterer simpelthen ikke mere. Værket selv er altsaa en Abstraktion, ingen Realitet. Det er

⁴³¹ For eksempel omfatter designretten «enhver design som ikke gir den informerte brukeren et annet helhetsinntrykk», jf. designloven § 9 andre ledd. Mer om designrettens sammenligningsvurdering i Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 105–109.

⁴³² Se Alf Ross, *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, København 1934 side 288.

⁴³³ Se også Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 49 og Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 117–119.

⁴³⁴ En oppsummering av denne diskusjonen finnes hos Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 520–526).

⁴³⁵ Se Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001 side 33.

den relative Enhed i Ideindhold i en Serie af Oplevelser. Alene disse er Realiteter.

At raade over Værket kan derfor kun betyde at raade over disse Oplevelser.»⁴³⁶

Opphavsrettens objekt fremstod her som en oversanselig erkjennelse, som ikke kunne etterprøves gjennom etablerte verifikasjonsprosedyrer. I et slikt perspektiv blir det lite rom for å tale om noe immaterialrettslig objekt. Det blir i det hele tatt vanskelig å karakterisere opphavsretten som en enerett til å råde over et åndsverk, slik den er beskrevet i åndsverkloven § 2 første ledd. Betrachtingene til Ross førte derfor til en omfattende diskusjon i nordisk rettsvitenskap vedrørende verksbegrepet i opphavsretten. Diskusjonen var livlig frem til omkring 1970, og dreide seg ikke bare om innholdet i verksbegrepet, men også om åndsverkene kan anses som opphavsrettens objekter, om opphavsretten i det hele tatt har noen objekter, og om det er hensiktsmessig å karakterisere opphavsretten som en enerett til å råde over åndsverk.⁴³⁷ I senere tid er det ikke like mange som har befattet seg med disse spørsmålene.

Jeg skal ikke gjenfortelle alle ulike synspunkter som ble presentert i debatten. Jeg skal heller ikke forsøke å sette noe endelig punktum for diskusjonen om immaterialrettighetenes objekter. Det er blitt presentert en rekke ulike teorier, og ingen av dem kan betraktes som noen allmenngyldig rettslig definisjon.⁴³⁸ Diskusjonen har utvilsomt ført til en bedre forståelse for grunnleggende elementer særlig i opphavsretten, men fra et rent praktisk og pedagogisk perspektiv er fortsatt objektsrelasjonen den mest fruktbare forklaringsmodellen for å beskrive immaterialrettighetene.⁴³⁹ Objekts- eller gjenstandsterminologien er også innarbeidet i alminnelige språkbruk knyttet til immaterialrettigheter, og lovgivningen er i tillegg bygget opp rundt en slik terminologi. Selv om det bare er tale om et konstruert symbolspråk, bidrar terminologien betydelig til å forenkle beskrivelser av rettslige problemstillinger og ulike løsninger på dem.⁴⁴⁰ Som Ánde Somby sier, så har mennesket gjennom historien hatt, og kommer nok også i fremtiden til å ha, behov for konkrete

⁴³⁶ Alf Ross, «Ophavsrettens grundbegreber» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1945 side 321–353 (på side 344–345).

⁴³⁷ De viktigste delene av diskusjonen er oppsummert hos Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001 side 33–38, med ytterligere henvisninger. Se for øvrig også Ole-Andreas Rognstad, *Spredning av verkseksemplar*, Oslo 1999 side 94–109. En analyse av synspunktene til Ross finnes også hos Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 16–22.

⁴³⁸ Se Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001 side 41.

⁴³⁹ Objekts- eller gjenstandsrelasjonen benyttes også for å beskrive immaterialrettighetene i pantelovens forarbeider, jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 7.

⁴⁴⁰ Se Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001 side 45.

billedliggjøringer når abstrakte fenomener skal beskrives.⁴⁴¹ Morten Rosenmeier har et lignende syn på saken:

«Uanset hvad man mener om det spørgsmål, om der findes en åndelig virkelighed ved siden af den synlige, er det frem for alt klart, at der ikke er nogen fordele forbundet med at arbejde med et metafysisk-parapsykologisk eksistensbegreb i ophavsretten, hvis denne skal fungere som praktisk retsdisciplin, og det er tværtimod decideret ejendommeligt, hvis man f.eks. som advokat må forklare en klient, der har fået en bøde for at have piratkopieret et edb-program, at han i virkeligheden har fået den, fordi han har legemliggjort et ideelt forhåndenværende åndsvæsen.»⁴⁴²

Hovedpoenget med å trekke frem objektdiskusjonen i denne avhandlingen, er å presisere at immaterialrettighetenes objekter bare kan identifiseres gjennom forholdsvis komplekse sammenligningsvurderinger. Rekkevidden av immaterialrettslig beskyttelse kan aldri helt fullstendig trekkes opp på forhånd. Når objektet for en statisk rettsposisjon bare kan identifiseres gjennom sammenligningsvurderinger, blir rettsposisjonens grenser mer vage enn for andre formuesgoder. Immaterialrettighetene blir på denne måten mindre forutberegnelige og håndterbare som panteobjekter. Deres rettslige struktur gir grunnlag for usikkerhet som panthavere må være oppmerksomme på før de yter kreditt sikret med panterett i immaterielle rettigheter. Disse risikomomentene blir temaet for neste drøftelse. De mer eller mindre flytende grensene for immaterialrettighetenes objekter, kan også føre til overlapp i beskyttelsesobjektene for ulike rettsposisjoner. Dette er nok en særegen egenskap ved immaterialrettighetene, som jeg drøfter nærmere i punkt 2.4.

2.3 IMMATERIALRETTIGHETER SOM USIKRE PANTEOBJEKTER

2.3.1 Usikker eksistens og gyldighet

For at panteretten skal kunne nå sitt kredittskapende formål, må den bidra til å fjerne usikkerhet forbundet med å yte kreditt. Immaterialrettighetene kan være mer usikre panteobjekter enn andre formuesgoder. Her må det likevel nevnes at det ikke er umulig å benytte usikre panteobjekter til kredittsikring på hensiktsmessige måter. Usikkerheten kan håndteres ved å tilpasse størrelsen på kredittytelsen slik at den er sikret selv om enkelte panteobjekter skulle falle bort eller bli redusert i verdi. Dette forutsetter imidlertid gjerne at det er flere pante-

⁴⁴¹ Se Ánde Somby, *Juss som retorikk*, Tromsø 1999 side 32.

⁴⁴² Morten Rosenmeier, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001 side 32.

objekter som sikrer det samme underliggende gjeldsforholdet. I tilfeller der dette ikke er mulig, kan usikkerhet i stedet håndteres gjennom strengere rentebetingelser.

En panthaver som vurderer å yte kreditt sikret med panterett i fysiske formuesgoder, har gode muligheter for å gjøre undersøkelser for å avgjøre formuesgodenes eksistens. Er det tale om for eksempel fast eiendom, kan panthaver oppsøke selve eiendommen og gjøre fysiske undersøkelser for å fjerne enhver tvil om eiendommens eksistens. Standarden på eventuelle byggverk kan også vurderes ut fra fysiske undersøkelser. Om panthaver er i tvil om pantsetter er rette eier av eiendommen, kommer han langt med å undersøke Grunnboken. Når slike undersøkelser er gjort, kan panthaver i stor grad stole på at ekstinksjonsreglene i tinglysningsloven § 20 første ledd vil beskytte ham mot kolliderende rettsstiftelser. Videre kan tinglysningsloven § 27 første ledd beskytte mot enkelte hjemmelsmannsinnsigelser.

Tilsvarende undersøkelser av immaterialrettigheter er ikke mulig. Deres immaterielle natur gjør fysiske undersøkelser umulig, og det er da alltid en viss usikkerhet knyttet til rettighetenes eksistens. Rettighetenes rekkevidde vil også være preget av usikkerhet, ettersom dette må avgjøres basert på konkrete sammenligningsvurderinger.⁴⁴³ Som nevnt kan slike vurderinger være komplekse, og kan ikke endelig avgjøres før det foreligger en konkret inngrepssituasjon.

Også gyldigheten av immaterialrettighetene vil være preget av usikkerhet i større eller mindre grad. Det vil alltid foreligge en viss ugyldighetsrisiko. Graden av denne risikoen varierer mellom de ulike rettighetskategoriene. Her kan det i første omgang trekkes et skille mellom registrerte og uregistrerte rettigheter. Registrering av en immaterialrettighet etablerer en viss presumsjon for at rettigheten eksisterer og er gyldig. Denne presumsjonen gjør at registrerte immaterialrettigheter i noen tilfeller anses som mer verdifulle enn uregistrerte.⁴⁴⁴ Registreringen gir imidlertid ingen garanti for at det eksisterer noen gyldig rettsposisjon.⁴⁴⁵ For patenter er ugyldighetsrisikoen lav sammenlignet med de andre registrerte immaterialrettighetene. Ved søknad om patent foretar Patentstyret en omfattende gransking for å avgjøre om patentbarhetskravene er oppfylt. De undersøker ikke bare om den aktuelle frembringelsen

⁴⁴³ Se punkt 2.2.3 ovenfor.

⁴⁴⁴ Se «Task Force Introductory Report and Background Considerations: Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 849–882 (punkt 2.1.3).

⁴⁴⁵ Se blant annet NU 1963: 6 side 314.

utgjør en patenterbar oppfinnelse, men også om nyhetskravet og kravet om såkalt oppfinneshøyde er oppfylt, jf. patentloven § 2 første ledd.

Patentstyrets avgjørelser om å meddele patenter er likevel ikke uangripelige. Det er flere ulike forhold som kan føre til at et meddelt patent blir kjent ugyldig, jf. patentloven § 52 første ledd. For eksempel hender det ofte at nyhetskravet angripes.⁴⁴⁶ For å vurdere om nyhetskravet er oppfylt, må Patentstyret innhente alle allment tilgjengelige opplysninger som er egnet til å svekke nyhetsverdien av oppfinnelsen det søkes patent på, jf. patentloven § 2 andre ledd første punktum. Slike opplysninger kalles mothold. Det er imidlertid ikke sikkert at Patentstyret oppdager alle relevante mothold da de behandler patentsøknaden som førte til at patent ble meddelt. Om det senere oppdages mothold som viser at den patenterte oppfinnelsen egentlig ikke skilte seg vesentlig fra det som var kjent på søknadstidspunktet, vil patentet være ugyldig, jf. patentloven § 52 første ledd nr. 1. Bortfall av patenter kan få dramatiske konsekvenser for en låntakers betalingsevne. For eksempel er det vanlig at legemiddelfirmaer mister halvparten av sine markedsandeler når patentbeskyttelsen på et merkevarepreparat bortfaller, og konkurrenter begynner å produsere generiske kopipreparater.⁴⁴⁷

Det foreligger i tillegg alltid en viss risiko for at pantsetter ikke er rette eier av et patent. På samme måte som en panthaver kan undersøke Grunnboken for å avdekke eierforholdene til fast eiendom, kommer panthaver et stykke på vei ved å undersøke opplysningene i Patentregisteret. Det er imidlertid mer usikkerhet knyttet til opplysningene i Patentregisteret enn til opplysninger i Grunnboken, ettersom registrering i Patentregisteret har mindre omfattende ekstinksjonsvirkninger enn registrering i Grunnboken. Når en panterett registreres i Patentregisteret, beskytter registreringen bare i dobbeltsuksjonskonflikter, jf. patentloven § 44a første ledd. Registreringen kan i utgangspunktet ikke føre til ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser på tilsvarende måte som registrering i Grunnboken.⁴⁴⁸

For varemerker etablerer registrering en enda svakere presumsjonen om eksistens og gyldighet enn det gjør for patenter. Det er et begrenset granskningsmateriale som gjennomgås av Patentstyret for å ta stilling til om vilkårene for varemerkerett er oppfylt.⁴⁴⁹ Patentstyret undersøker for eksempel ikke om varemerkerett er utelukket fordi et lignende uregistrert vare-

⁴⁴⁶ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 266.

⁴⁴⁷ Se Alexander I. Poltorak og Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, 2. utgave, Hoboken 2014 side 75.

⁴⁴⁸ Mer om rettsvern og prioritet i kapittel 6 nedenfor.

⁴⁴⁹ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 37.

merke tidligere har oppnådd vern gjennom innarbeidelse. I et rent registreringssystem ville søk i registeret avdekket eventuelle kolliderende rettigheter, men slik er systemet ikke. Varemerkerett kan også oppnås ved innarbeidelse, jf. varemerkeloven § 3.⁴⁵⁰ Dette kombinasjonssystemet gjør det langt vanskeligere å finne ut om det foreligger kolliderende rettigheter, særlig rettigheter som har oppstått ved lokal innarbeidelse og således ikke har fått riksdekkende oppmerksomhet.⁴⁵¹ Birger Stuevold Lassen har presentert en treffende analogi for lokalt innarbeidede varemerker som registreringshindringer:

«Jeg ville like gjerne betegne dem som de *drivende miner* i systemet, nedgrodd av algevekst flyter de i vannskorpen, og fanges ikke inn hverken av radar, asdic eller sonar.»⁴⁵²

Hverken registreringsmyndighetene eller søkeren kan forventes å avdekke alle eventuelle kolliderende innarbeidede varemerker under registreringsprosessen. Selv etter at det er gjort investeringer for å bygge opp et registrert varemerke overfor markedet, finnes det ingen garanti for at ikke innehaveren av et eldre innarbeidet merke på et senere tidspunkt krever at bruken av det registrerte varemerket opphører fordi det krenker den eldre varemerkeretten som ble oppnådd ved innarbeidelse.⁴⁵³ Registrering i Varemerkeregisteret har foreløpig ingen lovfestede ekstinksjonsvirkninger, slik at det alltid vil være en risiko for at det foreligger eldre rettsstiftelser som en panthaver må respektere.

Eksistensen av uregistrerte immaterialrettigheter er enda mer usikker enn gyldigheten av de registrerte. Opphavsretten er et godt eksempel. Det kan være vanskelig å avgjøre om vilkårene for opphavsrettsbeskyttelse foreligger.⁴⁵⁴ Særlig verkshøydekravet i åndsverkloven § 2 første

⁴⁵⁰ Se Birger Stuevold Lassen, «Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1996 side 35–43 (på side 38).

⁴⁵¹ Se Birger Stuevold Lassen, «Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1996 side 35–43 (på side 38).

⁴⁵² Birger Stuevold Lassen, «Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1996 side 35–43 (på side 38) (kursiv i original).

⁴⁵³ Se Birger Stuevold Lassen, «Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1996 side 35–43 (på side 38–39).

⁴⁵⁴ Se Astri M. Lund, «Tripp trapp terningskast – Om opphavsrettens gjenstand» i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 461–476 (på side 462).

ledd kan gi grunnlag for usikkerhet. Høyesterett har i HR-2017-2165 (avsnitt 66) beskrevet vurderingen slik:

«Når loven bruker formuleringen «skaper et åndsverk», henspiller det på at åndsverket må ha verkshøyde for å nyte opphavsrettslig vern. Denne terskelen innebærer at verket må være uttrykk for opphavsmannens originale åndsinnsetning; det må være resultat av en individuelt preget skapende innsats, og ved denne innsatsen må det være frembragt noe som fremstår som originalt, jf. Rt-2013-822 avsnitt 40 (Ambassadør) med videre henvisninger. Jeg tilføyer at ordet 'originalt' i denne sammenheng ikke innebærer et krav om nyhet, men at det må være skapt noe som har en viss grad av individualitet og kreativitet.»

Vurderingen som må foretas, er komplisert. Det er alltid en risiko for at en pantsetter som har stilt en opphavsrett som sikkerhet, har gjort en feilaktig vurdering av verkshøydekravet og således aldri har hatt noen opphavsrett. Selv om det med rimelig stor grad av sikkerhet kan fastslås at det foreligger en opphavsrett, kan ikke en panthaver nødvendigvis stole på at det faktisk er pantsetter som har opphavsretten til det aktuelle åndsverket. Det er alltid en risiko for at det egentlig er noen andre enn pantsetter som er rettighetshaver til den opphavsretten han påstår å eie. Noe generelt rettighetsregister eksisterer ikke for opphavsrettigheter.

Usikker eksistens er ikke noe som utelukkende særpreger immaterialrettighetene. Også andre formuesgoder kan ha usikker eksistens. Særlig eksistensen av et pengekrav vil være preget av usikkerhet i større eller mindre grad. Ved pantsettelse og annen overdragelse av enkle pengekrav, beholder i utgangspunktet *debitor cessus* alle innsigelser han måtte ha mot kravet, jf. gjeldsbrevloven § 25.⁴⁵⁵ Dette omfatter for eksempel ugyldighetsinnsigelser. Videre er den som har panterrett i et pengekrav normalt avhengig av betalingsevne hos *debitor cessus* for at fordringen skal kunne inndrives. At *debitor cessus* er betalingsdyktig, er langt fra selvfølgelig. På tross av denne usikkerheten er panterrett i enkle pengekrav en pantsettelsesordning som benyttes i relativt stor utstrekning, og som har vesentlig betydning for kredittlivet. Det er derfor ikke slik at usikkerhet knyttet til immaterialrettighetenes eksistens og gyldighet uten videre gjør dem uegnet som panteobjekter. Potensielle panthavere bør imidlertid være oppmerksomme på de nevnte risikofaktorene før de yter kreditt sikret med panterrett i immaterialrettigheter.

⁴⁵⁵ Dette stiller seg annerledes dersom fordringen er knyttet til et omsetningsgjeldsbrev, jf. gjeldsbrevloven § 15.

2.3.2 Usikker verdi

Dersom en adgang til pantsettelse av immaterialrettigheter skal ha kredittskapende effekt, må verdien av de pantsatte rettighetene kunne beregnes med en tilstrekkelig grad av sikkerhet. Det finnes flere ulike fremgangsmåter for å beregne verdien av en immaterialrettighet, men ingen av dem kan betraktes som noen fasit.⁴⁵⁶ Hvilken metode som er best egnet varierer mellom de ulike rettighetskategoriene.⁴⁵⁷

I noen tilfeller kan en bestemt metode for verdivurdering utpeke seg som mer anvendelig enn andre. For eksempel kan verdien av immaterialrettigheter som bare utnyttes gjennom lisensiering, verdsettes forholdsvis enkelt ved å diskontere fremtidige lisensinntekter.⁴⁵⁸ Utenfor disse tilfellene er verdivurdering av immaterialrettigheter preget av betydelig usikkerhet.⁴⁵⁹ Når det ikke finnes noen allment anerkjent metode for verdivurdering, har banker rundt om i verden vært skeptiske til å yte lån sikret med panterrett i immaterielle rettigheter.⁴⁶⁰

Regnskapsmessig verdiberegning er lite egnet til å vurdere en immaterialrettighets verdi som panteobjekt. Ifølge regnskapsloven skal immaterielle rettigheter anses som anleggsmidler som i utgangspunktet verdiberegnes etter anskaffelseskost, jf. regnskapsloven § 5-3 første ledd. Kostnadene knyttet til anskaffelse av en immaterialrettighet kan imidlertid være både høyere og lavere enn markedsverdien, alt ettersom hvorvidt produktet rettigheten knytter seg til slår an i markedet eller ikke. Internasjonalt anerkjente regnskapsstandarder inneholder også prinsipper for hvordan verdien av immaterialrettigheter skal regnskapsføres, men den regnskapsmessige verdien samsvarer ikke nødvendigvis med den verdien en immaterialrettighet har ved omsetning.⁴⁶¹ Regnskapsprinsippene er derfor ikke egnet som utgangspunkt for en verdivurdering i pantsettelsessituasjoner. Amerikanske regnskapsstandarder er for øvrig annerledes. Disse skiller seg fra de norske, og synes å være forholdsvis unike i verdens-

⁴⁵⁶ Disse er oversiktlig beskrevet blant annet hos Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 19–40, med ytterligere henvisninger, samt hos Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 29–36, med ytterligere henvisninger.

⁴⁵⁷ Se Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 19.

⁴⁵⁸ Se Alexander I. Poltorak og Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, 2. utgave, Hoboken 2014 side 72–73.

⁴⁵⁹ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 172.

⁴⁶⁰ Se Shigeki Kamiyama, Jerry Sheehan og Catalina Martinez, «Valuation and Exploitation of Intellectual Property», i *OECD Science, Technology and Industry Working Paper Series*, 2006, nr. 5, side 23.

⁴⁶¹ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 173–174.

sammenheng.⁴⁶² Ifølge amerikanske regnskapsstandarder må alle som driver virksomhet i USA regnskapsføre sine immaterialrettigheter i henhold til rettighetenes rimelig markedsverdi, i stedet for å se hen til anskaffelsesverdi eller andre historiske verdier.⁴⁶³ Kanskje er dette en del av bakgrunnen for at USA synes å være det landet i verden der immaterialrettigheter benyttes til kredittsikringsformål i størst utstrekning.

Det er ofte vanskeligere å beregne verdien av immaterialrettigheter sammenlignet med andre formuesgoder. Vanskelighetene skyldes blant annet at det ikke eksisterer offentlig tilgjengelige opplysninger om omsetning av immaterielle rettigheter på samme måte som for enkelte fysiske formuesgoder.⁴⁶⁴ Detaljene rundt overdragelser av immaterialrettigheter gjøres sjelden tilgjengelig for allmennheten.⁴⁶⁵ Selv ikke for de registrerbare immaterialrettighetene finnes det offentlig tilgjengelig informasjon om salgssum ved overdragelse, slik det gjør for fast eiendom.⁴⁶⁶ Omsetning av immaterialrettigheter foregår riktignok i stor utstrekning, men de enkelte overdragelsene er som regel spesialtilpasset konkrete omstendigheter. Dette fører til store variasjoner i avtalevilkår, noe som gjør det vanskelig å sammenligne en overdragelse med en annen.⁴⁶⁷ Også på dette området skiller USA seg noe ut, ved at det der er utviklet et bredt spekter av bransjestandarder for verdiberegning av immaterialrettigheter i ulike sammenhenger.⁴⁶⁸

Vanskelighetene skyldes også at ulike rettsposisjoner i samme rettighetskategori ofte skiller seg betydelig fra hverandre.⁴⁶⁹ For eksempel er det et vilkår for patentbeskyttelse at den aktuelle oppfinnelsen er ny i forhold til det som var kjent på søknadstidspunktet, og at den

⁴⁶² Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 575–576).

⁴⁶³ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 576 note 96), med ytterligere henvisninger.

⁴⁶⁴ Se Ted Hagelin, «A New Method to Value Intellectual Property» i *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 2002 side 2.

⁴⁶⁵ Se Ted Hagelin, «A New Method to Value Intellectual Property» i *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 2002 side 3 og Marilee Owens-Richards, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016 side 26.

⁴⁶⁶ Se Alexander I. Poltorak og Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, 2. utgave, Hoboken 2014 side 73–74.

⁴⁶⁷ Se Ted Hagelin, «A New Method to Value Intellectual Property» i *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 2002 side 2.

⁴⁶⁸ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 578), med ytterligere henvisninger.

⁴⁶⁹ Se Ted Hagelin, «A New Method to Value Intellectual Property» i *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 2002 side 2–3.

«skiller seg vesentlig fra dette», jf. patentloven § 2 første ledd. Ettersom patenter bare meddeles på oppfinnelser som skiller seg vesentlig fra andre oppfinnelser, kan det i mange tilfeller bli unaturlig å se hen til markedsverdien på ett patent for å vurdere markedsverdien av et annet.⁴⁷⁰ Det samme er tilfellet for opphavsrett, som bare beskytter verk som fremstår som originale, det vil si at de må ha en «viss grad av individualitet og kreativitet», jf. HR-2017-2165 (avsnitt 66). I varemerkeretten gjelder det et krav om såkalt distinktivitet, ved at merket «må ha særpreg som kjennetegn for slike varer eller tjenester som det gjelder», jf. varemerkeloven § 14 første ledd annet punktum.⁴⁷¹ Immaterialrettighetene er således preget av individuelle ulikheter, selv innenfor samme rettighetskategori, og er derfor ikke nødvendigvis sammenlignbare i omsetningssituasjoner.

Nok et forhold som gjør verdiberegning vanskelig, er tidsbegrensninger.⁴⁷² Alle immaterialrettigheter unntatt varemerkeretten er underlagt tidsbegrensninger. Dette gjør at verdien av rettighetene vil reduseres etter hvert som beskyttelsestiden passerer. I pantsettelses-sammenheng medfører tidsbegrensninger en økt risiko for at panteverdien etter hvert vil bli lavere enn det underliggende gjeldsforholdet.⁴⁷³ Panthaver risikerer da å ende i en situasjon der han ufrivillig har ytet usikret kreditt.

Verdien av immaterialrettigheter har i tillegg vist seg å være svært sårbar for teknologisk utvikling. Moderne internetteknologi har gjort det enklere å gjøre inngrep særlig i opphavsrettigheter, uten noen nevneverdig risiko for å bli oppdaget. Digitale verkseksemplarer kan lett kopieres, deles og spres til allmennheten, uten at det er mulig å oppdage hvem som kopierer, sprer eller laster ned de digitale eksemplarene. Denne typen fildeling har bidratt til en betydelig verdireduksjon av immaterialrettigheter knyttet til film- og musikkverk.⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Se Alexander I. Poltorak og Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, 2. utgave, Hoboken 2014 side 74.

⁴⁷¹ Dette vilkåret er en gjentakelse av kravet i varemerkeloven § 2 første ledd om at et varemerke må være «egnet til å skille en virksomhets varer eller tjenester fra andres». Forskjellen ligger i at varemerkeloven § 2, i motsetning til § 14, ikke bare gjelder for registrerte varemerker, men i prinsippet også for varemerker som oppnår vern gjennom innarbeidelse. For en generell redegjørelse for distinktivitetskravet, se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 54–131.

⁴⁷² Se Alexander I. Poltorak og Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, 2. utgave, Hoboken 2014 side 77.

⁴⁷³ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 131).

⁴⁷⁴ Se Dov Solomon og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179 (på side 168).

En immaterialrettighets verdi kan også være sårbar for ny lovgivning. Nye regler kan gjøre det vanskelig eller umulig å utnytte en immaterialrettighets underliggende objekt. For eksempel kan verdien av varemerkene til sigarett- og snusprodusenter bli betydelig redusert etter innføringen av reglene om såkalt «plain packaging». ⁴⁷⁵ Varemerkene til enkelte dagligvareprodusenter har også blitt ansett som ernærings- og helsepåstander i strid med den såkalte påstandsforordningen, som gjelder som forskrift i norsk rett. ⁴⁷⁶ Det er imidlertid ikke noe utpreget særegent for immaterialrettighetene at deres verdi er utsatt for nye reguleringer. Verdien av fast eiendom vil på samme måte være utsatt for omregulering som for eksempel endrer karakteren av et nabolag.

De problemene jeg har nevnt ovenfor, gjør seg ikke gjeldende i alle tilfeller. Det finnes i dag forholdsvis etablerte retningslinjer for verdivurdering av immaterialrettigheter både i Norge, i andre land og på internasjonalt nivå. ⁴⁷⁷ Særlig for patenter og planteforedlerrettigheter er usikkerheten antatt å være lav. Dette ble fremhevet i forarbeidene til pantelovens endringer i 2015:

«Usikkerhetsmomentene som er knyttet til verdsettelse av patenter og planteforedlerretter vil gjøre seg gjeldende i varierende grad. Ofte vil det med stor grad av sikkerhet kunne konstateres at et patent eller en planteforedlerrett har en betydelig verdi som vil vedvare en viss tid. Det er derfor grunn til å tro at det i mange tilfeller vil kunne oppnås lånefinansiering mot pant i patenter eller planteforedlerretter. At usikkerhetsmomenter knyttet til pantets verdi i noen tilfeller vil medføre at slike rettigheter vurderes som utilstrekkelig sikkerhet for å yte lån, er dessuten ikke noe særtrekk for denne typen formuesgoder.» ⁴⁷⁸

I den grad verdivurdering er problematisk, er ikke dette noe som kan løses gjennom tolking av panterettslige regler. Slik skal det heller ikke være. Verdien bestemmes av markedsmekanismer og ikke av rettsregler. Usikker verdi er også håndterbart i pantsettelses-situasjoner, ettersom kredittvilkårene kan tilpasses usikkerheten. Dette forutsetter imidlertid at usikkerheten er kjent for pantlover. Det er derfor nødvendig å fremheve disse usikkerhets-

⁴⁷⁵ Jf. forskrift om innhold i og merking og utforming av tobakksskade-
loven §§ 3, 4, 7, 9, 10, 30 og 43, samt produktkontrollloven § 15, jf. § 4.

⁴⁷⁶ Jf. forskrift om ernærings- og helsepåstander om næringsmidler, gitt med hjemmel i matloven § 10 andre ledd.

⁴⁷⁷ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 32.

⁴⁷⁸ Prop. 101 L (2013–2014) side 32.

momentene, selv om det i utgangspunktet ikke er rettsvitenskapens oppgave å løse verdivurderingsproblemene. UNCITRAL har en lignende tilnærming til problematikken:

«Secured transactions law cannot answer this question. Still, insofar as it affects the use of intellectual property as security for credit, some of the complexities involved in appraising the value of intellectual property need to be understood and addressed. For example, one issue is that, although the appraisal must take into account the value of the intellectual property and the expected cash flow, there are no universally accepted formulae for making this calculation. However, because of the increasing importance of intellectual property as security for credit, in some States, lenders and borrowers are often able to seek guidance from independent appraisers of intellectual property. In addition, parties in some States may be able to rely on valuation methodologies developed by national institutions, such as bank associations. Moreover, parties may be able to rely on training for valuation of intellectual property in general or for the purpose of licence agreements in particular provided by international organizations such as WIPO. Parties may also be able to rely on standards for the valuation of intellectual property as assets that can be used as security for credit developed by other international organizations, such as the Organisation for Economic Co-operation and Development.»⁴⁷⁹

Poenget med å nevne verdivurderingsproblemene i denne sammenhengen, er å belyse at det ikke bare er rettslige problemstillinger knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter. Det er også en rekke praktiske problemer. På denne måten er det ikke alltid tilstrekkelig for en pant-haver at han forstår regelverket. For at han skal kunne gjøre en forsvarlig vurdering av immaterialrettigheters egnethet som panteobjekt, må han også til en viss grad forstå markedet for omsetning av denne typen rettsposisjoner. Forståelse for markedsmekanismer kan være minst like viktig som forståelse for rettsregler.

⁴⁷⁹ UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 14.

2.4 RETTIGHETSOVERLAPP

2.4.1 Overlapp mellom ulike immaterialrettigheter

De ulike immaterialrettighetene kan overlappe hverandre.⁴⁸⁰ Dette kan medføre noen særskilte problemer i forbindelse med pantsettelse, ettersom realisasjon kan føre til at to overlappende rettigheter ender hos ulike rettighetshavere. Disse problemene kommer jeg tilbake til i kapittel 7. Her skal jeg først og fremst redegjøre for hvordan overlapp mellom ulike immaterialrettigheter kan oppstå.

Overlapp kan foreligge på forskjellige måter. For det første kan det være tale om direkte overlapp. Dette er tilfeller der to eller flere immaterialrettigheter helt eller delvis beskytter samme underliggende immaterielle objekt.⁴⁸¹ Utformingen av et møbel kan for eksempel oppfylle vilkårene for å være et åndsverk, samtidig som utformingen er designregistrert. I slike tilfeller vil frembringelsen være beskyttet av både opphavsrett og designrett. Designloven § 1 andre ledd sier uttrykkelig at designregistrering ikke er til hinder for beskyttelse etter annen lovgivning, herunder varemerkeloven, åndsverkloven og patentloven. På denne måten er overlappsmuligheten lovfestet for designretten.

Moderne immaterialrettigheter overlapper i stadig økende grad. Dette skyldes flere forhold. For det første har det oppstått nye immaterialrettigheter som supplerer de mer tradisjonelle immaterialrettighetene som opphavsrett, patentrett og varemerkerett.⁴⁸² Et eksempel er retten til fotografisk bilde. Dersom et fotografi oppfyller vilkårene for opphavsrett i tillegg til å være beskyttet av retten til fotografisk bilde, vil disse rettsposisjonene overlappe hverandre.⁴⁸³

For det andre har immaterialrettighetene ekspandert i omfang. Det har skjedd en økning i hvilke immaterielle objekter som kan være beskyttet av de ulike rettighetene.⁴⁸⁴ Tidligere var det bare todimensjonale visuelle merker som kunne være gjenstand for varemerkerett.⁴⁸⁵

⁴⁸⁰ Overlapp mellom immaterialrettigheter er drøftet blant annet hos Gösta Eberstein, «Om konflikter mellan inbördes självständiga immaterialrättigheter» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1964 side 93–101 og Per Jonas Nordell, «Upphovsrättsligt skydd för kännetecken» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2002 side 103–117

⁴⁸¹ Om objektsterminologien, se punkt 2.2.3 ovenfor.

⁴⁸² Se Estelle Derclaye og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011 side 1.

⁴⁸³ Dette fremgår uttrykkelig av åndsverkloven § 23 femte ledd.

⁴⁸⁴ Se Estelle Derclaye og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011 side 1, samt Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 503). Se også Ole-Andreas Rognstad, «Opphavsrettens balanse. Avtale eller lovregler?» i Antonina Bakardjjeva Engelbrekt (red.), *Festskrift till Marianne Levin*, Stockholm 2008 side 521–545 (på side 521).

⁴⁸⁵ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 418–419.

Dagens varemerkerett kan derimot beskytte både tredimensjonale og todimensjonale merker, i tillegg til blant annet bevegelsesmerker og lydmerker.⁴⁸⁶ Varemerkeretten kan på denne måten overlape med opphavsretten til både bilder, figurer og musikk, men kan også overlape med designretten.

Designretten har gjennomgått en lignende ekspansjon. I flere land var det tradisjonelt bare design bestemt av estetiske hensyn som kunne beskyttes av designrett.⁴⁸⁷ Allerede på dette tidspunktet forelå det en mulighet for overlapp mellom design- og opphavsrett, men ettersom design bestemt av en teknisk funksjon i utgangspunktet falt utenfor designrettsbeskyttelsen, ble overlapp mellom design- og patentrett unngått. Dagens designrett beskytter imidlertid også funksjonell design.⁴⁸⁸ Selve utformingen av en patentert oppfinnelse kan dermed bli gjenstand for designrett, og det vil da foreligge overlapp mellom design- og patentrett.⁴⁸⁹

Direkte overlappende immaterialrettigheter kan være rettspolitisk problematisk. Flere av immaterialrettighetene er tidsbegrensede. Slike tidsbegrensninger skal ivareta viktige samfunnsmessige hensyn. For eksempel er patentretten delvis begrunnet i informasjonshensyn, det vil si at allmennheten gjennom patentets offentlige registrering får mulighet til å utnytte den aktuelle oppfinnelsen når patentbeskyttelsen bortfaller.⁴⁹⁰ Når tidsbegrensede immaterialrettigheter overlapper med immaterialrettigheter som har en lengre eller ubegrenset beskyttelsesperiode, vil tidsbegrensningsreglene uthules og viktige hensyn tilsidesettes.⁴⁹¹

Direkte overlapp mellom ulike immaterialrettigheter er av den grunn ikke ønskelig.⁴⁹² Lovgivningen har derfor i en viss utstrekning forsøkt å unngå dette.⁴⁹³ For eksempel sier patent-

⁴⁸⁶ Jf. varemerkeloven § 2 første ledd. Se for øvrig Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 17–21.

⁴⁸⁷ Se Innstilling til Lov om mønster 1967 side 24–25. Se for øvrig også Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 14, samt Estelle Derclaye og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011 side 2.

⁴⁸⁸ Jf. designloven § 2. Se for øvrig Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 14, samt Estelle Derclaye og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011 side 2.

⁴⁸⁹ Se Innstilling til Lov om mønster 1967 side 22.

⁴⁹⁰ Se NU 1963: 6 side 110. Se også Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 25.

⁴⁹¹ For en grundigere gjennomgang av disse problemene, se for eksempel Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 56–62, Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 13–16 og Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 14–24. Overlappsproblematikk i et europeisk perspektiv er også grundig behandlet i Estelle Derclaye og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011.

⁴⁹² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 15–16, samt Estelle Derclaye og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011 side 1.

⁴⁹³ Hvordan svensk lovgivning har forsøkt å unngå overlapp, er til sammenligning beskrevet hos Agne Henry Olsson, «Förhållandet mellan olika immaterialrättigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1980 side 233–251, også med henvisninger til annen skandinavisk lovgivning.

loven § 1 andre ledd at noe som bare utgjør en kunstnerisk frembringelse, ikke kan anses som en patenterbar oppfinnelse.⁴⁹⁴ Her har lovgiver tatt sikte på å unngå overlapp mellom patent- og opphavsrett. På samme måte har lovgiver forsøkt å unngå overlapp mellom patent- og planteforedlerrett. Patent kan ikke meddeles på plantesorter, jf. patentloven § 1 fjerde ledd, og eieren av en plantesort må derfor som hovedregel nøye seg med beskyttelse etter planteforedlerloven. Videre har lovgiver gjort forsøk på å unngå direkte overlapp mellom designrett og patent, ved at design ikke kan oppnås for de trekkene ved et produkts utseende som bare er bestemt av teknisk funksjon, jf. designloven § 8 første ledd nr. 1.⁴⁹⁵ Ifølge EU-domstolen kommer dette unntaket til anvendelse der ingen andre hensyn enn oppnåelsen av en teknisk funksjon har spilt inn på valget av de aktuelle elementene, og selv om andre design kunne oppfylt den samme funksjonen.⁴⁹⁶ Domstolen fant støtte for denne tolkningen blant annet i behovet for å unngå overlapp mellom design- og patentrett.⁴⁹⁷

Overlappsproblematikken er ikke begrenset til tilfeller der to eller flere immaterialrettigheter beskytter det samme immaterielle objektet. Det kan også oppstå overlappsproblemer der to eller flere immaterialrettigheter beskytter ulike immaterielle objekter, men hvor verdien av en nærmere bestemt intellektuell ressurs avhenger av samtidig utnyttelse av alle disse rettsposisjonene. Dette kan kalles indirekte overlapp.

Indirekte overlapp kan for eksempel foreligge der en patentert oppfinnelse inngår som komponent i et produkt med en utforming som oppfyller vilkårene for å være et åndsverk beskyttet av opphavsrett. Dette produktet kan være markedsført under et navn som er beskyttet av varemerkerett, med tilhørende markedsføringsmaterieil (for eksempel emballasje, reklameplakater eller reklamefilmer) som igjen er beskyttet av opphavsrett. Selv om disse ulike rettighetene i utgangspunktet knytter seg til forskjellige immaterielle objekter, og i prinsippet kan utnyttes hver for seg, vil verdien av den underliggende økonomiske ressursen avhenge av at alle de ulike rettighetene inngår i det samme rettighetskomplekset og kan utnyttes samtidig.

Et eksempel på indirekte overlapp finnes i Rt. 2012 side 1062. Saken gjaldt den såkalte Tripp Trapp-stolen. Dette er en barnestol utformet som en trapp med justerbare sitte- og fotplater

⁴⁹⁴ Se også Rt. 1997 side 199 (på side 219).

⁴⁹⁵ Se for øvrig Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 51.

⁴⁹⁶ Se *Doceram* (avsnitt 31). Dommen gjaldt artikkel 8 nr. 1 i designforordningen som Norge ikke er tilsluttet, men en tilsvarende bestemmelse er inntatt i designdirektivet artikkel 7 nr. 1, som Norge har gjennomført ved designloven § 8 første ledd nr. 1. EU-domstolens praksis knyttet til designforordningen artikkel 8 nr. 1 er således relevant for tolkningen av designloven § 8 første ledd nr. 1.

⁴⁹⁷ Jf. *Doceram* (avsnitt 30).

festet i tverrgående spor.⁴⁹⁸ Stokke AS fikk i 1972 patent på festeanordningen for den valgfrie høydeplasseringen til sitte- og fotplatene.⁴⁹⁹ Etter at patentet utløp i 1992, begynte andre selskaper å produsere lignende stoler. Stokke AS mente de hadde opphavsrett til stolens karakteristiske utforming, og at de således kunne nekte eksemplarframstilling av stolen uavhengig av patentets bortfall. Høyesterett kom til at dette var tilfellet.⁵⁰⁰ Produktets ulike deler oppfylte vilkårene for beskyttelse både etter patentloven og åndsverkloven. Tripp Trapp-stolens karakteristiske form er for øvrig også registrert som tredimensjonalt varemerke, og dersom denne registreringen er gyldig, overlappes stolens patent- og opphavsrettsbeskyttelse også av en varemerkerett.⁵⁰¹ Det er trolig heller ikke noe i veien for at stolens utforming kunne blitt registrert som design, og således oppnådd designrett.

Det er ingen fast begrepsbruk knyttet til beskrivelsen av overlapp mellom immaterialrettigheter. I Lund-utredningen brukes overlappsbegrepet kun om de tilfeller der to ulike rettigheter beskytter det samme immaterielle objektet.⁵⁰² De tilfellene der utnyttelsen av en immaterialrettighet forutsetter utnyttelse av en annen immaterialrettighet, blir i Lund-utredningen ikke omtalt som overlapp, men som «kobling».⁵⁰³ Dersom det ikke foreligger noen rettslig binding mellom immaterialrettighetene, men flere rettigheter likevel er nødvendige for å produsere et bestemt produkt, beskriver Lund-utredningen dette som «sambruk».⁵⁰⁴ Av pedagogiske og fremstillingstekniske hensyn har jeg valgt å omtale koblings-tilfellene og sambrukstilfellene som indirekte overlapp, samt å bruke overlappsbegrepet som en samlebetegnelse som inkluderer både direkte og indirekte overlapp. Det er ikke alltid nødvendig å skille mellom det Lund-utredningen omtaler som «overlapp», «kobling» og «sam-

⁴⁹⁸ Se Rt. 2012 side 1062 (avsnitt 3).

⁴⁹⁹ Se Rt. 2012 side 1062 (avsnitt 4).

⁵⁰⁰ Se Rt. 2012 side 1062 (avsnitt 82). Dommen er kritisert, særlig for Høyesteretts bruk av EU-domstolens praksis knyttet til det opphavsrettslige originalitetskravet, jf. Ole-Andreas Rognstad, «Opphavsrett: Opphavsrett til brukskunst. Etterligning av TRIPP TRAPP-stolen, Varemerkerett - Rt-2012-1062» i *Nytt i privatretten*, 2012, nr. 3, side 20. Dommen er imidlertid like fullt en passende illustrasjon på indirekte overlapp mellom immaterialrettigheter.

⁵⁰¹ Det er ikke gitt at dette varemerket er gyldig. Registreringen er nok i strid med varemerkeloven § 2 andre ledd, som sier det ikke kan oppnås varemerkerett til «tegn som utelukkende består av en form som følger av varens art, er nødvendig for å oppnå et teknisk resultat eller tilfører varen en betydelig verdi», jf. EU-domstolens avgjørelse i *Hauck*. Mer om dette hos Inger Berg Ørstavik, «TRIPP-TRAPP stolen som tredimensjonalt varemerke» i *Nytt i privatretten*, 2015, nr. 1, side 16–17.

⁵⁰² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 50.

⁵⁰³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 50–51.

⁵⁰⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 51.

bruk», og etter min mening er det da mest hensiktsmessig å benytte en samlebetegnelse som utgangspunkt, og heller skille mellom ulike typer overlapp der dette er av betydning.⁵⁰⁵

Immaterialrettslig overlapp kan bidra til å gjøre det vanskelig å beregne verdien av en bestemt immaterialrettighet.⁵⁰⁶ Overlapp kan imidlertid også gi grunnlag for andre problemer knyttet til pantsettelse. Det kan tenkes ulike løsninger på disse problemene. Dette blir imidlertid temaet for kapittel 7. Poenget i denne sammenhengen er å få frem at rettighetsoverlapp er noe som bidrar til å skille immaterialrettighetene fra andre formuesgoder. En panthaver som vurderer å yte kreditt sikret med panterett i en immaterialrettighet, bør derfor alltid undersøke om den aktuelle rettsposisjonen inngår i et rettighetskompleks som den bør pantsettes sammen med. Dette kan være krevende, særlig for rettigheter som oppstår formløst og som pantsetter kan inneha uten å være klar over det.

2.4.2 Overlapp med rettigheter etter markedsføringsloven

Immaterialrettighetene overlapper ikke bare hverandre. De har også berøringsflater mot regler utenfor immaterialrettslovgivningen. Her er særlig reglene i markedsføringsloven sentrale. Markedsføringsloven er viktig å forstå for rettsanvendere som befatter seg med immaterialrettslige spørsmål, ettersom disse reglene kan gi grunnlag for en rettsbeskyttelse som til en viss grad dekker det samme behovet som de immaterielle rettighetene. Enkelte virksomheter velger å belage seg på hemmeligholdelse og beskyttelse etter markedsføringsloven, fremfor å etablere formelle immaterialrettsposisjoner. Når immaterialrettigheter tas i bruk på nye markedsområder, kan det derfor oppstå en risiko for at enkelte utnyttelsesformer krenker det vernet eksisterende markedsaktører har krav på etter markedsføringsloven.⁵⁰⁷

En beskyttelse som supplerer immaterialrettslovgivningen, kan for det første følge av general-klausulen i markedsføringsloven § 25:

«I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningskikk næringsdrivende imellom.»

Bestemmelsen kan i noen tilfeller gi en tilleggsbeskyttelse til immaterialrettighetene, selv om det må utvises varsomhet med å supplere immaterialrettslovgivningen med vern etter general-

⁵⁰⁵ Tilsvarende Sanna Wolk, *Arbetsstagares immaterialrätter*, 2. opplag, Stockholm 2008 side 186, men i motsetning til meg omtaler Wolk direkte overlapp som «dubbla och överstämmande skydd».

⁵⁰⁶ Se Iwan R. Davies, *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004 side 59.

⁵⁰⁷ Se Stojan Arnerstål, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019 side 23.

klausulen.⁵⁰⁸ Immaterialrettighetene har allerede konkurransebegrensende virkninger, og generalklausulen bør ikke praktiseres slik at den virker ytterligere hemmende på konkurransen.⁵⁰⁹ For det andre kan supplerende rettsbeskyttelse følge av markedsføringsloven § 30:

«I næringsvirksomhet er det forbudt å anvende etterlignede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling.»

Denne etterligningsbeskyttelsen kan overlape med flere ulike immaterialrettsposisjoner.⁵¹⁰ Bestemmelsen oppstiller et forbud mot «å anvende etterlignede kjennetegn» og «reklamemidler», og dette forbudet har vesentlige likhetstrekk med den beskyttelsen som kan oppnås gjennom varemerkeretten. Videre overlapper forbudet mot å anvende etterlignede «produkter» og «kataloger» i stor grad med den beskyttelsen som kan oppnås gjennom patentretten, opphavsretten eller databaseretten. I motsetning til patentretten, som tar sikte på å beskytte teknologi, har markedsføringsloven § 30 sitt praktiske virkeområde der utseendet til et produkt blir etterlignet.⁵¹¹ På denne måten har markedsføringsloven § 30 kanskje større likhetstrekk med designretten enn patentretten. Teknologi kan imidlertid være beskyttet av markedsføringsloven § 28. Bestemmelsen gjelder bedriftshemmeligheter, og har følgende ordlyd:

«Den som har fått kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte hemmeligheten i næringsvirksomhet.

Det samme gjelder den som har oppnådd kunnskap om eller rådighet over en bedriftshemmelighet gjennom noens brudd på taushetsplikt eller gjennom noens rettsstridige handling ellers.»

⁵⁰⁸ Jf. Rt. 1994 side 1584 (på side 1586–1587)

⁵⁰⁹ Jf. Rt. 1998 side 1315 (på side 1322–1323).

⁵¹⁰ Jf. Ot.prp. nr. 57 (1971 – 1972) side 27, med henvisning til NUT 1966: 2 side 36. Se for øvrig Monica Viken, «Etterligningsbeskyttelse etter markedsføringsloven når patenttiden er utløpt» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2007 side 254–268 (på side 256).

⁵¹¹ Se Espen Sandvik, «'Sum av viten' som rettslig vernet bedriftshemmelighet» i *Nordiskt Immateriellt Rättskydd*, 2018 side 88–108 (på side 104–105).

Begrepet «bedriftshemmelighet» er ikke legaldefinert, men i lys av lovforarbeidene blir begrepet gjerne forstått slik at det omfatter informasjon som er spesifikk for en bedrift, i den forstand at den ikke er kjent eller lett tilgjengelig for andre, som er av betydning for bedriften, og som bedriften har truffet visse tiltak for å holde hemmelig.⁵¹² Både bedriftshemmelighetsvernet og patentretten tar sikte på å ivareta flere av de samme hensynene.⁵¹³ Markedsføringsloven § 28 kan derfor både overlape med, og supplere, patentbeskyttelsen. Forretningshemmeligheter har i tillegg et strafferettslig vern etter straffeloven §§ 207 og 208. En lignende beskyttelse kan for øvrig også oppnås gjennom reglene i markedsføringsloven § 29:

«Den som er blitt betrodd tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller eller lignende tekniske hjelpemidler i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, må ikke rettsstridig utnytte dem i næringsvirksomhet.

Det samme gjelder den som har oppnådd rådighet over tekniske tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller og lignende tekniske hjelpemidler gjennom noens rettsstridige handling.»

Bestemmelsen dekker mange av de samme tilfellene som § 28. Markedsføringsloven § 29 beskytter imidlertid kunnskap som ikke behøver å kvalifisere som bedriftshemmelighet, men som i stedet må være av «teknisk» karakter, og som må være «betrodd».⁵¹⁴ Beskyttelsen rekker på noen punkter videre enn § 28.⁵¹⁵ Også denne beskyttelsen kan overlape med patentretten, men har i tillegg berøringsflater mot designretten og opphavsretten.

I 2016 kom EUs direktiv om forretningshemmeligheter. På bakgrunn av direktivet utarbeidet departementet et forslag til en ny lov om forretningshemmeligheter, som ble sendt på høring høsten 2018.⁵¹⁶ Denne loven skal erstatte de spredte bestemmelsene om beskyttelse av forretningshemmeligheter i henholdsvis markedsføringsloven §§ 28 og 29 og straffeloven §§

⁵¹² Jf. Harald Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010 side 52, med henvisning til Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) side 24, som igjen henviser til NUT 1966: 2 side 48. Hva som kan beskyttes som bedriftshemmeligheter er også drøftet hos Espen Sandvik, «'Sum av viten' som rettslig vernet bedriftshemmelighet» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2018 side 88–108.

⁵¹³ Jf. Ot.prp. nr. 57 (1971–1972) side 22–23. Forarbeidene gjelder den gamle markedsføringsloven § 7, men § 28 i den nye loven viderefører den gamle regelen, slik at forarbeidene knyttet til den gamle loven fortsatt er relevant, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) side 206–207.

⁵¹⁴ Jf. bestemmelsens første ledd. Se for øvrig Harald Irgens-Jensen, «Forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2006 side 568–582 (på side 570).

⁵¹⁵ Jf. Harald Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010 side 79.

⁵¹⁶ Se høringsnotat 18/6167.

207 og 208. Forslaget tar sikte på å styrke vernet av forretningshemmeligheter i norsk rett, men endrer ikke selve karakteren av beskyttelsen.⁵¹⁷ I rent formuerettslige sammenhenger vil en lovendring i tråd med forslaget antakelig ikke få særlig stor betydning. Høringsfristen gikk ut 15. februar 2019, men forslaget er fortsatt til behandling, og er ennå ikke lagt frem for Stortinget.

Som nevnt må det utvises forsiktighet med å supplere den immaterialrettslige lovgivningen med vern etter markedsføringsloven, jf. blant annet Rt. 1994 side 1584 (på side 1586–1587).⁵¹⁸ Ettersom immaterialrettighetene virker konkurransebegrensende, og således kan ha samfunnsmessig skadevirkninger, må omfanget av immaterialrettslig beskyttelse være nøye balansert. Markedsføringsloven mangler et system for samfunnsmessig balansering tilsvarende det som finnes i de ulike immaterialrettslovene.⁵¹⁹ Dersom markedsføringsloven i for stor grad anerkjennes som supplement til immaterialrettslovgivningen, kan det oppstå en fare for å etablere monopolsituasjoner uten tilstrekkelig rettspolitisk begrunnelse.⁵²⁰

I motsetning til immaterialrettslovgivningen etablerer ikke markedsføringsloven formelle enerettsposisjoner.⁵²¹ Den utnyttelsen av intellektuelle ressurser som markedsføringsloven forbyr, er langt løsere definert enn immaterialrettighetene.⁵²² Der immaterialretten legger opp til sammenligningsvurderinger for å avgjøre om en påstått inngriper har trådd inn på et område som er eksklusivt forbeholdt rettighetshaveren, legger markedsføringsloven i stedet opp til mer skjønsmessige vurderinger. På denne måten kan det kanskje sies at rettigheter

⁵¹⁷ Mer om innholdet i forslaget hos Harald Irgens-Jensen, «Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2018 side 516–538.

⁵¹⁸ Dommen gjaldt den gamle markedsføringsloven § 1, men § 25 i den nye loven viderefører den gamle regelen, slik at rettspraksis knyttet til den gamle loven fortsatt er relevant, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007–2008) side 206. Det er redegjort nærmere for dommen hos Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivende imellom*, Bergen 2001 side 218–224 og 227, med henvisning til ytterligere rettspraksis. Se for øvrig også Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 543 og 556–558. Generalklausulen i markedsføringsloven § 25 kan også supplere andre regler i markedsføringsloven om beskyttelse av næringsdrivendes interesser, men også her må det utvises en viss grad av forsiktighet, jf. Rt. 1995 side 1908 (på side 1918). Dommen er nærmere omtalt hos Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivende imellom*, Bergen 2001 side 220. Se for øvrig også Harald Irgens-Jensen, «Forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2006 side 568–582 (på side 571) og Monica Viken, «Etterligningsbeskyttelse etter markedsføringsloven når patenttiden er utløpt» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2007 side 254–268 (på side 256).

⁵¹⁹ Se Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 500).

⁵²⁰ Se Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 500).

⁵²¹ Se Christina Wainikka, «Sakrättsliga aspekter på företagshemligheter» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 245–260 (på side 246). Se for øvrig også Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013 side 278.

⁵²² Se Harald Irgens-Jensen, «Forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2006 side 568–582 (på side 569).

etter markedsføringsloven i større grad er situasjonsbetingede.⁵²³ Innehaveren av en bedriftshemmelighet får for eksempel ingen enerett til innholdet i den aktuelle hemmeligheten.⁵²⁴ Markedsføringsloven § 28 beskytter ham bare mot visse rettsstridige inngrepshandlinger.⁵²⁵ Det blir da vanskelig å gjøre disse rettighetene til gjenstand for omsetning og pantsettelse. Kanskje kan dette tale for at bedriftshemmeligheter og andre former for ubeskyttet informasjon ikke bør betraktes som formuesgoder i tingsrettslige sammenhenger. Lionel Bently har beskrevet dette slik:

«Precedent apart, four arguments are made against the suitability of confidential information as the subject of property: that information is not easily demarcated or defines, that confidentiality does not confer exclusivity, that confidential information can be easily disseminated and that it is frequently shared in ways that are difficult to describe in terms of ownership.»⁵²⁶

Dette betyr likevel ikke at bedriftshemmeligheter aldri kan omsettes. Omstendighetene kan gjøre det mulig å omsette bedriftshemmeligheter og andre former for informasjon, på tross av manglende immaterialrettsbeskyttelse.⁵²⁷ Den som innehar en bedriftshemmelighet, kan motta vederlag for å dele denne kunnskapen med en medkontrahent, og på denne måten kan medkontrahenten settes i stand til å gjøre noe han tidligere ikke var i stand til, for eksempel å produsere bestemte produkter. Samtidig forpliktes medkontrahenten gjerne til å holde kunnskapen hemmelig, og til ikke å anvende den til andre formål enn det som ble avtalt.⁵²⁸ Bedriftshemmeligheter kan på denne måten et stykke på vei behandles som formuesgoder.⁵²⁹

⁵²³ Slik for eksempel Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 59.

⁵²⁴ Se Christina Wainikka, «Sakrättsliga aspekter på företagshemligheter» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 245–260 (på side 246).

⁵²⁵ Om rettsstridsreservasjonen, se Rt. 1999 side 199 (på side 223).

⁵²⁶ Lionel Bently, «Trade secrets» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 60–93 (på side 80).

⁵²⁷ Dette forutsetter imidlertid at omsetning ikke er begrenset av særlige regler, for eksempel regler om beskyttelse av personopplysninger, jf. Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 565–566. Mer om personvern hos Jon Wessel Aas og Magnus Ødegaard, *Personvern*, Oslo 2018.

⁵²⁸ Se Harald Irgens-Jensen, «Forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2006 side 568–582 (på side 572).

⁵²⁹ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 54.

2.4.3 Nærmere om forholdet mellom immaterialrettighetene og ubeskyttet informasjon

Ubeskyttet informasjon med formuesverdi omtales i noen tilfeller som «knowhow».⁵³⁰ «Knowhow» kan omfatte bedriftshemmeligheter og annen betrodd informasjon, men kan også omfatte oppfinnelser som ikke lar seg patentere, eller nisjekunnskap som ikke finnes mange andre steder.⁵³¹ Begrepet har ikke noe fast innhold, og benyttes ulikt i forskjellige sammenhenger.⁵³² Et fellestrekk er imidlertid at det er tale om verdifull informasjon som ikke beskyttes av immaterialrettslovgivningen. Det at informasjon er ubeskyttet i henhold til immaterialrettslovgivningen, utelukker imidlertid ikke et visst vern etter markedsføringsloven §§ 25, 28, 29 og 30.

Det kan være viktige forbindelser mellom formelle immaterialrettigheter og ubeskyttet informasjon. Dette kan føre til enkelte problemer i forbindelse med pantsettelse. For eksempel er det ofte en nær tilknytning mellom et pantsatt patent og ikke-pantsatt «knowhow».⁵³³ I prinsippet skal den «knowhow» som behøves for å utnytte en patentert oppfinnelse fremgå av patentkravene, men dersom patentsøkeren har en «elegant penn», kan han i praksis utforme patentkravene strategisk, slik at de ikke avslører mer enn det absolutte minimum for å få meddelt patent med det omfanget søkeren ønsker. Eventuell tilleggskunnskap kan søkeren holde hemmelig, og således benytte som konkurransefortrinn selv etter at patentets gyldighetstid har utløpt. Birger Stuevold Lassen har beskrevet dette slik:

⁵³⁰ Se Harald Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010 side 177 og Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 504–505). For en grundig drøftelse av ulike definisjoner av «knowhow»-begrepet, se Mogens Plesner, «Know-how og erhvervshemmeligheder» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1965 side 6–41 (på side 6–18). Se for øvrig også Birger Stuevold Lassen, «Know-how – noen aktuelle rettsspørsmål» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1966 side 310–328 og Kai Krüger, «Transfer of technology in contracts for the delivery of objects to be produced», i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 349–366 (på side 363).

⁵³¹ Se til illustrasjon Rt. 1999 side 199 (på side 220), Rt. 1964 side 238 (på side 243) og LG-2004-10668. Se for øvrig også Mogens Koktvedgaard, *Immaterialrettspositioner*, København 1965 side 310–313 og Espen Sandvik, «'Sum av viten' som rettslig vernet bedriftshemmelighet» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2018 side 88–108 (på side 97), tilsvarende Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 507).

⁵³² En legaldefinisjon av «knowhow»-begrepet finnes i artikkel 1 forordning om teknologioverføringsavtaler (316/2014), som i norsk rett gjelder som forskrift, jf. forskrift om konkurransereglene i EØS-avtalen § 3, jf. konkurranseloven § 10 siste ledd. Denne legaldefinisjonen har imidlertid ingen rettslig betydning utenfor forordningens direkte virkeområde, som er anvendelsen av visse konkurranserettslige regler på såkalte teknologioverføringsavtaler. Mer om dette hos Harald Irgens-Jensen, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010 side 31, samt Christina Wainikka, «Sakrättsliga aspekter på företagshemligheter» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 245–260 (på side 252).

⁵³³ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52. Se også Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 506) og Stojan Arnerstål, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019 side 37.

«Det er ikke slik at patentsøkeren alltid legger alle kortene på bordet – i praksis hender det at han bare legger opp damen og fortier at han sitter med ess og konge også. Det han stiller til almenhetens disposisjon er en noenlunde brukbar løsning eller utførelsesform, men ikke den beste eller den nest beste. For dem må lisens-tageren betale ekstra, det er hemmelig eller halv-hemmelig know-how, som i slike tilfelle ofte kan være helt nødvendig for å gjøre hans produksjon konkurranse-dyktig.»⁵³⁴

På denne måten kan det være et behov for at også «knowhow» blir inkludert ved pantsettelsen av patenter. Det finnes imidlertid ingen uttrykkelig hjemmel for pantsettelse av «knowhow» og andre former for ubeskyttet informasjon i norsk rett. Hvorvidt slik informasjon likevel kan bli omfattet av en pantsettelse, drøftes nærmere i punkt 5.3.6. En forutsetning for pantsettelse, er imidlertid at den aktuelle informasjonen i prinsippet kan omsettes. Hva som særpreger ubeskyttet informasjon i omsetningssammenhenger, blir temaet i det følgende.

Ved omsetning av «knowhow» og andre former for ubeskyttet informasjon er det ikke ene-rettsposisjoner som omsettes som sådan, slik det er ved overdragelse og lisensiering av immaterialrettigheter.⁵³⁵ Bedriftshemmeligheter er for eksempel nødt til å holdes hemmelige for å være beskyttet. Omsetning forutsetter derfor foranstaltninger av faktisk karakter for å sikre at hemmeligholdelse opprettholdes.⁵³⁶ Kanskje er det mer naturlig å beskrive overdragelser av ubeskyttet informasjon som rent personlige ytelsesplikter, fremfor overdragelser av formuesgoder. Det er viktige forskjeller mellom disse avtaletypene med hensyn til muligheten til å kreve oppfyllelse. Erververen av et formuesgode kan kreve dom for naturaloppfyllelse dersom overdrageren misligholder sin plikt til å overføre formuesgodet til ham. Dette gjelder også ved overdragelse av immaterialrettigheter. Tilsvarende muligheter finnes ikke uten videre for den som i henhold til avtale har krav på å motta ubeskyttet informasjon.⁵³⁷ Hvis ikke den aktuelle informasjonen er forankret i et fysisk medium, kan domstolene bare fastslå at det foreligger en plikt til naturaloppfyllelse, men kan ikke tvinge debitor til å oppfylle på annen måte enn ved å utmåle kompensasjon for et eventuelt tap som

⁵³⁴ Birger Stuevold Lassen, «Know-how – noen aktuelle rettsspørsmål» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1966 side 310–328 (på side 312).

⁵³⁵ Se Stojan Arnerstål, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019 side 37.

⁵³⁶ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 54.

⁵³⁷ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 558.

følger av kontraktsbruddet.⁵³⁸ På denne måten gjøres erververen avhengig av at overdrageren faktisk presterer noe. Hvis overdrageren nekter, er det vanskelig å tvinge frem en prestasjon.⁵³⁹ En konsekvens av dette er at det blir vanskelig å etablere rettsvern for overdragelser av «knowhow» og andre former for ubeskyttet informasjon. For at det skal være mulig å oppnå rettsvern, må en ytelse på en eller annen måte eksistere uavhengig av debtors vilje.⁵⁴⁰ Dette er ikke uten videre tilfellet for informasjon som bare beskyttes av markedsføringsloven, og ikke av immaterialrettslovgivningen. De særskilte problemene dette kan medføre i pantsettelsessituasjoner, kommer jeg nærmere inn på i punkt 5.3.6.

2.5 IMMATERIALRETTIGHETENES INTERNASJONALE KARAKTER

Selv om immaterialrettslovgivningen ikke inneholder bestemmelser om geografisk virkeområde, er rettighetene territorielt avgrenset.⁵⁴¹ Norsk lovgiver kan ikke etablere enerettigheter i andre land.⁵⁴² For eksempel kan norsk patentrett i utgangspunktet bare gjøres gjeldene overfor inngrep som skjer på norsk territorium, jf. Rt. 1933 side 529 (på side 533). Denne begrensningen av immaterialrettighetenes geografiske virkeområde omtales gjerne som territorialprinsippet.⁵⁴³ For immaterialrettigheter som oppstår gjennom søknad og registrering, er det forholdsvis selvsagt at norske registermyndigheter ikke kan fatte vedtak som binder opp handlefriheten til utenlandske rettssubjekter på utenlandsk territorium.⁵⁴⁴ Det gjelder imidlertid et territorialprinsipp også for uregistrerte immaterialrettigheter, slik som opphavsrett.⁵⁴⁵

Det har vært en viss uenighet om de konkrete rettsvirkningene av dette territorialprinsippet. Uenighetene har særlig knyttet seg til norske domstolers kompetanse ved inngrep begått i ut-

⁵³⁸ Jf. Alf Petter Høgberg, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 100–110 (på side 108).

⁵³⁹ Se Birger Stuevold Lassen, «Know-how – noen aktuelle rettsspørsmål» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1966 side 310–328 (på side 323).

⁵⁴⁰ Jf. Alf Petter Høgberg, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 100–110 (på side 108).

⁵⁴¹ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 166 og 311. Se også Torsten Bjørn Larsen, «Trademark infringements on the Internet in a jurisdictional perspective» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2007 side 28–45 (på side 28).

⁵⁴² Se Birger Stuevold Lassen, «Norske domstolers kompetanse ved opphavsrettsinngrep utenfor norsk territorium» i Åke Frändberg og Ulf Göranson (red.), *Festskrift till Stig Strömholm II*, Uppsala 1997 side 585–592 (på side 585).

⁵⁴³ Se for eksempel Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 282 og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 415.

⁵⁴⁴ For patenter fremkommer dette av artikkel 4*bis* i Pariskonvensjonen.

⁵⁴⁵ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 166–167.

landet, men jeg går ikke nærmere inn på denne diskusjonen her.⁵⁴⁶ I noen tilfeller kan nok norske domstoler være kompetente til å dømme i saker om krenkelses i utlandet, men da ikke nødvendigvis etter norsk rett.⁵⁴⁷ Hvilket lands rett som kommer til anvendelse, reguleres av lovvalgsregler, som er noe annet enn vernetingsregler. Lovvalgsreglene som gjelder for spørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter, kommer jeg tilbake til i punkt 3.8.

Immaterialrettighetenes objekter kan i prinsippet brukes og utnyttes samtidig i alle land.⁵⁴⁸ De praktiske utnyttelsesmulighetene er ikke underlagt noe territorialprinsipp eller begrenset av jurisdiksjongrensener.⁵⁴⁹ Fri flyt av informasjon er blitt betydelig forenklet etter utviklingen av moderne internetteknologi.⁵⁵⁰ Informasjon kan enkelt deles på tvers av landegrensener, uhindret av tollmurer, grensekontroller og fysiske avstander. Store mengder ny informasjon går globalt i løpet av få sekunder. Dette er ikke nødvendigvis problematisk så lenge en rettighetshaver bare driver virksomhet på én stats territorium, men blir raskt mer komplisert ved grenseoverskridende virksomhet.⁵⁵¹

Ved grenseoverskridende virksomhet blir effektiv immaterialrettsbeskyttelse ofte avhengig av at den samme rettigheten registreres i flere ulike land. En rettighetshaver kan ha like mange selvstendige patenter på den samme oppfinnelsen som det finnes land han har ønsket å oppnå beskyttelse i.⁵⁵² Gjennom registrering i flere land, er det mulig å oppnå en mer eller mindre helhetlig internasjonal rettighetsportefølje. Dette har gjort internasjonalt samarbeid særdeles viktig på immaterialrettens område.⁵⁵³ Både patentloven, varemerkeloven og designloven inneholder konvensjonsbaserte systemer for registrering av rettigheter i flere land, hvilket har bidratt til å forenkle prosessen med å få registrert internasjonale rettighetsporteføljer.⁵⁵⁴

⁵⁴⁶ For en nærmere drøftelse, se Birger Stuevold Lassen, «Norske domstolers kompetanse ved opphavsrettsinngrep utenfor norsk territorium» i Åke Frändberg og Ulf Göranson (red.), *Festskrift till Stig Strömholm II*, Uppsala 1997 side 585–592 (på side 586–592), med ytterligere henvisninger.

⁵⁴⁷ Se Birger Stuevold Lassen, «Norske domstolers kompetanse ved opphavsrettsinngrep utenfor norsk territorium» i Åke Frändberg og Ulf Göranson (red.), *Festskrift till Stig Strömholm II*, Uppsala 1997 side 585–592 (på side 590). For opphavsrettens kan artikkel 5 andre ledd i Bernkonvensjonen muligens gi uttrykk for en slik regel, jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 429.

⁵⁴⁸ Se Birger Stuevold Lassen, «Opphavsretten mot tusenårsskiftet – Hvor står vi, hvor går vi hen – hvem bestemmer?» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1997 side 454–467 (på side 454).

⁵⁴⁹ Se Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 11.

⁵⁵⁰ Se Stig Strömholm, *Upphovsrätt och internationell privaträtt*, Stockholm 2001 side 22.

⁵⁵¹ Se Torsten Björn Larsen, «Trademark infringements on the internet in a jurisdictional perspective» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2007 side 28–45 (på side 28).

⁵⁵² Se Berndt Godenhjelm, «Internationellt privaträttsliga frågor inom patenträtten» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1956 side 53–71 (på side 53).

⁵⁵³ Se Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 163. Se for øvrig punkt 1.3 ovenfor.

⁵⁵⁴ Se patentloven kapittel 3 og 10a, varemerkeloven kapittel 10 og designloven kapittel 10.

Tilsvarende systemer er ikke etablert for registrering av panterettigheter. I all hovedsak har det vært lite internasjonal harmonisering på panterettens område. Det å pantsette en internasjonal rettighetsportefølje i sin helhet, kan således være en omfattende og komplisert prosess. Økt kompleksitet fører igjen til økte transaksjonskostnader. Dette kan gjøre lån sikret med panterett i immaterialrettigheter mer utilgjengelige enn lån sikret med panterett i fysiske formuesgoder.

3 PANTERETTSLIGE RAMMER

3.1 INNLEDNING

Pantsettelse av immaterialrettigheter kan være en krevende øvelse. Det stilles store krav blant annet til verdivurdering av panteobjekt, realisasjonsmåte, rettigheter og plikter i sikringsperioden og partenes oppfølging.⁵⁵⁵ Behovet for individuelle tilpasninger i panteavtalene kan være større ved pantsettelse av immaterialrettigheter enn ved pantsettelse av andre formuesgoder. Avtalefriheten knyttet til pantsettelse er imidlertid begrenset. Hvilke begrensninger partene i en panteavtale må holde seg innenfor, blir temaet for dette kapitlet.

Først om fremst knytter begrensningene seg til adgangen til å stifte gyldig panterett og etablere rettsvern. En panterett er for øvrig uten verdi dersom den ikke kan realiseres. Reglene om realisasjon av pantsatte immaterialrettigheter utgjør dermed også en viktig del av rammeverket for en pantsettelse, og behandles derfor i punkt 3.7. I utgangspunktet inneholder tvangsfullbyrdsloven regler for realisasjon, men på grunn av immaterialrettigheters særegenheter, kan partene være interesserte i å gjøre forhåndsavtaler om spesielle ordninger som avviker fra tvangsfullbyrdsloven. Hvilke grenser slike avtaler må holde seg innenfor, er temaet for punkt 3.7.3.

Norske panterettslige regler kommer bare til anvendelse dersom norsk rett utpekes til å regulere et panterettslig spørsmål. Hvorvidt norsk rett kommer til anvendelse, beror på lovvalgsreglene. Ettersom immaterialrettighetene i stor grad har internasjonal karakter, kan lovvalgsreglene få stor betydning. Disse reglene utgjør et viktig element i rammeverket for pantsettelser, og blir derfor behandlet i punkt 3.8.

Avtalefriheten knyttet til pantsettelse er i tillegg begrenset av andre regler som det ikke er naturlig å drøfte i en panterettslig avhandling. Som alle andre avtaler er panteavtaler underlagt ugyldighets- og sensurreglene i avtaleloven.⁵⁵⁶ Dersom pantsetter er et aksjeselskap, allmennaksjeselskap, ansvarlig selskap eller kommandittselskap, er pantsettelsesadgangen

⁵⁵⁵ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som creditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 91 og Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 46.

⁵⁵⁶ For en innføring i disse reglene, se for eksempel Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 side 139–275.

også begrenset i den relevante selskapslovgivningen.⁵⁵⁷ Videre inneholder finansavtaleloven krav knyttet til inngåelse av avtaler om realkausjon.⁵⁵⁸ Jeg går ikke nærmere inn på disse reglene her.

3.2 PANTELOVENS SEMIDEKLARATORISKE KARAKTER

3.2.1 Omgåelse gjennom *pro forma*-klassifisering

Partene står fritt til formelt å klassifisere en avtale slik de selv ønsker. En panteavtale behøver ikke definere seg selv som en panteavtale. Ettersom panteavtaler er en avtalestype underlagt særlige begrensninger, kan det være fristende for partene å klassifisere avtalen som noe annet enn en panteavtale *pro forma*, som et forsøk på å omgå disse begrensningene. Panterettslige begrensninger kan imidlertid ikke omgås ved å kalle et sikringsarrangement for noe annet enn en panterett. Ettersom panteloven § 1-1 første ledd definerer en panterett som «en særrett til å søke dekning for et krav (pantekravet) i ett eller flere bestemte formuesgoder (pantet)», vil loven ikke bare komme til anvendelse på avtaler som uttrykkelig etablerer panterettigheter, men også på enhver annen avtale som i realiteten etablerer en slik særrett som panteloven § 1-1 beskriver. Regelverket kan ikke omgås *pro forma*.⁵⁵⁹ Rettsvirkningene av en disposisjon må avgjøres ut fra disposisjonens reelle innhold.⁵⁶⁰

I noen rettssystemer, for eksempel i Sverige, godtas såkalte sikringsoverdragelser som et alternativ til pantsettelse.⁵⁶¹ Dette er avtaler som utad fremstår som alminnelige overdragelser, men som innad i forholdet mellom partene skal tjene som sikkerhet for en fordring erververen har mot avhenderen.⁵⁶² Slike løsninger kunne kanskje vært praktiske når registrerte immaterialrettigheter skal benyttes som sikringsobjekter. Overdragelsen kunne i så fall ha blitt gjort som en ren formalitet i det aktuelle registeret, uten at overdrageren nødvendigvis blir fratatt retten til å utnytte objektet for den aktuelle rettsposisjonen.

⁵⁵⁷ For aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper, se aksjeloven eller allmennaksjeloven §§ 8-7, 8-10 og 9-5 (og §§ 3-8 og 8-6 dersom det er tale om kausjon fra datterselskap for morselskapets gjeld), for ansvarlige selskaper og kommandittselskaper, se selskapsloven §§ 3-1 femte ledd, 3-5 andre ledd og 3-17,

⁵⁵⁸ Se finansavtaleloven § 61, jf. §§ 59 og 60, som i henhold til § 57 også gjelder realkausjon.

⁵⁵⁹ Jf. NUT 1970: 2 på side 41, samt Rt. 2008 side 1170.

⁵⁶⁰ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 68.

⁵⁶¹ Jf. Annina H. Persson, «Om pantsättning av patent och varumärke» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 68–102 (på side 83), med ytterligere henvisninger. Se også Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 366.

⁵⁶² Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 40, hvor det gis flere eksempler på avtaleforhold som må karakteriseres som slike sikringsoverdrageleser.

Sikringsoverdragelse er imidlertid en ordning som i norsk rett må følge reglene i panteloven. Såfremt formålet er kredittsikring, må en overdragelse anses som «en særrett til å søke dekning for et krav», selv om formuesgodet formelt sett er overdratt og ikke pantsatt. For sikringsoverdragelser av enkle pengekrav, fremgår dette uttrykkelig av panteloven § 4-9, men både rettspraksis og juridisk litteratur gir støtte for at dette må gjelde tilsvarende for andre formuesgoder.⁵⁶³ Domstolene skjærer i slike tilfeller gjennom den ytre formen, og lar de økonomiske realitetene være avgjørende. Dette gjelder ikke bare sikringsoverdragelser som sådan, men også alle andre arrangementer som i realiteten utgjør panterettigheter.

Et eksempel på slik gjennomskjæring finnes i Rt. 2008 side 1170 (avsnitt 54). Her kom Høyesterett til at en kjøpsrett kombinert med en motregningsrett hadde så vesentlige likhetstrekk med en panterett at arrangementet ikke bare måtte oppfylle pantelovens lovkrav, men også måtte oppfylle en nærmere bestemt rettsvernsakt for ikke å bli omstøtt etter dekningslovens regler om omstøtelse av ekstraordinære betalinger. Denne typen gjennomskjæring omtales gjerne som en funksjonell tilnærming til kredittsikringsarrangementer.⁵⁶⁴ Det er en slik funksjonell tilnærming som er anbefalt av UNCITRAL.⁵⁶⁵ Ethvert arrangement der funksjonen er å etablere en særrett til å søke dekning for et krav i et formuesgode, bør ifølge UNCITRAL være underlagt de samme rettsreglene uavhengig av hva arrangementet formelt kalles. UCC artikkel 9 legger opp til tilsvarende løsninger.⁵⁶⁶

Forarbeidene til reglene om særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter kan bidra til en viss forvirring om disse spørsmålene. Det finnes uttalelser her som ikke er helt forenelige med den funksjonelle tilnærming:

⁵⁶³ Jf. Rt. 2008 side 1170 og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 40. Det kan imidlertid virke som om Gunner Eriksen ser noe annerledes på dette når han sier det «kan stilles spørsmål om hvorvidt det er tjenlig å opprettholde kravet til lovhjemmel, når det kan omgås gjennom ved å lage avtaler og andre arrangementer om sikkerhetsstillelse», jf. Gunnar Eriksen, «Omsettelighet som vilkår for gyldig pant» i Jon Petter Rui (red.), *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009 side 115–128 (på side 118). Jeg er ikke enig i at det foreligger en slik omgåelsesadgang som artikkelen antyder, jf. Rt. 2008 side 1170.

⁵⁶⁴ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 262.

⁵⁶⁵ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 23 og UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 23 og side 36–37.

⁵⁶⁶ Jf. UCC § 9-109 (a) (1). Se også «Task Force Introductory Report and Background Considerations: Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 849–882 (punkt 3.2) og Steven O. Weise, «Personal property secured transactions» i *Business Lawyer*, 2011, vol. 66 nr. 4, side 1165–1185 (på side 1165).

«Overdragelse av immaterialrettigheter i sikringsøyemed kan tenkes som et alternativ til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter. Dette vil imidlertid etter omstendighetene fremstå som en omgåelse av de begrensninger i pantsettelsesadgangen som følger av lovgivningen. Det er derfor knyttet usikkerhet til om slike avtaler vil stå seg i alle sammenhenger. Det vil derfor være nødvendig med en særskilt lovhjemmel dersom omsetningslivet med sikkerhet skal kunne basere seg på overdragelse av immaterialrettigheter i sikringsøyemed.»⁵⁶⁷

Her virker det som om muligheten holdes åpen for at sikringsoverdragelser av immaterialrettigheter kan være et alternativ til en lovfestet adgang til særskilt pantsettelse. Etter mitt syn er det rimelig klart at dette ikke kan være noe gyldig alternativ. De hensynene pantelovens regler skal ivareta, gjør seg gjeldende ved sikringsoverdragelser i samme grad som ved pantsettelse. En sikringsoverdragelse er klart nok omfattet av panterettsdefinisjonen i panteloven § 1-1 første ledd. Dette innebærer at dersom sikringsoverdragelser skal kunne stå seg, må de kravene som gjelder for pantsettelse, være oppfylt.⁵⁶⁸ Det kan riktignok være betydelige praktiske vanskeligheter knyttet til det å avgjøre hvorvidt en overdragelse er ment som et sikringsarrangement eller ikke, men dersom det kan påvises at formålet med overdragelsen er å tjene som sikkerhet for kreditt, må ordningen følge pantelovens regler. Overdragelse av immaterialrettigheter i sikringsøyemed er dermed kun et gyldig alternativ til særskilt pantsettelse dersom det finnes hjemmel for særskilt pantsettelse av slike rettigheter. Dersom slik hjemmel foreligger, er det imidlertid ikke lenger noe behov for å benytte sikringsoverdragelser.

Sikringsoverdragelser er en anerkjent ordning for enkle pengekrav, jf. panteloven §§ 4-9 og 4-10 første ledd. Dette skyldes at praksis før vedtakelsen av disse reglene var å avtale sikringsoverdragelser, ettersom håndpantregelen var til hinder for regulær pantsettelse.⁵⁶⁹ Lovens alternativ om sikringsoverdragelse av enkle pengekrav har imidlertid ingen selvstendig betydning nå som det finnes pantsetteshjemmel i tillegg. De to alternativene behandles på samme måte.⁵⁷⁰ Alternativene er også likestilt i loven. En domstol vil antakelig ikke anerkjenne sikringsoverdragelser av immaterialrettigheter på samme måte som lovgiver anerkjente sikringsoverdragelser av enkle pengekrav ved vedtakelsen av panteloven.

⁵⁶⁷ Prop. 101 L (2013–2014) side 8.

⁵⁶⁸ Dette samsvarer med de synspunkt Sivillovbokutvalget la til grunn i NUT 1970: 2 side 46.

⁵⁶⁹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 479–480.

⁵⁷⁰ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 480.

3.2.2 Adgangen til å fravike reglene i panteloven

Behovet for individuelle tilpasninger ved pantssettelse av immaterialrettigheter kan gjøre det ønskelig å fravike enkelte bestemmelser i panteloven. Reglene i panteloven er i utgangspunktet deklarasjonelle, det vil si at de viker for avtale. Dette fremgår av panteloven § 1-2 første ledd:

«Reglene i denne lov kan fravikes ved avtale med mindre annet er bestemt eller fremgår av sammenhengen.»

Her oppstilles det samtidig to unntak fra hovedregelen om fravikelighet, som utgjør vesentlige skår i dette utgangspunktet. Reglene i panteloven kan for det første ikke fravikes dersom «annet er bestemt», jf. panteloven § 1-2 første ledd. Dette unntaket sikter til de tilfellene der en lovbestemmelse gir uttrykk for at den er ufravikelig. Det er få bestemmelser i panteloven som uttrykkelig sier de ikke kan fravikes. I stedet er det en rekke bestemmelser der det uttrykkelig er presisert at det er adgang til å avtale noe annet.⁵⁷¹ Dette kan virke litt snudd på hodet. Dersom utgangspunktet faktisk var fravikelighet, burde heller unntakene vært presisert, det vil si hvilke regler som ikke kan fravikes. I stedet inneholder panteloven nesten ingen slike presiseringer, men derimot en rekke overflødige presiseringer av fravikelighet, som allerede var utgangspunktet etter panteloven § 1-2 første ledd. Rent lovteknisk kan det virke som om det egentlig presumeres ufravikelighet.

Adgangen til å fravike loven kan i tillegg være begrenset dersom det «fremgår av sammenhengen», jf. panteloven § 1-2 første ledd. Som eksempel på et slikt tilfelle, nevner forarbeidene at partene i en panteavtale ikke kan avtale andre og mer vidtgående rettsvernsvirkninger enn det som følger av loven.⁵⁷² Det fremgår også av sammenhengen at omfanget av et tingsinnbegrepspant er ufravikelig.⁵⁷³ For tingsinnbegrepspantene kan det ikke inngås panteavtaler med et videre omfang enn det loven uttrykkelig gir hjemmel til. Opplistingen av formuesgoder som inngår i tingsinnbegrepspantene er uttømmende, og avtaler om at panteretten skal omfatte formuesgoder som ikke inngår i opplistingen, vil ikke oppfylle pantelovens lovkrav, jf. panteloven § 1-2 andre ledd.⁵⁷⁴ Unntakene fra det formelle utgangspunktet om fravikelighet, er så vidtgående at den reelle hovedregelen nærmest blir

⁵⁷¹ Se for eksempel panteloven § 1-5 første ledd, § 1-7 første ledd og tredje ledd annet punktum, § 1-10 første ledd, § 1-11 første og tredje ledd, § 1-12 første ledd og § 1-13.

⁵⁷² Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 11. Mer om rettsvern i kapittel 6.

⁵⁷³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 74.

⁵⁷⁴ Se for øvrig punkt 5.6.4 nedenfor.

ufravikelighet. Det kan dermed ikke oppstilles noen sterk presumsjon om fravikelighet for bestemmelser i panteloven som ikke sier noe annet.⁵⁷⁵

I enkelte tilfeller kan det være vanskelig å avgjøre om en regel i panteloven er fravikelig eller ikke. Slik jeg ser det, må det avgjørende for hvorvidt det «fremgår av sammenhengen» om en lovbestemmelse i panteloven er ufravikelig eller ikke, være hvem en eventuell fravikelighet vil være til skade for. Dersom en lovbestemmelse fravikes, og dette kun skjer til skade for panthaver, er det ikke knyttet særlige betenkeligheter til det å fravike loven. Panthaver har selv mulighet til å ivareta sine egne interesser ved avtaleinngåelsen, og dersom panthaver godtar å gi avkall på sine rettigheter etter panteloven, må dette være noe som ligger innenfor panthavers personlige autonomi. Det er således ingenting i veien for at en panthaver godtar at pantsetters rett til å avhende pantsatt driftstilbehør ikke skal være begrenset til disposisjoner som er «i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet», slik som i utgangspunktet er påkrevd etter panteloven § 3-7 første ledd.

Pantsetter vil ha en tilsvarende mulighet til å ivareta sine egne interesser ved avtaleinngåelsen, og det er da i utgangspunktet heller ingenting i veien for at pantsetter får adgang til å gi avkall på sine rettigheter etter panteloven. Dette er imidlertid ikke like uproblematisk. Lovbestemmelser i panteloven som isolert sett kan synes å ta sikte på å beskytte pantsetter, har som regel et videre siktemål ved at de også skal beskytte pantsetters usikrede kreditorer. Denne gruppen vil ikke være involvert i avtaleinngåelsen, og har ingen mulighet til å ivareta sine interesser. Det kan ikke være rimelig at pantsetter og panthaver gjennom avtale skal kunne skjære bort de usikrede kreditorenes lovfestede beskyttelse. Regler i panteloven som beskytter usikrede kreditorer, har også en side mot hensynet til at det i tilfellet konkurs skal finnes penger i boet til en forsvarlig bobehandling. Dette gjør det ytterligere betenkelig med en adgang til å fravike slike bestemmelser. Der en regel i panteloven er gitt av hensyn til pantsetters usikrede kreditorer, må det være klart nok at det «fremgår av sammenhengen» at bestemmelsen ikke kan fravikes. Det samme kan sies om regler som tar sikte på å beskytte godtroende tredjeparter, slik som rettsvernsreglene.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Tilsvarende Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 71.

⁵⁷⁶ Det følger i tillegg av UNCITRALs anbefalinger at selv om pantsetter og panthaver bør ha en vid adgang til selv å bestemme innholdet i en panteavtale uten innblanding av preseptoriske regler, vil det være nødvendig med enkelte preseptoriske regler som beskytter tredjepersoner, jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 25.

3.3 SPESIALITETSPRINSIPPET

Det panterettslige spesialitetsprinsippet innebærer at pantsettelse ikke kan skje uten at panteobjektet og pantekravet er tilstrekkelig spesifisert. Spesialitetsprinsippet inneholder to krav om spesifisering: Ett krav om spesifisering av panteobjekt, og ett krav om spesifisering av pantekrav.⁵⁷⁷ Det panterettslige spesialitetsprinsippet ble for første gang innført i Norge gjennom panteloven av 1857, og tok sikte på å rydde opp i en panterett som hadde havnet i et slags uføre.⁵⁷⁸ Frem mot 1857 var det vanlig med generalpant, samt løsørepanter som oppnådde rettsvern helt uten notoritet eller publisitet. Pantsettelser kunne holdes hemmelige, uten at dette fikk betydning for rettsvernet. Forholdene lå til rette for bedragerske ordninger mellom panthaver og pantsetter. Lovreformen i 1857 skulle ordne opp i disse forholdene, blant annet gjennom et krav om spesifisering av panteobjekt og pantekrav. Dette spesialitetsprinsippet ble videreført i panteloven av 1980.⁵⁷⁹

I dagens pantelovgivning kommer kravet om spesifisering av pantekravet til uttrykk i panteloven § 1-4 første ledd første punktum:

«En panterett får bare rettsvern når det er fastsatt et bestemt beløp eller et høyeste beløp for pantekravet, hvis ikke annet følger av denne lov.»⁵⁸⁰

Ifølge annet ledd skal beløpet være angitt i «norske penger eller i utenlandske penger som til vanlig har børskurs i Norge». Kravet om spesifisering av pantekravet er en rettsvernsregel.⁵⁸¹ Gyldig panterett kan stiftes uten at kravet er oppfylt. Om pantekravet spesifiseres i etterkant av en pantsettelse, kan panteretten tidligst oppnå rettsvern på dette tidspunktet. Det oppstår da en risiko for at panteretten blir omstøtt i en etterfølgende konkurs, da dette kan bli ansett som pant for eldre gjeld, jf. dekningsloven § 5-7 første ledd bokstav b.

Spesifisering kan enten skje ved å fastsette et bestemt beløp for pantekravet, eller ved å spesifisere et maksbeløp. I praksis er det som oftest maksbeløp som benyttes. Beløpet behøver ikke samsvare med det underliggende forholdet. Dette er en viktig løsning i kredittlivet,

⁵⁷⁷ Se NUT 1970: 2 side 30. Se også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 268.

⁵⁷⁸ Se Carl Jacob Arnholm, *Panteretten*, 3. utgave, Oslo 1962 side 67.

⁵⁷⁹ Se NUT 1970: 2 side 47 og Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 22.

⁵⁸⁰ For flere typer panteobjekter er det gjort unntak fra dette kravet, for eksempel for håndpant, jf. panteloven § 3-2 tredje ledd andre punktum, panterett i enkle pengekrav, jf. panteloven § 4-5 første ledd andre punktum, og uregistrerte aksjer, jf. panteloven § 4-2a andre ledd andre punktum. Det er ikke gjort tilsvarende unntak for immaterielle rettigheter.

⁵⁸¹ Jf. NUT 1970:2 side 48.

ettersom panterettigheter for krav uten en fastsatt sum i mange tilfeller har en viktig funksjon, blant annet for kassakreditter.⁵⁸²

Et viktig hensyn bak spesialitetsprinsippet, er å tilrettelegge for såkalt sekundærpantsettelse, det vil si panterett på etterstående prioritet.⁵⁸³ Den som skal ha panterett på lavere prioritet, må ha en viss anelse om hvor mye han står tilbake for dersom han skal kunne vurdere om den sikkerheten som tilbys, er tilfredsstillende.⁵⁸⁴ Videre vil kravet om spesifisering av pantekravet bidra til å motvirke kreditorsvik. Ved at pantekravet spesifiseres, gis det mulighet til å føre en viss kontroll med at eventuell overskytende verdi av pantet ikke forbeholdes til dekning av andre usikrede krav som pantøver måtte ha mot pantsetter.⁵⁸⁵

Som nevnt inneholder spesialitetsprinsippet ikke bare et krav om spesifisering av pantekravet, men også et krav om spesifisering av panteobjektet. Dette fremgår imidlertid ikke av noen generell lovbestemmelse. Ifølge forarbeidene er dette gjort med hensikt:

«Krav til individualisering av pantet er mest praktisk ved underpant på grunnlag av avtale. Etter departementets opplegg vil dette si: ved avtalepant i fast eiendom, registrerbart løsøre, driftløsøre/varelager og enkle pengekrav, samt ved salgspant. Spørsmålet om å lovfeste krav til individualisering i dette kapittel av loven, må vurderes *både* på bakgrunn av hvor generell bestemmelsen skal være og om kravet skal oppstilles som et gyldighetsvilkår eller bare som et vilkår for rettsvernet. Departementet tar ikke opp noe forslag om å lovfeste generelle krav til individualisering av pantet. Man anser det tilstrekkelig å kreve en viss individualisering som vilkår for at underpant skal få rettsvern.»⁵⁸⁶

Selv om kravet ikke er lovfestet, fremgår det forutsetningsvis av pantelovens definisjon av panterettsbegrepet, at panteobjektet må spesifiseres. Ifølge panteloven § 1-1 første ledd er panteretten en særrett til å søke dekning i ett eller flere «bestemte» formuesgoder. Et visst spesifikasjonskrav kan nok innfortolkes her, selv om det er vanskelig å bygge noen rettsvirkninger på denne bestemmelsen med hensyn til spesifisering. Spesialitetsprinsippet ivaretas imidlertid gjennom lovkravet i panteloven § 1-2 andre ledd, samt gjennom rettsverns-

⁵⁸² Se NUT 1970: 2 side 33.

⁵⁸³ Se Carl Jacob Arnholm, *Panteretten*, 3. utgave, Oslo 1962 side 68–69.

⁵⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 21. Helt sikker kan imidlertid en etterstående pantøver ikke være, ettersom panteloven § 1-5 gir legalpant for enkelte tilleggskrav uten hensyn til pantekravet.

⁵⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 21. Se også HR-2017-1297 (avsnitt 32).

⁵⁸⁶ Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 78–79 (kursiv i original). Kritisert hos Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 59.

reglene.⁵⁸⁷ Når det kreves lovhjemmel for pantsettelse, vil loven gi en beskrivelse av det aktuelle panteobjektet, og gjennom rettsvernsreglene må det aktuelle panteobjektet individualiseres slik at det ikke kan forveksles med lignende formuesgoder i pantsetters formuesmasse.

Kravet om spesifisering av panteobjektet skal bidra til å motvirke ineffektive og uheldige pantsettelser.⁵⁸⁸ En pantsettelse burde konsentrere seg om det som i den konkrete situasjonen faktisk virker kredittskapende.⁵⁸⁹ Panteretten bør begrenses til det konkrete formuesgodet det reises kreditt på. Denne delen av spesialitetsprinsippet har også en side mot prioritetsreglene, samt notoritets- og publisitetshensyn.⁵⁹⁰ Etersom kolliderende rettsstiftelser ordnes i en prioritetsrekkefølge med utgangspunkt i stiftelsestidspunktet, må det kreves at rettsstiftelsene er notoriske for at ikke en rettighetshaver skal kunne gjøre krav på bedre prioritet enn han egentlig skal ha. Prioritetsspørsmålet relaterer seg imidlertid bare til kolliderende rettsstiftelser i samme formuesgode, og det er derfor nødvendig at panterettigheter spesifiserer hvilket formuesgode de knytter seg til, for at det skal være mulig å ordne dem i en prioritetsrekkefølge. For at potensielle panthavere skal kunne forutberegne sin rettsstilling med hensyn til prioritetsprinsippet, er det også nødvendig med publisitet knyttet til eksisterende rettsstiftelser. Slik publisitet må nødvendigvis også relateres til konkrete panteobjekter.⁵⁹¹ Uten et spesialitetsprinsipp kunne pantsetter ha trukket alle sine eiendeler inn under en og samme panterett, og dette ville representert et brudd med grunnleggende prioritetsprinsipper, herunder notoritets- og publisitetshensyn.⁵⁹² Jeg kommer tilbake til prioritetsprinsippet i kapittel 6.

En særlig del av kravet om spesifisering av panteobjekt, er lovfestet i panteloven § 1-3 første ledd, som sier panterett ikke «rettsgyldig» kan «heftes under ett på alt det noen eier eller kommer til å eie». Dette omtales gjerne som et forbud mot generalpant.⁵⁹³ Dersom en panterett strider mot panteloven § 1-3 første ledd, mangler den ikke bare rettsvern, men er også ugyldig mellom partene. Forbudet mot generalpant er imidlertid et stykke på vei myket opp ved å lovfeste enkelte tingsinnbegrepspant, herunder driftstilbehørspantet, som omfatter

⁵⁸⁷ Se punkt 3.4 nedenfor, samt kapittel 6 nedenfor.

⁵⁸⁸ Se NUT 1970: 2 side 31.

⁵⁸⁹ Se NUT 1970: 2 side 31.

⁵⁹⁰ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 557.

⁵⁹¹ Mer om notoritet og publisitet i punkt 6.4 nedenfor.

⁵⁹² Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 557.

⁵⁹³ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 21.

immaterialrettigheter. Tingsinnbegrepspantene kan også omfatte ting som pantsetter ennå ikke har ervervet på pantsettelsestidspunktet. Ifølge UNCITRAL er dette viktig «because businesses may not always have available existing assets to secure credit».⁵⁹⁴ UNCITRAL har fremhevet et behov for å «enable a grantor to create security rights not only in its existing assets but also in its future assets (that is, assets that come into existence or are acquired by the grantor after the security agreement is entered into), without requiring the grantor or secured creditor to sign any additional documents or to take any additional action at the time such assets are acquired or created».⁵⁹⁵ De norske ordningene med tingsinnbegrepspant bidrar langt på vei til at disse hensynene ivaretas.

3.4 LOVKRAVET

Lovkravet i panteretten kommer til uttrykk i panteloven § 1-2 andre ledd, som sier «rettsgyldig» avtalepant bare kan stiftes «hvor dette er hjemlet i denne lov eller i annen lovbestemmelse». Her begrenses pantsettelsesadgangen til de formuesgodene loven gir hjemmel til å pantsette. Partene i en panteavtale kan selvsagt ikke avtale seg bort fra disse begrensningene. Lovkravet innebærer derfor en vesentlig innsnevring av partenes avtalefrihet. I realiteten gjøres panteloven nærmest preseptorisk, ettersom det gjerne er som en følge av lovkravet at det «fremgår av sammenhengen» at reglene i panteloven ikke kan fravikes.

Lovkravet bygger på flere ulike hensyn, for det første hensynet til den såkalte personal-kreditten, det vil si usikret kreditt. Dersom pantsettelsesadgangen blir for vid, vil det ikke lenger finnes ubeheftede formuesgoder som kan realiseres for å gi usikrede kreditorer dekning. Ifølge Falkanger-utvalget er det viktig at forholdene legges til rette for at det også ytes usikret kreditt:

«Personalkreditten er en praktisk og smidig kredittform. Den er mindre formalisert og mindre tidkrevende å etablere enn realkreditten. Dessuten forutsetter den en mer selektiv vurdering av låntageren. Tapspotensialet som følge av dårlig kredittvurdering kan ikke begrenses som ved pantsikkerhet. En innskrenkning i realkreditten vil tvinge finansinstitusjonene til å foreta en bredere og grundigere

⁵⁹⁴ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 23 (avsnitt 63).

⁵⁹⁵ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 33 (avsnitt 8).

vurdering av debtors konsept, ledelse og markedsutsikt. Kapitalen vil da i større grad kanaliseres mot livskraftig virksomhet.»⁵⁹⁶

Lovkravet skal for det andre ivareta hensynet til forsvarlig bobehandling. Dersom konkursdebitor har pantsatt alle sine aktiva, vil det ikke være midler igjen til bobehandling. Dette vil igjen føre til at boet ikke kan foreta en ordentlig gjennomgang av debtors disposisjoner. På denne måten begrenses boets mulighet til å reise omstøtelsessøksmål.⁵⁹⁷ Dermed begrenses også boets mulighet til faktisk å omstøte eventuelle transaksjoner som har bidratt til å tømme boet for midler rett før konkursåpningen.⁵⁹⁸ En vid pantsettelsesadgang kan på denne måten føre til at omstøtelsesreglene mister sin gjenopprettende funksjon. Det er for øvrig også en viss preventiv funksjon i omstøtelsesreglene, ettersom en omstøtelsesrisiko kan motvirke at det blir foretatt disposisjoner som rammes av omstøtelsesreglene, nettopp fordi partene regner med at disposisjonen vil bli omstøtt.⁵⁹⁹ Dersom det ikke lenger er noen reell risiko for omstøtelse, fordi det ikke finnes midler til å reise omstøtelsessøksmål, vil reglene miste denne preventive virkningen. Panterettens lovkrav er således viktig for å tilrettelegge for forsvarlig bobehandling. Problemene knyttet til manglende midler til bobehandling avhjelpest imidlertid også av andre regler, særlig reglene i panteloven § 6-4 første ledd, som blant annet gir boet legalpant for boomkostninger «i ethvert formuesgode beheftet med pant som tilhører skyldneren på konkursåpningstidspunktet og som kan være gjenstand for utlegg eller konkursbeslag».

Lovkravet bidrar i tillegg til å ivareta hensynet til notoritet og publisitet, ved at pantsettelsesadgangen begrenses til formuesgoder der det finnes tilfredsstillende ordninger for etablering av rettsvern. Jeg kommer nærmere tilbake til rettsvernsspørsmål i kapittel 6.

Virkningen av at det avtales panterett i strid med lovkravet, er at avtalen blir ugyldig mellom partene, jf. ordlyden «rettsgyldig» i panteloven § 1-2 andre ledd. Slik ugyldighet kan ikke repareres ved å etablere rettsvern. I utgangspunktet rammer ugyldigheten hele panteretten, hvilket innebærer at panteretten faller bort i sin helhet, og at den underliggende fordringen blir usikret, såfremt det ikke finnes en annen panterett som sikrer samme fordring. Ved ulovlig utvidelse eller innsnevring av omfanget av et tingsinnbegrepspant, gjelder dette imidlertid

⁵⁹⁶ Se NOU 1993: 16 side 136.

⁵⁹⁷ Se NOU 1993: 16 side 135, hvor det også nevnes at det i mange tilfeller der søksmål ikke blir reist spekuleres det i om dette skyldes at boet mangler ressurser til å føre en rettsak.

⁵⁹⁸ Se Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 side 286.

⁵⁹⁹ Se Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 side 286.

ikke absolutt. Dersom det foreligger opplysninger som gir grunnlag for å anta at panteavtalen ville vært inngått i tråd med panteloven dersom partene var kjent med lovens regler, er det antatt at ugyldigheten bare rammer den ulovlige utvidelsen eller begrensningen av panteobjektet, mens panteretten som sådan står seg.⁶⁰⁰

3.5 FULLSTENDIGHETSKRAVET

En panterett må i utgangspunktet omfatte et formuesgode fullt ut. Ideelle deler av et formuesgode kan som hovedregel ikke pantsettes særskilt. Dette fremgår forutsetningsvis av panteloven § 1-3 tredje ledd:

«Panterett i en ideell del kan bare stiftes når panteretten omfatter all rett vedkommende eier har til formuesgodet.»

Pantsettelse av en ideell del er bare aktuelt dersom panteobjektet ligger i sameie.⁶⁰¹ I slike tilfeller kan den ene eieren pantsette sin sameieandel. Panteretten må imidlertid omfatte hele pantsetters rett.⁶⁰² Dette gjelder også tilfeller der pantsetter bare har en begrenset bruksrett til panteobjektet, for eksempel lisens til en immaterialrettighet. Pantsettelsen må omfatte lisensen i sin helhet. En panterett kan ikke begrenses til deler av en lisens, og kan heller ikke omfatte mer enn pantsetters rett. For driftstilbehørspantet fremgår dette uttrykkelig av panteloven § 3-4 tredje ledd.

Fullstendighetskravet gjelder generelt. Det omfatter alle panteobjekter, også immaterialrettigheter. Begrunnelsen for fullstendighetskravet er ifølge forarbeidene «at det vil kunne oppstå store, nesten uløselige problemer ved fordeling av kjøpesummen ved tvangssalg dersom det også er stiftet pant i hele formuesgodet eller i overlappende deler».⁶⁰³ Videre fremheves det i forarbeidene at «pant i en ideell del kan være vanskelig å få realisert til en pris som svarer til den forholdsmessige andel av hele formuesgodets verdi».⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 281.

⁶⁰¹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 83.

⁶⁰² Se for øvrig Rt. 1991 side 352, der Høyesteretts kjæremålsutvalg la til grunn at lagmannsretten med rette hadde kommet til at en panthaver hadde ekstingvert en ektefelles sameieinnsigelser i en fast eiendom gjennom den andre (hjemmelshavende) ektefelles pantsettelse.

⁶⁰³ Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) side 334.

⁶⁰⁴ Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) side 334.

Ifølge de samme forarbeidene skal bestemmelsen forstås som en «ufravikelig ugyldighetsregel». ⁶⁰⁵ Selv om dette er klare uttalelser, må nok bestemmelsen anvendes med en viss fleksibilitet, for å unngå urimelige resultater. I tilfeller der en panteavtale ubevisst er inngått i strid med panteloven § 1-3 tredje ledd, kan avtalen kanskje tolkes slik at den har det omfanget den skulle hatt for å være lovlig, såfremt det kan antas at partene ville inngått en slik avtale dersom de var kjent med lovens ordning. ⁶⁰⁶ Dette kan sies å være i tråd med alminnelige prinsipper for tolking og utfylling av avtaler. ⁶⁰⁷

Pantsettelse av en immaterialrettighet kan ikke avgrenses kvalitativt. Med «kvalitativ avgrensning» menes at pantsettelsen avgrenses til å gjelde visse former for utnyttelse av den pantsatte immaterialrettigheten. For eksempel kan et opphavsrettsbeskyttet manuskript danne grunnlag for både en bokutgivelse, et filmverk og et teaterstykke. ⁶⁰⁸ En overdragelse av denne opphavsretten vil gjerne begrenses kvalitativt til kun en av de tre utnyttelsesformene. Selv om kvalitative avgrensninger er forholdsvis vanlig ved alminnelig overdragelse og lisensiering av immaterielle rettighetene, kan tilsvarende avgrensninger ikke gjøres ved pantsettelse, jf. panteloven § 1-3 tredje ledd.

3.6 OMSETTELIGHETSVILKÅRET

3.6.1 Generelt

Det gjelder et alminnelig omsettelighetsvilkår i panteretten. Dette vilkåret gjelder også ved pantsettelse av immaterielle rettigheter, enten det tale om en særskilt panterett, eller et drifts-tilbehørspant. Omsettelighetsvilkåret er i panteloven § 1-3 andre ledd formulert slik:

«Når en rett ikke kan avhendes, eller bare kan avhendes på visse vilkår, gjelder samme begrensning med hensyn til adgangen til å pantsette retten.»

Omsetningsbegrensninger får på denne måten tilsvarende virkning som pantsettelsesbegrensninger. ⁶⁰⁹ Dette er naturlig, ettersom en pantsettelse innebærer en mulig fremtidig overdragelse. Partene i en panteavtale kan ikke avtale seg bort fra slike begrensninger.

⁶⁰⁵ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) side 335. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 83.

⁶⁰⁶ Lignende oppfatning hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 84.

⁶⁰⁷ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 84.

⁶⁰⁸ Se Birgit Liin, *Misligholdelse af immaterialretsaftaler*, København 2009 side 26.

⁶⁰⁹ Dette er i tråd med anbefalingene i UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 42.

Omsetningsbegrensninger kan ha ulike grunnlag. For det første kan de bygge på avtale mellom pantsetter og pantsetters hjemmelsmann, det vil si den personen pantsetter utleder sin rett til panteobjektet fra. Dette vil kun være aktuelt ved derivativt ervervede immaterialrettigheter. Dersom pantsetter er den som har skapt den aktuelle immaterialrettsposisjonen, foreligger det et såkalt originært erverv.⁶¹⁰ Her er det ingen hjemmelsmann som kan ha betinget seg omsetningsbegrensninger.

Situasjonen er annerledes når en immaterialrettighet er blitt ervervet derivativt. Ved derivative erverv finnes det en opprinnelig hjemmelsmann som har overført sin rett til pantsetter.⁶¹¹ Avtalen som ligger til grunn for overdragelsen, kan inneholde begrensninger i adgangen til videreoverdragelse. Disse begrensningene vil også få betydning for pantsettelsesadgangen.

Eventuelle særlige omsetningsbegrensninger som følger av avtale mellom pantsetter og hans hjemmelsmann, kan vanskelig beskrives generelt. Det samme gjelder omsetningsbegrensninger som følger av avtale mellom eventuelle sameiere. Immaterialrettigheter oppstår ofte i sameie, og i slike tilfeller kan sameierne avtale omsetningsbegrensninger knyttet til sameieandelene. I tillegg kommer innløsningsreglene i sameieloven til anvendelse ved overdragelse av sameieandel i en immaterialrettighet.⁶¹² Sameie i immaterialrettigheter gir grunnlag for noen egne problemstillinger, men dette er spørsmål jeg ikke drøfter nærmere.⁶¹³ Sameieandeler er generelt dårlige dekningsobjekter.⁶¹⁴

Immaterialrettigheter er i utgangspunktet overførbare. Dette er lovfestet for opphavsrett, varemerkerett, kretsmønsterrett og for sekundære forretningskjennetegn.⁶¹⁵ Det er imidlertid ikke nødvendig å lovfeste overdragelighet for at omsetning skal være aktuelt. Patentloven inneholder for eksempel ingen bestemmelser som uttrykkelig sier at patenter kan overdras. At formuesgoder i utgangspunktet fritt kan overføres, følger imidlertid allerede av alminnelige

⁶¹⁰ Om originære erverv generelt, se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 57.

⁶¹¹ Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 60.

⁶¹² Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 13. Ved anvendelse av sameielovens regler på opphavsrettigheter og nærstående rettigheter, kan imidlertid ikke reglene i sameieloven anvendes i større utstrekning enn det som passer, jf. Birger Stuevold Lassen, «Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige naboretter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1983 side 324–428 (særlig side 383–426).

⁶¹³ For en drøftelse av enkelte slike spørsmål, se Birger Stuevold Lassen, «Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige naboretter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1983 side 324–428. Se for øvrig også Johannes Hygen Meyer, «Sameie i oppfinnelser etter norsk rett» i *Nordisk Immaterialt Rättskydd*, 2013 side 152–179.

⁶¹⁴ Se Kåre Lilleholt, «Utlegg i burettslagsandel» i *Lov og Rett*, 1996 side 59–64 (på side 62).

⁶¹⁵ Jf. henholdsvis åndsverkloven § 67 første ledd, varemerkeloven § 53 første ledd, kretsmønsterloven § 4 første ledd første punktum og foretaksnavneloven § 4-3 første ledd.

formuerettslige prinsipper.⁶¹⁶ Det er unntakene som krever hjemmel. Hvilke lovfestede omsetningsbegrensninger som gjelder for immaterialrettighetene, blir temaet i det følgende.

3.6.2 Lovfestede omsetningsbegrensninger for immaterialrettigheter

Omsetningsbegrensninger kan følge av særlige lovbestemmelser. Blant immaterialrettighetene er opphavsretten den rettsposisjonen der lovgivningen i størst grad begrenser omsetteligheten. Som jeg kommer tilbake til i punkt 5.3.4.2, er det bare adgang til å pantsette «ervert» opphavsrett, jf. panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. En pantsetter som har ervert en opphavsrett fra en tidligere rettighetshaver, har i utgangspunktet ikke rett til å overdra opphavsretten videre. Dette fremgår av åndsverkloven § 68 andre ledd:

«Retten kan heller ikke overdras videre uten samtykke med mindre den går inn i en forretning eller forretningsavdeling og overdras sammen med denne. Overdrageren har fortsatt ansvaret for at avtalen med opphaveren blir oppfylt.»

Bestemmelsen får tilsvarende anvendelse på utøvende kunstners rett til å råde over sin fremføring, jf. åndsverkloven § 16 siste ledd, samt på rett til fotografiske bilder, jf. åndsverkloven § 23 fjerde ledd. Forarbeidene har i første omgang begrunnet disse begrensningene med at avtaler om overdragelse av opphavsrettigheter som oftest er «gjensidig bebyrdende».⁶¹⁷ I slike tilfeller er adgangen til videreoverdragelse allerede begrenset av den alminnelige regelen om at ingen, uten kreditors samtykke, kan sette en annen i sitt sted for en forpliktelse.⁶¹⁸ En slik regel fremgår blant annet av Rt. 2008 side 969 (avsnitt 27–28).⁶¹⁹ Stort sett kan nok dette være en fullgod begrunnelse for et forbud mot videreoverdragelse, men antakelig ikke alltid. Ikke alle avtaler om overdragelse av opphavsrettigheter kan anses som gjensidig bebyrdende. For opphavsrettigheter skapt i oppdragsforhold vil det nok ofte være slik at det ikke lenger foreligger noe gjensidig bebyrdende forhold etter at oppdraget er ferdigstilt og honorar er utbetalt. At oppdragsgiver her skal være avskåret fra å overdra opphavsrettighetene videre,

⁶¹⁶ Jf. kommissionens *Udkast til lov om patenter med begrundelse og bilag*, 1904 side 50, behandlet i Ot.prp. nr. 6 (1908) side 24. Se også Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 430.

⁶¹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69. Uttalelsene gjelder bestemmelsen i den tidligere lovens § 26 andre ledd, som i 1995 ble flyttet til § 39b andre ledd, men som i ny åndsverklov ble plassert i § 68 andre ledd. Den nye § 68 andre ledd viderefører tidligere § 39b andre ledd uten realitetsendringer, jf. Prop 104 L (2016–2017) side 334. Tidligere § 39b andre ledd videreførte på samme måte den gamle § 26 andre ledd, jf. Ot.prp. nr. 15 (1994–1995) side 157. Uttalelsene er således fortsatt relevante som begrunnelse for dagens bestemmelse i åndsverkloven § 68 andre ledd.

⁶¹⁸ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69.

⁶¹⁹ Jf. for øvrig prinsippet i panteloven § 2-7 første ledd. Se også Trygve Bergsåker, *Pengekravsrett*, 3. utgave, Oslo 2015 side 121.

synes ikke å kunne begrunnes i den alminnelige regelen om at forpliktelse ikke kan overføres.

Den begrensede omsetteligheten av ervervede opphavsrettigheter har imidlertid også sammenheng med den originale opphaverens ideelle interesser.⁶²⁰ Dette ble fremhevet i åndsverklovens forarbeider, som sier forholdet mellom en opphaver og den som skal utnytte hans verk, ofte vil være basert på gjensidig tillit mellom partene, som gjerne forutsettes et preg av personlig kjennskap og sympati.⁶²¹ Der hvor slike hensyn gjør seg gjeldende i kontraktretten, er det ifølge forarbeidene vanlig at overføring av rettigheter etter en avtale ikke kan finne sted uten medkontrahentens samtykke.⁶²² Dette er tilfellet for enkelte verkstyper av sterkt personlig art, slik som for eksempel kunstverk og litterære verker, men slike hensyn gjør seg i mindre grad gjeldende for andre verkstyper. Særlig for rent kommersielle og industrielle verkstyper, synes de hensynene som begrunner forbudet mot videreoverdragelse, ikke å gjøre seg gjeldende.⁶²³ Likevel gjør ikke loven unntak for disse verkstypene. Forbudet kommer i utgangspunktet til anvendelse, men kanskje kan det da være grunn til å stille mindre strenge krav til de omstendighetene som må foreligge for at det skal kunne sies å ha blitt avgitt et samtykke til videreoverdragelse.⁶²⁴ Forarbeidene til åndsverkloven har presisert at samtykke kan gis stilltiende, og i visse situasjoner også kan anses som underforstått.⁶²⁵ Et samtykke til videreoverdragelse behøver således ikke å være eksplisitt.⁶²⁶

Nødvendig samtykke kan gis i forbindelse med den første overdragelsen.⁶²⁷ For rent kommersielle og industrielle verkstyper kan det være naturlig å innfortolke et samtykke til videreoverdragelse i den første overdragelsesavtalen. Den som erverver opphavsrettigheter som han potensielt ønsker å overdra videre, bør imidlertid sørge for å skaffe uttrykkelig

⁶²⁰ Jf. punkt 2.2.2.4 ovenfor. Se også Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 561–562).

⁶²¹ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69.

⁶²² Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69.

⁶²³ Se Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 136).

⁶²⁴ Jf. Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 136), Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 561–562).

⁶²⁵ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69 og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 370.

⁶²⁶ Se Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 135–136) med ytterligere henvisninger, samt Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 561).

⁶²⁷ Se Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 135–136).

samtykke til videreoverdragelse fremfor å belage seg på implisitte forutsetninger. For eksempel kan en samtykkeklausul inntas i arbeids- eller oppdragsavtaler som gir grunnlag for frembringelse og første gangs overdragelse av opphavsrettigheter. I så fall er det ikke nødvendig å innhente nytt samtykke i forbindelse med eventuelle videreoverdragelser.

Dersom åndsverkloven § 68 andre ledd tolkes streng etter sin ordlyd, omfatter den videreoverdragelse av opphavsrett ervervet fra enhver avhender, både original opphaver og tidligere omsetningsserververe. Slik kan bestemmelsen imidlertid ikke tolkes. Det er alminnelig antatt at forbudet mot videreoverdragelser ikke kommer til anvendelse på erverv fra en tidligere omsetningsserverver, såfremt denne ervervet opphavsretten med den originale opphaverens samtykke til videreoverdragelse.⁶²⁸ Dersom original opphaver har samtykket til videreoverdragelse ved første gangs avhendelse, vekkes ikke forbudet i åndsverkloven § 68 andre ledd til live igjen i senere omsetningsledd.⁶²⁹

Det er uklart om åndsverkloven § 68 andre ledd kommer til anvendelse på opphavsrett pantsetter har arvet. Etter ordlyden kommer forbudet mot videreoverdragelse også til anvendelse ved arv. Regelen bygger imidlertid på hensyn som ikke nødvendigvis gjør seg gjeldende i slike tilfeller. En arving har ingen forpliktelser overfor arvelater, såfremt ikke arvelater i testament har oppstilt vilkår for arven. Det eksisterer da ikke noe gjensidig bebyrdende forhold å ta hensyn til. Videre vil opphaverens arvinger som oftest være blant hans aller nærmeste, og således være i stand til å ta de nødvendige sympatiske hensyn ved eventuelle videreoverdragelser.

Dersom åndsverkloven § 68 andre ledd skal komme til anvendelse på arvede opphavsrettigheter, kan dette hindre arvingene i å utnytte det aktuelle åndsverket. Utnyttelse er som oftest avhengig av at noen av opphavsrettens beføyelser videreoverdras, i hvert fall i form av lisensutstedelse. Et forlag må kunne fremstille eksemplarer av litterære verk, og en radiokanal må kunne tilgjengeliggjøre musikkverk for allmennheten. Den som arver en opphavsrett vil således være avhengig av i det minste å gi lisenser til utnyttelse av opphavsretten. I slike tilfeller må nok et samtykke til lisensiering normalt anses som underforstått når opphavsretten

⁶²⁸ Jf. Birger Stuevold Lassen, «Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige naboretter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1983 side 324–428 (på side 377).

⁶²⁹ Dersom den som har ervervet en opphavsrett uten omsetningsbegrensninger ønsker å betinge seg omsetningsbegrensninger ved senere avhendelse, må dette gjøres uttrykkelig ved avtale. Det er imidlertid ikke noe problem (rettslig sett) å avtale tilsvarende omsetningsbegrensninger som åndsverkloven § 68 andre ledd ved senere avhendelse.

går over ved arv, og hensynene bak forbudet mot videreoverdragelse ikke gjør seg gjeldende. En pantsetter som har arvet en opphavsrett, må således kunne pantsette opphavsretten uhindret av åndsverkloven § 68 andre ledd.

For de øvrige immaterialrettighetene er det ikke knyttet omsetningsbegrensninger til rettsposisjonene som sådan. Dersom rettighetene er fullstendig overdratt, er adgangen til videreoverdragelse i utgangspunktet ubegrenset. For lisenser til enkelte immaterialrettigheter gjelder det derimot omsetningsbegrensninger. Patentloven § 43 sier for eksempel at lisens i patent ikke kan overdras med mindre annet er avtalt. Dersom den aktuelle lisensavtalen ikke gir lisenstaker rett til videreoverdragelse, må det innhentes samtykke fra lisensgiver for at lisensen skal kunne overføres. Det samme gjelder for lisens til designrett, varemerkerett og rett til sekundært forretningskjennetegn, jf. henholdsvis designloven § 53 første ledd annet punktum, varemerkeloven § 54 første ledd annet punktum og foretaksnavneloven § 4-3 tredje ledd annet punktum. For opphavsrettigheter følger tilsvarende begrensninger av den allerede nevnte bestemmelsen i åndsverkloven § 68 andre ledd. Lisenser til planteforedlerrett, kretsmønsterrett, produsentrett og databaserett er på den annen side ikke underlagt tilsvarende lovfestede omsetningsbegrensninger.

Ifølge Lund-utredningen er det naturlig å anvende patentloven § 43 analogisk på planteforedlerrettigheter.⁶³⁰ Analogien blir begrunnet med at «de samme hensyn gjør seg gjeldende», uten at det blir vist til noen konkrete hensyn. I første omgang kan grunnlaget for analogi virke svakt. Den fellesnordiske utredningen som lå til grunn for patentloven, begrunnet patentloven § 43 med at det normalt finnes et tillitsforhold mellom partene, og at rettighetshaveren kan ha behov for å kontrollere bruken av lisensen.⁶³¹ Partene i en lisensavtale står imidlertid fritt til å innta omsetningsbegrensninger i avtalen dersom det er behov for kontroll. Det er derfor ikke noe behov for uklare analogibaserte regler for å ivareta de hensynene utredningen fremhever.

På den annen side har patentloven § 43, på samme måte som åndsverkloven § 68 andre ledd, sammenheng med den alminnelige regelen om at forpliktelser ikke kan overføres uten kreditors samtykke. Lisenstaker befinner seg normalt i debitorposisjon overfor

⁶³⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 14.

⁶³¹ Se NU 1963: 6 side 286.

rettighetshaver, og kan ikke overdra sine forpliktelser uten dennes samtykke.⁶³² Det er da naturlig at overdragelse av lisenstakers rettigheter begrenses på samme måte. Av den grunn må nok patentloven § 43 anvendes analogisk på planteforedlerrettigheter. Trolig kan heller ikke lisenser til kretsmønsterrett, produsentrett og databaserett overdras uten rettighetshavers samtykke.

3.6.3 Bortfall av omsetningsbegrensninger på pantsettelses- eller realisasjonstidspunktet

De nevnte omsetningsbegrensningene kan unngås ved at pantsetters hjemmelsmann samtykker til pantsettelsen. Her kan det bli spørsmål om slikt samtykke må foreligge allerede på pantsettelsestidspunktet, eller om det er tilstrekkelig at det innhentes i forbindelse med realisasjon. To lagmannsrettsdommer legger ulike tolkningsalternativer til grunn.⁶³³ Ettersom underrettspraksis ikke har rettsnormerende kraft i seg selv, går jeg ikke nærmere inn på disse dommene. I den juridiske litteraturen er det for øvrig også delte oppfatninger.⁶³⁴

For å besvare spørsmålet må det tas utgangspunkt i ordlyden i omsettelighetsvilkåret. Pante-loven § 1-3 andre ledd sier omsetningsbegrensninger gjelder tilsvarende «med hensyn til adgangen til å pantsette retten». Ordlyden «å pantsette» refererer til stiftelsestidspunktet. Dette taler for at dersom et formuesgode skal pantsettes, og samtykke kreves for å omsette det aktuelle formuesgodet, må slikt samtykke være innhentet på pantsettelsestidspunktet for at pantsettelsen skal være gyldig. Om nødvendig samtykke først foreligger på et senere tidspunkt, anses ikke panteretten som stiftet før på dette tidspunktet. Det er først når samtykke foreligger, at pantsettelsesvilkårene er oppfylt. Jens Edvin A. Skoghøy har argumentert for en slik tolkning av omsettelighetsvilkåret:

«Denne tolkningen støttes av reelle hensyn. Hvis spørsmålet om det vil bli gitt samtykke til et eierskifte, ikke trenger avklares før ved en eventuell fremtidig tvangsrealisasjon, vil verdien av panteretten være usikker, og avtalepantet vil så-

⁶³² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 431.

⁶³³ I RG 1994 side 142 (Eidsivating) ble det lagt til grunn at det samtykket som var påkrevd for overdragelse kun var nødvendig å innhente i forbindelse med realisasjon, mens i RG 1997 side 1269 (Borgarting) ble det lagt til grunn at samtykket måtte være tilstede på pantsettelsestidspunktet. Gunnar Eriksen argumenterer for at standpunktet i den første dommen er feil, og at standpunktet i den siste dommen må være riktig, jf. Gunnar Eriksen, «Omsettelighet som vilkår for gyldig pant» i Jon Petter Rui (red.), *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009 side 115–128 (på side 121).

⁶³⁴ Førstnevnte tolkningsalternativ er lagt til grunn hos blant andre Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 80–81), mens sistnevnte tolkningsalternativ er lagt til grunn hos Kåre Lilleholt, «Utlegg i burettslagsandel» i *Lov og Rett*, 1996 side 59–64 (på side 63–64), med henvisning til blant annet RG 1994 side 142 (Eidsivating).

ledes neppe i nevneverdig grad ha virket kredittskapende. Det er panterettens kredittskapende effekt som er den hovedsakelige rettspolitiske begrunnelsen for adgangen til å etablere avtalepant. Når det er gitt samtykke til pantsettelse, har man fått signal fra den samtykkende instans om at den ikke vil stille seg avvisende til et mulig eierskifte, og verdien av panteretten vil da være en helt annen enn om man ikke har fått noe slikt signal.»⁶³⁵

Jeg kan langt på vei tiltre denne argumentasjonen med hensyn til særskilte pantsettelse.⁶³⁶ Uoverdragelige immaterialrettigheter vil være usikre panteobjekter, og kan representere falsk trygghet for en panthaver. Dette bør unngås så langt det lar seg gjøre.⁶³⁷

Det er imidlertid andre forfattere som har hatt andre synspunkter. Kåre Lilleholt har i forbindelse med en drøftelse av pantsettelse av borettslagsandeler argumentert for at det må være tilstrekkelig å innhente samtykke på realisasjonstidspunktet:

«Godkjenningsspørsmålet oppstår først ved tvangssalet. Godkjenningsspørsmålet har inga meining ved pantsetjinga. Ei eventuell nekting av godkjenning må som hovudregel ha ein grunn i ervervarens forhold. Kven ervervaren er, veit ein ikkje før ved tvangssalet. Noko grunnlag for å nekte godkjenning av *panthavaren* kan knapt tenkjast. Det er heller inga løysing at burettslaget ved pantsetjinga skal gje førehandsgodkjenning in blanco av kjøparen ved tvangssal; da kunne ein risikere å få inn notoriske bråkmakarar eller betalingsvegrarar som laget kanskje rett før hadde greidd å kvitte seg med.»⁶³⁸

Her må det tas hensyn til at drøftelsen gjelder borettslagsgodkjenning av nye andelseiere, og at slik godkjenning ikke kan nektes uten saklig grunn, jf. borettslagsloven § 4-5 første ledd. Ved pantsettelse av immaterialrettigheter vil det derimot være pantsetters hjemmelsmann som eventuelt må samtykke. Nektelse av slikt samtykke kan i utgangspunktet gis uavhengig av om nektelsesgrunnen er saklig eller ikke. Det er derfor ikke uten videre grunnlag for å anvende Lilleholts argumentasjon på spørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter.⁶³⁹

⁶³⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 81.

⁶³⁶ Tilsvarende langt på vei også Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 622), likevel med visse reservasjoner på side 623.

⁶³⁷ Jf. punkt 1.4 ovenfor.

⁶³⁸ Kåre Lilleholt, «Utlegg i burettslagsandel» i *Lov og Rett*, 1996 side 59–64 (på side 64).

⁶³⁹ Tilsvarende Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 622).

Likevel er det et poeng, også for immaterialrettighetene, at vurderingen av om det skal gis samtykke til overdragelse eller ikke, ofte til være knyttet til forhold på erververens side. For eksempel vil det nok være vanskelig for den originale opphaveren til et sterkt personlig åndsverk å gi et uforbeholdent samtykke til videreoverdragelse, ettersom det vil føre til at opphavsretten kan ende hos hvem som helst. I slike tilfeller kan det kanskje synes mest nærliggende at samtykkespørsmålet utsettes til selve realisasjonen, hvor opphaveren får en konkret erverver å forholde seg til ved vurderingen av om samtykke skal gis eller ikke. Dette vil i så fall representere et betydelig usikkerhetsmoment for pantehaver. For at immaterialrettigheter skal kunne utgjøre hensiktsmessige panteobjekter, er det nødvendig med uforbeholdne samtykker til videreoverdragelser. I tilfeller der slike uforbeholdne samtykker ikke kan gis, vil den aktuelle immaterialrettigheten være lite egnet som panteobjekt. Slike panterettigheter bør kanskje ikke anerkjennes av lovgivningen, ettersom de vanskelig kan representere tilstrekkelig forutberegnelige sikkerhetsrettigheter.

Etter mitt syn må utgangspunktet være at særskilte omsetningsvilkår, for eksempel i form av samtykkekrav, må være oppfylt på pantsettelsestidspunktet. Denne tolkningen er best forenelig med ordlyden i panteloven § 1-3 andre ledd, i tillegg til at den støttes av panterettens kredittskapende formål. For særskilte pantsettelsener kan denne tolkningen uten videre legges til grunn. Det er imidlertid kanskje grunnlag for å tolke omsettelighetsvilkåret annerledes når det er tale om pantsettelse som del av et driftstilbehørspant. For driftstilbehørspantet kan det være et større behov for å tillate et samtykke på realisasjonstidspunktet. Tord Steffensen Sortland har i sin studentavhandling beskrevet dette slik:

«Då panteretten her gjeld driftstilhøyrsla 'slik det er til enhver tid', jf. pantel. § 3-4 femte ledd, vil det stadig tilførast nye formuesgode til driftstilhøyrsla. Skal det stillast krav om samtykke ved pantsetjing – som oppstår når det enkelte formuesgode kjem inn i driftstilhøyrsla – vil det måtte innhentast samtykke for kvart nye formuesgode som har eit slikt krav. Dette sjølv om formuesgodet går ut igjen av driftstilhøyrsla før pantet vert realisert. Eit slikt krav vil passe dårleg i hop med systemet om at driftstilhøyrsla registrerast som ein heilskap, i staden for å registrere kvart enkelt formuesgode som inngår – poenget med slikt tingsambandspant er jo nettopp å kunne handsame det som ein heilskap. Eit slikt

krav vil soleis fort gjere driftstilhøyrspanntil eit lite attraktivt alternativ for pantsetjar.»⁶⁴⁰

Tilsvarende synspunkter er også lagt til grunn andre steder i litteraturen.⁶⁴¹ Hensynet til pantedrettens kredittskapende formål gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for driftstilbehørspanntil som for særskilt pantssettelse. Kreditt sikret med driftstilbehørspanntil ytes ofte på grunnlag av en virksomhets alminnelige kredittverdighet, basert på blant annet virksomhetens inntektspotensial, risikofaktorer og forventede resultat.⁶⁴² Den selvstendige verdien av de enkelte formuesgodene spiller gjerne en mindre rolle, om dette i det hele tatt tas i betraktning.⁶⁴³ Her kan det derfor være større grunn til å tolke omsettelighetsvilkåret mindre strengt, og akseptere at samtykke innhentes i forbindelse med realisasjon.

En slik løsning vil riktignok heller ikke være helt uten praktiske komplikasjoner. Pantsetters hjemmelmenn står fritt til å nekte nødvendig samtykke i en realisasjonssituasjon.⁶⁴⁴ Uten nødvendige samtykker på pantssettelsestidspunktet, vil det på sikringsstadiet være betydelig usikkerhet knyttet til om et pant i det hele tatt lar seg realisere. Panthaver bør derfor sikre at pantsetter så godt det lar seg gjøre innhenter nødvendige samtykker etter hvert som han erverver nye immaterialrettigheter eller lisenser. Dette bør han gjøre uavhengig av hvordan han velger å tolke panteloven § 1-3 andre ledd.

3.6.4 Omsetning som forutsetter samlet overdragelse med virksomheten for øvrig

Samtykke til videreoverdragelse er ofte ikke påkrevd dersom en immaterialrettighet overdras sammen med den virksomheten den inngår som en del av. Åndsverkloven § 68 andre ledd sier forbudet mot videreoverdragelse ikke kommer til anvendelse dersom den aktuelle opphavsretten «går inn i en forretning eller forretningsavdeling og overdras sammen med denne». For at en del av en virksomhet skal anses som en «forretningsavdeling» kreves det antakelig en viss grad av selvstendighet, et visst omfang, og at avdelingen dekker et naturlig avgrenset område av virksomheten.⁶⁴⁵

⁶⁴⁰ Tord Steffensen Sortland, .no®. *Forholdet mellom varemerke og overlappende domenenamn ved overdraging og pantsetting*, (studentavhandling) Bergen 2019 side 29.

⁶⁴¹ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 623) og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 370, som synes å slutte seg til Wolds argumentasjon.

⁶⁴² Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37.

⁶⁴³ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37.

⁶⁴⁴ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 623).

⁶⁴⁵ Jf. Hans Maris Graasvold, Eirik Djønne og Jon Bing, *Norsk Skribentrett*, Oslo 2006 side 115, samt Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 342.

Lisenser til designrettigheter kan også overdras uavhengig av samtykke, såfremt lisensen inngår i en virksomhet, og «overdras sammen med virksomheten», jf. designloven § 53 andre ledd første punktum. Det samme gjelder tvangslisenser til patenter og planteforelderrettigheter, selv om disse i utgangspunktet er uoverdragelige. Patentloven § 49 tredje ledd første punktum sier tvangslisens bare kan overdras «i forbindelse med den virksomheten som den utnyttes i eller tok sikte på å skulle utnyttes i».⁶⁴⁶ Bestemmelsen gjelder tilsvarende for planteforedlerrettigheter, jf. planteforedlerloven § 28 siste ledd.

Begrunnelsen for at patentloven § 49 tillater overdragelse av tvangslisens sammen med virksomheten for øvrig, er at den aktuelle virksomheten etter overdragelse skal kunne fortsette mest mulig som før.⁶⁴⁷ Det samme er langt på vei begrunnelsen bak åndsverkloven § 68 andre ledd. Forarbeidene har uttalt at der hele virksomheten blir overdratt, «skulle det ikke være noen betenkelighet ved å tillate overføring av utnyttingsretten uten at opphavsmannen blir spurt».⁶⁴⁸ Opphaveren kan ifølge forarbeidene aldri regne med at hans medkontrahent alltid skal forbli den samme.⁶⁴⁹ En bedrift kan for eksempel gå i arv, og i et aksjeselskap kan aksjonærforholdene endre seg, eller nye personer kan bli tilsatt for å handle på selskapets vegne. Likevel kan det ifølge forarbeidene ikke hevdes at kontrakter med opphavere faller bort når slike omstendigheter inntreffer.⁶⁵⁰ Designloven § 53 er bygget opp etter mønster fra åndsverkloven, og bygger således på de samme hensynene.⁶⁵¹

Spørsmålet som da oppstår, er om en pantsettelse kan sies å oppfylle omsetningsvilkår som forutsetter samlet virksomhetsoverdragelse. Utgangspunktet må være at slike omsetningsbegrensninger stenger for pantsettelse. Panteloven § 1-3 første ledd inneholder et forbud mot å hefte panterett på alt noen eier, og en virksomhet kan da i prinsippet ikke pantsettes i sin helhet. For særskilte pantsettelser er det klart nok at vilkår om overdragelse sammen med en virksomhet representerer absolutte pantsettelseshindringer. Særskilte panterettigheter stiftes uavhengig av andre formuesgoder, og uavhengig av en virksomhet for øvrig.

⁶⁴⁶ TRIPS-avtalen pålegger for øvrig medlemsstatene å begrense adgangen til overdragelse av tvangslisenser til patenter på denne måten. Artikkel 31 (e) sier tvangslisenser til patenter «shall be non-assignable, except with that part of the enterprise or goodwill which enjoys such use».

⁶⁴⁷ Se NU 1963: 6 side 305–306.

⁶⁴⁸ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69, jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 334.

⁶⁴⁹ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69.

⁶⁵⁰ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 69.

⁶⁵¹ Jf. Ot.prp. nr. 40 (1969–1970) side 34, jf. Ot.prp. nr. 2 (2002–2003) side 99.

Spørsmålet er mer uklart for pantsettelse som del av et driftstilbehørspant. Utgangspunktet må nok være at driftstilbehørspantet ikke kan oppfylle vilkår om at en immaterialrettighet må overdras sammen med en virksomhet.⁶⁵² Erik Wold har imidlertid antydnet at det kanskje kan gjelde unntak «der driftstilbehøret også omfatter det nødvendige produksjonsutstyr samt bedriftens kunderegister».⁶⁵³ Jens Edvin A. Skoghøy mener derimot at slike omsetningsbegrensninger representerer absolutte pantsettelseshindringer, også for driftstilbehørspant.⁶⁵⁴

Etter mitt syn kan nok aldri omfanget av et driftstilbehørspant være tilstrekkelig til å kunne anses som en forretningsavdeling. Et driftstilbehørspant omfatter ikke alle typer formuesgoder, og flere av formuesgodene i en virksomhet kan således ligge utenfor omfanget av en slik panterett. Driftstilbehørspantet kan for eksempel ikke omfatte fast eiendom, leide lokaler eller menneskelige ressurser. Det kan heller ikke omfatte tilbehør til fast eiendom, motorvogner, anleggsmaskiner, landbruks- eller fiskeredskaper, jf. panteloven § 3-4 fjerde ledd. Heller ikke pantsetters varelager vil være omfattet, jf. panteloven § 3-4 første ledd.⁶⁵⁵ En forretningsavdeling består normalt av langt mer enn bare driftstilbehør, og et driftstilbehørspant vil således vanskelig kunne oppfylle vilkårene i åndsverkloven § 68 andre ledd, designloven § 53 andre ledd og patentloven § 49 tredje ledd.

Her må det også understrekes at selv om pantsetters driftstilbehør pantsettes samlet, er det ikke uten videre slik at et driftstilbehørspant realiseres samlet.⁶⁵⁶ I konkurssituasjoner realiseres boets eiendeler i utgangspunktet på den måten bostyrer antar vil gi størst utbytte.⁶⁵⁷ Det er da ikke nødvendigvis slik at det skjer samlet overdragelse av virksomheten med tanke på videre drift.⁶⁵⁸ Utenfor konkurs skjer realisasjon primært etter reglene om tvangssalg av løsøre. Her er utgangspunktet også realisasjon på den måte som antas å gi størst utbytte, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 8-12. For immaterialrettigheter er det i tillegg gitt en særskilt bestemmelse i tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13 første ledd, som gir namsmyndigheten utstrakt myndighet til å bestemme hvorvidt et driftstilbehørspant skal realiseres samlet, delvis

⁶⁵² Jf. Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 624).

⁶⁵³ Jf. Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 624).

⁶⁵⁴ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 275–276.

⁶⁵⁵ Se også panteloven § 3-11.

⁶⁵⁶ Samlet realisasjon er kun påkrevd dersom det kreves av en saksøker som både har panterett i fast eiendom og driftstilbehør og slikt samlet salg antas å gi størst samlet utbytte, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 11-18 andre ledd. Det samme gjelder imidlertid tvangsbruk, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 11-55 andre ledd. Se for øvrig Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 277–288.

⁶⁵⁷ Jf. konkursloven § 117 første ledd. Se mer om realisasjon i konkurs i punkt 7.4 nedenfor.

⁶⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 100.

samlet, eller ved enkeltvis salg av de ulike formuesgodene.⁶⁵⁹ For at en driftstilbehørspantsettelse skal ivareta de hensynene som begrunner en særskilt adgang til å overdra immaterialrettigheter sammen med en virksomhet, forutsettes i det minste at driftstilbehøret realiseres samlet. Når realisasjonsomstendighetene er usikre, og realisasjonsmåten såpass fleksibel, vil det være retsteknisk uheldig å anse et driftstilbehørspant som en overdragelse sammen med en virksomhet for øvrig. Etter mitt syn kan tvangslisenser til patenter og planteforedlerrettigheter derfor aldri inngå i et driftstilbehørspant. Det samme må gjelde for opphavsrettigheter, og for lisenser til designrettigheter, der rettighetshaveren ikke har samtykket til videreoverdragelse.⁶⁶⁰

3.7 REALISASJONSREGLENE

3.7.1 Generelt

I de aller fleste tilfeller blir et pantesikret krav gjort opp frivillig.⁶⁶¹ Trusselen om at en pantrett kan tvangsrealiseres, kan fungere som et effektivt betalingspress. Dersom mislighold av det sikrede kravet har inntruffet, og panthaver ser seg nødt til å realisere pantet, vil trusselen om tvangsrealisering også kunne fungere som et middel for å oppnå avtaler om minnelige realisasjonsløsninger uten innblanding fra tvangsapparatet eller andre offentlig myndigheter. På denne måten er reglene om tvangsrealisasjon en viktig del av panterettens kredittskapende virkning, selv om det forholdsvis sjeldent er aktuelt å realisere pant etter disse reglene.

3.7.2 Realisasjon gjennom namsmyndighetene

En panterett tvangsrealiseres etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven. Disse reglene er ufravikelige med hensyn til tvangsfullbyrdelse gjennom namsmyndighetene, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 første ledd.⁶⁶² Dette innebærer at dersom realisasjon av en pantsatt immaterialrettighet skal skje gjennom namsapparatet, må realisasjonen følge reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.

Før det kan igangsettes tvangsdekning, må det sikrede kravet ha forfalt, og mislighold må ha inntruffet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-4 første ledd. Hvorvidt forfall og mislighold har

⁶⁵⁹ Mer om denne bestemmelsen i punkt 3.7.2 nedenfor.

⁶⁶⁰ Tilsvarende Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 275–276.

⁶⁶¹ Se Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 447.

⁶⁶² Mer om dette hos Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 29.

inntruffet, vil bero på en tolkning av panteavtalen i lys av omstendighetene for øvrig.⁶⁶³ Videre må panthaver ha levert en dekningsbegjæring til kompetent namsmyndighet, og namsmyndigheten må ha tatt begjæringen til følge, jf. tvangsfullbyrdelsesloven §§ 8-3 til 8-6.⁶⁶⁴ Dekningsbegjæringen må namsmannen forelegge for saksøkte og andre rettighetshavere, jf. tvangsfullbyrdelsesloven §§ 8-7 og 8-8. Saksøkte skal blant annet gis en oppfordring om innen to uker å uttale seg om forhold av betydning for gjennomføringen av tvangsdekningen, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 8-7 første ledd første punktum.

Dersom vilkårene for tvangsdekning i en immaterialrettighet er oppfylt, foregår realisasjonen etter reglene i tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13. Bestemmelsen gjelder tvangsdekning i alle typer immaterialrettigheter, inkludert søknader og lisenser.⁶⁶⁵ Den kommer til anvendelse uavhengig av om det dreier seg om en særskilt pantsatt immaterialrettighet, eller en immaterialrettighet omfattet av et driftstilbehørspant. Reglene i bestemmelsen tar sikte på å etablere en betryggende ordning for realisasjon av pantsatte immaterialrettigheter, og skal sikre at pantet gir størst mulig dekning.⁶⁶⁶ Tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13 første ledd har følgende ordlyd:

«Blir det søkt tvangsdekning i immaterialrettigheter, bestemmer namsmannen, etter særskilt å ha forelagt dekningsalternativene for partene, på hvilken måte dekningen skal skje. Det kan besluttes salg, at det skal utstedes lisenser eller at inntekter etter allerede etablerte lisenser skal tilfalle saksøkeren.»

Første punktum overlater til namsmannen å bestemme realisasjonsmåte. Namsmannen må imidlertid forelegge dekningsalternativene for partene, det vil si panthaver som saksøker og pantsetter som saksøkte. Dette skal sikre at partene får anledning til å uttale seg om dekningsalternativene.⁶⁶⁷ Ifølge forarbeidene må namsmannen gi partene en oppfordring til å uttale seg om hvordan de mener dekningen bør skje, innen en angitt frist.⁶⁶⁸

⁶⁶³ Se Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 30.

⁶⁶⁴ Tvangsfullbyrdelsesloven §§ 8-3 til 8-11 gjelder tilsvarende for tvangsfullbyrdelse etter tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13, jf. § 10-3, med unntak av § 8-5 tredje ledd.

⁶⁶⁵ Jf. Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 48. Se også Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 550.

⁶⁶⁶ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Pantereitt*, 4. utgave, Oslo 2018 side 23.

⁶⁶⁷ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 48.

⁶⁶⁸ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 48.

Bestemmelsens andre punktum lister opp hvilke dekningsalternativer namsmannen kan velge mellom. Det kan besluttes både salg, utstedelse av lisenser eller overføring av krav på lisensavgifter under eksisterende lisenser. De to siste alternativene kan kombineres.⁶⁶⁹ Namsmannen må velge den dekningsmåten som antas å gi størst utbytte, jf. tvangfullbyrdelsesloven § 10-3 annet ledd.⁶⁷⁰ Dersom det besluttes dekning gjennom salg, sier tvangfullbyrdelsesloven § 10-13 andre ledd hvordan dekningen nærmere bestemt skal gjennomføres:

«Det kan besluttes at salg skal skje etter reglene for frivillig omsetning. Namsmannen kan overlate til en medhjelper å stå for salget. § 8-13 gjelder i så fall tilsvarende. Det kan også besluttes salg ved auksjon holdt av namsmannen etter reglene i kapittel 8 avsnitt III.»

Salg kan skje både etter reglene om frivillig omsetning, eller etter reglene om auksjon. Tidligere var offentlig auksjon den alminnelige formen for tvangssalg, men etter tvangfullbyrdelsesloven av 1992 forutsettes det at salg i det ordinære markedet skal være normalen.⁶⁷¹ I slike tilfeller kan namsmannen overlater til en medhjelper å stå for salget, jf. andre punktum. For å omsette immaterialrettigheter til best mulig pris, kreves det ofte særskilt kunnskap, og det vil derfor gjerne være hensiktsmessig å benytte medhjelper.⁶⁷² Ved medhjelpersalg gjelder tvangfullbyrdelsesloven § 8-13, jf. tredje punktum. Bestemmelsen inneholder særskilte regler om medhjelpersalg.⁶⁷³ Reglene er svært fleksible for at de skal passe de forskjellige situasjonene hvor det er behov for å bruke medhjelper.⁶⁷⁴ Det er imidlertid opp til namsmannen å avgjøre omfanget av en medhjelpers myndighet.⁶⁷⁵

Tvangfullbyrdelsesloven § 10-13 tredje ledd inneholder nærmere regler om fremgangsmåten for dekning ved utstedelse av lisenser, eller ved overføring av krav på lisensavgift under eksisterende lisenser:

⁶⁶⁹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 48.

⁶⁷⁰ Jf. også Prop. 101 L (2013–2014) side 48.

⁶⁷¹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2, 3.* utgave, Oslo 2005 side 394.

⁶⁷² Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 48.

⁶⁷³ Mer om disse reglene hos Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 429–432.

⁶⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 65 (1990–1991) side 168–169.

⁶⁷⁵ Jf. Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 429.

«Når dekningen skal skje ved utstedelse av lisenser eller at inntekter etter allerede etablerte lisenser skal tilfalle saksøkeren, kan namsmannen beslutte at rådigheten over rettigheten skal overlates til saksøkeren eller en bestyrer for utøvelse i samsvarende med bestemmelser som namsmannen fastsetter. Saksøkeren eller bestyreren skal gi namsmannen revidert regnskap en gang i året, og i alle tilfeller når utøvelsen opphører. Namsmannen skal forelegge regnskapet for saksøkte. Andre rettighetshavere kan kreve kopi av regnskapet.»

Etter første punktum kan namsmannen beslutte at saksøkeren eller en bestyrer overtar rådigheten over den immaterialrettigheten lisensinntektene knytter seg til. I slike tilfeller kan namsmannen fastsette nærmere regler om rådighetsoverføringen, herunder til hvem og hvor lenge rådigheten skal overlates, samt på hvilken måte det kan rådes over den aktuelle rettigheten.⁶⁷⁶ Den som har fått rådigheten overført til seg, skal etter andre punktum gi namsmannen revidert regnskap en gang i året, og i alle tilfeller når utøvelsen opphører. Ifølge forarbeidene opphører utøvelsen når rådigheten over rettigheten «går tilbake til saksøkte eller ved at selve den patentsatte rettigheten opphører eller blir overført til en annen i slike tilfeller som nevnt i panteloven § 4-16 første ledd bokstav a og annet ledd bokstav a». Det står ingenting i loven eller forarbeidene om hvem som har kompetanse til å revidere regnskapet. Begrepet «revidert regnskap» må antagelig tolkes som regnskap som er godkjent av registrert eller statsautorisert revisor som har godkjenning fra Finanstilsynet i henhold til revisorloven.⁶⁷⁷

Regnskapsplikten er ikke nærmere begrunnet i forarbeidene, men har antakelig sammenheng med at namsmannen skal kunne kontrollere at lisensavgiftene blir innbetalt i henhold til de aktuelle lisensavtalene, og at betalingene blir videreformidlet til de riktige rettighetshaverne. Ved at pantsetter skal forelegges regnskapet, og at pantthaver kan kreve kopi av dette, får disse også mulighet til å kontrollere innbetaling og videreformidling av lisensinntektene.

⁶⁷⁶ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 48.

⁶⁷⁷ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 527, som imidlertid omtaler regnskapsplikten til den som gjennomfører realisasjon etter forhåndsavtale i henhold til panteloven § 4-17, men det er ingen grunn til at regnskapsplikten for saksøker eller bestyrer etter tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13 skal være annerledes.

3.7.3 Forhåndsavtalt realisasjon utenfor namsapparatet

Forhåndsavtaler om realisasjon på annen måte enn gjennom namsmyndighetene, er i utgangspunktet ikke bindende. Dette fremgår av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 andre ledd første punktum:

«Før et krav er misligholdt, kan det ikke gyldig avtales at tvangsdekning skal skje på annen måte enn gjennom namsmyndighetene.»⁶⁷⁸

Det er normalt først når det underliggende forholdet er misligholdt, at pantsetter kan binde seg til å godta realisasjon utenfor namsapparatet, og således utenom reglene i tvangsfullbyrdelsesloven.

Tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 andre ledd femte punktum gjør unntak fra dette utgangspunktet for særskilt pantsatte immaterialrettigheter. Dette unntaket kommer også til uttrykk i panteloven § 4-17 første ledd første punktum. Unntaketets doble rettsgrunnlag er gitt av informasjonshensyn.⁶⁷⁹ Begrunnelsen for unntaket er at markedet for omsetning av immaterialrettigheter er såpass særpreget at det ved realisasjon kan være behov for spesialkompetanse som namsmyndighetene ikke har tilgang til, eller dekningsmåter namsmyndighetene ikke råder over.⁶⁸⁰ Loven åpner dermed for at det på pantsettelsestidspunktet kan avtales at realisasjon ikke skal skje gjennom namsmyndighetene. På denne måten tillater loven også at det gjøres forhåndsavtaler om prosessen for eventuell realisasjon. Det er imidlertid viktig å merke seg at slike realisasjonsavtaler bare kan inngås i tilknytning til særskilt panterett i immaterialrettigheter, og ikke i tilknytning til immaterialrettigheter pantsatt som del av et driftstilbehørspant.

I motsetning til tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 andre ledd femte punktum oppstiller panteloven § 4-17 noen presiseringer av hvilke rammer realisasjonsavtalene må holde seg innenfor, samt noen prosessuelle regler. Denne bestemmelsen må gis forrang som *lex specialis* fremfor bestemmelsen i tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3. Panteloven § 4-17 har følgende ordlyd:

«Pant etter §§ 4-11 og 4-13 kan realiseres på den måte som følger av skriftlig avtale mellom partene. § 1-14 gjelder tilsvarende.

⁶⁷⁸ Se også Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 29.

⁶⁷⁹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 47. Se også Thor Falkanger, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018 side 32.

⁶⁸⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 126.

Panthaveren kan først utøve sin rett til å kreve realisasjon i medhold av avtale når to uker er gått etter at varsel er sendt innehaveren av den pantsatte søknaden eller rettigheten og andre kjente rettighetshavere. Den som forestår realisasjonen skal gi pantthaveren og pantsetteren revidert regnskap. Skjer realisasjonen i form av overdragelse skal regnskapet gis senest tre måneder etter at oppgjør for overdragelsen fant sted. Skjer realisasjonen i form av at det utstedes lisenser eller at inntekter fra allerede etablerte lisenser innfordres, skal regnskap gis minst en gang i året. Andre rettighetshavere kan kreve kopi av regnskapet.»

Panteloven § 4-17 første ledd første punktum krever at realisasjonsavtalen må være skriftlig. Slik skriftlig avtale kan inngås enten samtidig med pantsettelsen, eller på et senere tidspunkt.⁶⁸¹ I forarbeidene er det presisert at det blant annet er adgang til å avtale at pantthaver, pantsetter eller en tredjeperson skal kunne forestå realisasjonen, samt at det kan gis bestemmelser om realisasjonsmåte.⁶⁸² Andre punktum inneholder en strengt tatt unødvendig presisering av at pantelovens regler om utløsning i § 1-14 gjelder uavhengig av hva som avtales om realisasjon.⁶⁸³

Bestemmelsens andre ledd oppstiller noen prosessuelle regler som må følges ved realisasjon på grunnlag av avtale. Første punktum inneholder en varslingsplikt for pantthaver. En pantthaver som ønsker å realisere på grunnlag av avtale, må sende varsel om dette til både pantsetter og andre rettighetshavere. Det er ingen formkrav til varselet. Et muntlig varsel likestilles med et skriftlig.⁶⁸⁴ Av bevismessige hensyn bør imidlertid skriftlige varsler foretrekkes. Pantthaver behøver bare å varsle «kjente» rettighetshavere. For at bestemmelsen skal ha noen effektiv virkning, må dette ikke bare omfatte rettighetshavere pantthaver har positiv kjennskap til, men også rettighetshavere som han enkelt kan skaffet seg kjennskap til ved å undersøke et rettighetsregister. Videre inneholder bestemmelsens første punktum et krav om at det må ha gått to uker fra slikt varsel er sendt, før realisasjon kan finne sted.

Panteloven § 4-17 andre ledd andre punktum oppstiller en regnskapsplikt for den som forestår realisasjonen. Vedkommende må levere revidert regnskap til både pantthaver og pantsetter. Det er heller ikke her angitt hvem som har kompetanse til å revidere regnskapet. Bestem-

⁶⁸¹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 46.

⁶⁸² Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 46.

⁶⁸³ Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 526, som understreker at presiseringen ikke bare er unødvendig, men også kan virke forvirrende.

⁶⁸⁴ I motsetning til varsler om avtalefestet realisasjon av finansforetaks håndpant, som må være skriftlige, jf. tvangsfullbyrdsloven § 1-3 siste ledd første punktum.

melsen må da forstås på samme måte som tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13, det vil si at regnskapet må være godkjent av en registrert eller statsautorisert revisor som har godkjenning fra Finanstilsynet i henhold til revisorloven.⁶⁸⁵ Dersom pantet realiseres ved overdragelse, skal regnskapet leveres innen tre måneder etter oppgjøret for overdragelsen, jf. tredje punktum. Hvis pantet realiseres ved utstedelse av lisenser, eller ved overføring av krav på lisensavgifter under eksisterende lisenser, må regnskap leveres minst en gang i året, jf. fjerde punktum. Etter siste punktum kan andre rettighetshavere kreve kopi av regnskapet.

På samme måte som regnskapsplikten i tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13, er heller ikke regnskapsplikten i panteloven § 4-17 begrunnet i forarbeidene. Bakgrunnen for regnskapsplikten er nok også her at pantsetter og panthaver skal gis mulighet til å kontrollere at lisensinntekter eller vederlag for overdragelse innbetales i henhold til det som er avtalt, samt at inntektene videreformidles til de riktige rettighetshaverne.

Ut over disse rammene er det få lovfestede begrensninger i hva som kan avtales med hensyn til realisasjon. Med unntak av at en realisasjonsavtale kan rammes av avtalelovens sensurregler, står partene i prinsippet fritt til å avtale hva de vil om realisasjonsmåte. Dette synes også å være forutsatt i forarbeidene.⁶⁸⁶ Her skiller panteloven § 4-17 seg fra lovbestemmelser som hjemler forhåndsavtaler om realisasjon for andre typer panteobjekter. Forhåndsavtaler om realisasjon kan også inngås av finansforetak som låner ut penger mot håndpant i løsøre, jf. tvangsfullbyrdelsesloven 1-3 siste ledd. I tillegg er slike avtaler tillatt ved finansiell sikkerhetsstillelse, jf. lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 7, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 andre ledd fjerde punktum. Disse reglene kan fungere som nyttige sammenligningsgrunnlag ved tolkingen av panteloven § 4-17.

For realisasjonsavtaler knyttet til finansiell sikkerhet, er avtalefriheten mer begrenset enn det som fremgår av panteloven § 4-17. Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 8 sier både realisasjon, verdifastsettelse og beregning av finansielle forpliktelser «skal skje på kommersielt rimelige vilkår». Bestemmelsen skal ifølge forarbeidene lovfeste en sensurmekanisme av hensyn til markedet, sikkerhetshaver, sikkerhetsstiller og kreditorfellesskapet.⁶⁸⁷ Denne sensurmekanismen er ment å gå lenger enn avtaleloven § 36. I

⁶⁸⁵ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 527.

⁶⁸⁶ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 46–47. Tilsvarende også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 526.

⁶⁸⁷ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) side 53 og 67.

motsetning til avtaleloven § 36 er sensurterskelen positivt angitt. Det kreves ikke bare at avtalevilkårene ikke er urimelige. Vilkårene må i tillegg anses som rimelige.⁶⁸⁸

Også for realisasjon av finansforetaks håndpant gjelder det materielle begrensninger i hva slags realisasjonsmåte som kan gjennomføres. Finansforetaks forhåndsavtalte salg av håndpantsatt løsøre må «skje på forsvarlig måte», jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3 tredje ledd andre punktum. Her er det lovfestet en særlig aktsomhetsplikt for et finansforetak som etter avtale forestår realisasjon av håndpantsatt løsøre.

Det er ingen uttalelser i forarbeidene til panteloven § 4-17 som sier at bestemmelsen bygger på reglene om finansiell sikkerhetsstillelse eller finansforetaks salg av håndpant. Det er således i utgangspunktet ikke grunnlag for å gjøre analogier fra disse reglene over til reglene om realisasjonsavtaler for særskilt pantsatte immaterialrettigheter. På den annen side finnes det rettspraksis som kan tale for at det må gjelde lignende begrensninger generelt for forhåndsavtaler om realisasjon. I Rt. 1998 side 186 hadde en bank tiltrådt sitt pant i en restaurant med tilbehør og varelager samme dag som banken sa opp det sikrede låneengasjement og krevde full innfrielse innen 14 dager. Det var noe uklart om debitor hadde samtykket til at banken tiltrådte pantet, men Høyesterett mente det uansett måtte være bankens ansvar å sikre dokumentasjon for en så spesiell utvidelse av rettighetene over panteobjektet.⁶⁸⁹ Videre uttalte retten følgende:

«[Debitors] manglende ytterligere protest kan etter min mening ikke tillegges særlig vekt. Han følte seg naturlig nok overkjørt av banken, og har vel regnet med at banken var berettiget til å fremsette sine krav. Men ser man bort fra et frivillig samtykke, er det klart at banken for det første måtte avvente betalingsfristen på 14 dager før mislighold kunne konstateres. Deretter ville fristene under tvangsfullbyrdelse få anvendelse. Bankens opptreden medførte at [debitor] ble avskåret enhver omringstid ved at banken urettmessig tilvendte seg rådigheten over restauranten, tilbehør og varelager. Jeg er enig med lagmannsretten i at det var en rettsstridig selvtækt fra bankens side som fant sted.»⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ Se Karl Rosén, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 side 160–186 (på side 183).

⁶⁸⁹ Se Rt. 1998 side 186 (på side 191–192).

⁶⁹⁰ Rt. 1998 side 186 (på side 192).

Dette kan tolkes slik at panthaver blir underlagt en særlig aktsomhets- og lojalitetsplikt når han selv realiserer et pant på grunnlag av avtale.⁶⁹¹ Det er ingen grunn til at en tredjepart som forestår realisasjon ikke skal bli underlagt en tilsvarende aktsomhets- og lojalitetsplikt. Hensynet til at pantsetter ikke skal føle seg «overkjørt», gjør seg gjeldende uavhengig av om det er panthaver eller en tredjepart som forestår realisasjonen. Denne aktsomhets- og lojalitetsplikten kan vanskelig sies å være oppfylt dersom realisasjonen gjennomføres i henhold til en avtale som ikke bygger på kommersielt rimelige vilkår. Dersom panteloven § 4-17 tolkes i lys av en slik aktsomhets- og lojalitetsplikt, og samtidig ses i sammenheng med sensurtersklene for forhåndsavtalt realisasjon av finansiell sikkerhet og finansforetaks håndpant, må nok terskelen for sensur etter avtaleloven § 36 settes lavere for forhåndsavtaler om realisasjon av særskilt pantsatte immaterialrettigheter enn det som er normalt for andre avtaletyper. I praksis blir denne løsningen mye av det samme som å innfortolke et krav om kommersielt rimelige vilkår i panteloven § 4-17.

Forhåndsavtaler om realisasjonsmåte er naturligvis bindende for pantsetter selv, men et annet spørsmål er om slike avtaler kan binde pantsetters konkursbo. Det finnes ingen lovbestemmelser som uttrykkelig løser spørsmålet. Derimot fremgår det forutsetningsvis av dekningsloven § 8-14 at panthavers rett til å holde seg til pantet, ikke påvirkes av konkursen.⁶⁹² Utgangspunktet må derfor være at en realisasjonsavtale kan gjøres gjeldende overfor pantsetters konkursbo. Her kan det nok en gang trekkes en parallell til lov om finansiell sikkerhetsstillelse. Denne loven gjennomfører EU-direktiv 2002/47/EF i norsk rett.⁶⁹³ Direktivet sier realisasjonsavtaler knyttet til finansiell sikkerhetsstillelse skal gis virkning «uanset om der indledes eller foregår likvidation eller saneringsforanstaltninger over for sikkerhetsstilleren eller sikkerhedshaveren».⁶⁹⁴ Ifølge EU-domstolen innebærer dette blant annet at en forhåndsavtale om realisasjonsmåte får virkning i overensstemmelse med avtalens vilkår, selv i konkurssituasjoner.⁶⁹⁵ Av hensyn til direktivkonform fortolkning må realisasjonsavtaler etter lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 7 derfor kunne gjøres gjeldende overfor pantsetters konkursbo. Det samme bør nok gjelde som et utgangspunkt også for realisasjonsavtaler

⁶⁹¹ Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 398, men henvisning også til Rt. 1931 side 598, samt Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 527 og Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 465, med ytterligere henvisninger.

⁶⁹² Jf. Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 167).

⁶⁹³ Jf. Ot.prp. nr. 22 (2003–2004) side 5.

⁶⁹⁴ Jf. artikkel 4 femte ledd.

⁶⁹⁵ Jf. *Private Equity Insurance Group* (avsnitt 25–26).

knyttet til særskilt pantsatte immaterialrettigheter. Dersom boet ønsker andre løsninger, kan boet på nærmere vilkår kreve pantsatte eiendeler solgt gjennom namsmyndighetene, jf. dekningsloven § 8-15. Dette kan fungere som et pressmiddel for boet til å få gjennomslag for andre realisasjonsløsninger enn det panthaver og konkursdebitor har avtalt.

To eller flere realisasjonsavtaler kan kollidere. Pantsetter kan for eksempel ha inngått avtale om særskilt panterett i en immaterialrettighet med to ulike panthavere, og i begge avtalene inntatt klausuler om at den aktuelle panthaveren skal ha rett til å forestå realisasjonen. Ved en eventuell realisasjon kan det da bli spørsmål om hvilken panthavers realisasjonsavtale som skal gis prioritet. Det finnes ikke lovbestemmelser som løser spørsmålet. I mangel av andre holdepunkter må spørsmålet løses ut fra det alminnelige utgangspunktet om at den rettigheten som er etablert først, går foran.⁶⁹⁶ Dette innebærer at realisasjonsavtalen for den eldste særskilte panteretten i kollisjonstilfeller gis prioritet foran en realisasjonsavtale knyttet til en yngre særskilt panterett. Her må det imidlertid gjøres unntak for de tilfellene der den eldste panteretten mangler rettsvern, og den yngre panthaveren har ekstingvert den eldre panthaverens prioritet i henhold til patentloven § 44 a.⁶⁹⁷ I slike tilfeller vil den eldste panthaverens rett havne på prioritet bak alle registrerte rettsstiftelser, og den aktuelle panthaveren vil ofte få minimal eller ingen dekning gjennom realisasjon av pantet. Dersom panthaveren med rimelig stor grad av sikkerhet kan forutse at han ikke får noen dekning gjennom realisasjonen, vil han ikke lenger ha noen beskyttelsesverdig interesse i realisasjonsmåten. Det er da ingen god løsning om realisasjonsavtalen til den dårligst prioriterte panthaveren skulle fått prioritet fremfor realisasjonsavtalen til en bedre prioritert panthaver, som gjerne har en sterkere interesse i hvordan pantet realiseres. Videre er det retts teknisk uheldig dersom det skal gjelde ulike prioritetsregler for realisasjonsavtaler og de panterettighetene disse avtalene knytter seg til. Dermed må det være slik at kolliderende realisasjonsavtaler prioriteres i henhold til rettsvernsreglene for deres respektive panterettigheter.

3.8 LOVVALGSSPØRSMÅL

3.8.1 Noen presiseringer og avgrensninger

Lovvalsregler kan fort komme på spissen ved pantsettelse av immaterialrettigheter. Pantsetter eller panthaver kan for eksempel befinne seg i utlandet, eller en norsk panthaver kan eie

⁶⁹⁶ Jf. blant annet Prop. 101 L (2013–2014) side 34.

⁶⁹⁷ Bestemmelsen gjelder tilsvarende for planteforelderrettigheter, jf. planteforelderloven § 26 andre ledd fjerde punktum

utenlandske immaterialrettigheter som han ønsker å stille som sikkerhet.⁶⁹⁸ Virksomheter som driver innovasjon, forskning og utvikling har ofte immaterialrettigheter i flere ulike land. Den som for eksempel har frembrakt en oppfinnelse, et åndsverk eller et design, kan ha behov for grenseoverskridende immaterialrettsbeskyttelse, ettersom de immaterielle frembringelsene fort kan spre seg til, og bli utnyttet i, andre land enn vedkommendes hjemland. Risikoen for snylting og ulovlig kopiering er gjerne større i utlandet.⁶⁹⁹ Effektiv beskyttelse av for eksempel oppfinnelser vil som regel være avhengig av at patent registreres i alle de landene innehaveren av patentet skal drive virksomhet. Dersom patentene i samtlige land skal pantses, oppstår det lovvalgsspørsmål, det vil si spørsmål om hvilket lands rett som skal komme til anvendelse for å løse panterettslige spørsmål.

Når lovvalgsspørsmål skal drøftes, må det først gjøres noen presiseringer. Lovvalgsregler er ikke internasjonale. Det er tale om nasjonale regler om lovvalg for saksforhold med internasjonal tilknytning.⁷⁰⁰ Ulike land kan dermed ha ulike lovvalgsregler.⁷⁰¹ Hvilket lands lovvalgsregler som kommer til anvendelse, avhenger av hvilket lands domstoler den aktuelle saken blir brakt inn for.⁷⁰² Det er domstollandets lovvalgsregler som avgjør lovvalgsspørsmålet.⁷⁰³ For medlemslandene i EU, samt Norge, Danmark, Island og Sveits, er spørsmålet om hvilket lands domstoler som har kompetanse til å avgjøre saker av internasjonal karakter langt på vei regulert av Luganokonvensjonen. I Norge gjelder konvensjonen som norsk lov, jf. tvisteloven § 4-8.⁷⁰⁴ For øvrig kan tvister i internasjonale forhold bare anlegges for norske domstoler når saksforholdet har «tilstrekkelig tilknytning til Norge», jf. tvisteloven § 4-3 første ledd. Dersom det kan påvises verneting etter norske internrettslige vernetingsregler, vil dette være et viktig argument for slik tilknytning, jf. Rt. 2015 side 1132 (avsnitt 15).⁷⁰⁵ Unntaksvis kan det også foreligge tilstrekkelig tilknytning selv

⁶⁹⁸ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 430.

⁶⁹⁹ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009 side 63.

⁷⁰⁰ Mer om når et rettsforhold kan sies å ha internasjonal tilknytning hos Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepant over landegrenser*, Bergen 2005 side 31–36.

⁷⁰¹ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 430–431.

⁷⁰² Se Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 491–492.

⁷⁰³ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 59, Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepant over landegrenser*, Bergen 2005 side 30 og Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 492.

⁷⁰⁴ Jf. også HR-2017-1297 (avsnitt 37). Nærmere om Luganokonvensjonen hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 side 64–79.

⁷⁰⁵ Se for øvrig Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 side 56.

om ikke norske internrettslige reglene gir saken verneting i Norge, jf. Rt. 2010 side 1197 (avsnitt 42).⁷⁰⁶ Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på spørsmål om domstolsmyndighet her.

En domstol kan bli nødt til å anvende fremmed rett for å løse et rettsspørsmål. Dersom anvendelsen av fremmed rett vil virke støtende eller være uforenelig med domstollandets rettsorden, kan det bli tale om å begrense anvendelsen av fremmed rett på bakgrunn av internasjonalt preseptoriske regler, eller *ordre public*. Dette kan bli tilfellet selv om lovvalgsreglene i utgangspunktet utpekte fremmed rett til å løse det aktuelle rettsspørsmålet. Slike spørsmål holdes imidlertid utenfor rammene for den følgende drøftelsen.⁷⁰⁷

De internasjonale rettsspørsmålene knyttet til immaterialrettigheter er ikke begrenset til lovvalg og domstolsmyndighet. For immaterialrettigheter som oppstår uten søknad og registrering, blir det i tillegg spørsmål om hvilke frembringelser som skal vernes etter nasjonal immaterialrettslovgivning, for eksempel i hvilken grad den norske åndsverkloven omfatter verk skapt i utlandet.⁷⁰⁸ Åndsverklovens umiddelbare anvendelsesområder er regulert i åndsverkloven § 113, som først og fremst sier loven får anvendelse på verk skapt av en norsk statsborger, eller av en person bosatt i Norge, og for verk som første gang ble utgitt i Norge, eller som ble utgitt i Norge innen 30 dager etter første utgivelse.⁷⁰⁹ I tillegg gir åndsverkloven § 116 første ledd en forskriftshjemmel til å gi regler om anvendelse av loven på «verk med en nærmere bestemt tilknytning til fremmed stat», forutsatt at den aktuelle staten «i det minste likebehandler norske verk med sine egne». Som følge av Norges tilslutning til Bernkonvensjonen, TRIPS og EØS, er det gitt forskriftsregler som i stor grad gir åndsverkloven anvendelse på verk med tilknytning til EØS-land, samt på verk med krav på beskyttelse etter Bernkonvensjonen eller TRIPS.⁷¹⁰ Her går jeg imidlertid ikke nærmere inn

⁷⁰⁶ Jf. for øvrig Rt. 2015 side 1040 (avsnitt 49–51), hvor det bemerkes at det i Rt. 2010 side 1197 forelå helt spesielle omstendigheter, og «at det skal mye til for å etablere norsk domsmyndighet i formuerettslige tvister hvor det ikke er påvist verneting i Norge». Mer om dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 side 58 og 60–61.

⁷⁰⁷ Generelt om internasjonalt preseptoriske regler og *ordre public* hos Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 121–176.

⁷⁰⁸ Se Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 411).

⁷⁰⁹ Bestemmelsen viderefører med språklige presiseringer § 57 i den gamle åndsverkloven, jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 312–313. Mer om den gamle bestemmelsen i § 57 hos Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 417–421.

⁷¹⁰ Jf. forskrift til åndsverkloven §§ 6-1–6-4. Det er for øvrig også gitt bestemmelser om anvendelse på verk som har krav på beskyttelse etter Verdenskonvensjonen, jf. §§ 6-5–6-8.

på hvilke utenlandske frembringelser som kan ha vern etter den norske åndsverkloven.⁷¹¹ I stedet holder jeg meg til lovvalgsspørsmålene.

3.8.2 Generelle utgangspunkter for lovvalg

Selv om lovvalsreglene er nasjonale, skal de likevel fungere i en internasjonal sammenheng. Det vil bidra til økt forutberegnelighet, samt hindre såkalt «forum shopping», dersom lovvalgsspørsmålene vurderes likt på tvers av landegrensene.⁷¹² Partene i en panteavtale kan bli overrasket dersom norske lovvalsregler avviker betydelig fra det som er vanlig i land det er naturlig å sammenligne Norge med.⁷¹³ Videre kan det vanligvis antas at en norsk rettsavgjørelse lettere blir anerkjent i utlandet dersom den bygger på internasjonalt aksepterte lovvalgsprinsipper.⁷¹⁴ Hvordan lovvalgsspørsmål løses i utlandet, bør derfor kunne vektlegges ved tolkingen av norske lovvalsregler.⁷¹⁵

I EU har lovvalsreglene langt på vei blitt kodifisert gjennom Roma I- og Roma II-forordningene. Norge er ikke formelt bundet av disse, men Høyesterett har likevel uttalt at det bør legges vekt på hvilken løsning som EU-landene har valg, såfremt Norge ikke har avvikende lovregulering, jf. Rt. 2009 side 1357 (avsnitt 34).⁷¹⁶ Dette bidrar til uniformitet og forutberegnelighet i den internasjonale privatretten.⁷¹⁷

Panteloven inneholder ingen bestemmelser om lovvalg.⁷¹⁸ I stedet bygger panterettens lovvalsregler i det vesentlige på praksis og teori, hvilket også er vanlig ellers i formueretten.⁷¹⁹

⁷¹¹ Mer om dette hos Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 416–426.

⁷¹² Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 291–292, Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 83–86 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 573).

⁷¹³ Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 237 og side 248–249.

⁷¹⁴ Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 237–238, 292 og 302–304.

⁷¹⁵ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 573).

⁷¹⁶ Jf. også HR-2017-1297 (avsnitt 73) og Rt. 2011 side 531 (avsnitt 46).

⁷¹⁷ Jf. Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 430–431, Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 238 og 249, Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 492 og Helge Johan Thue, «Irma-Mignon-formelen – En konfliktskapende regel» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 587–610 (på side 608).

⁷¹⁸ Kun på sjørettens og luftfartrettens område er panterrettslige lovvalgsspørsmål regulert i lov. Mer om dette hos Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 233–234.

⁷¹⁹ Jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 245. Se også Helge Johan Thue, «Irma-Mignon-formelen – En konfliktskapende regel» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 587–610 (på side 589).

Den såkalte Irma Mignon-formelen er blitt ansett som hovedprinsippet for å løse lovvalgsspørsmål i norsk rett.⁷²⁰ Formelen er basert på en gammel dom i Rt. 1923 II side 58. Saken gjaldt spørsmålet om rederansvar etter en skipskollisjon skulle vurderes etter norsk eller engelsk rett.⁷²¹ Følgende uttalelse fra Høyesterett er ansett som utgangspunktet for vurderingen av privatrettslige lovvalgsspørsmål (på side 60–61):

«Ved avgjørelsen av, hvilken stats regler der skal anvendes er man da, saavidt jeg skjønner, i det væsentlige henvist til at bygge paa almindelige retsgrundsætninger og arten av det forhold det her gjælder. Hvilke principer man i det hele bør opstille for løsningen av international-privatrettslige spørsmaal har jo været gjenstand for megen meningsforskjel. For mit vedkommende synes jeg imidlertid det er naturligt at ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme. Det er selvfølgelig ikke mulig uten videre at løse alle international-privatrettslige spørsmaal ut fra denne almindelige betragtning, men det forekommer mig dog, at den er tilstrækkelig til at gi en løsning for det tilfælde, som her foreligger.»

Etter denne prinsipputtalelsen ble det generelle utgangspunktet for lovvalg det landets rett der et forhold har sin sterkeste tilknytning eller nærmest hører hjemme. Dette betegnes gjerne som en «individualiserende metode».⁷²² Irma Mignon-formelen er senere blitt gjentatt i en rekke dommer.⁷²³ Som retten selv antydte i Rt. 1923 II side 58, gir formelen imidlertid begrenset generell veiledning, og overlater svært mye til rettsanvenderens skjønnsutøvelse i hvert konkrete tilfelle. Den skjønnspregede vurderingen gjør det vanskelig å forutberegne utfallet av et lovvalgsspørsmål.⁷²⁴ For eksempel gis det ingen retningslinjer for hvilke tilknytningsmomenter som er relevante, eller for hvordan ulike tilknytningsmomenter skal

⁷²⁰ Jf. Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 244, med ytterligere henvisninger, herunder til forfattere som er kritiske til prinsippets fremtredende plass i norsk internasjonal privatrett.

⁷²¹ Dommen er redegjort nærmere for hos blant andre Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 244–246.

⁷²² Se for eksempel Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 87, Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 493 og Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 431.

⁷²³ Se særlig Rt. 1931 side 1185 (på side 1186), Rt. 1937 side 888 (på side 889), Rt. 1953 side 1132 (på side 1134), Rt. 1957 side 246 (på side 249), Rt. 2009 side 1537 (avsnitt 32), Rt. 2011 side 531 (avsnitt 29) og HR-2017-1297 (avsnitt 75).

⁷²⁴ Se Helge Johan Thue, «Irma-Mignon-formelen – En konfliktskapende regel» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 587–610 (på side 587).

vektlegges i forhold til hverandre.⁷²⁵ Tvert imot synes alle forhold å være like viktige å ta i betraktning.⁷²⁶ På flere rettsområder har det derfor utviklet seg mer faste og forutsigbare lovvalgsregler.⁷²⁷ Der det finnes en slik fastere lovvalgsregel, skal det tas utgangspunkt i denne før det gjøres en vurdering etter Irma Mignon-formelen, jf. HR-2017-1297 (avsnitt 72–75).⁷²⁸

Rettsanvendere kan likevel ikke se helt bort fra Irma Mignon-formelen. Denne formelen kan i noen tilfeller modifisere det som ellers ville fulgt av andre fastere lovvalgsregler. Et eksempel på dette, finnes i HR-2017-1297 (avsnitt 84). Saken gjaldt blant annet spørsmålet om gyldigheten og rettsvernet knyttet til en panterett i kundefordringer skulle vurderes etter norsk eller engelsk rett. Forarbeidene til panteloven hadde utpekt debtors bopelstat, såkalt *lex debitoris*, til å regulere spørsmål knyttet til panterett i enkle fordringer.⁷²⁹ Høyesterett la imidlertid ikke særlig vekt på dette, ettersom uttalelsene fra forarbeidene var ubegrunnede, ikke knyttet seg til noe lovforslag, samt at uttalelsene var gamle på et område preget av rettsutvikling.⁷³⁰ I stedet tok Høyesterett utgangspunkt i Irma Mignon-formelen for å løse lovvalgsspørsmålet.⁷³¹

Også Rt. 1933 side 897 (på side 898) kan betraktes som et eksempel på at formelen modifiserte den fastere lovvalgsregelen *lex debitoris*.⁷³² Høyesterett uttalte her «at de almindelige regler om at anvende *debitor cessus*'s hjemsteds rett ikke bør tøies lenger enn reglens hovedhensyn tilsier, nemlig at yde debitor hjemstedets lovmessige rettsbeskyttelse».

Et lignende tilfelle finnes i Rt. 2011 side 531. Saken gjaldt lovvalg for spørsmål om erstatningsansvar for handlinger begått av en utlending i Bosnia, men som ble straffeforfulgt i Norge.⁷³³ Retten presiserte at skadestedets rett var den alminnelige lovvalgsregelen i saker om erstatning utenfor kontrakt.⁷³⁴ Denne lovvalgsregelen var også kodifisert i Roma II.⁷³⁵ Høyesterett mente imidlertid til at de hensynene som begrunnet denne fastere lovvalgsregelen, ikke gjorde seg gjeldende i den aktuelle saken. Lovvalgsregelen om skadestedets rett var

⁷²⁵ Se Helge Johan Thue, «Irma-Mignon-formelen – En konfliktskapende regel» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 587–610 (på side 595–599).

⁷²⁶ Hvilket ble presisert i Rt. 1937 side 888 (på side 889).

⁷²⁷ Se Rt. 2009 side 1537 (avsnitt 32), samt Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 493.

⁷²⁸ Med henvisning til Rt. 2011 side 531 (avsnitt 29) og Rt. 2009 side 1537 (avsnitt 32). Se også Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løspant over landegrensene*, Bergen 2005 side 264–265.

⁷²⁹ Se HR-2017-1297 (avsnitt 78), jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 75.

⁷³⁰ Jf. HR-2017-1297 (avsnitt 78).

⁷³¹ Jf. HR-2017-1297 (avsnitt 72 og 84).

⁷³² Se Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 504–505 og Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 435.

⁷³³ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 1).

⁷³⁴ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 29).

⁷³⁵ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 45).

ifølge retten hovedsakelig bygget på rimelighets- og forutberegnelighetshensyn.⁷³⁶ Den aktuelle skadevolderen hadde imidlertid forsettlig utsatt andre for mishandling og alvorlig skade, og ifølge Høyesterett kunne en slik skadevolder neppe ha innrettet seg etter hvilke erstatningsregler som eventuelt ville bli anvendt i en ansvarssituasjon.⁷³⁷ Selv om det fantes en fastere lovvalgsregel som utpekte bosnisk rett til å regulere ansvarsspørsmålet, mente Høyesterett at dette ikke kunne være noe mer enn et utgangspunkt:

«Etter ‘Irma Mignon-formelen’ er lovvalget ikke låst til forhåndsbestemte og faste tilknytningsmomenter. Et rettsvalg basert på tilknytning bygger på en konkret analyse og elastisk vurdering av det enkelte tilfelle. Formålet er å finne frem til den stat rettsforholdet har sin sterkeste og nærmeste tilknytning til.»⁷³⁸

Etter Irma Mignon-formelen kom Høyesterett til at forholdet måtte vurderes etter norsk rett. Det ble for det første lagt vekt på at skadevolderens flukt til Norge, og den senere norske straffeforfølgningen, hadde skapt en forbindelse mellom saken og Norge slik at tyngdepunktet flyttet seg vekk fra Bosnia.⁷³⁹ I tillegg ble det lagt betydelig vekt på *ordre public*-betraktninger. Skadevolderen hadde ved å flykte til Norge gjort seg utilgjengelig for straffeforfølgning i hjemlandet, og dermed stengt for at de fornærmede kunne tilkjennes erstatning innenfor de foreldelsesfristene som gjaldt etter bosnisk rett. Ifølge Høyesterett ville det virket støtende om norske domstoler i en slik situasjon skulle ha lagt bosnisk rett til grunn for lovvalget, ettersom resultatet ville ha blitt at de fornærmede stod helt uten erstatningsrettslig vern.⁷⁴⁰

3.8.3 Fastere lovvalgsregler for spørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter

Panteretten er et av de rettsområdene der det har utviklet seg fastere lovvalgsregler. For at disse skal komme til anvendelse, er det en forutsetning at det aktuelle rettsspørsmålet kvalifiseres som panterettslig.⁷⁴¹ Det er et bredt spekter av problemstillinger som kan oppstå i forbindelse med en pantsettelse. Lovvalget for alle disse spørsmålene skal ikke uten videre

⁷³⁶ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 31).

⁷³⁷ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 44).

⁷³⁸ Rt. 2011 side 531 (avsnitt 50).

⁷³⁹ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 51).

⁷⁴⁰ Se Rt. 2011 side 531 (avsnitt 55).

⁷⁴¹ Kvalifikasjonsterminologien i internasjonal privatrett er kritisert, men er samtidig såpass godt innarbeidet at det kan synes unødvendig å forlate den, jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 67–68, med ytterligere henvisninger.

løses etter samme lovvalgsregel.⁷⁴² Her går det først og fremst et skille mellom tingsrettslige, herunder panterettslige, og obligasjonsrettslige problemstillinger. Lovvalgsreglene vil være ulike avhengig av hvilken kategori en problemstilling kvalifiseres under.⁷⁴³

En panteavtale består både av obligasjonsrettslige og tingsrettslige elementer.⁷⁴⁴ For å avgjøre hvilke lovvalgsregler som kommer til anvendelse, må en konkret problemstilling først analyseres for å klarlegge hvorvidt den kan anses som tingsrettslig eller obligasjonsrettslig.⁷⁴⁵ Analysen skal ifølge norske lovvalgsregler som hovedregel foretas med hensyn til domstollandets rettssystematikk, jf. Rt. 1995 side 1415 (på side 1419).⁷⁴⁶ Ifølge UNCITRAL er dette den vanligste fremgangsmåten for kvalifisering av rettsspørsmål.⁷⁴⁷

I kvalifisering er det vanlig å trekke et skille mellom panteretten og det underliggende kravet. Rettsspørsmål knyttet til det underliggende kravet omfatter for eksempel spørsmål om nedbetalingstid, avdrags- og renteforpliktelser, samt hvilke situasjoner som skal anses som mislighold. Dette er spørsmål av obligasjonsrettslig art. De gjelder bare i forholdet mellom kontraktspartene. Den alminnelige lovvalgsregelen for obligasjonsrettslige spørsmål i rene låneforhold, er det landets rett der debitor har sitt bosted, såkalt *lex debitoris*.⁷⁴⁸ Her er det imidlertid avtalefrihet knyttet til lovvalget, slik at partene i utgangspunktet står fritt til å avtale noe annet.⁷⁴⁹

Panteretten utgjør derimot selve rettsstiftelsen i det aktuelle formuesgodet. Rettsspørsmål knyttet til panteretten omfatter særlig spørsmål om rettsvern. Dette er spørsmål av tingsrettslig art, ettersom de kan få betydning for tredjepersoners rettsstilling. Enkelte gyldighetsspørsmål vil også være av tingsrettslig art, for eksempel hvorvidt lovkravet er oppfylt.⁷⁵⁰ Avtalerettslige tilblivelses- og innholdsmangler anses derimot normalt ikke som tingsrettslige spørsmål.

⁷⁴² Jf. Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 28.

⁷⁴³ Jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 256–257 og Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 432–433.

⁷⁴⁴ Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 235.

⁷⁴⁵ Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 265–271.

⁷⁴⁶ Nyanser og mulige unntak er imidlertid belyst både hos Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 74–79 og hos Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 272–279.

⁷⁴⁷ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 127 (avsnitt 286).

⁷⁴⁸ Jf. Rt. 1928 side 826 (på side 827), samt Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 497, med ytterligere henvisninger og Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 432, også med ytterligere henvisninger.

⁷⁴⁹ Jf. Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 497–500 og Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 432.

⁷⁵⁰ Generelt om lovkravet i punkt 3.4 ovenfor.

Skillet mellom tingsrettslige og obligasjonsrettslige problemstillinger er imidlertid ikke sylskarpt, og det kan derfor oppstå vanskelige grensedragninger. I slike tilfeller vil nok Irma Mignon-formelen få en mer fremtredende rolle, fremfor lovvalgsregler som forutsetter en kvalifisering av den aktuelle problemstillingen. Den individualiserende metoden i Irma Mignon-formelen forutsetter ikke at rettsforholdet kvalifiseres.⁷⁵¹

Pantelovens forarbeider sier lovvalgsregelen for panterettslige spørsmål i utgangspunktet er retten på det stedet panteobjektet befinner seg, såkalt *lex rei sitae*.⁷⁵² Dette skal ifølge forarbeidene gjelde ved pantsettelse av fast eiendom, løsøre og fordringer knyttet til dokumenter.⁷⁵³ De aktuelle forarbeidene sier imidlertid ingenting om hva som skal gjelde ved pantsettelse av immaterialrettigheter. *Lex rei sitae* passer ikke for de immaterielle rettighetene.⁷⁵⁴ Disse kan ikke fysisk befinne seg på noe sted, og deres territoriale tilknytningen kan derfor ikke avgjøres ut fra fysisk beliggenhet.⁷⁵⁵ Likevel vil en immaterialrettighet alltid ha territoriell tilknytning.⁷⁵⁶ Eksistensen av immaterielle rettigheter bygger på nasjonale rettsregler, og rettighetene kan ikke uten videre gis virkning utenfor disse landenes territorium.⁷⁵⁷ Den alminnelige lovvalgsregelen for spørsmål knyttet til immaterialrettighetenes eksistens, omfang, varighet og sanksjonering, er derfor retten i det landet der den aktuelle rettigheten gjøres gjeldende, såkalt *lex protectionis*.⁷⁵⁸ For immaterialrettskrenkelser er denne lovvalgsregelen kodifisert i Roma II artikkel 8 første ledd. Den er også lagt til grunn både av

⁷⁵¹ Se Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 68.

⁷⁵² Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 75.

⁷⁵³ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 75.

⁷⁵⁴ Da samme gjelder andre ikke-fysiske formuesgoder som for eksempel enkle pengekrav, jf. HR-2017-1297 (avsnitt 87).

⁷⁵⁵ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 435.

⁷⁵⁶ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 28. De territoriale rammene er også fremhevet hos Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009, side 41 og Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 294.

⁷⁵⁷ Se Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 414).

⁷⁵⁸ Jf. Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 415), Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 294 og 500 og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 429.

UNCITRAL og i Lund-utredningen.⁷⁵⁹ Bernkonvensjonen artikkel 5 andre ledd kan i tillegg tolkes slik at den støtter opp under en slik lovvalgsregel på opphavsrettens område.⁷⁶⁰

I tilfeller der eksistensen av en immaterialrettighet avhenger av meddelelse fra offentlig myndighet, slik som blant annet er tilfellet for patenter, jf. patentloven § 1 første ledd, innebærer *lex protectionis* at den aktuelle immaterialrettigheten som hovedregel gis virkning kun i det landet der meddelelsen skjer.⁷⁶¹ Skal immaterialrettigheten gis virkning i andre land i tillegg, må rettighetshaveren sørge for at den aktuelle rettigheten også meddeles av rett myndighet i disse landene, og i tråd med de enkelte landenes nasjonale rett. Det finnes ikke noe «verdenspatent».⁷⁶² De praktiske utfordringene knyttet til internasjonal patentregistrering er langt på vei avhjulpet igjennom konvensjonsbaserte systemer for internasjonale patentsøknader og europeiske patenter.⁷⁶³ Lignende systemer finnes også for varemerker og design.⁷⁶⁴

Lex protectionis samsvarer vanligvis med det som ellers ville fulgt av Irma Mignon-formelen.⁷⁶⁵ Ved spredning av fysiske eksemplarer av immaterialrettsbeskyttede objekter, har det vært vanlig å ta utgangspunkt i at *lex protectionis* utpeker avsenderlandet til å regulere inngrepsspørsmålet.⁷⁶⁶ På samme måte som andre fastere lovvalgsregler, er *lex protectionis* likevel ikke noe mer enn et utgangspunkt. I noen tilfeller kan det bli nødvendig å justere dette utgangspunktet, såfremt tungtveiende hensyn tilsier det.⁷⁶⁷ Det kan for eksempel være vanskelig å anvende *lex protectionis* ved internettbaserte overføringer av opphavsrettsbeskyttede

⁷⁵⁹ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 132 (avsnitt 297) og Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 23.

⁷⁶⁰ Slik Torsten Bjørn Larsen, «Hvilket lands lovgivning finder anvendelse, når opphavsrettigheter krænkes på Internettet?» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2011 side 222–229 (på side 223–224). Annerledes Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 415–416).

⁷⁶¹ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 23 og UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 132 (avsnitt 297).

⁷⁶² Jf. Birger Stuevold Lassen, «Oversikt over immaterialrettighetene» i *Lov og Rett*, 1994 side 451–469 (på side 467).

⁷⁶³ Se patentloven kapittel 3 og kapittel 10a.

⁷⁶⁴ Se varemerkeloven kapittel 10 og designloven kapittel 10.

⁷⁶⁵ Jf. Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 416).

⁷⁶⁶ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 430.

⁷⁶⁷ Jf. Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 416), med eksempler på tilfeller der justering kan være aktuelt.

åndsverk.⁷⁶⁸ Her kan det bli nødvendig å legge større vekt på hvilket destinasjonssted en krenkeshandling er rettet mot, fremfor selve handlingsstedet.⁷⁶⁹ I denne avhandlingen vil det føre for langt med en generell drøftelse av alle potensielle problemstillinger knyttet til anvendelsen av *lex protectionis* på spørsmål om immaterialrettskrenkelser. Det får her være tilstrekkelig å si at *lex protectionis* fungerer som et utgangspunkt, men samtidig presisere at dette ikke alltid er uproblematisk, og heller ikke alltid kan gjelde unntaksfritt. Et konkret saks-tilfelle kan ha en sterkere tilknytning til et annet lands rett enn det som ellers ville fulgt av *lex protectionis*. Stig Strömholm har beskrevet dette slik:

«Det är i *konflikten* – i det läge där rättigheten angrips – som den visar sitt innehåll och även sin anknytning till det ene eller andra rättssystemet. Det är, med krigisk liknelse, under eld som rättigheterna hissar flagg, öppnar kanonporterna och visar var de hör hemma och vad de går för.»⁷⁷⁰

Pantsettelsesspørsmål er ikke spørsmål knyttet til immaterialrettskrenkelser. Kodifiseringen av *lex protectionis* i Roma II artikkel 8 første ledd gjelder således ikke panterettslige forhold. Forordningen regulerer bare forpliktelser utenfor kontrakt, jf. artikkel 1 første ledd. Den utpeker således ikke *lex protectionis* som lovvalgsregel for spørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter.

For kontraktsrettslige forpliktelser er lovvalgsreglene i EU kodifisert i Roma I. Utgangspunktet i forordningen er avtalefrihet med hensyn til lovvalgsspørsmålet, jf. artikkel 3 første ledd. Dette er også forutsatt i finansavtaleloven § 3 med hensyn til avtaler om finansielle tjenester med finansinstitusjoner, slik som avtaler om banklån.⁷⁷¹ For øvrig kan nok hovedregelen om partsautonomi for lovvalg knyttet til kontraktsrettslige spørsmål anses som et alminnelig ulovfestet prinsipp i norsk internasjonal privatrett.⁷⁷² UNCITRAL har anbefalt partsautonomi over lovvalgsspørsmålet for de rent obligasjonsrettslige sidene av en avtale om

⁷⁶⁸ Mer om dette hos Ole-Andreas Rognstad, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422 (på side 417–419). Se for øvrig også Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 430–431.

⁷⁶⁹ Se for eksempel EU-domstolens dom i *Football Dataco II*, nærmere omtalt hos Ole-Andreas Rognstad, «Stedet for opphavsrettslige handlinger ved internasjonale transaksjoner» i *Nytt i privatretten*, 2012, nr. 4, side 9-10.

⁷⁷⁰ Stig Strömholm, *Upphovsrätt och internationell privaträtt*, Stockholm 2001 side 140 (kursiv i original).

⁷⁷¹ Bestemmelsen er bygget opp etter mønster fra Romakonvensjonen om lovvalg av 1980, som var forgjengeren til Roma I- og II-forordningene, jf. NOU 1994: 19 side 44, jf. Ot.prp. nr. 41 (1998–1999) side 93.

⁷⁷² Jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 207.

pantsettelse av immaterialrettigheter.⁷⁷³ Partsautonomien gjelder imidlertid bare de obligasjonsrettslige sidene, det vil si de rettighetene og pliktene som kun har virkning mellom kontraktspartene.⁷⁷⁴ Eventuelle lovvalgsklausuler i en panteavtale kan ikke påvirke avtalens tredjemannsvirkninger. Roma I omfatter ikke tredjemannsspørsmål, jf. artikkel 12 første ledd. For slike spørsmål er det lite veiledning å hente i EUs lovvalgsregler.⁷⁷⁵

Det er flere grunner til at det ikke kan gjelde partsautonomien for lovvalg med hensyn til panteavtalers tredjemannsvirkninger. Partene skal ikke gjennom panteavtalen kunne påvirke rettsstillingen til tredjepersoner som ikke er en del av denne avtalen.⁷⁷⁶ Flere av pantelovens preseptoriske bestemmelser er gitt av hensyn til tredjepersoner, for eksempel lovkravet, spesialitetsprinsippet og rettsvernsreglene. Dersom det skulle vært partsautonomi med hensyn til lovvalget, ville disse reglene vært enkle å unngå ved å velge et lands rett med mer liberal panterett.⁷⁷⁷ Tredjepersonsinteressene som de norske reglene skal ivareta, ville i så fall ha blitt satt til side. Partsautonomi knyttet til lovvalget ville her ha svekket rettsikkerheten til tredjepersoner på en uakseptabel måte.⁷⁷⁸

Det at panterettigheter i prinsippet kan gjøres gjeldende overfor en ubestemt krets av rettssubjekter, medfører et behov for å sikre publisitet, slik at panteretten blir synlig for alle den kan gjøres gjeldende overfor. For rettsstiftelser i immaterialrettigheter oppnås publisitet ved registrering. Dersom det hadde vært mulig å påvirke lovvalget i panteavtalen, ville det ha blitt vanskelig for andre enn partene i avtalen å vite hvilket lands register som ble benyttet. Dermed ville det også ha blitt vanskelig å innrette seg i henhold til registrerte rettsstiftelser, ettersom det ville vært usikkert hvilke lands registre som var aktuelle å undersøke. Også notoriteten ville ha blitt svekket. Med partsautonomi knyttet til lovvalget, kunne partene ha «forum shoppet» seg frem til det landets rett som oppstilte de mest lettvinde rettsvernsordningene. Av hensyn til kreditorer og godtroende omsetningsserververe bør det imidlertid gjelde faste rettsvernsregler for å sikre notoritet. Dette er en tingsrettslig side som ikke bør kunne påvirkes av partenes lovvalg.⁷⁷⁹ For øvrige kontraktsrettigheter som bare får

⁷⁷³ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 146.

⁷⁷⁴ Jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 97–98.

⁷⁷⁵ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 61.

⁷⁷⁶ Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepart over landegrenser*, Bergen 2005 side 306.

⁷⁷⁷ Se Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsørepart over landegrenser*, Bergen 2005 side 334.

⁷⁷⁸ Se Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 110.

⁷⁷⁹ Jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 278. Se for øvrig også Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 340.

virkning mellom partene, står partene i utgangspunktet fritt til å avtale hvilket lands rett som skal regulere rettighetene dem imellom.⁷⁸⁰ Lovvalget for en panteavtale kan med andre ord bli splittet ut fra avtalens tingsrettslige og obligasjonsrettslige virkninger.⁷⁸¹

For de tingsrettslige sidene av en panteavtale kan det være naturlig å ta utgangspunkt i *lex protectionis*, på samme måte som for rettsspørsmål knyttet til immaterialrettighetenes eksistens, omfang, varighet og sanksjonering. For registrerte immaterialrettigheter vil dette samsvare med lovfestede lovvalgsregler for tingsrettslige spørsmål knyttet til realregistrert løsøre, ettersom slike spørsmål blir underlagt retten i det landet hvor registeret føres, jf. sjøloven § 75 andre ledd og luftfartsloven § 3-43 første ledd.⁷⁸² UNCITRALs særlige guide for pantsettelse av immaterialrettigheter gir også en viss støtte til *lex protectionis*.⁷⁸³ Samtidig presiseres det at *lex protectionis* ikke er noen universelt anerkjent lovvalgsregel for pantsettelsesspørsmål, og at det er usikkert om en slik lovvalgsregel er egnet til å løse alle tingsrettslige spørsmål knyttet til immaterielle rettigheter.⁷⁸⁴

UNCITRALs generelle guide for pantsettelse av ikke-fysiske formuesgoder har anbefalt at lovvalget i utgangspunktet bør følge retten i det landet der pantsetter har sitt bosted.⁷⁸⁵ Pantsetters bosted defineres her som det stedet der pantsetter utfører sin virksomhet, eller, i tilfeller der virksomheten er grenseoverskridende, det stedet der han har sin sentraladministrasjon.⁷⁸⁶ I noen tilfeller kan det ifølge UNCITRAL være naturlig å anvende en slik lovvalgsregel også for spørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter. UNCITRAL har fremhevet flere ulemper med *lex protectionis* som panterettslig lovvalgsregel.⁷⁸⁷ Det kan for eksempel være ønskelig å pantsette en rettighetsportefølje bestående av immaterial-

⁷⁸⁰ Dette kommer til uttrykk gjennom fragmenterte bestemmelser rundt omkring i kontraktslovgivningen, men gjelder også utenfor de lovregulerte tilfellene, jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 204, der flere mulige hjemler for denne ulovfestede hovedregelen drøftes.

⁷⁸¹ Jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 256 og Berte-Elen Reinertsen Konow, *Løsøre pant over landegrenser*, Bergen 2005 side 342.

⁷⁸² Se også Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 279.

⁷⁸³ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 132–133 (avsnitt 297–299).

⁷⁸⁴ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 133–134 (avsnitt 301).

⁷⁸⁵ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 393 (avsnitt 41) og side 405 (recommendation 208). Se også UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 129 (avsnitt 290).

⁷⁸⁶ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 393 (avsnitt 41) og side 408 (recommendation 219).

⁷⁸⁷ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 133 (avsnitt 300).

rettigheter registrert i flere ulike land. *Lex protectionis* vil da gjøre det nødvendig å oppfylle flere lands pantsettelses- og rettsvernsvilkår. Normalt innebærer dette at panteretten må registreres i alle de landene den aktuelle immaterialrettigheten eksisterer, og i tråd med hvert lands nasjonale rett.⁷⁸⁸ Dette kan føre til økt kompleksitet og således økte transaksjonskostnader for lån sikret med panterett i immaterialrettigheter. På bakgrunn av disse problemene, anbefalte UNCITRAL en lovvalgsregel i form av en hybrid mellom *lex protectionis* og pantsetters bosted:

«The law should provide that:

(a) The law applicable to the creation, effectiveness against third parties and priority of a security right in intellectual property is the law of the State in which the intellectual property is protected;

(b) A security right in intellectual property may also be created under the law of the State in which the grantor is located and may also be made effective under that law against third parties other than another secured creditor, a transferee or a licensee; and

(c) The law applicable to the enforcement of a security right in intellectual property is the law of the State in which the grantor is located.»⁷⁸⁹

Av hensyn til uniformitet bør det legges en viss vekt på denne anbefalingen ved tolkningen av norske lovvalgsregler knyttet til spørsmål om panterett i immaterielle rettigheter. I den anbefalte hybriden skilles det mellom tredjemannsvirkninger overfor ulike grupper. Lovvalget for tredjemannsspørsmål knyttet til konkurrerende avtalepanthavere, erververe eller lisens-takere, bør ifølge UNCITRAL følge *lex protectionis*. Lovvalget for tredjemannsspørsmål knyttet til utleggstakere og pantsetters konkursbo, bør ifølge UNCITRAL i stedet følge reglene i det landet pantsetter har sitt bosted. Denne løsningen kan innebære betydelige praktiske fordeler, ettersom den muliggjør pantsettelse av internasjonale rettighetsporteføljer i

⁷⁸⁸ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 133.

⁷⁸⁹ UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 147 (recommendation 248) (kursiv i original).

henhold til bare ett lands rettsregler.⁷⁹⁰ Utgangspunktet er med andre ord *lex protectionis*, med følgende reservasjoner:

«However, a secured creditor could also effectively create a security right under the law of the State of the grantor's location. In addition, a secured creditor could rely on that law to achieve the effectiveness of a security right as against judgement creditors and the grantor's insolvency representative. Moreover, the law of the State of the grantor's location could govern the enforcement of such a security right.»⁷⁹¹

På lignende måte ønsket også Lund-utredningen å tilrettelegge for samlet pantsettelse av internasjonale patentporteføljer under norsk rett. Det ble derfor foreslått at den norske panteloven skulle gi hjemmel til særskilt pantsettelse av utenlandske patenter eid av en norsk pantsetter.⁷⁹² Rettsvernsakten skulle være registrering i Løsøreregisteret.⁷⁹³ Forslaget ville riktignok ha medført usikkerhet med hensyn til gyldighet og rettsvern i utlandet, men ifølge utredningen ville en pantøver iallfall kunne oppnå pantesikkerhet med rettsvern overfor pantsetters kreditorer.⁷⁹⁴ Det er noe uklart hvilke lovvalgsregler utredningen her har lagt til grunn, men uttalelsene ser ut til å samsvare med den hybride lovvalgsregelen anbefalt av UNCITRAL.

Selv om det hadde vært praktisk med en mulighet til samlet pantsettelse av internasjonale patentporteføljer etter norsk rett, var løsningen som ble foreslått i Lund-utredningen, ikke uproblematisk. Departementet hadde såpass vesentlige innvendinger mot forslaget at det valgte ikke å følge det opp:

«I mange tilfeller vil slike rettigheter som gjelder i andre stater kunne pantsettes etter lovgivningen i den aktuelle staten. Rettighetshaveren vil da kunne pantsette rettigheten i den aktuelle staten. Han vil som regel være bedre tjent med det enn å stille rettigheten som pant i Norge etter norske regler. Hvis det åpnes for at rettighetene også kan pantsettes i Norge vil det lett kunne oppstå en uoversiktlig

⁷⁹⁰ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 138 (avsnitt 315).

⁷⁹¹ UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 138 (avsnitt 314).

⁷⁹² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 62–63. I utredningen (på side 16) er det også antatt at det kan tas utlegg i utenlandske immaterialrettigheter under norsk rett, og at slikt utlegg får rettsvern ved registrering i Løsøreregisteret.

⁷⁹³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 62.

⁷⁹⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 62–63.

situasjon med konkurrerende panteretter som reguleres av forskjellige staters lovverk. Uavhengig av hvilke regler som finnes om pantsettelse i staten der en rettighet gjelder, vil det dessuten kunne oppstå problemer knyttet til å få gjennomført en tvangsrealisasjon av en utenlandsk rettighet på grunnlag av en norsk panterett.»⁷⁹⁵

På bakgrunn av dette kan utenlandske immaterialrettigheter ikke pantsettes særskilt etter norsk rett. Internasjonale immaterialrettsporteføljer må derfor som utgangspunkt pantsettes oppdelt etter hvert enkelt land der rettsposisjonene gjelder.

Driftstilbehørspantet kan derimot i prinsippet også omfatte pantsetters utenlandske immaterialrettigheter. Etter *lex protectionis* vil utenlandsk rett da i utgangspunktet bli utpekt til å regulere pantsettelsesspørsmålene. I slike tilfeller vil panterettens effektivitet forutsetter at det relevante landets rett anerkjenner både gyldigheten av panteavtalen, rettsvernet og valget av en norsk pantsettelseshjemmel. For spørsmål knyttet til rettighetskollisjoner mellom panthaver og en godtroende omsetningsserverver i den aktuelle immaterialrettighetens beskyttelsesland, vil *lex protectionis* anvendes. Slike spørsmål vil nok som oftest ha en slik tilknytning til beskyttelseslandet at Irma Mignon-formelen ikke gir grunnlag for å modifisere dette utgangspunktet. Derimot kan antakelig Irma Mignon-formelen modifisere *lex protectionis* for spørsmål knyttet til rettighetskollisjoner mellom en norsk driftstilbehørspanthaver og konkursboet til en norsk pantsetter. Selv om rettighetskollisjonen skulle gjelde en utenlandsk immaterialrettighet, vil partene her ha en slik tilknytning til Norge at spørsmålet som sådan bør løses etter norsk rett. Rettsforholdet mellom panthaveren og pantsetterens kreditorer vil ha sin sterkeste tilknytning til det landet der pantsetteren er hjemmehørende.⁷⁹⁶ Dette er i samsvar med lovvalgsreglene som er anbefalt av UNCITRAL. Etter mitt syn bør det legges en del vekt på disse anbefalingene ved vurderingen av hvorvidt Irma Mignon-formelen kan modifisere *lex protectionis*. På denne måten anvendes formelen som grunnlag for å formulere alminnelige ulovfestede lovvalgsregler i tråd med UNCITRALs anbefalinger, og ikke som en ren individualiserende metode.⁷⁹⁷ Dette fremmer forutberegnelighet i den internasjonale privatretten.

⁷⁹⁵ Prop. 101 L (2013–2014) side 36.

⁷⁹⁶ Jf. Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 504.

⁷⁹⁷ Slik anbefales Irma Mignon-formelen å anvendes hos Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 91–92.

4 SÆRSKILT PANTSETTELSE AV IMMATERIALRETTIGHETER

4.1 INNLEDNING

Pantsettelse krever lovhjemmel, jf. panteloven § 1-2 andre ledd.⁷⁹⁸ Immaterialrettighetenes karakter gjør at flere tradisjonelle pantsettelseshjemler ikke kan benyttes. Rettighetene er ikke knyttet til noe fysisk objekt, og kan naturligvis ikke pantsettes etter reglene om håndpant i panteloven § 3-2. De kan heller ikke være gjenstand for ulovfestet tilbakeholdsrett.⁷⁹⁹ Panterettigheter må etableres ved at rettighetene underpantsettes.⁸⁰⁰ Det vil si at panterett stiftes, og at rettsvern etableres, uten at pantsetter fratras besittelsen over panteobjektet, og at pantsetter i sikringsperioden stort sett står fritt til i å utnytte panteobjektet slik som tidligere.⁸⁰¹

En særlig praktisk form for underpant, er salgspant. Denne formen for pantsettelse innebærer at det avtales panterett i noe som er blitt solgt til sikkerhet for betaling av kjøpesummen, eller for lån som tredjeperson har ytet til slik betaling, jf. panteloven § 3-14. Det er imidlertid bare adgang til å stifte salgspant i «løsøre», jf. panteloven § 3-14.⁸⁰² Immaterielle rettigheter kan ikke underpantsettes etter de generelle reglene om salgspant, selv om de kan være gjenstander for kjøp og salg på lignende måte som andre formuesgoder.⁸⁰³

Til en viss grad kan innehaveren av en immaterialrettighet som er lisensiert bort, utnytte rettsposisjonen som panteobjekt ved å pantsette kravet på lisensavgift som et enkelt pengekrav, jf. panteloven § 4-4 første ledd. Slik pantsettelse innebærer imidlertid ingen rettsstiftelse

⁷⁹⁸ Se punkt 3.4 ovenfor.

⁷⁹⁹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 295–296.

⁸⁰⁰ I finsk juridisk litteratur har det tidligere blitt drøftet om patenter kan håndpantsettes ved overlevering av patentbrevet som utferdiges ved meddelelse av patent, jf. patentloven § 21 fjerde ledd. Det har nok imidlertid aldri vært mulig å pantsette patenter på denne måten, hverken i norsk eller finsk rett, jf. Berndt Godenhielm, «Om pantsättning av immaterialrätter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1960 side 174–182 (på side 180).

⁸⁰¹ Se NUT 1970: 2 side 10.

⁸⁰² Se for øvrig også JDLOV-1988-486.

⁸⁰³ Se Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 564).

i en immaterialrettighet som sådan. Panteretten knytter seg kun til fordringen, og slike panterettigheter faller utenfor rammene for denne avhandlingen.⁸⁰⁴

Ettersom både håndpant og salgspant er utelukket for immaterialrettighetene, må det foreligge særskilt lovhjemmel for at pantsettelse skal bli aktuelt. De lovhjemlene som i norsk rett finnes for slik pantsettelse, kan deles inn i to kategorier: Særskilt pantsettelse og pantsettelse som del av et tingsinnbegrepspant. Særskilt pantsettelse innebærer at en immaterialrettighet pantsettes som et selvstendig panteobjekt.⁸⁰⁵ Pantsettelsen skjer uavhengig av andre panteobjekter, og uavhengig av pantsetters virksomhet for øvrig. Tingsinnbegrepspant innebærer derimot at en rekke individuelle formuesgoder i pantsettelsessammenhenger betraktes som en helhet. For immaterialrettighetene er driftstilbehørspantet den eneste aktuelle formen for tingsinnbegrepspant. Temaet for dette kapitlet er reglene om særskilt pantsettelse. Pantsettelse av immaterialrettigheter som del av et driftstilbehørspant, blir temaet for kapittel 5. Rettsverns-spørsmålene utsettes til kapittel 6.

4.2 HJEMLER OG VILKÅR FOR SÆRSKILT PANTSETTELSE

4.2.1 Særskilt pantsettelse av patenter

Hjemmelen for særskilt pantsettelse av patenter finnes i panteloven § 4-11 første ledd. Pantsettelsesadgangen omfatter ikke bare patenter som sådan, men også registrerte søknader om patent, eller registrerte lisenser som bygger på avtale.⁸⁰⁶ Bestemmelsens første ledd har følgende ordlyd:

«Patent som gjelder her i riket kan pantsettes. Det samme gjelder:

- a. nasjonal patentsøknad som er innført i patentregisteret,
- b. internasjonal patentsøknad som er videreført etter patentloven § 31 eller tatt opp til behandling etter patentloven § 38, og som er innført i patentregisteret,
- c. europeisk patentsøknad som nevnt i patentloven § 66 g første ledd, og som er innført i Patentstyrets særskilte register over slike søknader,

⁸⁰⁴ For redegjørelser av reglene om panterett i enkle pengekrav, se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 156–184 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 448–512.

⁸⁰⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 514.

⁸⁰⁶ Mer om dette i punkt 4.3 og 4.4 nedenfor.

- d. supplerende beskyttelsessertifikat som nevnt i patentloven §§ 62 a og 62 b, og
- e. overdragelig avtalelisens som er registrert i patentregisteret eller i Patentstyrets særskilte register over europeiske patentsøknader.»

Det er et vilkår for pantsettelse at patentet gjelder «her i riket». Dette innebærer at det må eksistere et gyldig forvaltningsvedtak med virkning i Norge, om meddelelse av patent i henhold til norsk patentlovgivning. Videre er det en forutsetning at beskyttelsesperioden ikke har utløpt, og at patentet heller ikke har falt bort på andre måter. Om patentet for eksempel er kjent ugyldig som følge av ugyldighetssøksmål fra tredjeparter, er det naturligvis ikke lenger adgang til å pantsette patentet.⁸⁰⁷ Ifølge forarbeidene er det uten betydning for pantsettelsesadgangen hva slags grunnlag patentet bygger på, så lenge det er gjort gjeldende i Norge.⁸⁰⁸ Både rent nasjonale patenter, patenter som bygger på videreførte internasjonale patentsøknader og europeiske patenter som er gjort gjeldende i Norge, kan være gjenstand for særskilt pantsettelse.

Det er i utgangspunktet Patentstyret som meddeler patenter i Norge. For europeiske patenter som skal ha virkning i Norge, er tilsvarende myndighet gitt Det europeiske patentverket, jf. patentloven § 66 b. Europeiske patenter kan ha virkning i flere land. Etter at et europeisk patent er meddelt, deles patentet opp i et knippe nasjonale patenter som blir underlagt tilsvarende regulering som andre nasjonale patenter i de aktuelle statene.⁸⁰⁹ I slike tilfeller omfatter den særskilte pantsettelsesadgangen i norsk rett bare den eneretten som gjelder i Norge. Patentretten som oppnås i de øvrige landene, faller utenfor en pantsettelse etter panteloven § 4-11. Dette er uttrykkelig presisert i Lund-utredningen.⁸¹⁰ En slik løsning kan føre til at pantsettelse av europeiske patenter som helhet blir både ressurskrevende og kostbart. Det må skje en pantsettelse i hvert enkelt land der det aktuelle patentet gjelder. Her blir det gjerne nødvendig med bistand fra advokater i alle de aktuelle jurisdiksjonene, ettersom reglene for pantsettelse varierer betydelig mellom ulike land.

⁸⁰⁷ Om slike ugyldighetssøksmål, se for eksempel Harald Irgens-Jensen, «Ugyldighetssøksmål i patentretten» i *Nordisk Immaterialt Rättsskydd*, 2016 side 344–389.

⁸⁰⁸ Jf. Prop.101 L (2013-2014) side 44.

⁸⁰⁹ Jf. EPC artikkel 2 andre led og artikkel 64 første og tredje led. Se også Clement Salung Petersen, Thomas Riis, Jens Schovsbo, «The Unified Patent Court (UPC), Compulsory Licensing and Competition Law» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2014 side 324–339 (på side 332).

⁸¹⁰ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 62.

4.2.2 Særlig om supplerende beskyttelsessertifikater

Panteloven § 4-11 første ledd bokstav d sier at den særskilte pantsettelsesadgangen også omfatter supplerende beskyttelsessertifikat. Et supplerende beskyttelsessertifikat er en rett til tidsmessig utvidet patentbeskyttelse, som kan meddeles når den aktuelle oppfinnelsen er et legemiddel eller et plantefarmasøytisk produkt.⁸¹¹ Pantsettelse av supplerende beskyttelsessertifikater ble ikke drøftet i Lund-utredningen, men kom inn i departementets behandling av utredningens foreslåtte lovendringer:

«Departementet går inn for at også supplerende beskyttelsessertifikater, jf. patentloven §§ 62 a og 62 b, skal kunne pantsettes særskilt. Slike sertifikater innebærer, med noen begrensninger, en forlengelse av patentvernet for visse oppfinnelser. Det er naturlig å åpne for særskilt pantsettelse av slike sertifikater når patenter kan pantsettes særskilt.»⁸¹²

Et supplerende beskyttelsessertifikat er i utgangspunktet ikke et selvstendig formuesgode. Dets eksistens avhenger av basispatentet det knytter seg til. Naturligvis eksisterer det da heller ikke noen selvstendig pantsettelsesadgang for supplerende beskyttelsessertifikater. Slike sertifikater må pantsettes sammen med basispatentet de knytter seg til. Det er først når basispatentet er utløpt, at det supplerende beskyttelsessertifikatet står på egne ben. Er det utstedt et supplerende beskyttelsessertifikat knyttet til et pantsatt basispatent, går panteretten automatisk over til å gjelde det supplerende beskyttelsessertifikatet når basispatentet opphører. Dette fremgår uttrykkelig av panteloven § 4-11 fjerde ledd:

«Når det blir utstedt et supplerende beskyttelsessertifikat og basispatentet er pantsatt, blir det supplerende beskyttelsessertifikatet omfattet av panteretten i stedet for basispatentet fra tidspunktet da basispatentet opphører å gjelde.»

Det er ingen adgang til å pantsatte basispatentet til én panthaver og det tilhørende supplerende beskyttelsessertifikatet til en annen panthaver. De to rettighetene inngår som del av samme panteobjekt, og kan ikke skilles fra hverandre.

Søknad om supplerende beskyttelsessertifikat kan ikke pantsettes. Begrunnelsen er ifølge forarbeidene at det ikke er noe behov for dette, ettersom beskyttelsen «etter sertifikatet vil

⁸¹¹ Se patentloven kapittel 9a og forordning om supplerende beskyttelsessertifikat for legemidler (1768/92).

⁸¹² Prop. 101 L (2013–2014) side 35.

inntre når beskyttelsen etter et basispatent opphører og tre i stedet for dette».⁸¹³ Basispatentet vil omfattes av panteretten «i samme utstrekning som et eventuelt sertifikat».⁸¹⁴ Dermed vil det «ikke være noen overgangsperiode mellom utløpet av et basispatent og tidspunktet da et sertifikat får virkning hvor det er behov for at søknaden om sertifikat skal inngå i pantet».⁸¹⁵

4.2.3 Særskilt pantsettelse av planteforedlerrett

Hjemmelen for særskilt pantsettelse av planteforedlerrettigheter finnes i panteloven § 4-13. Pantsettelsesadgangen omfatter ikke bare planteforedlerrettigheter som sådan, men også registrerte søknader om slik rett, og registrerte lisenser som bygger på avtale.⁸¹⁶ Bestemmelsens første ledd har følgende ordlyd:

«Planteforedlerrett som gjelder her i riket kan pantsettes. Det samme gjelder:

- a. søknad om planteforedlerrett som er innført i Plantesortsnemndens journal over innkomne søknader, og
- b. overdragelig avtalelisens som er anmerket i plantesortsregisteret eller i Plantesortsnemndens journal over innkomne søknader.»

På samme måte som for pantsettelse av patenter, er det et pantsettelsesvilkår at planteforedlerretten gjelder «her i riket». Dette innebærer at Plantesortnemnda må ha fattet vedtak om meddelelse av planteforedlerrett, at beskyttelsesperioden ikke kan ha utløpt, og at retten heller ikke kan ha falt bort på andre måter. Det er bare Plantesortnemnda som kan meddele planteforedlerrett med virkning i Norge, jf. planteforedlerloven § 4 første ledd. Her finnes det ikke internasjonale eller europeiske søknadsordninger lignende det som finnes for patenter. Planteforedlerloven er riktignok, på samme måte som annen immaterialrettslig lovgivning, i stor grad et resultat av internasjonalt samarbeid. Den såkalte UPOV-konvensjonen, som gjennomføres i norsk rett gjennom planteforedlerloven, forutsetter at hver planteforedlerrett som tilgodeses etter konvensjonen er selvstendig i forhold til det vernet som

⁸¹³ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

⁸¹⁴ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

⁸¹⁵ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

⁸¹⁶ Mer om dette i punkt 4.3 og 4.4 nedenfor.

oppnås for den samme sorten i andre stater.⁸¹⁷ Konvensjonen etablerer ikke noe internasjonalt organ for meddelelse av planteforedlerrettigheter.

4.3 SÆRSKILT PANTSETTELSE AV SØKNADER

4.3.1 Generelt

Den særskilte pantsettelsesadgangen for patenter og planteforedlerrettigheter inkluderer også en adgang til å pantsette søknader om slike rettsposisjoner. Denne pantsettelsesadgangen kan være av stor betydning, særlig for patentsøknader. Kostnadene knyttet til utvikling av oppfinnelser som kan patenteres, er normalt størst i perioden før det søkes om patent. Ved innlevering av patentsøknad er det ofte et godt stykke igjen før den patentsøkte oppfinnelsen kan utnyttes industrielt. Det er gjerne i perioden fra patentsøknaden ble innlevert, og frem til oppfinnelsen kan generere inntekter, at behovet for finansiering er størst.⁸¹⁸ Behandlingen av en patentsøknad kan ta lang tid, noen ganger flere år.⁸¹⁹ Utvikleren vil normalt behøve kreditt for å gjøre investeringer som først etter flere års utviklingsarbeid kan forventes å bli profitable ved at det meddeles patent, og produksjon og salg kan igangsettes.⁸²⁰ Her kan det være et betydelig behov for en adgang til å pantsette patentsøknader.

Det kan også være viktig å pantsette patentsøknader for bedrifter som utnytter sine immaterialrettigheter gjennom lisensiering. Etter at et patent er lisensiert bort, kan rettighetshaveren pantsette inntjeningen fra lisensavtalen som et enkelt pengekrav i henhold til panteloven § 4-4 første ledd. Da er det ikke uten videre nødvendig å pantsette selve patentet i tillegg. Derimot kan det være av vesentlig betydning med en pantsettelsesadgang knyttet til søknader om å få meddelt patent. I slike tilfeller eksisterer det foreløpig ingen rettsposisjon egnet for lisensiering som kan generere lisensinntekter, og pantsettelse av lisensinntekter er således utelukket.

En forutsetning for særskilt pantsettelse av søknader, er at søknaden er registrert i Patentregisteret, Patentstyrets særskilte register over europeiske patentsøknader eller i

⁸¹⁷ Jf. UPOV-konvensjonen artikkel 11 tredje ledd. Den som har søkt om planteforedlerrett i en medlemsstat har imidlertid en tolv måneders fortrinnsrett til å inngi søknad i de øvrige medlemslandene, jf. artikkel 12 første ledd.

⁸¹⁸ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 60.

⁸¹⁹ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 329.

⁸²⁰ Dette vil særlig være tilfellet for legemiddelutvikling, jf. Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 24.

Plantesortsregisteret. Pantsettelsen kan imidlertid registreres samtidig med at søknaden registreres.

For særskilt pantsettelse av patentsøknader inneholder panteloven § 4-11 første ledd bokstav a–c en liste over ulike patentsøknader som kan føre til patent med virkning i Norge. Pantsettelsesadgangen omfatter samtlige søknadstyper:

- «a. nasjonal patentsøknad som er innført i patentregisteret,
- b. internasjonal patentsøknad som er videreført etter patentloven § 31 eller tatt opp til behandling etter patentloven § 38, og som er innført i patentregisteret,
- c. europeisk patentsøknad som nevnt i patentloven § 66 g første ledd, og som er innført i Patentstyrets særskilte register over slike søknader».

Bokstav a gir hjemmel til å pantsette «nasjonal patentsøknad som er innført i patentregisteret». Dette er den alminnelige formen for patentsøknad som sendes til det norske Patentstyret. Registrering av patentsøknad i Patentregisteret skjer automatisk når søknad har innkommet til Patentstyret, jf. patentforskriften § 43.

Bokstav b gir hjemmel til å pantsette «internasjonal patentsøknad som er videreført etter patentloven § 31 eller tatt opp til behandling etter patentloven § 38, og som er innført i patentregisteret». En internasjonal patentsøknad er en søknad som er inngitt i henhold til Patentsamarbeidskonvensjonen (PCT), jf. patentloven § 28 første ledd. Denne konvensjonen etablerer et system som gjør det mulig å levere én søknad som dekker alle medlemsstatene, og deretter videreføre søknaden i de medlemsstatene søkeren ønsker. Internasjonal patentsøknad kan «inngis til nasjonale patentmyndigheter eller internasjonale organisasjoner som i henhold til samarbeidskonvensjonen er berettiget til å motta slike søknader (mottakende myndigheter)», jf. patentloven § 28 andre ledd. Et internasjonalt byrå utfører administrative oppgaver som påligger unionen, og fungerer som sekretariat for unionens forskjellige organer.⁸²¹

Internasjonale patentsøknader blir ikke avgjort av noe internasjonalt organ, men bare vurdert av en internasjonal granskingsmyndighet.⁸²² Slike patentsøknader kan bare føre til meddelt

⁸²¹ Jf. PCT artikkel 55 første og andre ledd.

⁸²² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 39.

patent etter at de er videreført i de medlemsstatene søkeren ønsker. Det er i utgangspunktet et vilkår for særskilt pantsettelse av internasjonale patentsøknader at de er videreført i Norge i henhold til patentloven § 31, jf. panteloven § 4-11 første ledd bokstav b. Videreføring i Norge innebærer at Norge blir utpekt til et land der patentet skal gjelde dersom søknaden innvilges.⁸²³ Slik videreføring forutsetter at det leveres en oversettelse av søknaden til Patentstyret, og betales en fastsatt søknadsavgift. Deretter behandles søknaden av Patentstyret, stort sett på samme måte som andre patentsøknader.

Det er også mulig å pantsette internasjonale patentsøknader som er «tatt opp til behandling etter patentloven § 38», jf. panteloven § 4-11 første ledd bokstav b. Denne bestemmelsen gir først og fremst søkeren rett til å få visse avgjørelser som er gjort av mottakende myndighet eller av det internasjonale byrå, omprøvet av Patentstyret.⁸²⁴ Dette er tilfellet dersom mottakende myndighet har «avslått å fastsette internasjonal inngivelsesdag for en internasjonal patentsøknad», dersom mottakende myndighet har «erklært at søknaden skal anses trukket tilbake eller at begjæring om at søknaden skal omfatte Norge skal anses trukket tilbake», eller dersom «det internasjonale byrå har erklært at søknaden skal anses trukket tilbake», jf. patentloven § 38 første ledd.⁸²⁵ Dersom Patentstyret kommer til at avgjørelsen som ble tatt av den mottakende myndighet eller det internasjonale byrå var uriktig, skal Patentstyret fortsette behandlingen av søknaden etter reglene for nasjonale patentsøknader, jf. patentloven § 38 tredje ledd. Søknaden kan deretter pantsettes i henhold til panteloven § 4-11 første ledd bokstav b.

Panteloven § 4-11 første ledd bokstav c gir hjemmel til å pantsette «europaisk patentsøknad som nevnt i patentloven § 66 g første ledd, og som er innført i Patentstyrets særskilte register over slike søknader». En europeisk patentsøknad er en søknad inngitt i henhold til Den europeiske patentkonvensjonen (EPC), jf. patentloven § 66a første ledd. De fleste land i Europa er medlemmer av dette konvensjonssamarbeidet.⁸²⁶ Søknaden sendes Det europeiske patentverket, og patent meddeles for de medlemslandene søkeren utpeker i søknaden. I Norge får slike patenter samme virkning som et patent meddelt av Patentstyret, jf. patentloven § 66 b første ledd andre punktum. Pantsettelse forutsetter imidlertid at søknaden er registrert i det norske Patentstyrets særskilte register over europeiske patentsøknader. Ifølge patentforskriften

⁸²³ Mer om dette hos Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 39.

⁸²⁴ Se NOU 1976: 49 side 123 og PCT artikkel 25.

⁸²⁵ Se også PCT artikkel 12 tredje ledd.

⁸²⁶ Jf. Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 39.

§ 45 første ledd første punktum skjer dette ved at søkeren leverer en oversettelse av patentkravene til norsk i henhold til patentloven § 66 g første ledd.

Panteloven § 4-13 første ledd bokstav a gir hjemmel til særskilt pantsatt søknad om planteforedlerrett som er innført i Plantesortsnemndens journal over innkomne søknader». Innføring i Plantesortsnemndas journal skjer automatisk ved inngivelse av søknad, jf. planteforedlerforskriften § 6. Søknad om planteforedlerrett kan ikke sendes til andre myndigheter enn Plantesortsnemnda, jf. planteforedlerloven § 4 første ledd.

4.3.2 Panthavers stilling ved innvilget pantsatt søknad

Dersom patent eller planteforedlerrett meddeles på grunnlag av en pantsatt søknad, blir den meddelte rettigheten omfattet av panteretten i stedet for søknaden, jf. panteloven §§ 4-11 tredje ledd og 4-13 andre ledd. Dette må langt på vei anses som en kodifisering av den ulovfestede læren om panterett i surrogater, som var antatt å gjelde allerede før vedtakelsen av disse bestemmelsene.⁸²⁷ Ifølge denne læren må rettighetene i et opprinnelige formuesgode gå over til å bli tilsvarende rettigheter i et nytt formuesgodet (surrogatet), såfremt den økonomiske identiteten er i behold, og surrogatet kan beheftes med tilsvarende rettighet.⁸²⁸ Dette er nå lovfestet for panterett i patentsøknader, og for søknader om planteforedlerrettigheter, som går over til å bli meddelte immaterialrettsposisjoner. Overføringen av panteretten skal skje automatisk. Det er ikke nødvendig med noen ny rettsvernsakt. Registreringsmyndigheten skal ifølge forarbeidene selv sørge for at panteretten anmerkes på den nye rettigheten.⁸²⁹

4.3.3 Panthavers stilling ved henleggelse, avslag eller overføring av pantsatt søknad

I perioden fra søknad er innlevert, og frem til patent eller planteforedlerrett meddeles, kan det oppstå visse komplikasjoner. Søknaden kan bli henlagt, avslått eller overført til en annen fordi pantsetteren ikke hadde retten til oppfinnelsen eller plantesorten. I slike tilfeller bestemmer panteloven § 4-16 første ledd at panteretten «faller bort og panthaveren kan kreve at pantekravet blir innfridd». Slik innfrielse kan imidlertid ikke kreves før panthaver har gitt «eieren og pantsetteren varsel med en rimelig frist til å rette på forholdet, dersom det ikke er forbundet med fare å vente», jf. panteloven § 1-9 tredje ledd, jf. § 4-16 siste ledd. Panteloven

⁸²⁷ Se for eksempel Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 223–235 og Carl Jacob Arnholm, *Panteretten*, 3. utgave, Oslo 1962 side 61.

⁸²⁸ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 63, samt Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 270–272, begge med ytterligere henvisninger.

⁸²⁹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 45.

§ 4-16 første ledd må imidlertid anses som deklarasjonskarakterisk, slik at den kan fravikes ved avtale mellom pantsetter og pantøver.⁸³⁰

4.3.4 Pantøvers stilling ved deling og utskillelse av pantsatte patentsøknader

For patentsøknader kan det også oppstå komplikasjoner ved deling eller utskillelse. Deling innebærer at en del av innholdet i en patentsøknad (stamsøknaden) gjøres til gjenstand for en eller flere nye søknader.⁸³¹ Deling er først og fremst aktuelt dersom vilkårene i patentloven § 10 ikke er oppfylt. Patentloven § 10 inneholder et krav om at det i samme søknad ikke kan søkes patent på to eller flere oppfinnelser som er uavhengige av hverandre.⁸³² Dersom det likevel skulle bli levert en søknad om patent på flere oppfinnelser, må denne søknaden deles for å kunne behandles. I utgangspunktet er nyhetskravet i patentloven § 2 til hinder for slik deling, men det finnes en spesialregel i patentloven § 11 som bestemmer at dersom det søkes patent på en oppfinnelse som fremgår av en stamsøknad søkeren tidligere har inngitt, kan den senere søknaden anses inngitt på det tidspunktet stamsøknaden innkam til Patentstyret. Denne spesialregelen suppleres av regler i patentforskriften §§ 22 og 23. Stamsøknaden deles da inn i flere selvstendige søknader som behandles uavhengig av hverandre, hvor samtlige søknader anses inngitt på det tidspunktet stamsøknaden opprinnelig ble inngitt.⁸³³

Utskillelse innebærer at noe som fremgår av en patentsøknad, men som ikke fremgår av søknadens basisdokumenter, gjøres til gjenstand for en ny søknad.⁸³⁴ Basisdokumenter er i patentforskriften § 4 definert slik:

«Søknadens basisdokumenter er beskrivelsen av oppfinnelsen med tilhørende tegninger og patentkrav som leveres på norsk eller engelsk senest den dagen søknaden ble eller skal anses levert. Leveres ikke beskrivelsen med tilhørende tegninger og patentkrav på norsk eller engelsk senest denne dagen, skal den første beskrivelsen med tilhørende patentkrav som deretter leveres på norsk eller engelsk, anses som basisdokumenter i den utstrekning innholdet tydelig fremgår av de dokumentene som forelå ved leveringen av søknaden.»

⁸³⁰ Se punkt 3.2.2 ovenfor.

⁸³¹ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 90.

⁸³² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 76–77.

⁸³³ For en mer inngående generell redegjørelse for deling av patentsøknader, se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 90–94.

⁸³⁴ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 94.

Behovet for utskillelse oppstår først dersom søkeren har levert inn basisdokumentene til Patentstyret, og senere endret søknaden slik at det søkes om noe som ikke fremgikk av basisdokumentene.⁸³⁵ Slik endring er i utgangspunktet ikke tillatt, jf. patentloven § 13. Dersom endringen skal aksepteres, må det ulovlige materialet skilles ut fra stamsøknaden i en utskilt søknad. Patentloven § 11 vil da gi grunnlag for å anse den utskilte søknaden som inngitt på tidspunktet for inngivelsen av de første dokumentene som viste den utskilte oppfinnelsen.⁸³⁶ Bestemmelsen suppleres av regler i patentforskriften § 24.

Når en pantsatt stamsøknad blir gjenstand for deling eller utskillelse, blir det spørsmål om hva som skjer med panteretten. Panteloven § 4-11 andre ledd løser spørsmålet:

«Hvis en pantsatt patentsøknad deles eller hvis en oppfinnelse i en pantsatt søknad skilles ut i en ny søknad, omfattes også avdelte eller utskilte søknader av panteretten.»

Også her skal Patentstyret sørge for at panteretten anmerkes både på den opprinnelige søknaden og på avdelte eller utskilte søknader.⁸³⁷ Ingen ny rettsvernsakt er nødvendig.

Det at avdelte søknader blir omfattet av panteretten i stamsøknaden, er nærmest en selvfølge. Innholdet i den avdelte søknaden må nødvendigvis ha blitt beskrevet i stamsøknaden da denne ble pantsatt, og panthaver kan ha innrettet seg slik at han forventer at panteretten omfatter alle delene av denne søknaden. Det ville vært uheldig dersom pantsetter hadde adgang til å dele opp en pantsatt patentsøknad i flere avdelte søknader uten at disse ble omfattet av panteretten. Pantsetter kunne da ha pantsatt de avdelte søknadene til andre, og på denne måten illojalt uthulet panteretten til den panthaveren som opprinnelig hadde panterett i stamsøknaden. Det er naturlig med en lovbestemmelse som forhindrer dette.

Det at utskilte søknader uten videre blir omfattet av panteretten i stamsøknaden, er ikke like naturlig. Den utskilte delen av en stamsøknad vil gjerne være innlevert etter at stamsøknaden ble pantsatt. I slike tilfeller vil ikke en panthaver nødvendigvis ha noen forventning om at panteretten også skal omfatte gjenstanden for den utskilte søknaden. Basisdokumentene, som gjerne ga panthaver grunnlag for å vurdere innholdet i søknaden som pantsattes, vil ikke ha omfattet det utskilte materialet. Grunnen til at tilleggsoppfinnelsen må utskilles i en egen

⁸³⁵ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 94.

⁸³⁶ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 94.

⁸³⁷ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 45.

søknad, er nettopp det at den ikke fremgikk av basisdokumentene. Opplysningene i den utskilte søknaden kan således være helt ukjente for panthaveren, og han vil da ikke ha noen berettiget forventning om at panteretten omfatter den utskilte søknaden. Slik jeg ser det, fører panteloven § 4-11 andre ledd her til at panthaver stilles i en unødvendig gunstig posisjon. Forutsatt at stamsøknaden ble pantsatt før den ble endret til å omfatte de utskilte opplysningene, vil det etter min mening være mer hensiktsmessig dersom pantsetter får adgang til å pantsette den utskilte søknaden som et nytt panteobjekt. Dette vil også virke mer kredittskapende enn den regelen som nå gjelder. Slike hensyn er imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag til å fravike lovens klare ordlyd.⁸³⁸

4.4 SÆRSKILT PANTSETTELSE AV LISENSER

4.4.1 Generelt

En lisens er et rettslig grunnlag for å utnytte objektet for en immaterialrettighet på en måte som i utgangspunktet kan forbyes av rettighetshaveren.⁸³⁹ Gjennom lisensen stiftes det en bruksrett for lisenstakeren. Vanligvis gjelder lisenser i en tidsbegrenset periode og i et begrenset omfang, og forutsetter normalt at lisenstaker betaler vederlag til lisensgiver.

For patentlisenser reguleres pantsettelsesadgangen av panteloven § 4-11 første ledd bokstav e, som gir adgang til å pantsette «overdragelig avtalelisens som er registrert i patentregisteret». En lignende bestemmelse for lisenser til planteforedlerrettigheter finnes i patentloven § 4-13 første ledd bokstav b, som gir adgang til å pantsette «overdragelig avtalelisens som er anmerket i plantesortsregisteret». Begge disse bestemmelsene gir for øvrig også hjemmel til å pantsette lisenser til søknader. Det første pantsettelsesvilkåret er at lisensen må være «overdragelig». Dette følger imidlertid allerede av panteloven § 1-3 andre ledd.⁸⁴⁰ Som nevnt i punkt 3.6.2, er immaterialrettslisenser i utgangspunktet uoverdragelige, og pantsettelse krever derfor at rettighetshaveren samtykker til pantsettelsen, eller til overdragelse i videre forstand.

Særskilt pantsettelse av lisens forutsetter at lisensen er registrert i Patentregisteret, Patentstyrets særskilte register over europeiske patentsøknader eller i Plantesortregisteret, jf.

⁸³⁸ Reglene er for øvrig de samme i svensk rett, jf. den svenske pantlagen § 94 siste ledd.

⁸³⁹ Generelt om lisensbegrepet hos Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 378–379.

⁸⁴⁰ Mer om dette i punkt 3.6 ovenfor.

henholdsvis panteloven § 4-11 første ledd bokstav e og § 4-14 første ledd bokstav b. På samme måte som for søknader, kan også lisenser registreres samtidig med pantsettelse.⁸⁴¹

Panteloven § 4-11 og § 4-13 gir bare grunnlag for å pantsette «avtalelisens». Med dette menes lisens som er stiftet frivillig gjennom avtale. Når pantsettelsesadgangen er begrenset til «avtalelisens», utelukkes særskilt pantsettelse av tvangslisens.⁸⁴² Dette følger for øvrig allerede av patentloven § 49 tredje ledd og planteforedlerloven § 28 fjerde ledd, som sier tvangslisens bare kan «gå over til andre i forbindelse med den virksomheten som den utnyttes i eller tok sikte på å skulle utnyttes i».⁸⁴³

Som utgangspunkt kan «avtalelisens» kanskje virke som et hensiktsmessig begrep i denne sammenhengen, men terminologien kan fort bli misvisende i immaterialrettssammenhenger. Når avtalelisensbegrepet benyttes i opphavsretten, siktes det til noe helt annet enn alminnelige lisensavtaler mellom rettighetshaveren og den som ønsker å utnytte hans åndsverk. Det opphavsrettslige avtalelisensbegrepet knytter seg i stedet til en form for kollektiv rettighetsforvaltning. I slike tilfeller har ulike rettighetshavere gitt fullmakt til en rettighetshaverorganisasjon til å forvalte deres opphavsrettigheter på deres vegne. Det som der betegnes som avtalelisens, er en lovbestemt ordning som i korte trekk innebærer at brukere som inngår avtale med slike organisasjoner om utnyttelse av åndsverk, også kan få rett til å utnytte åndsverk fra rettighetshavere som ikke representeres av organisasjonen, jf. åndsverkloven § 63.⁸⁴⁴ Begrepet «avtalelisens» har således større likhetstrekk med tvangslisens når det benyttes i opphavsretten. Når begrepet «avtalelisens» er brukt i panteloven, siktes det klart nok ikke til slik kollektiv rettighetsforvaltning, men til alminnelige lisenser stiftet frivillig gjennom avtale.

4.4.2 Kort om ulike typer lisenser

Lisensavtaler kan i prinsippet inngås formfritt. Skriftlighet er imidlertid vanlig i praksis.⁸⁴⁵ Foruten visse konkurranserettslige begrensninger gjelder det i utgangspunktet avtalefrihet for lisensavtaler.⁸⁴⁶ Partene står som hovedregel fritt til å avgjøre hvorvidt en lisensavtale skal

⁸⁴¹ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 62.

⁸⁴² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 51.

⁸⁴³ Jf. punkt 3.6.4 ovenfor.

⁸⁴⁴ Mer om dette hos Ole-Andreas Rognstad, «Avtalelisenser» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2004 side 151–159.

⁸⁴⁵ Jf. Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 147, med ytterligere henvisninger. Tilsvarende Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 75.

⁸⁴⁶ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 389.

inngås, og kan selv bestemme vilkårene for den aktuelle lisensen. Det nærmere innholdet i en lisensavtale kan derfor ikke beskrives generelt, men må avgjøres ut fra alminnelige avtalerettslige regler om tolking og utfylling. Sedvanen kan også gi viktige tolkningsbidrag.⁸⁴⁷ Det er likevel vanlig med ulike navn på forskjellige lisenser, basert på visse karakteristikk.

Dersom lisenstakeren kun får rett til å utnytte objektet for rettigheten på en måte som rettighetshaveren ellers kunne nektet ham, omtales lisensen gjerne som en enkel lisens eller en ikke-eksklusiv lisens. Dersom lisenstakeren i tillegg får rett til å nekte andre å utnytte rettsposisjonens objekt, omtales lisensen gjerne som en eksklusiv lisens. Både enkle og eksklusive lisenser kan avgrenses, for eksempel kvalitativt, tidsmessig eller geografisk. Opphaveren til et litterært verk kan for eksempel gi et forlag eksklusiv rett til eksemplarframstilling, slik at forlaget kan nekte andre å fremstille trykte eksemplarer av verket, men opphaveren kan samtidig ha forbeholdt seg retten til å lisensiere spredningsretten til andre enn forlaget, for eksempel til et filmselskap som ønsker å filmatisere verket. Forlaget har da ingen rett til å nekte filmselskapet å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. Det kan også oppstå tilfeller der det i utgangspunktet er gitt en eksklusiv lisens, men der rettighetshaveren har forbeholdt seg retten til selv å utnytte objektet for den aktuelle immaterialrettigheten. I slike tilfeller kalles lisensen gjerne for enlisens.

Det har vært antatt å gjelde en generell tolkingsregel for avtaler om immaterialrettslisenser. Denne tolkningsregelen går ut på at det i mangel av holdepunkter for en enlisens eller eksklusiv lisens skal legges til grunn at det er tale om en enkel lisens.⁸⁴⁸ En slik tolkningsregel kan langt på vei anses å være lovfestet i åndsverkloven § 67 andre ledd, som sier at opphaveren ikke skal anses for å ha overdratt «en mer omfattende rett enn det avtalen klart gir uttrykk for». Lisenstakeren skal således ikke få noen større rett enn det som uttrykkelig er avtalt. Et lignende tolkningsprinsipp har vært antatt å gjelde for patentlisenser, til dels på grunnlag av patentloven § 43, men her er det ikke tale om et prinsipp med tilsvarende rekkevidde som i opphavsretten.⁸⁴⁹ Utenfor disse tilfellene er det derimot tvilsomt om en slik særegen tolkningsregel kan gjelde. Etter min mening bør den alminnelige avtalerettslige tolkningslæren anvendes, fremfor å gjøre forsøk på særreguleringer. Avtalerettens

⁸⁴⁷ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 380.

⁸⁴⁸ Jf. blant annet Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 431, Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 343–346 og Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 147.

⁸⁴⁹ Mer om dette hos Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 156–157, med ytterligere henvisninger.

tolkningsnormer er såpass tilpasningsdyktige at de kan anvendes på immaterialrettslisenser uten at dette prinsipielt blir problematisk. Det er imidlertid uten betydning for pantsettelsesadgangen hvorvidt det er tale om en enkel lisens, en enlisens eller en eksklusiv lisens.

4.4.3 Særlig om tilleggsforpliktelser

En lisens er i utgangspunktet bare en tillatelse til å utnytte objektet for en immaterialrettighet på en måte som loven forbeholder rettighetshaveren. Lisensavtalen stifter i første omgang bare en bruksrett knyttet til immaterialrettighetens objekt. Det er imidlertid vanlig at lisensavtaler også pålegger lisensgiver visse positive forpliktelser for å sette lisenstaker i stand til slik utnyttelse som er formålet med lisensavtalen. For eksempel kan lisensgiver være forpliktet til å yte teknisk bistand, og bidra med nødvendig kunnskap, for å sette lisenstaker i stand til å utnytte en lisensiert oppfinnelse.⁸⁵⁰ Lisensgiver kan også være forpliktet til å bidra med informasjon i forbindelse med at lisenstaker søker om nødvendige tillatelser fra offentlige myndigheter, for eksempel markedsføringstillatelse for legemidler.⁸⁵¹ Spørsmålet i det følgende er om slike positive tjenesteforpliktelser, eller tilleggsforpliktelser, kan være omfattet av en panterett i en lisens.

Tilleggsforpliktelsene er i utgangspunktet ikke en del av den immaterialrettsposisjonen en pantsatt lisens knytter seg til.⁸⁵² Forpliktelsene bygger utelukkende på avtalegrunnlag, og kan bare gjøres gjeldende overfor et bestemt rettssubjekt. De relaterer seg ikke til noen formelt eksklusiv rettsposisjon. På denne måten kan det kanskje sies at slike tilleggsforpliktelser får karakter av å være rent obligatoriske. De mangler det tinglige elementet som oppstår gjennom en direkte tilknytning mellom lisensen og en immaterialrettsposisjon. På den annen side er dette en forpliktelse som eksisterer uavhengig av pantsetters oppfyllelsesevne. Det er lisensgiver som er pliktsubjektet for tilleggsforpliktelsene. Dersom pantsetter og panthaver avtaler tinglige rettsstiftelser i disse forpliktelsene, og lisensgiver har samtykket til overdragelse, blir dette i prinsippet mye av det samme som å stifte tinglige rettigheter i enkle pengekrav. Å disponere over tilleggsforpliktelsene som et formuesgode, bør således ikke være prinsipielt utelukket.

⁸⁵⁰ Se Stojan Arnerstål, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019 side 110–111 og Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 196–197.

⁸⁵¹ Se Stojan Arnerstål, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019 side 153–154.

⁸⁵² Se Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 224–225, med ytterligere henvisninger.

Hensynet til panterettens kredittskapende formål kan tale for at tilleggsforpliktelser bør være omfattet av en panterett i den lisensen de knytter seg til. Tilleggsforpliktelsene kan være helt nødvendige for lisenstakers utnyttelse av en immaterialrettighet, og bør da følge med dersom lisensen går over til en ny lisenstaker. Skal lisenser kunne fungere som hensiktsmessige panteobjekter, må det være mulig for en erverver å utnytte lisensen etter en eventuell realisasjon. I ytterste konsekvens kan en immaterialrettslisens være ubrukelig dersom ikke lisenstaker mottar nærmere bestemte tilleggsforpliktelser fra lisensgiver. Utgangspunktet må nok derfor være at panterett i en immaterialrettslisens omfatter lisensavtalen i sin helhet, inkludert eventuelle tilleggsforpliktelser.

Her må det imidlertid trekkes noen grenser. Dersom tilleggsforpliktelsene egentlig ikke har noen tilknytning til den lisenerte immaterialrettigheten, gjør ikke de hensynene seg gjeldende som kan begrunne at tilleggsforpliktelser omfattes av panteretten. Tilleggsforpliktelser kan nok derfor bare omfattes i den utstrekning de skal bidra til å sette lisenstaker i stand til å utnytte den immaterialrettigheten lisensen knytter seg til. Tilleggsforpliktelser av en helt annen karakter, faller utenfor panteretten.

For at tilleggsforpliktelser skal inngå i en pantsettelse, forutsettes det at de er overdragelige i samme utstrekning som den pantsatte lisensen de knytter seg til. Som nevnt i punkt 3.6.2, er lisenser i utgangspunktet uoverdragelige, og overdragelse krever samtykke fra lisensgiver. Slike omsetningsbegrensninger gjelder tilsvarende som pantsettelsesbegrensninger. Et samtykke til videreoverdragelse kan imidlertid være begrenset til å gjelde bare lisensen som sådan. Eventuelle tilleggsforpliktelser er ikke nødvendigvis overdragelige i samme utstrekning som retten til å utnytte objektet for en immaterialrettighet. I den grad lisensgivers tilleggsforpliktelser ikke kan overdras, kan de heller ikke omfattes av en panterett i lisensen. Hvorvidt et samtykke til pantsettelse eller videreoverdragelse også omfatter tilleggsforpliktelsene, beror på alminnelige avtalerettslige regler om tolking og utfylling. Dersom tilleggsforpliktelsene i en lisensavtale er av utpreget personlig art, og forutsetter et bestemt tillitsforhold mellom partene, kan det nok bli nødvendig å tolke et eventuelt samtykke til overdragelse innskrenkende, slik at det ikke omfatter de personlige tilleggsforpliktelsene.

Panthavers rett til tilleggsforpliktelser kan kanskje komme i konflikt med interessene til pantsetters konkursbo. Når panterett i lisens registreres i Patent- eller Plantesortregisteret, etableres det bare rettsvern for panteretten knyttet til lisensen som sådan. Rettsvernet omfatter ikke eventuelle tilleggsforpliktelser. Dette gjør at pantsetters konkursbo i utgangspunktet kan

ha rett til å tre inn i de avtalene som etablerer disse tilleggsforpliktelsene, jf. dekningsloven § 7-3 første ledd.⁸⁵³ Boets inntredelsesrett gjelder imidlertid bare når ikke annet følger av «vedkommende rettsforholds egenart», jf. dekningsloven § 7-1 første punktum. Ifølge forarbeidene innebærer dette at det kan gjøres unntak i tilfeller der en inntredelsesrett «fører til klart uheldige resultater».⁸⁵⁴ Inntredelse kan også være utelukket dersom medkontrahenten har rett til å «påberope insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art», jf. dekningsloven § 7-3 andre ledd. Opphør av avtalen er imidlertid en lite praktisk rettsvirkning i disse tilfellene, ettersom både pantaver og erververen av den realiserte lisensen vil ha interesse i at tilleggsforpliktelsene består, men slik at boet ikke kan tre inn i dem. Dekningsloven § 7-1 første ledd er derfor en regel som passer bedre for eventuelt å nekte inntredelse. Her må det legges betydelig vekt på om inntredelse fører til klart uheldige resultater.

Når en immaterialrettslisens er pantsatt, blir det nødvendig å dele opp lisensavtalen dersom boet skal tre inn i avtalen om tilleggsforpliktelser. Boet kan i så fall bare tre inn i de delene av lisensavtalen som ikke omfattes av rettsvernet for panteretten. De ulike delene av lisensavtalen kan da bli fordelt ut over ulike medkontrahenter. En slik oppdeling er lite hensiktsmessig. Tilleggsforpliktelsene er gjerne nært knyttet til lisensen, og kan da vanskelig utnyttes alene. Videre ville det blitt unødvendig byrdefullt for lisensgiver dersom han ble nødt til å forholde seg til forskjellige kontraktsparter for ytelser som i utgangspunktet ble holdt samlet i ett kontraktsforhold.

I dekningsloven § 7-4 første ledd er det forutsatt at boet, dersom det benytter seg av inntredelsesretten, som hovedregel må tre inn i avtalen fullt ut. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene.⁸⁵⁵ Andre ledd tillater delvis inntreden for delvis oppfylte avtaler, men «ikke dersom den annen parts eller skyldnerens ytelse etter avtalen er udelelig eller på grunn av sammenhengen mellom de enkelte deler må betraktes som en enhet». Forarbeidene har også presisert at delvis inntreden bare kan tillates «hvor de kontraktsbestemte ydelser kan deles opp uten skade».⁸⁵⁶ Dekningsloven legger på denne måten opp til at inntredelse som den klare hovedregel skal gjelde avtaler i sin helhet, og at oppdeling ikke bør skje, i hvert fall ikke der det er en sterk sammenheng mellom de enkelte delene av en avtale.

⁸⁵³ Mer om dette hos Erik Wold, «Immaterialrettigheter som dekningsobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 272–297 (på side 290 – 292).

⁸⁵⁴ Jf. NOU 1972: 20 side 310.

⁸⁵⁵ Jf. NOU 1972: 20 side 314.

⁸⁵⁶ Jf. NOU 1972: 20 side 314.

Det vil i mange tilfeller være vanskelig å skille tilleggsforpliktelser fra en lisens uten at tilleggsforpliktelsene mister mye av sin funksjon. Lisensen kan også bli vanskelig å utnytte uten de tilhørende tilleggsforpliktelsene. På denne måten ville det nok ført til klart uheldige resultater dersom boet skulle hatt rett til å tre inn i en avtale om tilleggsforpliktelser knyttet til en pantsatt immaterialrettslisens. Når en immaterialrettslisens er pantsatt, følger det nok av rettsforholdet egenart at det ikke er aktuelt for boet å tre inn i avtaler om eventuelle tilleggsforpliktelser. De tilleggsforpliktelsene som inngår i en pantsatt lisens, må dermed kunne omfattes av panteretten uhindret av inntredelsesretten til pantsetters konkursbo.

4.5 RETTIGHETER OG PLIKTER PÅ SIKRINGSSTADIET

Sikringsstadiet, eller sikringsperioden, er den tidsperioden mellom stiftelsen av en panterett og det tidspunktet pantet realiseres eller panteretten bortfaller. I denne perioden ligger pante- retten i et slags «hvilestadie». Panteretten skal foreløpig bare tjene til sikringsformål, og har enda ikke noe dekningsformål. Selv om panthaver på dette stadiet ikke har benyttet seg av den særskilte dekningsadgangen som panteretten innebærer, vil han likevel ha visse rettigheter som normalt motspeiles av forpliktelser for pantsetter. De pliktene som pålegges pantsetter på sikringsstadiet, bør imidlertid ikke være mer omfattende enn det som er nødvendig for å sikre at panthaver får oppgjør i en eventuell dekningsomgang.⁸⁵⁷ I det følgende redegjør jeg for disse rettighetene og pliktene. Spørsmål som knytter seg til forholdet mellom panteretten og den sikrede fordringen, samt overdragelse og frempantsettelse av panterett, holdes derimot utenfor. Det samme gjelder det strafferettslige vernet av panthaver i straffeloven § 386.

Partenes rettigheter og plikter på sikringsstadiet er spørsmål som kan være godt egnet for avtaleregulering fremfor generell lovregulering.⁸⁵⁸ Ved pantsettelse av immaterialrettigheter kan det for eksempel bli nødvendig for panthaver å overvåke panteobjektene i større grad enn det som er nødvendig ved pantsettelse av fysiske formuesgoder.⁸⁵⁹ Slike overvåkningsmekanismer kan best etableres ved avtale. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på hvilke avtalefestede mekanismer som bør etableres for håndtering av pantsatte immaterialrettigheter

⁸⁵⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 231.

⁸⁵⁸ Dette er også antydnet hos Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 46.

⁸⁵⁹ Mer om overvåkning på sikringsstadiet hos Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 575).

på sikringsstadiet.⁸⁶⁰ I stedet holder jeg meg til de rettighetene og pliktene som følger av generelle rettsregler.

Pantsetter har i sikringsperioden ingen plikt til ikke å stifte konkurrerende rettsstiftelser i særskilt pantsatte immaterialrettigheter. Ifølge panteloven § 1-11 første ledd er en panterett «ikke til hinder for at pantet blir avhendet, såfremt annet ikke følger av avtale». Bestemmelsen gjelder også for immaterialrettigheter, hvilket strengt tatt følger av bestemmelsen selv, men som i tillegg er presisert i panteloven § 4-15.⁸⁶¹ Panteloven § 1-11 første ledd omfatter ikke bare fullstendig avhendelse, men også andre frivillige rettsstiftelser, som for eksempel lisensutstedelse, jf. tredje punktum. Mange virksomheter utnytter sine immaterialrettigheter hovedsakelig gjennom lisensiering, og det ville vært lite hensiktsmessig dersom det måtte ha blitt innhentet samtykke fra en eventuell panthaver for hver lisens som ble utstedt.⁸⁶² Dette kunne potensielt ha virket bremsende på den økonomiske utnyttelsen av immaterielle rettigheter. Bestemmelsen kommer for øvrig også til anvendelse «når det utstedes lisenser som gjelder en søknad eller rettighet som er pantsatt etter §§ 4-11 eller 4-13», jf. panteloven § 4-15. Kreditorbeslag faller derimot utenfor. Dette er ingen frivillig rettsstiftelse.⁸⁶³

Selv om det ikke uttrykkelig fremgår av ordlyden i panteloven § 1-11, må det være en forutsetning for avhendelse av en særskilt pantsatt immaterialrettighet, at den aktuelle rettsstiftelsen får prioritet bak den særskilte panteretten.⁸⁶⁴ Dersom avhendelse uten videre skulle fått første prioritet, ville panteloven § 1-11 første ledd representert et så vesentlig risikoelement for panthaver, at panterettigheter ikke lenger ville vært hensiktsmessige midler for kredittsikring. En slik tolkning av bestemmelsen ville derfor vært i strid med panterettens kredittskapende formål. Hovedregelen er derfor et panteretten følger panteobjektet dersom det omsettes. Denne tolkningen støttes også av pantelovens forarbeider:

«Ved pantsetting er panthaverens sikkerhet knyttet til pantet på den måte at han får rett til å ta dekning i pantet for sitt krav hvis det ellers ikke oppfylles. Denne rett følger pantet uansett hvem som eier det. Fra panthaverens side sett skulle det derfor

⁸⁶⁰ Flere forslag til hvordan slike spørsmål kan løses gjennom forhåndsavtaler er gitt hos Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 158–209.

⁸⁶¹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 25 og 45.

⁸⁶² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 49.

⁸⁶³ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 150.

⁸⁶⁴ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 149, og forutsetningsvis også Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 365–366. Det samme er forutsatt hos Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 49–50.

ikke være noe vesentlig å innvende mot at pantet avhendes, idet retten til å ta dekning i pantet består like fullt.»⁸⁶⁵

Dersom pantsetter har behov for å kunne utstede lisenser med prioritet foran en særskilt panterett, bør panteavtalen inneholde mekanismer som gjør dette mulig, for eksempel ved at pantøver gir et forhåndssamtykke til prioriterte lisensutstedelser innenfor visse rammer, slik at hver enkelt lisens ikke behøver særskilt samtykke.⁸⁶⁶ Uten slikt avtalegrunnlag kan en senere avhendelse bare fortrenge en eldre særskilt panterett dersom dette følger av reglene om ekstinksjon.⁸⁶⁷

På sikringsstadiet har pantsetter «rett til å bruke pantet på vanlig måte med mindre annet er avtalt», jf. panteloven § 1-7 første ledd. I forlengelse av denne bruksretten, følger det også en rett for pantsetter til «avkastning av pantet», jf. panteloven § 1-6 første ledd. For immaterialrettigheter knytter slik avkastning seg gjerne til lisensinntekter. Krav på lisensinntekter som oppstår på sikringsstadiet tilfaller pantsetter direkte, etter hvert som kravene forfaller til betaling, såfremt ikke noe annet er avtalt. Pantsetters rett til å bruke panteobjektet i sikringsperioden, samt til å motta avkastning, er underbygget av tungtveiende reelle hensyn. Sjur Brækhus har beskrevet dette slik:

«Fra et økonomisk perspektiv er dette et helt avgjørende forhold. I Næringslivet er fortsatt bruksrett en absolutt nødvendighet. Bare hvor bedriften får utnytte det pantsatte produksjonsanlegget med maskiner og råvarer m.m., blir det mulig å gjøre den innskutte kapital inntektsbringende, og dermed å skaffe midler til å betale renter og avdrag på pantegjelden. Eierens rett til å bruke pantet er for så vidt helt vesentlig i et realkreditsystem som skal tjene næringslivet.»⁸⁶⁸

Utnyttelse av pantsatte immaterialrettigheter i sikringsperioden kan, på samme måten som utnyttelsen av et fysisk produksjonsanlegg, være nødvendig for å skaffe inntekter. Den aktuelle produksjonen kan for eksempel benytte en patentert fremgangsmåte, eller produktene som produseres kan være patenterte oppfinnelser. De hensynene som begrunner pantsetters rett til å bruke fysiske panteobjekter på sikringsstadiet, gjør seg tilsvarende gjeldende for pantsetters rett til å bruke pantsatte immaterialrettigheter.

⁸⁶⁵ Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 94.

⁸⁶⁶ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsattelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 50.

⁸⁶⁷ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 149. Mer om ekstinksjonsreglene i kapittel 6 nedenfor.

⁸⁶⁸ Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 373. Se også side 375.

Pantsetters bruksrett består helt frem til tvangsfullbyrdelse er satt i gang, så lenge ikke noe annet er avtalt, jf. panteloven § 1-7 første ledd og § 4-17 første ledd første punktum, jf. tvangsfullbyrdsloven § 1-3 andre ledd siste punktum.⁸⁶⁹ Mislighold og varsel om tvangsinn drivelse er ikke uten videre tilstrekkelig til at bruksretten bortfaller.⁸⁷⁰

Så lenge det er tale om bruk «på vanlig måte», må panthaver normalt finne seg i at bruken medfører en viss verdireduksjon av pantet.⁸⁷¹ Om pantsetter for eksempel slutter å markedsføre en patentert oppfinnelse, og det aktuelle patentet er pantsatt, vil verdien av pantet kunne bli redusert etter en viss tidsperiode. Panthaver kan imidlertid ikke tvinge pantsetter til å fortsette markedsføringen av den aktuelle oppfinnelsen, såfremt partene ikke har avtalt dette.

Bruksretten gjelder ikke uten begrensninger. Pantsetter kan bare bruke panteobjektet «på vanlig måte», jf. panteloven § 1-7 første ledd. I dette ligger først og fremst en plikt til å avstå fra positive disposisjoner som kan forringe verdien av pantet.⁸⁷² For immaterialrettighetene vil dette blant annet innebære et forbud mot å gi avkall på en pantsatt immaterialrettsposisjon, men dette er allerede oppstilt som en særskilt forfallsgrunn i panteloven § 4-16 tredje ledd. Den begrensningen som ligger i at pantsetter bare kan bruke panteobjektet «på vanlig måte», har nok derfor begrenset selvstendig betydning for immaterialrettighetene.

Ifølge panteloven § 1-7 andre ledd plikter pantsetter «å sørge for forsvarlig stell og vedlikehold av pantet, slik at panthaverens sikkerhet ikke blir redusert». Selv om ordlyden i panteloven § 1-7 andre ledd krever at panthaverens sikkerhet ikke må bli redusert, kan ikke dette gjelde absolutt. En viss verdireduksjon må panthaver finne seg i.⁸⁷³ Pantsetter må likevel ta visse hensyn til panthaverinteressen i hele sikringsperioden. Ifølge Sivillovbokutvalet må det kreves «ei objektiv forsvarleg åtferd» fra pantsetter.⁸⁷⁴ Hva som ligger i dette, vil variere ut fra hva slags formuesgode det er tale om.⁸⁷⁵ Ordlyden i § 1-7 andre ledd passer imidlertid ikke særlig godt for immaterialrettigheter. Fysisk «stell og vedlikehold» er ikke aktuelt for slike rettsposisjoner. Et visst faktisk vedlikehold kan gjøres gjennom markedsføring og lignende, men i all hovedsak er det rettslig vedlikehold som er viktigst. Først og fremst består slikt rettslig vedlikehold i formelt å opprettholde de pantsatte immaterialrettsposisjonene. Pantsetter må

⁸⁶⁹ Mer om tvangsfullbyrdelse i punkt 3.7 ovenfor.

⁸⁷⁰ Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 378.

⁸⁷¹ Jf. NUT 1970: 2 side 55.

⁸⁷² Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 379.

⁸⁷³ Jf. NUT 1970: 2 side 55 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 240.

⁸⁷⁴ Jf. NUT 1970: 2 side 55.

⁸⁷⁵ Jf. NUT 1970: 2 side 55.

blant annet ha plikt til å betale registreringsavgift for å hindre at rettighetene bortfaller. Bortfall er imidlertid gjort til en særskilt forfallsgrunn i panteloven § 4-16 første og andre ledd. Vedlikeholdsplikten i panteloven § 1-7 andre ledd har nok derfor begrenset selvstendig betydning for pantsetters plikt til å hindre bortfall.

Vedlikeholdsplikten i panteloven § 1-7 andre ledd kan derimot gi grunnlag for en plikt for pantsetter til å forsvare den pantsatte immaterialrettigheten mot inngripende eller angripende tredjeparter. Inngripende tredjeparter er tredjeparter som utfører handlinger som representerer inngrep i den pantsatte rettsposisjonen, mens angripende tredjeparter er tredjeparter som angriper rettsposisjonen med søksmål om ugyldighet, overføring eller tvangslisens. Her kan det trekkes paralleller til den omsorgsplikten en rettighetshaver blir underlagt dersom han lisensierer bort en immaterialrettighet. Det er antatt at en lisensgiver normalt blir forpliktet til å opprettholde lisensierte patenter, på samme måte som pantsetter blir forpliktet til å opprettholde pantsatte patenter.⁸⁷⁶ I lisenssituasjoner har lisensgiver normalt også en plikt til å påtale eventuelle patentinngrep så snart de oppdages.⁸⁷⁷ Det samme gjelder antakelig i pantsattelsessituasjoner. Dersom en tredjepart urettmessig begynner å produsere, markedsføre og selge en patentert oppfinnelse, og patentet er pantsatt, kan inngriperen etter hvert oppnå en befestet markedsposisjon om ikke inngrepet stoppes. Dette kan redusere verdien av det pantsatte patentet, og pantsetter er nok derfor forpliktet til å forfølge slike inngrep. Patentloven § 64 første ledd andre punktum forutsetter i tillegg at panthaver selv kan reise søksmål om inngrep i et pantsatt patent.

Panteloven § 1-7 andre ledd forplikter antakelig også pantsetter til å forsvare et pantsatt patent overfor tredjepersoner som angriper patentet med søksmål om ugyldighet, overføring eller tvangslisens. Den som reiser slikt søksmål skal for øvrig varsle eventuelle særskilte panthavere, jf. patentloven § 64 første ledd. Panthaver skal også varsles om begjæring om administrativ overprøving av et pantsatt patent, jf. patentloven § 52b fjerde ledd andre punktum. Denne plikten påhviler ikke pantsetter, men den som begjærer slik overprøving.

Dersom en særskilt pantsatt immaterialrettighet faller bort eller blir overført til en annen, bortfaller også panteretten, jf. panteloven § 4-16 andre ledd. Dette gjelder uavhengig av om bortfallet skyldes ugyldighet, unnlatt betaling av årsavgift eller andre former for bortfall. Det

⁸⁷⁶ Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 176.

⁸⁷⁷ Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 176.

samme gjelder for pantsatte lisenser, jf. panteloven § 4-16 femte ledd. Ved ugyldighet anses imidlertid rettigheten som bortfalt først når en avgjørelse om å sette rettigheten til side er blitt rettskraftig.⁸⁷⁸

Hovedregelen ved bortfall av særskilt panterett i immaterialrettigheter er at panthaver kan kreve at pantkravet blir innfridd. Slik innfrielse kan imidlertid ikke kreves før panthaver har gitt «eieren og pantsetteren varsel med en rimelig frist til å rette på forholdet, dersom det ikke er forbundet med fare å vente», jf. panteloven § 1-9 tredje ledd, jf. § 4-16 siste ledd. Det er selvfølgelig ingenting i veien for at partene velger å fortsette kredittforholdet selv om en panterett bortfaller. Dette kan for eksempel være aktuelt dersom pantet var en del av en større sikkerhetspakke, hvor de gjenværende panteobjektene fortsatt antas å gi tilstrekkelig sikkerhet. Reglene i panteloven § 4-16 må således anses som deklarasjon. Dette samsvarer best med panterettens kredittskapende formål.

Dersom pantsetter uten panthavers samtykke gir avkall på en særskilt pantsatt immaterialrettighet, vil ikke den aktuelle immaterialrettigheten bortfall før også panteretten har bortfalt, jf. henholdsvis patentloven § 54 andre ledd og planteforedlerloven § 15 andre ledd. Det utgjør således ingen risiko for panthaver dersom pantsetter i sikringsperioden gir avkall på en særskilt pantsatt immaterialrettighet. Både panteretten og immaterialrettigheten består. Panteloven § 4-16 tredje ledd sier likevel at panthaver kan kreve pantkravet innfridd dersom pantsetter gir avkall på en særskilt pantsatt immaterialrettighet uten at panthaveren har samtykket til det. Ifølge forarbeidene representerer avkall «et slikt brudd på lojalitetsplikten» pantsetter har overfor panthaver, «at panthaveren bør ha rett til å kreve at pantkravet blir innfridd».⁸⁷⁹

4.6 SPØRSMÅLET OM SÆRSKILT PANTSETTELSE AV VAREMERKER

4.6.1 Lund-utredningen anbefalte ingen særskilt pantsettelsesadgang

Et av mandatene til Lund-utredningen var å vurdere spørsmålet om det burde åpnes for særskilt pantsettelse av varemerker, samt å utarbeide et lovforslag med regler om slik pantsettelse. I utredningen ble det anbefalt at en særskilt pantsettelsesadgang for varemerker ikke burde innføres.⁸⁸⁰ Begrunnelsen var følgende:

⁸⁷⁸ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 46.

⁸⁷⁹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 46.

⁸⁸⁰ I tråd med oppdraget utarbeidet likevel utreder et alternativt lovforslag som også åpnet for særskilt pantsettelse av designrett og varemerkerett, men dette ble ikke fulgt opp av departementet.

«Når utreder ikke vil anbefale at det innføres adgang til særskilt pantsettelse av kjennetegnsrett, skyldes det vesentlig overlappene og det øvrige samspillet mellom forskjellige kjennetegn og kjennetegnsrettigheter (herunder kjennetegnsrettigheter som ikke kan avhendes) og vanskelighetene forbundet med å benytte kjennetegnsrett som er basert på innarbeidelse, ikke på registrering (eller søknad om registrering) som særskilt pant. Men også forholdet mellom kjennetegnsrettigheter og annet driftstilbehør, herunder forekomsten av overlapp med andre immaterialrettigheter, og visse særtrekk som kjennetegnsrettighetene har sammenholdt med de øvrige immaterialrettighetene, er av betydning her.»⁸⁸¹

Utredningen nevner først problemer knyttet til overlapp og samspill mellom forskjellige kjennetegn og kjennetegnsrettigheter, herunder rettigheter som ikke kan avhendes. Med samspillet mellom varemerker og kjennetegnsrettigheter som ikke kan avhendes, menes samspillet mellom varemerker og foretaksnavn eller personnavn. Dette er imidlertid et problem som gjør seg gjeldende i like stor grad for driftstilbehørspantsettelse. Foretaksnavn og personnavn inngår ikke i pantsetters driftstilbehør, men dette har likevel ikke begrenset adgangen til å pantsatte varemerker som del av et driftstilbehørspant.

Med samspillet mellom varemerker og andre kjennetegnsrettigheter menes samspillet mellom registrerte varemerker, uregistrerte varemerker og sekundære forretningskjennetegn. Problemet her er at en fornuftig pantsettelsesordning bare kan etableres for registrerte varemerker, ettersom det bare er her registrering er egnet som rettsvernsakt. Utnyttelse av et registrert varemerkene kan imidlertid være avhengig av samtidig utnyttelse av uregistrerte varemerker eller sekundære forretningskjennetegn. Etter at et pantsatt varemerke er realisert, kan utnyttelse hindres av at pantsetter fortsatt er rettighetshaver for overlappende kjennetegnsrettigheter. Lund-utredningen drøftet flere mulige løsninger på dette problemet, men kom likevel til at en særskilt pantsettelsesadgang ikke burde innføres.⁸⁸²

4.6.2 Særlig om forholdet mellom varemerkeretten og en virksomhets «goodwill»

Lund-utredningen viste også til problemer knyttet til varemerkene særpreg som immaterialrettsposisjon. Det ble ikke vist til noen konkrete særegenheter. Antakelig gjaldt det varemerkene opprinnelsesgarantifunksjon, som knytter merkene tett sammen med en virksomhets

⁸⁸¹ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 84.

⁸⁸² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 91–95.

«goodwill».⁸⁸³ Men «goodwill» menes en næringsdrivendes status, markedsposisjon eller omdømme.⁸⁸⁴ «Goodwill» beskrives gjerne som det renommé en omsetningskrets tillegger en virksomhet og dens varer, tjenester og kjennetegn.⁸⁸⁵ Slik «goodwill» vil sjelden ha selvstendig formuesverdi.⁸⁸⁶ Selv om mange selskapers «goodwill» er regnskapsført med svært høye verdier, representerer ikke dette uten videre en omsetningsverdi. Regnskapsmessig er «goodwill» bare «differansen mellom anskaffelseskost ved kjøp av en virksomhet og virkelig verdi av identifiserbare eiendeler og gjeld i virksomheten», jf. regnskapsloven § 5-7. Her blir begrepet brukt som en samlebetegnelse for alle ikke-identifiserbare immaterielle verdier i en virksomhetsoverdragelse.⁸⁸⁷ «Goodwill» vil derfor som regel være uløselig knyttet til virksomheten som sådan, og kan ikke uten videre omsettes uavhengig av denne. Omsetning av «goodwill» skjer gjerne ved fullstendige virksomhetsoverdragelser.

Markedsverdien av «goodwill» kan også være avhengig av bestemte kommunikasjonsmidler beskyttet av varemerkerettigheter.⁸⁸⁸ Når et varemerke overdras uavhengig av en virksomhet, kan båndet mellom merket og den underliggende «goodwill» brytes. Dersom et varemerke er pantsatt særskilt, og panteretten skal realiseres, kan en erverver ende opp med å erverve kun varemerket, og ikke den «goodwill» merket knytter seg til. Erververens bruk av varemerket kan da lett bli villedende for allmennheten, ettersom varemerket ikke lenger representerer den opprinnelsesgarantien som allmennheten kan ha forventninger om. Bruk av varemerket kan i så fall bli rammet av forbudet mot villedende varemerker i varemerkeloven § 10 første ledd. I slike tilfeller vil varemerket fort bli verdiløst.⁸⁸⁹ Dette var grunnen til at varemerker tidligere bare kunne overdras sammen med merkehaverens øvrige virksomhet. Ved selvstendig overdragelse av varemerker vil det alltid være en viss risiko for at varemerkeretten tapes på den nye innehavers hånd, såfremt vedkommende ikke erverver det aktuelle merket i forbindelse

⁸⁸³ Dette nevnes også senere i Lund-utredningen, jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 87.

⁸⁸⁴ Se Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 505).

⁸⁸⁵ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 17. Lignende Tore Lunde, *God forretningsskikk næringsdrivende imellom*, Bergen 2001 side 304.

⁸⁸⁶ Se NUT 1970: 2 side 84 og Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 17.

⁸⁸⁷ Jf. NOU 1995: 30 side 207–208 og Ot.prp. nr. 42 (1997–1998) side 128–129.

⁸⁸⁸ Se Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 510).

⁸⁸⁹ Problemstillingen er ikke unik for norsk rett. Dette er et generelt problem ved pantssettelse av varemerker, jf. Anjanetta H. Raymond, «Use of Intellectual Property as Collateral in Secured Financing: Practical Concerns» i Dennis Campbell (red.), *The Comparative Law Yearbook of International Business*, 2010, vol. 31, side 525–542 (på side 538).

med en forretningsoverdragelse.⁸⁹⁰ På samme måte kan varemerkeretten gå tapt hos en opprinnelig rettighetshaver, såfremt han overdrar en forretning uten samtidig å overdra tilhørende varemerker.⁸⁹¹ Dette gjør særskilt pantsettelse problematisk.

4.6.3 Nærmere om forslaget om å åpne for særskilt pantsettelse

Departementet var i utgangspunktet enig med forslaget i Lund-utredningen om ikke å innføre en adgang til særskilt pantsettelse av varemerker.⁸⁹² I etterkant kom EUs nye varemerke-direktiv. Artikkel 23 første ledd krever en adgang til frivillig pantsettelse av registrerte varemerker, uavhengig av virksomheten som innehar varemerkene. Pantsettelsesadgangen skal ifølge artikkel 26 også gjelde varemerkesøknader. Direktivet krever at slike pantsettelse skal kunne registreres i Varemerkeregisteret, jf. artikkel 23 andre ledd. Den norske ordningen med driftstilbehørspant oppfyller ikke kravet om en pantsettelsesadgang uavhengig av virksomheten. Justisdepartementet mener Lund-utredningens motforestillinger mot å åpne for særskilt pantsettelse av varemerker fortsatt gjør seg gjeldende, men mener samtidig at det nå vil være hensiktsmessig å følge direktivet:

«Det nye varemerkedirektivet krever (...) at statene skal åpne adgang til å stille registrerte varemerker og varemerkesøknader som sikkerhet, og at man åpner for utlegg og annen separat tvangsforfølgning. En slik adgang eksisterer allerede både i Danmark og Sverige. Når direktivet nå innebærer at en adgang til å gjøre varemerket til særskilt sikkerhetsobjekt og gjenstand for utlegg må innføres også her i landet, kan dette oppfattes som attraktivt ved at norske rettighetshavere og kreditorer dermed kommer i en like god stilling med hensyn til å benytte varemerker som sikkerhetsobjekter som ellers i EU/EØS.»⁸⁹³

Departementet har derfor utarbeidet et høringsnotat der de foreslår endringer i panteloven og varemerkeloven for å gjennomføre direktivet.⁸⁹⁴ Høringsfristen gikk ut 14. desember 2018. Det kom få kommentarer til forslagene om nye regler om særskilt pantsettelse. Lovendringsprosessen avventer imidlertid at det nye varemerkedirektivet gjøres til del av EØS-avtalen. Dette avhenger av vedtak i EØS-komiteen. Slikt vedtak foreligger foreløpig ikke. EØS-landene blir derfor forsinket i implementeringen av det nye varemerkedirektivet sammen-

⁸⁹⁰ Se NUT 1968: 1 side 21.

⁸⁹¹ Se NUT 1968: 1 side 21.

⁸⁹² Se Prop. 101 L (2013–2014) side 19 og 37.

⁸⁹³ Høringsnotat 18/2638 side 63.

⁸⁹⁴ Se høringsnotat 18/2638.

lignet med EU-landene. Justisdepartementet forventer et vedtak fra EØS-komiteen i løpet av 2019.

Direktivet krever bare at statene åpner for særskilt pantsettelse av varemerker og varemerkesøknader. Det stilles derimot ingen krav til det nærmere innholdet i de nasjonale reglene som gjennomfører dette.⁸⁹⁵ Medlemslandene står relativt fritt til å utforme regler om fremgangsmåten for pantsettelse, det nærmere innholdet i panteretten, samt regler om rettsvern og realisasjon.⁸⁹⁶ Direktivet krever heller ingen pantsettelsesadgang for innarbeidede varemerker.

Forslaget til nye regler om særskilt pantsettelse av varemerker er i all hovedsak lagt opp på samme måte som reglene om særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter.⁸⁹⁷ Det er foreslått en ny bestemmelse i panteloven § 4-15 med følgende ordlyd:

«Rett til registrert varemerke som gjelder her i riket, kan pantsettes. Det samme gjelder

- a) nasjonal varemerkesøknad som er innført i varemerkeregisteret
- b) internasjonal varemerkeregistrering som er gitt virkning i Norge etter varemerkeloven § 70, og som er innført i varemerkeregisteret
- c) overdragelig avtalelisens som er registrert i varemerkeregisteret

Hvis en pantsatt varemerkesøknad eller varemerkeregistrering deles, eller hvis et varemerke i en pantsatt søknad skilles ut i en ny søknad, omfattes også avdelte eller utskilte søknader eller registreringer av panteretten.

Når et varemerke blir registrert på grunnlag av en pantsatt varemerkesøknad, blir varemerkeregistreringen omfattet av panteretten istedenfor søknaden.»

Departementet forslår ikke å åpne for særskilt pantsettelse av innarbeidede varemerker, ettersom det her vil være «mindre klarhet knyttet til gjenstanden for pantet».⁸⁹⁸ I den grad et registrert varemerke også er vernet ved innarbeidelse, har departementet imidlertid uttalt at

⁸⁹⁵ Jf. høringsnotat 18/2638 side 63.

⁸⁹⁶ Jf. høringsnotat 18/2638 side 63.

⁸⁹⁷ Se høringsnotat 18/2638 side 63.

⁸⁹⁸ Se høringsnotat 18/2638 side 63.

innarbeidelsesvernet også skal inngå i pantsettelsen.⁸⁹⁹ Det samme skal ifølge departementet gjelde dersom et registrert varemerke også er vernet som sekundært forretningskjennetegn. Det er ikke foreslått noen lovfesting av regelen om at slike rettigheter skal følge med ved særskilt pantsettelse. Antakelig er det nok likevel grunnlag for at innarbeidede varemerker og sekundære forretningskjennetegn kan følge med på ulovfestet grunnlag, noe jeg drøfter nærmere i punkt 7.7.

4.6.4 Kort om utleggspant

Direktivets artikkel 24 første ledd krever i tillegg at varemerker og varemerkesøknader skal kunne gjøres til gjenstand for særskilt tvangsfullbyrdelse, det vil si utlegg og arrest. Ifølge andre ledd skal også slike rettsstiftelser kunne anmerkes i Varemerkeregisteret. Varemerkeloven § 55 forbyr i dag utlegg og annen separat tvangsfølgning fra fordringshaverne. Dette forbudet er foreslått opphevet for registrerte varemerker, men foreslås videreført for innarbeidede varemerker.⁹⁰⁰

Å åpne for utleggspant i varemerker kan være hensiktsmessig. Varemerker kan være svært verdifulle, og således utgjøre attraktive dekningsobjekter for kreditorene. Uten en adgang til utleggspant, blir kreditorene oppfordret til å begjære konkurs dersom de ønsker at en varemerkerett skal gå til dekning. Konkurs er imidlertid både mer inngripende og mer ressurskrevende enn utlegg.⁹⁰¹ En adgang til å ta utleggspant i varemerker kan således bidra til at dekningen foregår på mindre inngripende og mer ressursbesparende måter.

4.7 BEGRENSET ADGANG TIL SÆRSKILT PANTSETTELSE

Ingen andre immaterialrettigheter enn patenter og planteforedlerrettigheter kan pantsettes særskilt. Immaterialrettigheter som design-, opphavs-, kretsmønster- og innarbeidet varemerkerett kan ikke pantsettes på denne måten. Adgangen til særskilt pantsettelse av immaterielle rettigheter er betydelig begrenset. En viss utvidelse vil imidlertid skje når det blir gitt adgang til særskilt pantsettelse av registrerte varemerkerettigheter.

⁸⁹⁹ Se høringsnotat 18/2638 side 63 og 189. Lignende løsninger ble foreslått hos Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 93.

⁹⁰⁰ Se høringsnotat 18/2638 side 64.

⁹⁰¹ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 203.

For kretsmønsterrettigheter ble det i Lund-utredningen antatt at det bare var et minimalt behov for en særskilt pantsettelsesadgang.⁹⁰² Det ble også fremhevet usikkerhetsmomenter knyttet til kretsmønsterrettigheters eksistens, samt generelle utfordringer knyttet til det å finne en tilfredsstillende ordning for å identifisere uregistrerte immaterialrettigheter som panteobjekter.⁹⁰³ Her ville det også vært problematisk å finne en hensiktsmessig rettsvernsakt. Når behovet for særskilt pantsettelse av kretsmønsterrett fremstår som minimalt, ville det nok vært uforholdsmessig ressurskrevende å etablere et tilfredsstillende system for slik pantsettelse.

Spørsmålet om særskilt pantsettelse av opphavsrettigheter ble også drøftet i Lund-utredningen. Det ble ikke anbefalt at opphavsrettigheter skulle kunne pantsettes særskilt, noe departementet sluttet seg til. Begrunnelsen var blant annet erfaringer fra Danmark, der den særskilte pantsettelsesadgangen for opphavsrettigheter er lite benyttet i praksis.⁹⁰⁴ Det ble fremhevet at en ervervet opphavsrett ikke kan videreoverdras uten samtykke fra original opphaver, og at en erververs utnyttelse av et åndsverk normalt nødvendiggjør visse endringer som også krever opphaverens samtykke.⁹⁰⁵ Videre ble det pekt på at pantsettelse av fordringer som springer ut av lisensavtaler knyttet til opphavsrettigheter, gjerne vil være en mer hensiktsmessig ordning enn særskilt pantsettelse av opphavsrettigheter som sådan.⁹⁰⁶

Den begrunnelsen Lund-utredningen gir for at opphavsrettigheter ikke bør kunne pantsettes særskilt, er i stor grad bygget på hypotetiske vurderinger av visse typer opphavsrettigheters egnethet som sikringsobjekt. Her hadde det nok vært mer hensiktsmessig å overlate til finansaktørene som vurderer å yte kreditt sikret med panterett i opphavsrett, å ta stilling til hvorvidt eventuelle særproblemer knyttet til en opphavsrett medfører at rettigheten ikke er egnet som sikringsobjekt.

Når særskilt pantsettelse av opphavsrettigheter ikke godtas i norsk rett, er det nok snarere fordi ingen har funnet en hensiktsmessig ordning for etablering av rettsvern for slik pantrett.⁹⁰⁷ Rettsvern kan tradisjonelt etableres på tre ulike måter: Besittelsesoverføring, notifikasjon (melding til tredjemann) eller registrering. Ettersom opphavsrettigheter ikke knytter

⁹⁰² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 100–101.

⁹⁰³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 101.

⁹⁰⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 104.

⁹⁰⁵ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 104.

⁹⁰⁶ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 105.

⁹⁰⁷ Se for eksempel Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 324. Her fremheves det at det er vanskelig å se for seg hva en eventuell rettsvernsakt for særskilt pant i uregistrerbare immaterialrettigheter skal gå ut på.

seg til noe fysisk objekt, er besittelsesoverføring umulig. Notifikasjon har heller ikke blitt ansett som noe alternativ, ettersom det ikke finnes noen aktuell tredjemann å notifisere.⁹⁰⁸ Ifølge Lund-utredningen måtte rettsvern blitt etablert ved registrering i Løsøreregisteret.⁹⁰⁹ Dette ville imidlertid medført en del utfordringer knyttet til beskrivelse av panteobjektet.⁹¹⁰ I tillegg ville løsningen nødvendiggjort en utbygning og tilpasning av registeret. Dette nevnes ikke i lovforarbeidene, men kostnadene til slik utbygning er trolig ikke forholdsmessige sett opp mot fordelene som oppnås gjennom en adgang til særskilt pantssettelse av opphavsrettigheter.⁹¹¹ Dette er nok hovedgrunnen til at det ikke finnes noen adgang til særskilt pantssettelse av opphavsrettigheter i norsk rett.

Situasjonen er annerledes for designrettigheter. Ettersom designrett bare kan oppnås ved registrering, finnes det allerede et register som ville vært egnet til identifisering av designrettigheter som panteobjekter, samt egnet som rettsvernsregister. Likevel ble det i Lund-utredningen trukket frem egenskaper ved designrettigheter som ifølge utreder gjorde rettighetene uegnet som særskilte panteobjekter. For det første ble det trukket frem at registrering av design skjer etter prøving av bare noen av vilkårene for beskyttelse.⁹¹² Den presumsjonen en designregistrering skaper for at gyldig designrett foreligger, er således betydelig svakere enn den presumsjonen en patentregistrering skaper for at gyldig patent foreligger. Panthaver kan sjelden være sikker på om en designrett faktisk eksisterer og kan tjene som panteobjekt. Lund-utredningen fremhevet i tillegg at designretten ofte kan overlape med andre immaterialrettigheter, noe som ifølge utreder medfører betydelige komplikasjoner knyttet til særskilt pantssettelse.⁹¹³

En adgang til særskilt pantssettelse av samtlige immaterialrettigheter ville gitt større fleksibilitet i regelverket. Driftstilbehørspantet gir ikke rom for spesialtilpasninger. Med den snevre adgangen til særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter som finnes i norsk rett, blir regelverket lite tilpassningsdyktig for de konkrete behovene partene i en panteavtale kan ha. Dette er ikke i tråd med anbefalingene fra UNCITRAL, som har fleksibilitet som et viktig formål:

⁹⁰⁸ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 33 og Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som creditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 55.

⁹⁰⁹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 47.

⁹¹⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 46.

⁹¹¹ Se NU 1963: 6 side 289, samt Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som creditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 55.

⁹¹² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 73.

⁹¹³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 73.

«The goals and purposes being pursued by debtors and creditors in modern economies are extremely diverse and are often specific to particular parties. The secured transactions regime should provide maximum flexibility for parties to tailor their security agreements to meet their precise needs. Mandatory rules governing their respective rights prior to default should be kept to a minimum. At the same time, where States enact other legislation aimed at, for example, consumer protection, the secured transactions regime should respect such legislation.»⁹¹⁴

UNCITRAL har riktignok fremhevet at nasjonal rett kan være bygget på andre hensyn, og at dette kan føre til at fleksibiliteten må vike. Dette er imidlertid ikke fullt ut tilfellet for norsk rett. Tvert imot formulerte forfatteren av Lund-utredningen følgende målsetning for utredningsarbeidet:

«Det er ikke bare spørsmål om å få bedre uttelling for immaterialrettigheter i finansieringssammenheng. Det er også ønskelig å oppnå større elastisitet ved lånefinansiering, slik at den best mulig kan tilpasses det konkrete tilfellet.»⁹¹⁵

Her tar utreder langt på vei sikte på å oppnå et mer fleksibelt pantsettelsesregelverk, på lignende måte som det som er anbefalt av UNCITRAL. Målsetningen synes ikke å ha blitt realisert. Norsk panterett er fortsatt relativt restriktiv. Hensynet til panterettens effektivitet og kredittskapende virkning synes å ha blitt tilsidesatt til fordel for andre hensyn. Det virker imidlertid ikke som om lovgiver er særlig konsekvent på hvilke hensyn som tillates å begrense panterettens effektivitet. Tradisjonelt var det hensynet til usikrede kreditorer og forsvarlig bobehandling som begrunnet en restriktiv pantsettelsesadgang. Det er imidlertid ikke disse hensynene som ligger til grunn for at ikke design- og opphavsrettigheter kan pantsettes særskilt. Her virker det i stedet som om praktiske hensyn, overlappsproblemer og hypotetiske egnethetsvurderinger har fått gjennomslag.

Det er imidlertid viktig å påpeke at hensynet til overlapp ikke bare taler for en restriktiv pantsettelsesadgang. Slik jeg ser det, taler dette sterkere i retning av at pantsettelsesadgangen bør være mer fleksibel, slik at eventuelle overlappsproblemer kan løses i panteavtalen. Hvordan overlappsproblemer kan løses i det eksisterende regelverket, drøftes nærmere i kapittel 7. Poenget i denne omgangen, er at det ikke synes å foreligge en særlig god

⁹¹⁴ UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 21–22.

⁹¹⁵ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 38.

begrunnelse for den restriktive adgangen til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter etter norsk rett. Særlig når det tas hensyn til at målsetningen med innføringen av en adgang til særskilt pantsettelse var å oppnå større elastisitet ved lånefinansiering, er det vanskelig å forstå hvorfor det ikke i det minste ble gitt adgang til særskilt pantsettelse av designrettigheter.

Når norsk panterett er uformet både med sikte på å etablere effektive og fleksible regler for kredittsikring, men samtidig søker å opprettholde en restriktiv pantsettelsesadgang basert på varierende begrunnelser, gjør dette at regelverket blir bygget opp omkring motstridende hensyn, og således kan føre til inkonsekvente løsninger. UNCITRAL har fremhevet at dette sjelden fører til vellykkede resultater:

«Over the years, States have used secured transactions law or, more generally, the law of security in movable assets to advance an array of often-conflicting social and economic policies. The regimes they have enacted, or have permitted to develop by practice and judicial decision, have typically achieved a reconciliation of these various goals in an ad hoc way. Occasionally, these regimes have done so effectively, but often they contain inconsistent or contradictory elements that undermine their effectiveness. Likewise, in many States reformed secured transactions regimes permit the expansion of secured credit, but do so in inefficient ways that do not really advance all the social and economic policies States seek to pursue. These problems of ineffectiveness and inefficiency are frequently as much a part of the law of States with mature commercial economies as the law of States that are in the process of developing such economies. They are also present even in the law of some States that have only recently amended their secured transactions regimes.»⁹¹⁶

Norge representerer nok et slikt land der panteretten bygger på til dels inkonsekvente og selvmotsigende elementer, som kan føre til ineffektivitet. Når særskilt pantsatte immaterialrettigheter kan overlappe med immaterialrettigheter det ikke er adgang til å pantsette på samme måte, kan dette i verste fall føre til sikringsarrangementer preget av uforutsigbarhet og skjult risiko. Dette kunne vært unngått dersom adgangen til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter hadde vært videre enn den er i dag.

⁹¹⁶ UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 18–19.

5 PANTSETTELSE AV IMMATERIALRETTIGHETER SOM DRIFTSTILBEHØR

5.1 INNLEDNING

De fleste immaterialrettigheter kan inngå som del av et driftstilbehørspant. Dette gjelder også patenter og planteforedlerrettigheter, selv om det finnes en parallell adgang til særskilt pantsettelse av disse. De to alternativene etablerer et tosporet system for pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter. Dette systemet skiller seg fra de fleste andre formuesgodene som kan inngå i et driftstilbehørspant.⁹¹⁷ I Lund-utredningen ble det opprinnelig foreslått at immaterialrettigheter som det ble adgang til å pantsette særskilt, ikke lenger skulle omfattes av driftstilbehørspantet.⁹¹⁸ Dette ble begrunnet hovedsakelig ut fra praktiske hensyn. Den anbefalte løsningen hindret kollisjon mellom særskilte panterettigheter og driftstilbehørspant, samt at den samsvarte med den løsningen som var valgt for andre formuesgoder det er adgang til å underpantsette på annen måte enn gjennom driftstilbehørspant.⁹¹⁹ UNCITRAL har på lignende måte anbefalt at det bare bør gjelde ett bestemt pantsettelsessystem, fremfor et mangfold av ulike sikringsmekanismer.⁹²⁰ Dette kan ifølge UNCITRAL bidra til å gjøre pantsettelse så enkelt og effektivt som mulig.

På den annen side fremhevet Lund-utredningen betydelige ulemper knyttet til den anbefalte løsningen. Det ble særlig trukket frem at løsningen hindrer samlet realisasjon av driftstilbehøret.⁹²¹ En virksomhets driftstilbehør har oftest størst verdi dersom det avhendes samlet, ettersom virksomheten da kan videreføres som et såkalt «going concern». Ettersom en virksomhets produksjonsutstyr kan være spesiallaget eller særlig tilpasset til bruk i forbindelse med utnyttelse av visse immaterialrettigheter, vil samlet realisasjon av et driftstilbehørspant

⁹¹⁷ Det er ingen andre formuesgoder enn patenter, supplerende beskyttelsessertifikater og planteforedlerrettigheter som kan inngå i et driftstilbehørspant, samtidig som det eksisterer en adgang til særskilt underpantsettelse. De øvrige formuesgodene kan enten bare pantsettes særskilt ved håndpant i henhold til panteloven § 3-2 første ledd første punktum, eller kan ikke pantsettes særskilt overhodet (slik som for eksempel opphavsrettigheter).

⁹¹⁸ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 59.

⁹¹⁹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 56.

⁹²⁰ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 20.

⁹²¹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 56.

kunne forutsette at bestemte immaterialrettigheter følger med.⁹²² Utredningen fremhevet også at immaterialrettigheter ikke er utskiftbare, i motsetning til de fleste andre formuesgoder som inngår i et driftstilbehørspant. Rettighetene kan da ikke alltid gjenskaffes av den som overtar en virksomhets driftstilbehør etter realisasjon av pantet.⁹²³ Dette kan føre til at realisasjonsverdien blir betydelig mindre. Deler av en virksomhets produksjonsutstyr kan bli ubrukelig dersom ikke de nødvendige immaterialrettighetene følger med. Når realisasjonsverdien risikerer å bli redusert, svekkes også driftstilbehørspantets kredittskapende virkning.⁹²⁴ Alt i alt trakk utredningen frem så mange og vesentlige ulemper ved den anbefalte løsningen at den nærmest kan sies å ha gravd sin egen anbefalings grav. Det er da ingen overraskelse at det kom innvendinger da forslaget var ute på høring.

Flere høringsinstanser mente det ville være uheldig om patenter og planteforedlerrettigheter ikke lenger skulle være omfattet av driftstilbehørspantet.⁹²⁵ Det ble i all hovedsak vist til de samme ulemper som utredningen selv hadde fremhevet, særlig «going concern»-hensynet. Disse innvendingene var tilstrekkelige til at departementet gikk inn for at lovforslaget ble justert slik at immaterialrettigheter som det ble adgang til å pantsette særskilt, fortsatt skulle inngå som del av driftstilbehørspantet.⁹²⁶ Slik ble også resultatet av lovendringen i 2015. I det følgende redegjør jeg for grunnlaget og vilkårene for pantsettelse av immaterialrettigheter som del av et driftstilbehørspant, samt for det nærmere omfanget av driftstilbehørspantet med hensyn til immaterielle formuesgoder. Jeg redegjør i punkt 5.7 også for rettigheter og plikter på sikringsstadiet. Rettsvernsspørsmålene utsettes til kapittel 6.

5.2 PANTSETTER MÅ VÆRE NÆRINGSDRIVENDE

Panteloven § 3-4 første ledd sier det bare er «næringsdrivende» som kan stille driftstilbehørspant. Begrunnelsen for dette er ifølge forarbeidene at driftstilbehørspantet ikke

⁹²² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 56. Dette ble imidlertid allerede fremhevet i pantelovens opprinnelige forberedelser: «Har produksjonen vore bygt på den oppfinninga som er verna med patent, kan det maskinelle utstyret bli verdiløst om det ikkje skal vera råd å gjera bruk av den same produksjonsmetoden framleis. I andre høve røyver ikkje fråskiljinga i seg sjølv den økonomiske verdien av maskinar og anna driftslausøyre, men verkar likevel inn på salsverdien fordi sjansane til driftsoverskot vert mindre. Dette kan vera tilfelle om ein kjøpar må lansera produkta under nytt namn eller merke, fordi varemerket ikkje går med», jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 51. Hensynet til samlet realisasjon ble også betydelig vektlagt i Rt. 1992 side 1629 (på side 1633).

⁹²³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 56.

⁹²⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 56.

⁹²⁵ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 27.

⁹²⁶ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 34.

skal gi adgang til underpantsettelse av privat innbo og andre private bruksting.⁹²⁷ Slike ting skal bare kunne pantsettes etter reglene om håndpant. Begrepet «næringsdrivende» er legaldefinert i panteloven § 3-5:

«Som næringsdrivende anses:

- a) foretak registrert i Foretaksregisteret
- b) sykehus, pleiehjem, skole, universitet, museum, idretts- eller fritidsinstitusjon og andre institusjoner av sosial, humanitær eller lignende art, selv om de ikke blir drevet med sikte på fortjeneste, i den utstrekning dette bestemmes av Kongen i forskrift.»

Pantelovforskriften § 1 inneholder en bestemmelse som inkluderer samtlige alternativer fra bokstav b under begrepet «næringsvirksomhet». En viktig presisering er imidlertid at det er rettssubjektet som driver slik virksomhet som nevnt i bokstav b, som skal anses som næringsdrivende i henhold til bestemmelsen.⁹²⁸ Hvordan begrepet «næringsdrivende» er definert i andre lover, er for øvrig uten betydning.⁹²⁹

For å omfattes av bokstav a er det kun et vilkår at pantsetter er registrert i Foretaksregisteret. Det er faktisk registrering som er avgjørende. Hvorvidt pantsetter hadde registreringsplikt eller en valgfri registreringsadgang, spiller ingen rolle. Pantsettelse er utelukket dersom plikten ikke er oppfylt, eller adgangen ikke er benyttet.⁹³⁰

De fleste enheter som kan registreres i Foretaksregisteret, er kun juridiske, og ikke fysiske, personer, jf. foretaksregisterloven § 2-1. Et unntak er enkeltpersonforetak, jf. foretaksregisterloven § 2-1 første ledd nr. 7 og § 2-2.⁹³¹ Selv om det for enkeltpersonforetak er vanlig med et faktisk skille mellom næringsvirksomheten og eierens private aktiviteter, er det ikke noe rettslig skille mellom privat formue og næringsrelatert formue med hensyn til

⁹²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 47.

⁹²⁸ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 54 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 58.

⁹²⁹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 57–58 og Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 47.

⁹³⁰ Jf. blant annet Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 78 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 57.

⁹³¹ Ansvarlige selskaper er heller ikke fullt ut juridiske personer, ettersom deltakerne svarer solidarisk for selskapets forpliktelser, jf. selskapsloven § 2-4 første ledd, jf. § 1-2 første ledd bokstav (b).

heftelser overfor kreditorer.⁹³² Det er således ingen annen enn eieren personlig som kan holdes ansvarlig for enkeltpersonforetakets heftelser.

Pantsetter behøver ikke drive faktisk næringsvirksomhet, i den forstand at virksomheten tar sikte på å oppnå økonomisk gevinst, for å anses som «næringsdrivende» i panterettslig forstand.⁹³³ Aksjeselskaper uten ansatte og uten drift, men som kun er opprettet for å eie visse immaterialrettigheter, vil bli ansett som næringsdrivende forutsatt at registreringsplikten er overholdt.⁹³⁴ Hvorvidt slike selskaper kan pantsette sine immaterialrettigheter som driftstilbehør, er imidlertid betinget av at de øvrige pantsettelsesvilkårene er oppfylt, hvilket kan bli problematisk for nettopp denne typen selskaper.⁹³⁵

5.3 IMMATERIALRETTIGHETEN MÅ ANSES SOM DRIFTSTILBEHØR

5.3.1 Generelt

Driftstilbehørspantet omfatter bare det som etter loven anses som driftstilbehør. Hvilke formuesgoder som inngår i panteretten, er angitt i panteloven § 3-4 andre ledd. Bestemmelsens bokstav b gjelder immaterialrettigheter spesielt, og sier driftstilbehøret omfatter:

«rett til varemerke, patent, design og planteforedlerrett, herunder rett til søknad om slike rettigheter, rett til supplerende beskyttelsessertifikat, sekundært forretningskjennetegn, kretsmønster for integrerte kretser, databaser og andre arbeider som er vernet etter åndsverkloven § 43, film- og fonogramprodusenters rett etter åndsverkloven § 45, ervervet opphavsrett, herunder rett til utøvende kunstneres fremføring av et verk, og ervervet rett til fotografiske bilder».

Oppramsingen er uttømmende, jf. Rt. 1992 side 1629 (på side 1633). Immaterialrettigheter som ikke nevnes her, kan ikke inngå i et driftstilbehørspant. Dette gjelder for eksempel rett til foretaksnavn. Med foretaksnavn menes «det offisielle navn på en næringsdrivende juridisk person og kjennetegnet for et enkeltpersonforetak», jf. foretaksnavneloven § 1-1 andre ledd. Slike kjennetegnsrettigheter kan bare overdras «sammen med den virksomhet som foretaket

⁹³² Se Tore Bråthen, «Eierformer» i Tore Bråthen (red.) *Foretaksrett*, Oslo 2001 side 63–146 (på side 64).

⁹³³ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 58, som imidlertid presiserer at spørsmålet har vært noe omdiskutert i teorien.

⁹³⁴ Tilsvarende Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 290–291. Annerledes Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2*, 3. utgave, Oslo 2005 side 79.

⁹³⁵ Se særlig punkt 5.4 nedenfor.

driver eller med den vesentligste del av denne», jf. foretaksnavneloven § 4-1 første led.⁹³⁶ Dette er begrensninger som gjør pantsettelse vanskelig.⁹³⁷ Pantsettelse ville i tillegg vært betenkelig med hensyn til foretaksnavnenes offentlige funksjoner. I rettergang eller i kontakt med offentlige myndigheter har foretak plikt til å betegnes med sitt foretaksnavn, jf. foretaksnavneloven § 1-1 andre ledd andre punktum. Foretaksnavnet har dermed en identitetsfunksjon som det ville vært problematisk å skulle pantsette til andre.

Det er betydelig flere immaterialrettigheter som kan inngå i et driftstilbehørspant enn de som kan pantsettes særskilt. For det første omfattes opphavsrettigheter og enkelte nærstående rettigheter. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 5.3.4. For det andre kan både rett til «design» og rett til «varemerke» inngå. Loven skiller ikke mellom innarbeidede og registrerte varemerker. Pantsettelsesadgangen omfatter begge alternativer. Også «sekundært forretningskjennetegn» omfattes. Retten til sekundært forretningskjennetegn innebærer en enerett til å bruke bestemte symboler som individualiseringsmiddel. Denne retten har sterke likhetstrekk med varemerkeretten, og et sekundært forretningskjennetegn kan i noen tilfeller være identisk med et varemerke.⁹³⁸ Forskjellen mellom de to er hovedsakelig at et varemerke er et kjennetegn for «varer eller tjenester», mens et sekundært forretningskjennetegn er et kjennetegn for en «virksomhet».⁹³⁹ Sekundære forretningskjennetegn reguleres av foretaksnavneloven. Rett til sekundært forretningskjennetegn kan bare oppnås ved innarbeidelse, jf. foretaksnavneloven § 1-1 tredje ledd annet punktum.

Bakgrunnen for at sekundære forretningskjennetegn kan inngå som del av driftstilbehørspantet, er i all hovedsak knyttet til overlappstilfellene. Det samme merket kan være gjenstand for både varemerkerett og rett til sekundært forretningskjennetegn. Når allerede varemerker er omfattet, ville det oppstått en rekke praktiske problemer om ikke også sekundære forretningskjennetegn ble inkludert.⁹⁴⁰ I motsetning til foretaksnavn har sekundære forretningskjennetegn ingen særskilt offentligrettslig funksjon som gjør pantsettelse

⁹³⁶ Rett til foretaksnavn kan heller ikke være gjenstand for utlegg eller annen separat tvangsfølgning, jf. foretaksnavneloven § 4-2 første ledd.

⁹³⁷ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 13 og 84. Se for øvrig punkt 3.6.4 nedenfor.

⁹³⁸ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 84.

⁹³⁹ Sml. varemerkeloven § 1 første ledd og foretaksnavneloven § 1-1 tredje ledd. Se for øvrig Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 21.

⁹⁴⁰ Se NOU 2001: 8 side 112. Se for øvrig også Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 485–486.

betenkelig. Det er da naturlig at pantsettelsesadgangen reguleres på samme måte som for varemerker.⁹⁴¹

Driftstilbehørspantet omfatter også «kretsmønster for integrerte kretser», jf. panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Slik kretsmønsterrett er en tidsbegrenset enerett til utnyttelsen av den utforming som ligger til grunn for produksjon av integrerte kretser, som blant annet er essensielle i datamaskiner og mikroprosessorer.⁹⁴² Integrerte kretser er for øvrig også grunnleggende komponenter i alle elektroniske produkter som skal registrere og behandle data, slik som radioer, kameraer, vaskemaskiner og biler.⁹⁴³ Reglene om beskyttelse av kretsmønstre finnes i kretsmønsterloven. På samme måte som opphavsretten oppstår kretsmønsterretten uten formaliteter. Det kreves ingen form for registrering eller innarbeidelse.⁹⁴⁴

Kretsmønster blir ofte frembrakt i arbeidsforhold.⁹⁴⁵ I slike tilfeller går eneretten automatisk over til arbeidsgiver, om ikke annet er avtalt, jf. kretsmønsterloven § 4 andre ledd. Den opprinnelige rettighetshaveren (arbeidstakeren) står da tilbake uten noen enerett.⁹⁴⁶ Arbeidstakeren har ikke uten videre krav på rimelig vederlag, slik han har for frembrakte oppfinnelser i arbeidsforhold. Arbeidstakeroppfinnelsesloven gjelder ikke frembringelse av kretsmønster, jf. arbeidstakeroppfinnelsesloven § 1.

5.3.2 Panteretten omfatter også lisenser

Driftstilbehørspantet omfatter ikke bare immaterialrettigheter pantsetter eier fullt ut, men også begrensede rettigheter i form av lisenser. En forutsetning er imidlertid at den aktuelle lisensen knytter seg til en av immaterialrettighetene som er listet opp i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Ved at bestemmelsen beskriver panteobjektet som «rett til», vil også begrensede rettigheter omfattes.⁹⁴⁷ Dette er uttrykkelig presisert i forarbeidene.⁹⁴⁸

⁹⁴¹ Se NOU 2001: 8 side 114.

⁹⁴² Se Ot.prp. nr. 34 (1989–1990) side 3.

⁹⁴³ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 80.

⁹⁴⁴ Blant de nordiske landene er det kun Danmark som har valgt en registreringsordning, jf. Jon Bing, «Kretsmønstervern – En nordisk oversikt» i *Nordisk årbok i rettsinformatikk*, 1991 side 115–145 (på side 122).

⁹⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 34 (1989–1990) side 13.

⁹⁴⁶ Jf. Ot.prp. nr. 34 (1989–1990) side 27.

⁹⁴⁷ Tilsvarende oppfatning i blant annet Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 618). Se for øvrig JDLOV-1983-3998.

⁹⁴⁸ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 7.

I motsetning til det som gjelder ved særskilt pantsettelse behøver ikke lisenser å være registrert for å bli omfattet av pantsettelsen.⁹⁴⁹ Dette gjelder selv om registrering tillegges rettsvernsvirkninger. Lisenser på vei inn i pantsetters formuessfære behøver ikke rettsvern for å bli omfattet av pantsetters kreditorers beslagsrett, og det samme må gjelde for spørsmålet om når en lisens blir omfattet av pantsetters driftstilbehør.⁹⁵⁰

Det kreves imidlertid at lisensen knytter seg til en ferdig opparbeidet immaterialrettighet. Om pantsetter for eksempel er et forlag som har avtalt en fremtidig lisens til et litterært verk som en forfatter enda ikke har skapt, vil ikke lisensen være knyttet til noen immaterialrettsposisjon. Lisensen kan da heller ikke inngå som del av et driftstilbehørspant. Så snart forfatteren har skapt det litterære verket lisensen knytter seg til, vil forlagets driftstilbehør omfatte lisensen til opphavsretten som dermed oppstår.

Det at lisenser omfattes av driftstilbehørspantet, kan ha visse retts tekniske fordeler. I noen tilfeller kan det være uklart om en overdragelsesavtale skal anses som en fullstendig overdragelse, som en delvis overdragelse, eller bare som en begrenset bruksrett.⁹⁵¹ Når samtlige alternativer omfattes av driftstilbehørspantet, vil det ikke være et like stort behov for å klassifisere den aktuelle overdragelsen nærmere. Rettsanvendere kan på denne måten unngå kompliserte grensedragninger.

I utgangspunktet vil også tvangslisenser være omfattet av ordlyden «rett til» i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Når tvangslisenser likevel ikke kan inngå som del av et driftstilbehørspant, skyldes dette tvangslisensenes begrensede overdragelighet. Tvangslisenser i patent-, planteforedler- og designrett kan bare overdras sammen med den virksomheten de utnyttes i.⁹⁵² Dette utelukker pantsettelse.⁹⁵³ Åndsverklovens tvangslisensregler regulerer bare bestemte former for utnyttelse, og lisensadgangen er gjerne begrenset til visse typer

⁹⁴⁹ Registrering er ikke noe gyldighetsvilkår for lisenser i noen av immaterialrettighetene, og lisenser skal kun registreres dersom en av partene ber om det, jf. patentloven § 44 første ledd, designloven § 53 tredje ledd og varemerkeloven § 56 tredje ledd (det samme må gjelde planteforedlerrettigheter selv om det ikke uttrykkelig er sagt i planteforedlerloven).

⁹⁵⁰ Jf. punkt 5.6.2 nedenfor.

⁹⁵¹ Mer om dette hos Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 35–37 og 49, med hensyn til opphavsrettigheter.

⁹⁵² Jf. henholdsvis patentloven § 49 tredje ledd, planteforedlerloven § 28 fjerde ledd og designloven § 53 andre ledd, jf. § 41 a. Tilsvarende må antakelig gjelde for tvangslisens etter kretsmønsterloven § 7 andre ledd, ettersom formålet med bestemmelsen er å ivareta behovene til den konkrete godtroende erververen, og ikke hans eventuelle suksessorer, jf. Ot.prp. nr. 34 (1989–1990) side 20.

⁹⁵³ Jf. punkt 3.6.4 ovenfor.

rettssubjekter.⁹⁵⁴ Den som oppfyller lovens vilkår, får uten videre rett til å «låne» åndsverket til nærmere angitte formål.⁹⁵⁵ En eventuell overdragelsesadgang ville uthulet lovens begrensninger med hensyn til låneformål og rettssubjekter.

5.3.3 Panteretten omfatter også søknader

Panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b sier driftstilbehørspantet omfatter «rett til søknad» om varemerke-, patent-, design- og planteforedlerrett. Dette var en presisering som kom inn ved lovendringen i 2015. Tidligere var det uklart om søknader var omfattet av driftstilbehørspantet, og lovendringen innebar således en avklaring på dette punktet.⁹⁵⁶

Dersom en pantsatt søknad fører til et en immaterialrettighet blir meddelt, blir den meddelte rettsposisjonen automatisk omfattet av driftstilbehørspantet i stedet for søknaden. Dette tilsvarer systemet for særskilt pantsettelse av immaterialrettssøknader, men for driftstilbehørspantet er ikke dette uttrykkelig lovfestet. Slik lovfesting er imidlertid ikke nødvendig. Panteretten omfatter «driftstilbehøret i sin helhet, slik det er til enhver tid», jf. panteloven § 3-4 femte ledd første punktum, og såfremt søknaden oppfylte vilkårene for å inngå i panteretten, vil den meddelte rettsposisjonen som oppstår ved innvilget søknad også omfattes på samme måte. Den meddelte immaterialrettigheten går automatisk inn i panteretten.

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av ordlyden, må det være et vilkår at søknaden er registrert for å bli omfattet av et driftstilbehørspant. Dette fremgår forutsetningsvis av Lund-utredningen, som legger til grunn at det bare er rettigheter i henhold til «innlevert» søknad som kan pantsettes:

«Det er flere gode grunner til å la også rettigheter i henhold til innlevert patentsøknad, og likeledes innlevert søknad om registrering av plantesort, design eller varemerke, omfatte av pantsettelsesadgangen ifølge panteloven § 3-4 annet ledd bokstav b».⁹⁵⁷

Det samme synes å være forutsatt i departementets proposisjon, som sier det «er enklere å identifisere og holde rede på registrerbare rettigheter – ved at det foreligger registrering,

⁹⁵⁴ Se for eksempel åndsverkloven §§ 44 og 45.

⁹⁵⁵ Se Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 49.

⁹⁵⁶ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

⁹⁵⁷ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 22.

herunder registrering av søknader – enn å få oversikt over ikke-registrerbare rettigheter».⁹⁵⁸ Forarbeidene har på denne måten lagt til grunn at retten til å levere inn en søknad om registrering av en immaterialrettighet, ikke omfattes av panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b.

På den annen side forutsetter både patent-, planteforedler- og designloven at retten til å søke om henholdsvis patent-, planteforedler og designrett utgjør en slags prematur rettsposisjon allerede fra det tidspunktet frembringelsen foreligger. Det viktigste eksempelet er den såkalte oppfinnerretten. Denne retten oppstår helt formløst, og består i første omgang bare av retten til å søke om patent.⁹⁵⁹ Oppfinnerretten fremgår blant annet implisitt av patentloven § 18 første ledd, som sier at dersom noen overfor Patentstyret godtgjør «at det er han og ikke søkeren som har retten til oppfinnelsen, skal Patentstyret, dersom vedkommende begjærer det, i stedet for av den grunn å avslå søknaden, overføre den til den berettigede».⁹⁶⁰ Dersom patent blir meddelt til en annen enn den med oppfinnerrett, «skal retten, hvis den berettigede nedlegger påstand om det, overføre patentet til ham», jf. patentloven § 53 første ledd.⁹⁶¹

Oppfinnerretten er fritt omsettelig.⁹⁶² Dette er forutsatt i patentloven § 1 første ledd, som sier «den som har gjort en oppfinnelse», eller «den som oppfinnerens rett er gått over til», har krav på patentbeskyttelse.⁹⁶³ Det er antatt at oppfinnerretten også kan være gjenstand for kreditorbeslag.⁹⁶⁴ Derimot finnes det ingen pantsettelseshjemmel for oppfinnerretten. Ordlyden «patent» i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b kan neppe tolkes utvidende til å omfatte oppfinnerrett som enda ikke har materialisert seg i en patentsøknad eller et meddelt

⁹⁵⁸ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 21

⁹⁵⁹ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 250 og Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 317–318. Se for øvrig også Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 108, med henvisning til NU 1963:6 side 321.

⁹⁶⁰ Lignende regler finnes også i designloven § 30 og planteforedlerloven § 8 første ledd.

⁹⁶¹ Lignende regler finnes også i designloven § 25 første ledd andre punktum og planteforedlerloven § 17 andre ledd.

⁹⁶² Mer om dette hos Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 251 og 431.

⁹⁶³ Tilsvarende bestemmelser finnes i designloven § 1 første ledd og planteforedlerloven § 1 første ledd. Etter som det bare er fysiske personer som kan være oppfinnere, må juridiske personer erverve oppfinnerrettigheter fra de opprinnelige oppfinnerne dersom de skal være berettiget til å søke om patent på en oppfinnelse, jf. Ot.prp. nr. 36 (1965–1966) side 30–31 og forutsetningsvis patentloven § 8 fjerde ledd andre punktum. I arbeidsforhold kan ansattes oppfinnerrett erverves av arbeidsgiver i kraft av reglene i arbeidstakeroppfinnelsesloven. Mer om dette hos Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 255–258.

⁹⁶⁴ Jf. NU 1963: 6 side 118.

patent.⁹⁶⁵ Det samme må gjelde for design- og planteforedlerrettigheter. Spørsmålet er imidlertid ikke drøftet i lovforarbeidene.⁹⁶⁶

Kanskje kunne det vært grunn til å la oppfinnerretten være omfattet av et driftstilbehørspant *de lege ferenda*. De fellesnordiske komiteene som forberedte patentloven, fremhevet at en oppfinnersk virksomhet kan utgjøre «et overvejende led i oppfinnerens kreditmulighed», og at «en adgang til eventuelt at kunne gjøre sig betalt i foreliggende oppfindelser kan have betydning for oppfinnerens mulighed at få sin virksomhet finansieret».⁹⁶⁷ Likevel er det betydelige praktiske problemer knyttet til identifikasjon av oppfinnerrettigheter og andre premature immaterialrettsposisjoner i en eventuell realisasjonssituasjon. En pantøver som ønsker sikkerhet i alle pantsetters oppfinnelser, bør heller påse at pantsetter søker patent på nye oppfinnelser fortløpende i sikringsperioden.

5.3.4 Særlig om opphavsrett og nærstående rettigheter

5.3.4.1 Nærmere om hvilke rettigheter som omfattes

Driftstilbehørspantet omfatter i tillegg ervervet opphavsrett og visse nærstående rettigheter, jf. panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Blant de nærstående rettighetene omfattes for det første «rett til utøvende kunstners fremføring av et verk». Denne rettsposisjonen er regulert i åndsverkloven § 16. En rett til utøvende kunstners fremføring av et verk kan inngå i et driftstilbehørspant uten at opphavsretten til det fremførte verket inngår i den samme panteretten.

Driftstilbehørspantet omfatter også «databaser og andre arbeider som er vernet etter åndsverkloven § 43» (nå § 24), jf. panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b.⁹⁶⁸ En databaserett er en tidsbegrenset enerett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring for allmennheten av systematiserte samlinger av informasjon.⁹⁶⁹ Slike systematiserte informasjonssamlinger kan for eksempel være finansinformasjon, presseklipp fra aviser og nyhetsbyråer eller

⁹⁶⁵ Tilsvarende oppfatning hos Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 251 note 567.

⁹⁶⁶ Annet enn at forarbeidene til lovendringen i 2015 viste til at det i dansk rett «antas at også oppfinnerretten kan pantsettes på linje med andre formuerettigheter, dvs. at det ikke er et vilkår for pantsettelse at det er søkt om patent», jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 12 og Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 30.

⁹⁶⁷ Jf. NU 1963: 6 side 118.

⁹⁶⁸ Henvisningen til åndsverkloven i panteloven § 3-4 er utdaterte, men vedtatt endret, jf. Lovvedtak 18 (2018–2019), jf. Prop. 10 LS (2018–2019) side 23. Endringene har enda ikke trådd i kraft.

⁹⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 85 (1997–1998) side 5 og 40.

bibliografiske baser.⁹⁷⁰ Oppbygningen av databaser kan kreve store investeringer, og retten til databaser utgjør da verdifulle formuesgoder.⁹⁷¹

Driftstilbehørspantet omfatter i tillegg «film- og fonogramproduzenters rett etter åndsverkloven § 45» (nå § 20). Denne produsentretten gir produsenter rett til å råde over sine opptak på samme måte som opphavere har rett til å råde over sine åndsverk, jf. åndsverkloven § 20 første ledd.⁹⁷² Også «ervert rett til fotografiske bilder» omfattes av panteretten. Dette er en beskyttelse som supplerer det opphavsrettslige vernet av fotografier, men som ikke forutsetter at originalitetskravet for alminnelige åndsverk er oppfylt, jf. åndsverkloven § 23 første ledd.⁹⁷³ Det eneste som kreves, er bruk av fotografisk teknikk.⁹⁷⁴

Frem til lovendringen i 2015 var hverken databaserett, produsentrett eller rett til fotografiske bilder inkludert i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Tidligere var det derfor tvilsomt hvorvidt driftstilbehørspantet omfattet slike rettsposisjoner.⁹⁷⁵ I 2015 ble bestemmelsen endret slik at det nå er klart at også disse rettighetene omfattes. Lovendringen ble foreslått i Lundutredningen, med følgende begrunnelse:

«Når utreder – strengt tatt utenfor mandatet fra departementet – foreslår disse endringene, er det fordi det er uhensiktsmessig at driftstilbehørspantet er avgrenset slik at det omfatter bare opphavsrett og utøvende kunstners rettigheter, men ikke produsentrettigheter og rettigheter til kataloger og lignende sammenstillinger av opplysninger, og heller ikke rettigheter til fotografiske bilder. Endringer i åndsverkloven etter at panteloven ble vedtatt i 1980 (...) og den teknologiske utvikling med de konsekvenser den har fått i form av utvidet eller ny bruk av prestasjoner som er beskyttet etter åndsverkloven kapittel 5, og særlig forekomsten av elektroniske (digitale) databaser, i alle slags virksomheter, gjør at disse rettighetene nå spiller en betydelig større rolle som driftstilbehør, enn de gjorde i 1980.»⁹⁷⁶

⁹⁷⁰ Se Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 559).

⁹⁷¹ Se Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 561).

⁹⁷² Se også Prop. 204 L (2016–2017) side 321.

⁹⁷³ Se også Prop. 204 L (2016–2017) side 322.

⁹⁷⁴ Jf. Prop. 204 L (2016–2017) side 322. Se også Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 291.

⁹⁷⁵ Se Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 559–561).

⁹⁷⁶ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 121–122.

Det ble dessuten fremhevet at utnyttelse av både opphavsrettigheter og utøvende kunstners rettigheter kan være betinget av samtidig utnyttelse av databaser, film- og fonogramprodusenters rettigheter eller rett til fotografisk bilde. Verdien av opphavsrettigheter og utøvende kunstners rettigheter som panteobjekter kan således påvirkes av hvorvidt disse øvrige rettighetene også omfattes.⁹⁷⁷ Det ble videre fremhevet at databaserett og rett til fotografisk bilde kan være knyttet til verk som også er gjenstand for opphavsrett, og således er underlagt overlappende immaterialrettsbeskyttelse.⁹⁷⁸ Ved å inkludere databaseretten og retten til fotografisk bilde blant de formuesgodene som inngår i et driftstilbehørspant, unngås enkelte problemer knyttet til det å skille overlappende rettigheter fra hverandre.⁹⁷⁹

Retten til kringkastingssendinger er en nærstående rettighet i åndsverkloven som ikke kan inngå i et driftstilbehørspant. Etter åndsverkloven § 22 første ledd kan kringkastingsforetak oppnå et eget vern for deres kringkastingssendinger. Her er det selve signalene som utgjør sendingen som vernes.⁹⁸⁰ Ifølge Lund-utredningen er det kun eventuelle opptak av en sending som er egnet som panteobjekt, og det var dermed ikke ansett nødvendig å inkludere vernet i åndsverkloven § 22 i driftstilbehørspantet.⁹⁸¹ Eventuelle opptak av sendinger vil kunne være gjenstand for alminnelig opphavsrett eller produsentrett, og omfattes da i stedet av pantsettelseshjemlene for disse rettighetene.

Opphavsrettigheter er forholdsvis særegne rettsposisjoner, sterkt preget av ideelle og personlige aspekter.⁹⁸² Rettsstiftelser i opphavsrettigheter kan i ulik grad påvirkes av beføyelser som beholdes av original opphaver. Selv om en opphavsrett er overdratt, er det ikke alltid tale om fullstendige overdragelser.⁹⁸³ De ideelle rettighetene kan aldri overdras. Opphaveren kan fraskrive seg navngivelsesretten og krenkelsesvernet for «bruk av verket som er avgrenset etter art og omfang», jf. åndsverkloven § 5 tredje ledd, men de ideelle rettighetene kan aldri gå over til en suksessor. Det er imidlertid ikke uvanlig at original

⁹⁷⁷ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 122.

⁹⁷⁸ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 19.

⁹⁷⁹ Se Ot.prp. nr.85 (1997–1998) side 13 og Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 122.

⁹⁸⁰ Se Prop. 104 L (2016–2017) side 95 og 322.

⁹⁸¹ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 119.

⁹⁸² Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 366.

⁹⁸³ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 67. Fullstendige overdragelser forekommer antagelig noe oftere enn de aktuelle forarbeidene gir uttrykk for, jf. Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 128).

opphaver også beholder enkelte av opphavsrettens økonomiske beføyelser, selv etter at opphavsretten er overdratt.⁹⁸⁴

5.3.4.2 Ervervsvilkåret

Det gjelder et ervervsvilkår for pantsettelse av opphavsrett. Kun «ervertet» opphavsrett kan inngå i driftstilbehørspanet, jf. panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Original opphaver har ingen pantsettelsesadgang.⁹⁸⁵ Det samme gjelder for rett til utøvende kunstneres fremføring av verk, og for rett til fotografiske bilder.

Når panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b benytter ordet «ervertet», menes andre typer erverv enn originære.⁹⁸⁶ Selv om begrepet «ervertet» i utgangspunktet omfatter alle ervervstyper, både originære, derivative og ekstinktive, ville dette ervervsvilkåret ikke gitt noen mening dersom originære erverv skulle vært omfattet. Formålet med ervervsvilkåret er at original opphaver ikke skal ha mulighet til å pantsette sine opphavsrettigheter. Ifølge forarbeidene ville dette ha ført til «ulike problemer både av prinsipiell og praktisk art», for eksempel «når det gjelder auksjonskjøperens rett til å gjøre bruk av åndsverket og det forhold at pant i driftløsøre prinsipielt også omfatter verdier som kommer til etter pantsettingen».⁹⁸⁷ Det er imidlertid ikke helt innlysende hvorfor dette ville vært problematisk. De eksemplene som forarbeidene nevner, er ikke særlig forklarende i seg selv.⁹⁸⁸ Når original opphaver ikke er gitt en pantsettelsesadgang, skyldes nok dette hovedsakelige hensynet til opphaveren selv, som i tilfellet kunne ha blitt nødt til å akseptere at verker ble utgitt som han ikke var fornøyd med. Dette nevnes imidlertid ikke i forarbeidenes begrunnelse for ervervsvilkåret.

Det første problemet forarbeidene nevner, knyttes til «auksjonskjøperens rett til å gjøre bruk av åndsverket». Med «auksjonskjøper» menes den som erverver den pantsatte opphavsretten ved en eventuell realisasjon av driftstilbehørspanet. Da de nevnte forarbeidene ble skrevet, var offentlig auksjon den alminnelige formen for tvangssalg. Slik er det ikke lenger.

⁹⁸⁴ Jf. Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 67.

⁹⁸⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» i Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke (red.), *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo 1997 side 935–945 (på side 938).

⁹⁸⁶ Om begrepet «derivative erverv» generelt, se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 57.

⁹⁸⁷ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52.

⁹⁸⁸ Tilsvarende Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 621). Enkelte andre forfattere har imidlertid funnet det tilstrekkelig kun å vise til den siterte uttalelsen i forarbeidene, uten å analysere begrunnelsen nærmere, jf. for eksempel Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 559) og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 369 (note 1102).

Tvangsfullbyrdelsesloven av 1992 forutsetter at medhjelpersalg i det ordinære markedet skal være normalen.⁹⁸⁹ Tilsvarende er det for realisasjon i konkurs, der konkursloven § 117 første ledd andre punktum uttrykkelig presiserer at bortsalg ved offentlig auksjon ikke bør skje «med mindre det er grunn til å tro at det ved denne salgsmåte blir oppnådd bedre priser enn ved underhåndsalg».⁹⁹⁰ Med dagens rettstilstand er det derfor lite treffende å tale om «auksjonskjøperens rett». Begrepet må forstås som enhver som erverver en pantsatt opphavsrett ved realisasjon, uavhengig av om realisasjonen skjer ved offentlig auksjon eller ikke.

Dersom original opphaver kunne ha pantsatt sine opphavsrettigheter, ville det lett blitt tvilsomt hvilke beføyelser som egentlig ble omfattet av pantsettelsen. En opphavsrett består av en rekke ulike beføyelser. Noen av dem er overdragelige, mens andre bare kan innehas av original opphaver. Videre er det ved overdragelse av opphavsrett ikke nødvendigvis slik at alle overdragelige beføyelser følger med. Det er ofte ønskelig for opphaveren selv å beholde enkelte beføyelser, eller overdra eller lisensiere dem til andre. Driftstilbehørspantet er ikke fleksibelt nok til at det kan gjøres slike tilpasninger i en panteavtale. Derimot kan de nødvendige tilpasningene gjøres gjennom en avtale som overdrar enkelte opphavsrettslige beføyelser fra original opphaver til pantsetter. I hvilken utstrekning en senere erverver vil kunne gjøre bruk av åndsverket, vil da fremkomme av avtalen mellom original opphaver og pantsetter, det vil si stiftelsesgrunnlaget for pantsetters rett til den aktuelle opphavsretten. Ved at panterett i opphavsrett begrenses til «ervert» opphavsrett, unngås til en viss grad uklarheter knyttet til innholdet i, og omfanget av, en pantsatt opphavsrett.

UNCITRAL har også fremhevet at det kan oppstå problemer med hensyn til hvilke beføyelser i en immaterialrettighet som egentlig er pantsatt. Her blir det imidlertid anbefalt at problemene bør kunne løses ved at det i panteavtalen spesifiseres i detalj hvilke beføyelser som inngår.⁹⁹¹ Den fleksibilitet anbefalingen forutsetter, er ikke til stede i norsk rett.

Forarbeidene viser i tillegg til problemer knyttet til «det forhold at pant i driftløsøre prinsipielt også omfatter verdier som kommer til etter pantsettingen». Slike problemer har nær sammenheng med hvordan opphavsrettigheter oppstår. Opphavsrettigheter oppstår automatisk

⁹⁸⁹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 394.

⁹⁹⁰ Ved forberedelsen av konkursloven ble det fremhevet at «salg ved offentlig auksjon for de fleste aktiva erfaringsmessig gir dårligere utbytte enn underhåndssalg», jf. NOU 1972: 20 side 190.

⁹⁹¹ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 38–39.

etter hvert som åndsverk skapes, men det kan være vanskelig å avgjøre hvorvidt det faktisk foreligger en opphavsrett eller ikke. Et åndsverk må være et resultat av en individuelt skapende innsats, og dette kan være vanskelig å vurdere.⁹⁹² Når opphavsretten først er ervervet, foreligger det en sterkere presumsjon for at det faktisk eksisterer en gyldig opphavsrett, ettersom det kan antas at erververen (pantsetter) har gjort de nødvendige undersøkelsene for å avklare dette i forkant.

Nok en fordel med ervervsvilkåret, som ikke fremgår av forarbeidenes begrunnelse, er at det kan bidra til å unngå konflikter mellom panthaver og medopphavere til såkalte fellesverk. Åndsverkloven § 8 første ledd sier at dersom et åndsverk er «skapt ved felles skapende åndsinnsett fra flere opphavere uten at den enkeltes bidrag kan skilles ut som selvstendige verk, får de opphavsrett til verket i fellesskap». Slike verk er ofte et resultat av et forholdsvis intimt arbeid mellom opphaverne, og det er ikke alltid enkelt å skille ut den individuelle opphaverens bidrag.⁹⁹³ Når en av opphaverne allerede har avhendet sin del av opphavsretten til pantsetter, er arbeidet med å skille ut denne opphaverens bidrag allerede gjort. Den delen av opphavsretten til fellesverket som inngår i en eventuell pantsettelse, vil da normalt være spesifisert i grunnlaget for avhendelsen (stiftelsesgrunnlaget for pantsetters erverv). På denne måten blir det mindre sannsynlig at det oppstår konflikter mellom panthaver og medopphavere knyttet til hvilke deler av opphavsretten til fellesverk som inngår i en pantsettelse.⁹⁹⁴

Ervervsvilkåret har i tillegg en nær forbindelse til åndsverkloven § 77 første ledd. Bestemmelsen sier opphavsretten ikke kan «være gjenstand for utlegg eller annen tvangsforfølgning fra kreditorene hos opphaveren selv». Dette gjelder også for rettighetshavere som har arvet opphavsrett etter åndsverkloven § 75 første ledd. For de uoverdragelige ideelle rettighetene i åndsverkloven § 5, er dette forholdsvis selvsagt.⁹⁹⁵ Enkelte av enerettens overdragelige beføyelser har imidlertid også ideelle aspekter som gjør

⁹⁹² Den vurderingen som må foretas er oppsummert i Rt. 2013 side 822 avsnitt 38–44, med henvisning til tidligere høyesterettspraksis.

⁹⁹³ Se Birger Stuevold Lassen, «Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige naboretter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1983 side 324–428 (på side 352).

⁹⁹⁴ I tilfeller der de ulike bidragene ikke kan skilles fra hverandre, vil det imidlertid likevel kunne oppstå konflikter knyttet til bruken av fellesverket. Mer om dette hos Birger Stuevold Lassen, «Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige naboretter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1983 side 324–428 (på side 352). Konflikter knyttet til omfanget av de enkeltes bidrag, er likevel mindre sannsynlige etter at den ene opphaverens rett er avhendet.

⁹⁹⁵ Se Ot.prp. nr. 26 (1959–1960) side 72.

det betenkelig med en adgang til kreditorbeslag overfor original opphaver.⁹⁹⁶ Det er derfor bare ervervet opphavsrett som kan være gjenstand for utleggspant. Ervervsvilkåret i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b fører til at det samme blir tilfellet ved pantsettelse.

Det er kun fysiske personer som kan skape åndsverk.⁹⁹⁷ Skal juridiske personer skaffe seg opphavsrettigheter, forutsettes overgang av rettighetene.⁹⁹⁸ Dersom pantsetter er en juridisk person, vil ervervsvilkåret alltid være oppfylt når vedkommende kan anses som rettighetshaver.

Åndsverk blir ofte skapt i arbeidsforhold. Dersom arbeidsgiver har stilt driftstilbehørspant, og det finnes grunnlag for overgang av opphavsretten fra en arbeidstaker til arbeidsgiver, vil dette oppfylle ervervsvilkåret slik at opphavsretten omfattes av panteretten.⁹⁹⁹ Situasjonen blir tilsvarende i oppdragsforhold.¹⁰⁰⁰ Det har imidlertid vært noe omdiskutert hva som egentlig kreves for at det skal foreligge grunnlag for overgang av opphavsrettigheter i arbeidsforhold. Åndsverkloven § 71 sier at opphavsrett til datamaskinprogrammer skapt av en arbeidstaker, automatisk går over til arbeidsgiver, såfremt frembringelsen skjedde under utførelsen av oppgaver som omfattes av arbeidsforholdet. Ifølge forarbeidene presumeres det total rettighetsovergang.¹⁰⁰¹ For øvrig inneholder ikke åndsverkloven noen generelle bestemmelser om forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver med hensyn til åndsverk skapt i arbeidsforhold. Dermed har det vært uklart om opphavsrettigheter kan gå over fra arbeidstaker til arbeidsgiver i kraft av arbeidsforholdet som sådan, eller om det kreves særskilt vedtakelse.

Det har vært antatt å gjelde et prinsipp i norsk rett om at opphavsretten til åndsverk skapt i ansettelsesforhold, i mangel av annen avtale, anses overgått til arbeidsgiveren i den utstrekningen det er nødvendig for at ansettelsesforholdet skal nå sitt formål, og det i tillegg er

⁹⁹⁶ Det gjelder særlig retten til å bestemme over et åndsverks første offentliggjøring som implisitt fremgår av åndsverkloven § 2, lest i sammenheng med § 3, jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 370 og side 199.

⁹⁹⁷ Jf. Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 559). Se også Andreas Rahmatian, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011 side 48–49.

⁹⁹⁸ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 250 og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 119.

⁹⁹⁹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 273–274, med ytterligere henvisninger.

¹⁰⁰⁰ Om skillet mellom oppdrag- og ansettelsesforhold med hensyn til opphavsrettens overgang, se Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättskydd*, 1999 side 123–139.

¹⁰⁰¹ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 337.

omfattet av arbeidstakerens oppgaver å skape slike åndsverk.¹⁰⁰² Prinsippet ble først formulert av Ragnar Knoph:

«Synspunktet må være at prinsipalen vinner den rett over åndsverket som er nødvendig og rimelig, hvis arbeidsavtalen skal nå sitt formål, men heller ikke mere.»¹⁰⁰³

Dette prinsippet går imidlertid neppe lenger enn det som allerede følger av alminnelige prinsipper for avtaletolkning.¹⁰⁰⁴ I utgangspunktet må vurderingen baseres på en tolkning av arbeidsavtalen som gir grunnlag for ansettelsesforholdet, supplert med sedvanen på det aktuelle arbeidsområdet og hva som kan anses som stilltiende forutsatt mellom partene.¹⁰⁰⁵ I mangel av konkrete holdepunkter i avtalens ordlyd må det blant annet legges vekt på formåls- og rimelighetsbetraktninger, samt begge parter berettigede forventninger.¹⁰⁰⁶ Knophs prinsipp kan imidlertid kanskje anses som et presiserende supplement til det som allerede følger av den alminnelige avtalerettslige tolkningslæren.¹⁰⁰⁷

Ved forberedelsen av den nye åndsverkloven ble det foreslått å lovfeste en generell regel om overgang av opphavsrett i arbeidsforhold. Dette skulle være en kodifisering av gjeldende rett:

«Opphavsrett til åndsverk som er skapt av en arbeidstaker går over til arbeidsgiveren i den utstrekning arbeidsforholdet forutsetter at det skapes åndsverk, og slik overgang er nødvendig og rimelig for at arbeidsforholdet skal nå sitt formål.»¹⁰⁰⁸

Flere høringsinstanser var negative til forslaget. De mente overgang av opphavsrett burde skje ved avtale, og fryktet at forslaget ville føre til at partene i mindre grad valgte å avtaleregulere rettighetsspørsmål.¹⁰⁰⁹ Enkelte fryktet også at opphavernes forhandlingsposisjon ville bli svekket, og at de dermed kunne bli presset til å overdra rettigheter i et større omfang enn de

¹⁰⁰² Jf. NOU 1985: 6 side 7, Ot.prp. nr. 84 (1991–1992) side 21 og Prop. 104 L (2016–2017) side 251.

¹⁰⁰³ Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 84.

¹⁰⁰⁴ Jf. Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 361.

¹⁰⁰⁵ Jf. Ot.prp. nr. 84 (1991–1992) side 20–21.

¹⁰⁰⁶ Se for eksempel Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 side 114–115, Per Jonas Nordell, «Tolkningsprinsipper i opphovsrettsavtal» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2008 side 307–338 (på side 308) og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 361.

¹⁰⁰⁷ Se Per Jonas Nordell, «Tolkningsprinsipper i opphovsrettsavtal» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2008 side 307–338 (på side 326).

¹⁰⁰⁸ Prop. 104 L (2016–2017) side 369. Se også side 251 og 255.

¹⁰⁰⁹ Se Prop. 104 L (2016–2017) side 255.

egentlig ønsker.¹⁰¹⁰ Kunstnerorganisasjonene viste særlig bekymring for at bestemmelsen kunne føre til at kunstnere mister retten til å eie sine egne verk. Det ble også vist til at en lovfesting av prinsippet måtte ses i sammenheng med spesialitetsprinsippet, og at en lovfesting kunne skape usikkerhet om rettstilstanden.¹⁰¹¹ Etter en samlet vurdering valgte Stortingets familie- og kulturkomité ikke å fremme forslag om vedtakelse av den nye regelen.¹⁰¹² Prinsippet ble derfor ikke lovfestet i den nye åndsverkloven. Komiteen presiserte imidlertid at forslaget var ment som en kodifisering av gjeldende rett, og at gjeldende rett ikke skulle anses som endret fordi forslaget ble trukket.¹⁰¹³

Det er noe uklart hvorvidt overgang ved arv oppfylder ervervsvilkåret.¹⁰¹⁴ Arv er en type derivativt erverv som i utgangspunktet må omfattes av ordlyden «ervert». Den begrunnelsen forarbeidene gir for ervervsvilkåret, viser bare til problemer som kan oppstå i tilknytning til «en pantsettingsadgang for opphavsmannen selv», og dette kan muligens støtte opp om at arv bør oppfylle ervervsvilkåret.¹⁰¹⁵ På den annen side utelukker åndsverkloven § 77 første ledd kreditorbeslag i arvet opphavsrett. Konsekvenshensyn kan da kanskje tilsi at arvet opphavsrett heller ikke bør inngå som del av et driftstilbehørspant.¹⁰¹⁶ De hensynene som begrunner forbudet mot tvungen kreditorforfølgning mot opphaverens arvinger, gjør seg imidlertid ikke gjeldende i like stor grad ved frivillig pantsettelse. Debitor samtykker til pantsettelse, men ikke til kreditorbeslag. Forbudet mot kreditorbeslag er langt på vei begrunnet i at arvingene skal kunne bestemme hvordan verket skal utnyttes.¹⁰¹⁷ Om arvingene bestemmer at opphavsretten til verket er hensiktsmessig å utnytte som kredittgrunnlag, har de uttrykkelig akseptert at opphavsretten kan havne på andre hender i tilfellet realisasjon. Det er da ikke grunnlag for analogislutninger fra forbudet mot kreditorbeslag og over til ervervsvilkåret. Etter dette blir det mest naturlig å tolke ervervsvilkåret etter sin ordlyd, slik at det også omfatter overgang ved arv.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁰ Se Prop. 104 L (2016–2017) side 255.

¹⁰¹¹ Mer om det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet i punkt 5.3.4.3 nedenfor.

¹⁰¹² Se Innst. 258 L (2017–2018) side 7.

¹⁰¹³ Se Innst. 258 L (2017–2018) side 7.

¹⁰¹⁴ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 621) og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 369–370.

¹⁰¹⁵ Slik Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 80.

¹⁰¹⁶ Slik for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 274 og Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 621).

¹⁰¹⁷ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 370.

¹⁰¹⁸ Tilsvarende Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 370.

Ervervsvilkåret gjelder tilsvarende for pantsettelse av rett til utøvende kunstners fremføring av verk, og for pantsettelse av rett til fotografisk bilde. Derimot gjelder det ikke for pantsettelse av databaserett eller produsentrett. Dette kan gi opphav til noen særskilte problemstillinger. En pantsatt database kan inneholde opphavsrettsbeskyttet materiale, for eksempel artikler som tidligere har vært publisert i aviser og tidsskrifter.¹⁰¹⁹ Dersom pantsetter er et enkeltpersonsforetak, og vedkommende har frembrakt både databasen og det opphavsrettsbeskyttede materialet databasen består av, vil ervervsvilkåret føre til at kun databaseretten omfattes av driftstilbehørspantet, mens opphavsretten til innholdet faller utenfor. Det samme kan bli tilfellet dersom pantsetter har produsentrett til opptak knyttet til åndsverk han selv har frembrakt. Dette vil medføre en uhensiktsmessig oppdeling av rettsposisjonene. Problemstillingen er nok imidlertid forholdsvis lite praktisk, ettersom den bare blir aktuell for enkeltpersonsforetak. Disse problemene kan enkelt unngås ved å organisere virksomheten som et aksjeselskap.

5.3.4.3 Særlig om det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet

Det gjelder en egen tolkningsregel for avtaler om overdragelse av opphavsrettigheter. Ettersom det gjelder et ervervsvilkår for pantsettelse av opphavsrettigheter, kan denne tolkningsregelen få betydning for omfanget av en pantsettelse. Tolkningsregelen omtales gjerne som et spesialitetsprinsipp.¹⁰²⁰ Det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet må imidlertid ikke forveksles med det panterettslige spesialitetsprinsippet. Selv om disse prinsippene har fått samme navn, har det ene ingenting å gjøre med det andre. Det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet er lovfestet i åndsverkloven § 67 andre ledd:

«Ved overdragelse av opphavsrett skal opphaveren ikke anses for å ha overdratt en mer omfattende rett enn det avtalen klart gir uttrykk for.»

En tilsvarende regel var antatt å gjelde også før vedtakelsen av åndsverkloven § 67 andre ledd.¹⁰²¹ Ifølge forarbeidene er det kun tale om en tolkningsregel, og ikke en regel om bevisbyrde.¹⁰²² Prinsippet kommer først til anvendelse etter at de faktiske forholdene er kartlagt. I noen tilfeller kan spesialitetsprinsippet føre til at det skal en del til før en

¹⁰¹⁹ Se Olav Torvund, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565 (på side 559).

¹⁰²⁰ Generelt om utviklingen og anvendelsen av det opphavsrettslige spesialitetsprinsippet hos Per Jonas Nordell, «Tolkningsprinsipper i opphovsrättsavtal» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2008 side 307–338 (på side 313–325).

¹⁰²¹ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 225.

¹⁰²² Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 225.

opphavsrett kan anses for å ha blitt overdratt i sin helhet.¹⁰²³ Prinsippet kommer imidlertid bare til anvendelse på uklare avtaler. Dersom avtalen kan anses som tilstrekkelig klar, får ikke prinsippet noen betydning for tolkningen, jf. Rt. 2006 side 752 (avsnitt 62).¹⁰²⁴

Begrunnelsen for opphavsrettens spesialitetsprinsipp er blant annet at det finnes en rekke ulike måter et åndsverk kan utnyttes, og at partene ikke nødvendigvis har alle disse forskjellige utnyttelsesformene i tankene når de utformer overdragelsesavtalen.¹⁰²⁵ Dersom overdragelsesavtaler tolkes for vidt, kan erververen mer eller mindre tilfeldig bli tildelt utnyttelsesformer som opphaveren ikke har vært bevisst på ved avtaleinngåelsen, og som han ikke har ønsket å overdra. Det har for eksempel vært antatt at helt nye utnyttelsesmuligheter, som oppstår som følge av ny teknologi eller ny lovgivning, beholdes av den originale opphaveren, selv om han tidligere har overdratt opphavsretten.¹⁰²⁶ Vederlaget for en overdragelse beregnes normalt ut fra de utnyttelsesformene som eksisterte på overdragelsestidspunktet. Det er vanskelig for partene å ta hensyn til eventuelle nye utnyttelsesformer som skulle oppstå i fremtiden.¹⁰²⁷ På denne måten bygger spesialitetsregelen delvis på rimelighetsbetraktninger, og har således tydelige berøringsflater mot avtaleloven § 36.

Spesialitetsregelen kan også begrunnes med at opphaveren gjerne er en «svakere» part i forhold til sin medkontrahent, som for eksempel kan være et stort forlag som i vesentlig utstrekning benytter standardkontrakter. Ulike grupper opphavere kan imidlertid være representert av interesseorganisasjoner, for eksempel Norsk Faglitterær Forfatter- og Oversetterforening, som har forhandlet frem normalkontrakter med balanserte og trygge vilkår for opphaverne. I slike tilfeller er opphavernes interesser noe bedre ivaretatt enn de ellers kan være, og behovet for spesialitetsregelen blir da ikke like stort.

¹⁰²³ Jf. Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 128).

¹⁰²⁴ Se for øvrig Prop. 104 L (2016–2017) side 225.

¹⁰²⁵ Mer om dette hos Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 35–36.

¹⁰²⁶ Se Olav Torvund, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139 (på side 135) og Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 40.

¹⁰²⁷ Se Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 40.

5.3.5 Forholdet til utenlandske immaterialrettigheter

Beskrivelsen av immaterialrettigheter i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b er vid nok til å omfatte en norsk pantsetters utenlandske immaterialrettigheter.¹⁰²⁸ For eksempel er det i prinsippet ingenting i veien for at også utenlandske varemerker kan omfattes av ordlyden «varemerke» i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Utenlandske immaterialrettigheter reguleres ikke av norsk rett, men blir i henhold til *lex protectionis* som hovedregel underlagt retten i det landet hvor beskyttelse gjøres gjeldende.¹⁰²⁹ Lovvalsreglene kan likevel utpeke norsk panterett til å regulere enkelte panterettslige spørsmål knyttet til en norsk pantsetters utenlandske immaterialrettigheter. Dette vil imidlertid avhenge av karakteren på det aktuelle rettsspørsmålet, blant annet hvorvidt det er en konflikt mellom panthaver og pantsetters kreditorer, eller mellom panthaver og en godtroende omsetningsserverver i det landet som utpekes etter *lex protectionis*. I den utstrekningen norsk rett utpekes til å løse panterettslige spørsmål, vil driftstilbehørspantet være en egnet løsning for å pantsette utenlandske immaterialrettigheter. Om derimot *lex protectionis* utpekes, vil pantsettelse av utenlandske immaterialrettigheter som del av et norsk driftstilbehørspant forutsette at det relevante landets rett anerkjenner både gyldigheten av panteavtalen, rettsvernet og lovvalget. Dette vil nok sjelden være tilfellet. Dermed er det ikke særlig kurant å basere seg på pantsettelse av utenlandske immaterialrettigheter gjennom et norsk driftstilbehørspant.

5.3.6 Kan ubeskyttet informasjon være omfattet?

Selv om panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b lister opp alle de viktigste immaterialrettighetene, kan det være lignende formuesgoder som ikke blir omfattet. Her er det imidlertid ikke tale om formelle enerettsposisjoner, men om ubeskyttet informasjon. Med «ubeskyttet informasjon» menes informasjon som har formuesverdi, men som ikke er beskyttet av immaterialrettslovgivningen. Formuesverdien oppstår da ikke i form av lovfestede enerettigheter, men i kraft av foranstaltninger av faktisk karakter, som for eksempel hemmeligholdelse.¹⁰³⁰ Det at slik informasjon beskrives som ubeskyttet, utelukker ikke at informasjonen kan være underlagt et visst rettslig vern etter for eksempel

¹⁰²⁸ Dette skiller driftstilbehørspantet fra reglene om særskilt pantsettelse, som uttrykkelig begrenser pantsettelsesadgangen til patenter og planteformidlerrettigheter som gjelder i Norge, jf. panteloven § 4-11 første ledd og § 4-13 første ledd.

¹⁰²⁹ Jf. punkt 3.8.3 ovenfor.

¹⁰³⁰ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 556.

markedsføringsloven eller kontraktsfestede konfidensialitetsklausuler.¹⁰³¹ Som nevnt i punkt 2.4.2, finnes det regler i markedsføringsloven §§ 25, 28, 29 og 30 som til en viss grad supplerer immaterialrettighetene. Disse reglene kan gi rett til å nekte enkelte rettssubjekter å utnytte nærmere bestemte former for informasjonen på rettsstridige måter. I pantsettelsessammenhenger kan det bli spørsmål om også slik informasjon kan være omfattet av et driftstilbehørspant, eventuelt under alternativet «annet utstyr» i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav a.

Bedriftshemmeligheter er en type ubeskyttet informasjon som kan ha stor verdi. Ifølge EU-kommisjonen er det ikke sjelden at en virksomhets bedriftshemmeligheter representerer større verdier enn virksomhetens immaterielle rettigheter.¹⁰³² Den verdien som ligger i bedriftshemmelighetene, kan da i prinsippet utgjøre en viktig del av et kredittgrunnlag. Dette kan tale for en pantsettelsesadgang *de lege ferenda*, på tross av manglende immaterialrettsbeskyttelse.¹⁰³³ I anbefalingene fra UNCITRAL blir bedriftshemmeligheter inkludert blant immaterialrettighetene det bør være adgang til å pantsette.¹⁰³⁴

I norsk rett finnes det ingen uttrykkelig pantsettelseshjemmel for bedriftshemmeligheter eller andre former for ubeskyttet informasjon. Ettersom det gjelder et lovkrav for pantsettelse, er det nok utelukket at slike formuesgoder blir omfattet av en panterett. Her har imidlertid rettskildematerialet gitt grunnlag for usikkerhet. Sivillovbokutvalet hadde opprinnelig foreslått at «knowhow» i form av erfaringer og kunnskap burde være omfattet av driftstilbehørspantet.¹⁰³⁵ Utvalget mente dette var noe som vanskelig kunne skilles ut ved et eventuelt salg, og at pantsetters «knowhow» ofte var nødvendig for videreføring av en virksomhet. Det at «knowhow» ikke var beskyttet av immaterialrettsposisjoner, var ifølge Sivillovbokutvalet ikke til hinder for at pantsettelsesadgangen burde være den samme.¹⁰³⁶

Disse anbefalingene ble ikke fulgt opp. Departementet var enig med Sivillovbokutvalet i at det kunne vært fordelaktig for en stadig viktigere intelligensindustri om det hadde vært mulig

¹⁰³¹ Se Kai Krüger, «Transfer of technology in contracts for the delivery of objects to be produced», i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 349–366 (på side 363–364).

¹⁰³² Se COM(2013) 813 final side 3.

¹⁰³³ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52.

¹⁰³⁴ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 7 og UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 10.

¹⁰³⁵ NUT 1970: 2 side 84.

¹⁰³⁶ NUT 1970: 2 side 84.

å utnytte «knowhow» som en del av en virksomhets kredittgrunnlag, men mente samtidig at det ville bli problematisk med en pantsettelsesadgang som innebar en slags «fraskriving av retten til å utnytte egen innsikt og egne kunnskaper».¹⁰³⁷ Dette ville ifølge departementet ha ført til en rekke problemer som ikke uten videre kunne ha blitt løst i panteloven. Departementet utelukket likevel ikke at pantsetter kunne ha en plikt til å overføre «knowhow» i forbindelse med realisasjon av et driftstilbehørspant:

«Departementet er etter dette kommet til at det ikke bør åpnes adgang til å ta med 'knowhow' ved pantsetting av driftløsøre. Dette innebærer selvsagt ikke noe forbud mot å avtale at panttakeren skal ha rett til å gjøre bruk av pantsetters 'know-how' ved en eventuell realisasjon av pantet. Tvertimot vil det vel ofte anses underforstått at pantsetteren i en viss utstrekning har plikt til dette.»¹⁰³⁸

Uttalelsen etterlater flere uklarheter. For det første er det uklart hva som kreves for at en slik plikt eventuelt skal oppstå. Antakelig kreves det en viss forbindelse mellom den aktuelle «knowhow» og driftstilbehøret for øvrig, men departementet redegjorde ikke nærmere for hvor nær denne forbindelsen må være. For det andre er det uklart om det kreves at den aktuelle «knowhow» er blitt spesifisert på en eller annen måte. Videre er det uklart hva slags rettsforhold som skal gjelde mellom pantsetter og den som eventuelt mottar pantsetters «knowhow» i forbindelse med realisasjon av et driftstilbehørspant, herunder om det skal betales noe vederlag til pantsetter for overføringen. Det er i tillegg uklart om mottakeren blir underlagt noen form for konfidensialitetsplikt, noe som ville vært naturlig. Kanskje gjør disse uklarhetene at departementets uttalelser ikke bør anses som uttrykk for gjeldende rett.¹⁰³⁹

Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) kan skape ytterligere forvirring. Saken gjaldt et regnskapsfirma som hadde stilt driftstilbehørspant til fordel for en bank. Da regnskapsfirmaet gikk konkurs, oppstod det tvist mellom konkursboet og banken om et digitalt kundearkiv var omfattet av panteretten. Konkursboet hadde etter avtale med panttaker realisert selskapets driftstilbehør for kr 300 000. Av dette beløpet var hele kr 275 855 knyttet til kundearkivet. Konkursboet var imidlertid bare villig til å utbetale de resterende kr 24 145 til banken, ettersom de mente kundearkivet ikke var omfattet av bankens panterett.

¹⁰³⁷ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52.

¹⁰³⁸ Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52.

¹⁰³⁹ Slik Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 617–618).

Opplysningene i kundearkivet var ikke omfattet av noen av immaterialrettighetene opplistet i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav b. Kundearkivet kunne kanskje ha vært beskyttet etter åndsverklovens databasevern, men på tidspunktet da dommen ble avsagt, var ikke databaseretten tatt med blant driftstilbehørspantets immaterialrettigheter. Et eventuelt databasevern ble derfor ikke drøftet. I stedet forutsatte retten at kundearkivet ikke var beskyttet av noen formell immaterialrettsposisjon. Spørsmålet i saken ble derfor om kundearkivet kunne være omfattet av panteloven § 3-4 andre ledd bokstav a, som sier driftstilbehøret omfatter «maskiner, redskaper, innbo og annet utstyr». At kundearkivet ikke kunne anses som maskiner, redskaper eller innbo, var klart nok. Panthaveren mente likevel at kundearkivet måtte anses som «annet utstyr».

Det var forholdsvis klart at de digitale filene med kundeopplysninger var omfattet av panteretten.¹⁰⁴⁰ At de digitale filene var omfattet, var imidlertid ikke ensbetydende med at panteretten omfattet en enerett til opplysningene. Selve verdien av kundearkivet lå i opplysningene, og ikke i de digitale dokumentene som sådan.¹⁰⁴¹ I den forbindelse uttalte Høyesterett følgende:

«Hvilke immaterielle rettsgoder som følger med ved pantsettelse av driftstilbehør, er positivt oppregnet i panteloven § 3-4 annet ledd bokstav b, og denne bestemmelsen må anses uttømmende. Jeg kan imidlertid ikke se at den likhet som foreligger mellom et kundearkiv og immaterielle rettsgoder, og mer spesielt likheten med 'know-how', bør være avgjørende for vårt spørsmål. Et kundearkiv er et langt mer håndgripelig og klart avgrenset rettsgode. Det har heller ikke en så personlig karakter som 'know-how', og er i sterkere grad knyttet til bedriften som sådan.»¹⁰⁴²

Ettersom opplysningene utgjorde et håndgripelig og klart avgrenset rettsgode, måtte de ifølge retten holdes samlet med virksomheten for øvrig ved realisasjon. Det er samfunnsøkonomisk lønnsomt at formuesgoder som er nødvendige for eventuelt å videreføre en virksomhet, holdes samlet i et driftstilbehørspant. Dette kan bidra til effektiv ressursutnyttelse. På denne måten kan det i utgangspunktet ha vært hensiktsmessig at opplysningene i kundearkivet fulgte med driftstilbehøret i den aktuelle saken. Høyesteretts videre uttalelser var derimot prinsipielt problematiske:

¹⁰⁴⁰ Se Rt. 1992 side 1629 (på side 1632).

¹⁰⁴¹ Se Rt. 1992 side 1629 (på side 1632).

¹⁰⁴² Rt. 1992 side 1629 (på side 1633).

«her kan det ikke anses tilstrekkelig bare å få arkivet overlevert – det kan det vel knapt bli tale om å nekte ham – men kjøperen har også behov for å erverve kundearkivet som et eksklusivt gode, i den forstand at det ikke kan kopieres og spres til konkurrenter.»¹⁰⁴³

Her beskrev Høyesterett en slags ulovfestet enerettsposisjon. Det ble lagt til grunn at opplysningene ble ervervet som et «eksklusivt gode», med rett til å nekte andre å bruke dem på visse måter. Høyesterett viste imidlertid ikke til noe grunnlag for denne eksklusive rettsposisjonen. Dermed er det noe uklart hvor langt eksklusiviteten rekker, om den i det hele tatt kan gjøres gjeldende.¹⁰⁴⁴ Ulovfestede immaterialrettsposisjoner er utelukket.¹⁰⁴⁵

Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) kan antakelig tolkes på flere ulike måter. Etter mitt syn er det mest nærliggende å forstå dommen slik at Høyesterett bygget eksklusiviteten på en form for personlig ytelsesplikt for pantsetter, lignende den som kan oppstå ved lisensiering av «knowhow».¹⁰⁴⁶ Gjennom panteavtalen kunne pantsetter ha forpliktet seg overfor panthaver til å overføre de aktuelle kundeopplysningene ved en eventuell realisasjon, samt til ikke å benytte opplysningene etter slik realisasjon. Selv om dommen ikke redegjorde nærmere for innholdet i den konkrete panteavtalen, kan en slik forpliktelse antakelig bygge på en ulovfestet lojalitetsplikt uavhengig av avtalens ordlyd. Lojalitetsplikt anses som et generelt prinsipp i ethvert kontraktsforhold, og det finnes en god del rettspraksis om dette.¹⁰⁴⁷ Denne kontraktsrettslige lojalitetsplikten kan være et effektivt supplement til markedsføringsloven for å verne for eksempel bedriftshemmeligheter og annen ubeskyttet informasjon, og kan bidra til å redusere transaksjonskostnadene knyttet til omsetning av immaterialrettigheter.¹⁰⁴⁸

Det at pantsetter er underlagt en viss lojalitetsplikt, er både forutsatt i panteloven og i pantelovens forarbeider.¹⁰⁴⁹ Pantsetters lojalitetsplikt overfor panthaver er delvis lovfestet i panteloven § 1-7, som pålegger pantsetter enkelte plikter for å bevare verdien av pantet i sikringsperioden. I Lund-utredningen finnes det også innslag av lojalitetsbetraktninger:

¹⁰⁴³ Rt. 1992 side 1629 (på side 1633).

¹⁰⁴⁴ Se også Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 618).

¹⁰⁴⁵ Jf. punkt 2.2.2.3 ovenfor.

¹⁰⁴⁶ Se punkt 2.4.3 ovenfor.

¹⁰⁴⁷ Se Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 side 80–102. Se også Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 165. Om lojalitetsplikten i kredittsikringsforhold spesielt, se Rt. 1925 side 501, Rt. 1984 side 28, Rt. 1988 side 1078 og Rt. 1994 side 775.

¹⁰⁴⁸ Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 67 og side 175–176 og Harald Irgens-Jensen, «Forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2006 side 568–582 (på side 572–573).

¹⁰⁴⁹ Se for eksempel Prop. 101 L (2013–2014) side 46.

«Når det gis adgang til særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter, må det uansett være slik at det er en forutsetning for pantssettelsen at pantsetter forplikter seg til å unnlate å benytte andre rettigheter til å hindre at erververen utnytter det realiserede pantet. Når eier som følge av realisasjon av pantet ikke lenger kan utnytte retten som var pantsatt, vil han heller ikke kunne gjøre bruk av gjenværende rettigheter til slik utnyttelse som faller innenfor området av rettighetene som inngikk i pantet.»¹⁰⁵⁰

Det nærmere innholdet i en slik ulovfestet lojalitetsplikt er uklart.¹⁰⁵¹ Generelt ligger den rettslige avgrensingen av lojalitet i beskyttelse av berettigede forventninger, som igjen kan begrunnes i omsetningens effektivitet.¹⁰⁵² Når lojalitetsplikten skal konkretiseres i relasjon til immaterialrettsavtaler, blir resultatet gjerne en plikt til hemmeligholdelse av visse opplysninger, samt en plikt til å motvirke tredjepersoners inngrepshandlinger.¹⁰⁵³ Med hensyn til kundeopplysningene i Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) lå det antakelig ikke mer i lojalitetsplikten enn en plikt for pantsetter til ikke å utnytte opplysningene på en måte som reduserte verdien av kundearkivet for erververen. For eksempel må pantsetter ha vært forpliktet til ikke å gjøre kundearkivet tilgjengelig for erververens konkurrenter. En taushetsplikt ville nok vært tilstrekkelig. Her kan det trekkes paralleller til den taushetsplikten som pålegges arbeidstakere som gjør oppfinnelser i arbeidsforhold, jf. arbeidstakeroppfinnelsesloven § 6 andre ledd.¹⁰⁵⁴ Lojalitetsplikten i Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) kan også sammenlignes med den lojalitetsplikten selgeren av aksjene i et engineeringsselskap ble pålagt i Rt. 1995 side 1460. Her ble avtalen om aksjesalg kjent ugyldig fordi selgeren hadde holdt tilbake opplysninger om at han personlig hadde søkt patent på en oppfinnelse som utgjorde et vesentlig aktivum i det overdratte selskapet.

Det problematiske i Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) var at pantsetters rent personlige lojalitetsforpliktelse ble gjort gjeldende overfor hans konkursbo. Når den som ervervet kundearkivet ifølge retten ervervet et «eksklusivt gode», må dette ha medført at konkursboet ble nektet å utnytte informasjonen i kundearkivet. Retten etablerte dermed en rettsbeskyttelse av informasjon som kunne gjøres gjeldende overfor tredjepersoner, uten at vilkårene i

¹⁰⁵⁰ Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 54.

¹⁰⁵¹ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 618).

¹⁰⁵² Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 166, med ytterligere henvisninger.

¹⁰⁵³ Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 166.

¹⁰⁵⁴ Mer om denne bestemmelsen hos Harald Irgens-Jensen, «Ansattes oppfinnsomhet – bedrifters hemmelighold» i *Lov og Rett*, 2018 side 3–18 (på side 8–9).

immaterialrettslovgivningen var oppfylt. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er det betydelige problemer knyttet til slike løsninger.

Tidligere ble det antatt at Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) ga grunnlag for at alternativet «annet utstyr» i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav a til en viss grad kunne supplere listen med immaterialrettigheter i bestemmelsens bokstav b. Denne forståelsen av dommen er også lagt til grunn i Lund-utredningen:

«I det øyeblikk man anser et dokument som ‘annet utstyr’ som omfattes ved avhendelsen av driftstilbehørspantet, vil en nærliggende følge være at opplysningene som fremgår av dokumentet blir forbeholdt erververen av dokumentet. Dermed blir realiteten at man lar pantsettelsen av ‘annet utstyr’ omfatte en immaterialrett eller en immaterialrettslignende posisjon, som ikke er opplistet i den presumptivt uttømmende listen i § 3-4 annet ledd bokstav b, f. eks. ‘know-how’.»¹⁰⁵⁵

Lund-utredningen kritiserte samtidig flertallets standpunkt i dommen. Utreder synes å være mer enig i mindretallets votum. Mindretall var ikke enig med flertallet i at det fantes grunnlag for «en eksklusiv rett til opplysningene om kundekretsen».¹⁰⁵⁶ Videre mente mindretallet at hensynet til samlet overdragelse ikke kunne tillegges særlig stor vekt. Det ble vist til at driftstilbehørspantet ikke omfatter virksomheter som sådan, men bare en nærmere angitt del av en virksomhet.¹⁰⁵⁷ Hensynet til videreføring som «going concern» kunne da ifølge mindretallet ikke begrunne noen eksklusiv rettighetsposisjon. Mindretallet var enig i at det var «rimelig og naturlig» at panthaver, eller kjøperen av driftstilbehøret, fikk tilgang til de opplysningene som var nødvendige for å utnytte driftstilbehøret for øvrig, men mente samtidig at det ikke var nødvendig med noen eksklusiv rett for å oppnå dette formålet. På bakgrunn av dette kom mindretallet til at opplysningene måtte anses som et hjelpemiddel for utnyttelse av driftstilbehørspantet, men ikke som en del av det. Konkursboets salg av opplysningene innebar således ikke salg av noen del av pantet, og ga ikke panthaveren krav på salgsprovenyet.¹⁰⁵⁸ Lund-utredningen hadde følgende syn på mindretallets votum:

¹⁰⁵⁵ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 21.

¹⁰⁵⁶ Se Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) (på side 1634).

¹⁰⁵⁷ Se Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) (på side 1635).

¹⁰⁵⁸ Se Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) (på side 1635–1636).

«Det er stor likhet mellom ‘å avtale at pantaveren skal ha rett til å gjøre bruk av pantsetterens ‘know-how’ ved en eventuell realisasjon av pantet’, som departementet nevner som en mulighet, og dommer Sinding-Larsens tilnærming når han presiserer forskjellen mellom å få tilgang til opplysninger og kunnskaper med rett til å gjøre bruk av dem, og det å få en eksklusiv rett. En avtale som nevnt må ikke innebære at den som erverver pantet ved realisasjon får en eksklusiv rett. Justisdepartementets, og dommer Sinding-Larsens, tilnærming synes noe tryggere hva gjelder å ta hensyn til at opplistingen i panteloven § 3-4 annet ledd bokstav b er uttømmende, enn å tolke ‘annet utstyr’ i § 3-4 annet ledd bokstav a slik at det resulterer i at den som erverver driftstilbehøret ved realisasjon av pantet, får en enerett til å utnytte immaterielle formuesgoder som ikke er nevnt i bokstav b.»¹⁰⁵⁹

Dersom Lund-utredningen mente flertallets løsning ikke lenger burde gjelde, er det vanskelig å forstå hvorfor det ikke ble foreslått noen endring av rettstilstanden på dette området. Det fremgår ingen steder hverken i Lund-utredningen eller i proposisjonen at lovendringen i 2015 tok sikte på å endre den rettstilstanden Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) ga uttrykk for. Jens Edvin A. Skoghøy mener imidlertid at dommen likevel mistet mye av sin betydning etter denne lovendringen:

«I Rt. 1992 s. 1629 (kunderegisterdommen) ble det lagt til grunn at uttrykket ‘annet utstyr’ blant annet omfatter elektronisk lagrede kundefortegnelser. Etter lovendringen i 2015 er ‘databaser og andre arbeider som er vernet etter åndsverkloven § [24]’, uttrykkelig nevnt (...). Selv om det virker som om lovgiverne ved endringene i 2015 ikke var klar over kunderegisterdommen, kan elektronisk lagrede kundefortegnelser etter denne lovendringen bare være omfattet av driftstilbehørspantet etter § 3-4 så langt fortegnelsene er beskyttet etter åndsverkloven § [24]. Det samme må gjelde manuelle kundekartotek og leverandørregistre.»¹⁰⁶⁰

Etter lovendringen må nok registre, kataloger og databaser være beskyttet av databaserett etter åndsverkloven for å bli omfattet av et driftstilbehørspant. I Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) tok ikke retten stilling til om kundearkivet var beskyttet av databaserett eller ikke, men dersom en lignende sak kommer opp på nytt, og det ikke foreligger noen formell databaserett

¹⁰⁵⁹ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 21 (kursiv i original).

¹⁰⁶⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 61. Tilsvarende formulering hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 266.

etter åndsverkloven, er det nok utelukket at registre, kataloger og databaser kan bli omfattet av et driftstilbehørspant.

Med hensyn til andre typer ubeskyttet informasjon, finnes det eksempler på at lignende argumentasjon som i Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) fortsatt forekommer i praksis. Her må det imidlertid presiseres at disse eksemplene ikke kan tillegges selvstendig rettskildemessig vekt, men i stedet tjener som illustrasjonsmateriale.¹⁰⁶¹ I KFIR-2016-172 kom Klagenemnda for industrielle rettigheter til at retten til et varemerke var omfattet av et driftstilbehørspant, selv om det aktuelle merket hverken hadde oppnådd beskyttelse gjennom registrering eller innarbeidelse. Saksforholdene var i korte trekk at Innovasjon Norge hadde ytet et lån til selskapet Polarboat, som drev salg, vedlikehold og utleie av båttypen Polarsnekke. Lånet var sikret med driftstilbehørspant. Polarboat ble senere slått konkurs, og boet abandonerte selskapets driftstilbehør. Styreleder, som også var daglig leder, hadde fem dager før konkursåpning i eget navn søkt om registrering av det kombinerte merket POLAR, som selskapet hadde benyttet i sin markedsføring. Patentstyret innvilget søknaden. Innovasjon Norge mente blant annet at søknaden var inngitt i strid med god forretningsskikk, jf. varemerkeloven § 16 bokstav b. De leverte derfor innsigelse mot registreringen. Patentstyret tok innsigelsen til følge. Styrelederen påklaget avgjørelsen til Klagenemnda, som blant annet uttalte følgende:

«Det fremgår av [panteloven § 3-4] andre ledd bokstav b at rett til varemerke er å regne som driftstilbehør og omfattes av panteretten. Det er ikke anledning til å pantsette et varemerke særskilt, slik det eksempelvis er for patenter. Når klager prøver å tilegne seg retten til varemerket kort tid før selskapet slås konkurs, har han i realiteten forsøkt å fjerne verdier fra boet slik at det ved konkurs har en lavere verdi for pantstaver som har pant i driftstilbehøret. Klagenemnda kan ikke legge vekt på at bostyrer i ettertid, korrekt eller feilaktig, har vurdert at varemerket var uten verdi for boet. Det fremgår av regnskapet som er fremlagt at varemerket var verdsatt til en betydelig sum. Det burde være klart at varemerket er av verdi for en eventuell kjøper av konkursboet som skal fortsette med produksjon av denne typen båter.»¹⁰⁶²

¹⁰⁶¹ Generelt om dette hos blant andre Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001 side 233–241 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 233–236, jf. side 44–45.

¹⁰⁶² KFIR-2016-172 (avsnitt 29).

På bakgrunn av dette kom Klagenemnda til at søknaden var innlevert i strid med god forretningsskikk, og at registreringen derfor måtte oppheves.¹⁰⁶³ Det interessante her var imidlertid at Klagenemnda anså Polarboat sin rett til merket som en del av deres driftstilbehør, selv om selskapet ikke hadde oppnådd noen formell enerettsposisjon gjennom registrering eller innarbeidelse. Klagenemnda påpekte at det ikke hadde blitt levert inn slik dokumentasjon som kreves for at et merke skal anses som innarbeidet i henhold til varemerkeloven § 3 tredje ledd. Selskapet hadde således aldri oppnådd noen ordentlig varemerkerett. Det var da en form for prematur immaterialrettsposisjon som Klagenemnda mente inngikk i driftstilbehørspantet. Ifølge Klagenemnda eksisterte det en omsettelig rettsposisjon som kunne pantsettes, selv om det ikke hadde blitt oppnådd formell varemerkerett. Slike synspunkter har også en viss støtte i Lund-utredningen, hvor det antydes at kjennetegn kan inngå i et driftstilbehørspant selv uten immaterialrettslig beskyttelse:

«Utredning nærer en sterk mistanke om at i praksis følger alle kjennetegn som virksomheten bruker som driftstilbehør, med ved realisasjon av pantet, uten at det reflekteres nærmere over deres immaterialrettslige status – om det gjelder en enerett eller om de bare kan ha en mulig utsikt til beskyttelse etter markedsføringsloven.»¹⁰⁶⁴

Hvordan premature immaterialrettigheter kan bli håndtert i tingsrettslige sammenhenger, kan også illustreres med en svensk dom fra Högsta Domstolen inntatt i NJA 2009 side 695. I denne saken hadde en formgiver utarbeidet et design på en spesiell type rullator, og overdratt samtlige rettigheter til produktet til selskapet Dolomite. På overdragelsestidspunktet hadde det ikke blitt søkt om designrett, men Dolomite innga slik søknad året etter. Søknaden ble imidlertid trukket tilbake før den hadde blitt offentliggjort. Noen år senere fikk et annet selskap registrert et design for en rullator som hadde sterke likhetstrekk med Dolomites rullatordesign, og som også var utarbeidet av den samme formgiveren. Dolomite mente de hadde en bedre prioritert rett til det aktuelle designet, og krevde derfor den registrerte designretten overført til seg.

Högsta Domstolen tok utgangspunkt i at designrett oppnås ved registrering, og at en rettighetshaver ikke kan påberope seg designrettsbeskyttelse der slik registrering ikke

¹⁰⁶³ Se også særlig avgjørelsens avsnitt 28 og 32.

¹⁰⁶⁴ Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 22.

foreligger.¹⁰⁶⁵ Likevel ble det poengtert at dersom en annen enn den berettigede registrerer et design, kan den berettigede kreve den registrerte designretten overført til seg. Slik er reglene også i Norge, jf. designloven § 29.¹⁰⁶⁶ Ved kolliderende rettsserverv mente retten at den eldste erververen måtte gis prioritet, selv om den yngste var i god tro med hensyn til den eldre kolliderende rettsstiftelsen.¹⁰⁶⁷ Deretter kom retten med følgende uttalelse:

«Det som nu sagts gäller även rätten till en formgivning, dvs. närmast rätten att ansöka om registrering av den eller att offentliggöra den (formgivarrätt). Har en dubbelöverlåtelse av formgivarrätten ägt rum är alltså den senare förvärvarens fång ogiltigt.»¹⁰⁶⁸

Högsta Domstolen la her til grunn at det aktuelle designet var et formuesgode som det kunne disponeres over med tredjemannsvirkninger, selv før designrett hadde blitt registrert.¹⁰⁶⁹ Et slikt systemet kan fort bli vanskelig å håndtere i praksis. Immaterialrettslovgivningen legger opp til at all informasjon i utgangspunktet skal være allemannseie, såfremt det ikke er oppnådd en formell lovfestet enerettsposisjon, eller utnyttelse er begrenset gjennom for eksempel markedsføringsloven.¹⁰⁷⁰ Vilkårene for immaterialrettslig beskyttelse, og omfanget av beskyttelsen, har lovgiver avveid mot andre hensyn, særlig hensynet til fri konkurranse og allmennhetens behov for friholdelse av informasjon.¹⁰⁷¹ Når domstolene tillegger tredjemannsvirkninger til avtaler om overdragelse og pantsettelse av rettsposisjoner som ikke har oppfylt vilkårene for immaterialrettsbeskyttelse, har de i realiteten utvidet den beskyttelsen som lovgivningen har forsøkt å avgrense. Resonnementet i NJA 2009 side 695 har derfor blitt kritisert av Ole-Andreas Rognstad:

«Et åpenbart problem med flertallets resonnement, er at det går på tvers av immaterialrettslovgivningens system. Ved å konstatere at Dolomite hadde rettsvern for sin avtale om overføring av formgivningen til WWW-rullatoren, åpner flertallet opp for at en som ikke har registrert en design kan forby den som først registrerer

¹⁰⁶⁵ Se NJA 2009 side 695 (domskäl avsnitt 6).

¹⁰⁶⁶ Mer om disse reglene hos Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006 side 102–104.

¹⁰⁶⁷ Se NJA 2009 side 695 (domskäl avsnitt 8).

¹⁰⁶⁸ NJA 2009 side 695 (domskäl avsnitt 9).

¹⁰⁶⁹ Högsta Domstolen var enstemmig med hensyn til resultatet i dommen, men det var dissens med hensyn til begrunnelsen. Mindertallets votum er beskrevet og kommentert hos Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektsrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 529–531).

¹⁰⁷⁰ Se for eksempel Espen Sandvik, «'Sum av viten' som rettslig vernet bedriftshemmelighet» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2018 side 88–108 (på side 94).

¹⁰⁷¹ Se punkt 2.2.2.2, 2.2.2.3 og 2.4.2 ovenfor.

designen å benytte den. Samtidig er denne beskyttelsen bare begrenset til identisk design. Ingen av disse resultatene lar seg forene med designlovgivningen. Etter designretten gjelder prinsippet 'first to file', altså at den som først registrerer får enerett til designen. Eneretten omfatter enhver design som ikke gir den informerte brukeren 'et annet helhetsinntrykk'. Flertallets resonnement forutsetter at man ved avtale skal kunne få beskyttelse overfor tredjepersoner uten registrering, men begrenset til identisk design – altså en beskyttelse for en prestasjon som ikke oppfyller lovens vilkår for immaterialrettsbeskyttelse, og som samtidig gis et snevrere vern enn immaterialrettsbeskyttelsen foreskriver. I tillegg vil et slikt vern bare gjelde overfor formgiverens rettsetterfølgere, og ikke personer uten forbindelse med formgiverne. Det er all grunn til å stille spørsmål ved både rettmessigheten og hensiktsmessigheten av den løsningen flertallet tar til orde for. I praksis vil den innebære et – om enn begrenset – 'tilleggsvern' for avtalte rettsposisjoner som ikke oppfyller immaterialrettslovgivningens krav.»¹⁰⁷²

Tilsvarende kritikk kan også rettes mot Rt. 1992 side 1629 (kunderegister). Når retten anså panthavers rett til kundearkivet som en enerett, opprettet de i realiteten et immaterialrettslignende vern som kunne gjøres gjeldende overfor tredjepersoner, særlig pantsetters konkursbo. På denne måten blir Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) rettspolitisk problematisk på lignende måte som NJA 2009 side 695. Sett i sammenheng med lovendringen i 2015, kan Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) antakelig ikke anses som noe uttrykk for gjeldende rett. Den samme kritikken kan for øvrig rettes mot KFIR-2016-172, men denne avgjørelsen har aldri hatt selvstendig rettsnormerende kraft. Pantsettelse av ubeskyttet informasjon er nok utelukket i norsk rett.

Det at ubeskyttet informasjon ikke kan inngå i en pantsettelse, kan føre til enkelte praktiske problemer. Som nevnt i punkt 2.4.3, kan det for eksempel være en nær tilknytning mellom et pantsatt patent og ikke-pantsatt «knowhow».¹⁰⁷³ Den som erverver et patent, kan ha behov for samtidig å få tilgang til avhenderens «knowhow». Dersom et særskilt pantsatt patent skal realiseres, vil ikke nødvendig «knowhow» uten videre følge med. Dette kan redusere markedsverdien av det aktuelle patentet. Kanskje bør det derfor finnes regler som i noen tilfeller gir panthaver rett til å utnytte pantsetters «knowhow» i forbindelse med realisasjon av

¹⁰⁷² Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjeksrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 532–533).

¹⁰⁷³ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52 og Are Stenvik, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523 (på side 506).

et pant. I Lund-utredningen er det lagt til grunn at «knowhow» bør kunne følge med ved realisasjon av pantsatte immaterialrettigheter, eventuelt gjennom en enkel brukstillatelse.¹⁰⁷⁴ Det samme ble som nevnt lagt til grunn av departementet i forarbeidene til panteloven av 1980.¹⁰⁷⁵ Selv om det ikke er i tråd med norsk panterett å anse «knowhow» som del av en panterett, er det likevel ingenting i veien for at pantsetter pålegges en personlig forpliktelse til å bidra med nødvendig «knowhow» i en eventuell realisasjonssituasjon. Dette blir i så fall ingen panterett, men en rent obligatorisk forpliktelse uten særbehandling i forhold til andre kreditorer.

Slike løsninger legges det også opp til i den amerikanske modellavtalen for pantsettelse av immaterialrettigheter.¹⁰⁷⁶ I forbindelse med realisasjon pålegges pantsetter å gi panthaver adgang til blant annet «knowhow», nisjekunnskap og annen relevant informasjon (herunder kundelister) knyttet til panteobjektene.¹⁰⁷⁷ Her presiseres det imidlertid at pantsetter i praksis har begrensede muligheter til å oppfylle slike forpliktelser. I en realisasjonssituasjon, særlig etter konkurs, vil pantsetter ikke ha anledning til å tvinge ansatte til å forbli ansatt, endre oppgavene til de ansatte, eller få dem til å jobbe for panthaver eller den som erverver pantsatte immaterialrettigheter etter realisasjonen.¹⁰⁷⁸ De samme problemene gjør seg gjeldende i norsk rett.

5.4 RETTIGHETEN MÅ VÆRE BESTEMT FOR PANTSETTERS NÆRINGSVIRKSOMHET

For at en immaterialrettighet skal inngå i et driftstilbehørspant, må den aktuelle rettigheten «brukes i» eller være «bestemt for» pantsetters næringsvirksomhet, jf. panteloven § 3-4 første ledd. Med pantsetters næringsvirksomhet menes slik virksomhet som er grunnlaget for at pantsetter kan anses som næringsdrivende i henhold til panteloven § 3-5.¹⁰⁷⁹ Dersom grunnlaget er registrering i Foretaksregisteret, må de aktuelle immaterialrettighetene være bestemt for utnyttelse i slik virksomhet som naturlig faller innenfor det registrerte formålet,

¹⁰⁷⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 43–44.

¹⁰⁷⁵ Se Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 52.

¹⁰⁷⁶ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928 (punkt 4.4).

¹⁰⁷⁷ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928 (punkt 4.4).

¹⁰⁷⁸ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928 (note 73).

¹⁰⁷⁹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 261.

eller den registrerte virksomhetstypen.¹⁰⁸⁰ Hvis en immaterialrettighet både utnyttes privat og i næringsvirksomhet, blir det avgjørende hvor rettigheten hovedsakelig utnyttes.¹⁰⁸¹ For søknader om immaterialrettigheter, må vilkåret vurderes med hensyn til den immaterialrettigheten som oppstår dersom søknaden innvilges. En patentsøknad vil for eksempel inngå i driftstilbehørspantet dersom patentet som potensielt meddeles vil bli «bestemt for» pantsetters næringsvirksomhet.

For at vilkåret skal være oppfylt, er det ikke nødvendig at pantsetter utnytter immaterialrettighetenes beføyelser som sådan. Immaterialrettighetene består av forbudsbeføyelser som gir rettighetshaveren rett til å nekte andre å utnytte objektet for de ulike rettsposisjonene. Det kan ikke være nødvendig å gjøre slike rettslige beføyelser gjeldende for at en immaterialrettighet skal «brukes i» eller være «bestemt for» pantsetters næringsvirksomhet. I stedet må det avgjørende være om pantsetter tar sikte på å utnytte de immaterialrettsbeskyttede frembringelsene. Dersom pantsetter for eksempel skal utnytte en patentert oppfinnelse, er det i utgangspunktet uten betydning hvorvidt han i tillegg tar sikte på å utnytte patentrettens forbudsbeføyelser ved å nekte andre å utnytte oppfinnelsen. Normalt vil forbudsbeføyelsene gjøres gjeldende så snart det oppdages inngrep, men hvorvidt slike beføyelser gjøres gjeldende eller ikke, er uten betydning for om rettigheten er omfattet av et driftstilbehørspant. En immaterialrettighet er omfattet av panteretten såfremt rettighetens objekt er «bestemt for» pantsetters næringsvirksomhet.

Pantsetter behøver ikke å ta sikte på å tjene penger på utnyttelsen for at en immaterialrettighet skal være «bestemt for» hans næringsvirksomhet. Dersom for eksempel en medarbeider i pantsetters virksomhet utformer en layout på et internmagasin som sendes ut til virksomhetens ansatte, og pantsetter erverver opphavsretten til layouten gjennom arbeidsavtalen med den aktuelle medarbeideren, vil denne opphavsretten være «bestemt for» pantsetters næringsvirksomheten ved at den utgjør et element i virksomhetens internkommunikasjon. Rettigheten inngår således i den interne driften på samme måte som for eksempel kjøkkenutstyr, bord og stoler i en bedriftskantine, som er gjenstander forarbeidene uttrykkelig sier skal inngå i driftstilbehøret.¹⁰⁸²

¹⁰⁸⁰ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 59.

¹⁰⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 53.

¹⁰⁸² Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 53.

Et mer uklart spørsmål er om en immaterialrettighet er «bestemt for» pantsetters næringsvirksomhet dersom pantsetter ikke tar sikte på aktiv utnyttelse av rettsposisjonens objekt. Det viktigste eksemplet her er varemerker registrert kun for defensive formål. Slike registreringer skal hindre konkurrenter i å benytte det aktuelle varemerket som kjennetegn for sine varer eller tjenester, men de skal ikke benyttes aktivt av merkehaveren i dennes næringsvirksomhet.¹⁰⁸³ Et bærende hensyn bak adgangen til samlet pantsettelse av driftstilbehør, er å tilrettelegge for at virksomheter kan videreføres etter realisasjon av pantet.¹⁰⁸⁴ Varemerker registrert kun for defensive formål, vil ikke være nødvendige for videreføring. Dette kan tale for at slike rettsposisjoner ikke skal omfattes av driftstilbehørspantet. På den annen side er det neppe grunnlag for å oppstille noe nødvendighetskrav av denne typen. Dersom omfanget av driftstilbehørspantet skal avgjøres ut fra nødvendighetsvurderinger, vil det kunne oppstå en rekke uklare spørsmål og vanskelige grensedragninger. Derfor kan nok også rent defensive varemerker være «bestemt for» pantsetters næringsvirksomhet. Så lenge rettsposisjonen har sin hovedtilknytning til næringsvirksomheten, må den nok være omfattet av driftstilbehøret selv om formålet er rent defensivt.¹⁰⁸⁵

5.5 RETTIGHETEN KAN IKKE VÆRE BESTEMT FOR Å UTNYTTES GJENNOM OVERDRAGELSE ELLER LISENSIERING

Selv om en immaterialrettighet i utgangspunktet omfattes av driftstilbehøret, vil den ikke inngå i en pantsettelse dersom den «utelukkende utnyttes eller er bestemt for å utnyttes gjennom overdragelse eller utstedelse av lisenser», jf. panteloven § 3-4 andre ledd andre punktum.

Vilkåret ble tatt inn ved lovendringen i 2015. Etter gjeldende rett før lovendringen var det allerede slik at immaterialrettigheter som ble produsert i en virksomhet kun med sikte på overdragelse, ikke kunne anses som driftstilbehør.¹⁰⁸⁶ Rettighetene blir da ikke brukt i virksomheten, men er i stedet produkter av virksomheten.¹⁰⁸⁷ De produktene en virksomhet

¹⁰⁸³ Registrering av slike varemerker vil for øvrig slettes «hvis merkehaveren ikke innen fem år fra den dagen da endelig avgjørelse om registrering av merket ble truffet, har tatt merket i reell bruk her i riket for de varer eller tjenester det er registrert for, eller hvis bruken har vært avbrutt i fem år i sammenheng», jf. varemerkeloven § 37 første ledd.

¹⁰⁸⁴ Se NUT 1970: 2 side 42–43.

¹⁰⁸⁵ Tilsvarende Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 485, men standpunktet er ikke nærmere begrunnet.

¹⁰⁸⁶ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

¹⁰⁸⁷ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 615).

produserer for videreoverdragelse, kan pantsettes samlet som et varelagerpant, men varelagerpantet er begrenset til bare å omfatte løstøregjenstander, jf. panteloven § 3-11 andre ledd. Immaterialrettigheter kan derfor ikke inngå i et varelagerpant.¹⁰⁸⁸ Dette er kanskje ikke en helt hensiktsmessig løsning. Mange moderne virksomheter driver betydelig produksjon av immaterialrettigheter ment for salg. Når varelagerpantet begrenses til kun å omfatte løstøregjenstander, begrenses samtidig slike virksomheters mulighet til å oppnå pantesikret kreditt.

Tidligere var det uklart om immaterialrettigheter som bare var ment til lisensiering var omfattet av driftstilbehørspantet.¹⁰⁸⁹ Da panteloven § 3-4 andre ledd andre punktum ble endret i 2015, var dette således både en presisering og en avklaring av gjeldende rett. Det er forholdsvis naturlig at formuesgoder som er ment å tilfalle andre enn pantsetter, ikke kan inngå i pantsetters kredittgrunnlag. I tilfeller der en immaterialrettighet bare skal utnyttes ved lisensiering, kan det være mer naturlig å pantsette rettighetshaverens krav på lisensavgift som et enkelt pengekrav i henhold til panteloven § 4-4 første ledd, fremfor å la rettigheten inngå i et driftstilbehørspant.

Unntaket i panteloven § 3-4 andre ledd andre punktum gjelder bare immaterialrettigheter som «utelukkende» er ment for overdragelse eller lisensiering. Dette tilsier at enhver form for utnyttelse av pantsetter selv, medfører at unntaket ikke kommer til anvendelse. Ut fra ordlyden virker det som om det skal lite til for at pantsetters egen utnyttelse fører til at en lisensiert immaterialrettighet inngår i driftstilbehørspantet. Forarbeidene gir støtte til en slik forståelse av ordlyden:

«Hvis en rettighet også utnyttes, eller det i fremtiden tas sikte på å utnytte den, i virksomheten på annen måte enn gjennom overdragelse og lisensiering, f.eks. ved at en patentert fremgangsmåte utnyttes eller skal utnyttes i produksjon av varer eller tjenester, vil rettigheten være omfattet av et driftstilbehørspant. Dette gjelder selv om denne utnyttelsen fremstår som lite betydningsfull og det samtidig er utstedt lisenser i rettigheten eller det tas sikte på å utstede lisenser eller å overdra rettigheten».¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁸ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 615).

¹⁰⁸⁹ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

¹⁰⁹⁰ Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

På bakgrunn av dette kan det legges til grunn at terskelen ligger høyt for å anvende unntaksbestemmelsen i panteloven § 3-4 andre ledd andre punktum. Så lenge pantsetter har en plan om selv å ta rettigheten i bruk på et visst tidspunkt, vil den inngå i driftstilbehøret selv om den på pantsettelsestidspunktet, eller på realiseringstidspunktet for den saks skyld, kun ble utnyttet gjennom lisensiering. Er det derimot tale om et aksjeselskap i et konsern som er opprettet utelukkende for å eie immaterialrettigheter som lisensieres til andre deler av konsernet, vil dette selskapet ikke kunne pantsette sine immaterialrettigheter som driftstilbehør.

5.6 PANTSETTELSEN MÅ GJELDE DRIFTSTILBEHØRET SOM TINGSINNBEGREP

5.6.1 Generelt

Panteloven § 3-4 siste ledd sier at panterett i driftstilbehør omfatter «driftstilbehøret i sin helhet, slik det er til enhver tid». Det er i utgangspunktet ikke adgang til å pantsette deler av driftstilbehøret separat.¹⁰⁹¹ Omfanget av panteretten kan bare avgrenses dersom pantsetters næringsvirksomhet består av flere avdelinger, og avgrensningen gjelder en avdeling som «driftsmessig er adskilt», jf. panteloven § 3-4 siste ledd.¹⁰⁹²

Det at panteretten omfatter driftstilbehøret slik det er til enhver tid, gir uttrykk for det såkalte tingsinnbegrepssynspunktet. Med «tingsinnbegrep» menes at en rekke individuelle ting i rettslig sammenheng skal betraktes som en helhet.¹⁰⁹³ Dersom det blir ervervet nye formuesgoder som går inn under lovens beskrivelse av driftstilbehøret, blir panteretten automatisk utvidet til å omfatte disse.¹⁰⁹⁴ I den forbindelse kan det oppstå spørsmål knyttet til tidspunktet for når nye immaterialrettigheter blir omfattet av driftstilbehøret. Tilsvarende spørsmål kan oppstå med hensyn til avhendelse av immaterialrettigheter som i utgangspunktet var omfattet av panteretten. Dette blir temaene for de neste drøftelsene.

5.6.2 Immaterialrettigheter på vei inn i driftstilbehørspantet

Immaterialrettigheter kan erverves både originært og derivativt. Ved originært erverv, er det rettighetshaveren som har frembrakt objektet for rettsposisjonen. Rettighetshaveren har således sørget for rettighetens eksistens, og dermed skapt et formuesgode som tidligere ikke

¹⁰⁹¹ Se Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 615). Se for øvrig JDLOV-1983-3998.

¹⁰⁹² Mer om dette i punkt 5.6.4 nedenfor.

¹⁰⁹³ Se Erlend Baldersheim, *Reglar om fast eigedom*, Oslo 2010 side 61.

¹⁰⁹⁴ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 73.

eksisterte. Når pantsetter erverver nye immaterielle rettigheter gjennom originære erverv, blir disse rettighetene automatisk omfattet av driftstilbehøret så snart pantsetter oppfyller vilkårene for at den aktuelle immaterialrettigheten skal oppstå. Dette forutsetter selvfølgelig at rettsposisjonene også omfattes av pantelovens beskrivelse av driftstilbehør.

Ved derivativt erverv, har pantsetter avledet sin rett fra en tidligere rettighetshaver, ofte omtalt som hjemmelsmann.¹⁰⁹⁵ I slike tilfeller kan det bli spørsmål om når driftstilbehørspanthavers rett i den ervervede immaterialrettigheten oppstod.¹⁰⁹⁶ Pantet kan for eksempel bli realisert på et tidspunkt der det er uklart om pantsetters hjemmelsmann fortsatt er eier av immaterialrettigheten, eller om rettigheten har gått over til pantsetter og således inngår i driftstilbehørspantet som skal realiseres.

Problemstillingen er ikke regulert i panteloven. I Rt. 1997 side 1438 berøres spørsmålet i tilknytning til et varelagerpant. Panthaver hadde her realisert et varelagerpant bestående av ting som pantsetters hjemmelsmann mente han hadde stansingsrett til. Hjemmelsmannen mente disse tingene ikke kunne inngå som en del av varelagerpantet. Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til, var om hjemmelsmannen faktisk hadde slik stansingsrett, noe som ble besvart benektende. Det interessante her er imidlertid at det implisitt ble lagt til grunn at det avgjørende for om varene inngikk i panteretten, var om pantsetters hjemmelsmann hadde stansingsrett eller ikke. Når stansingsretten hadde bortfalt, måtte varene være omfattet av varelagerpantet. Det samme må gjelde for driftstilbehørspantet. Dette innebærer at objektet for driftstilbehørspant overfor pantsetters hjemmelsmann avgrenses på samme måte som pantsetters kreditorers beslagsrett.¹⁰⁹⁷ Kreditorenes beslagsrett omfatter alt som «tilhører skyldneren», jf. dekningsloven § 2-2. Med hensyn til formuesgoder på vei inn i skyldnerens formuessfære, avgjøres beslagsspørsmålet av om hjemmelsmannens stansingsrett er i behold eller ikke.¹⁰⁹⁸

Regler om stansingsrett finnes både i dekningsloven § 7-2 og i kjøpsloven § 61 andre ledd, som i prinsippet kommer til anvendelse ved overdragelse av immaterialrettigheter, jf. kjøpsloven § 1.¹⁰⁹⁹ Disse reglene er imidlertid utformet med hensyn til løsøreobjekter, og i

¹⁰⁹⁵ Se for eksempel Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 579.

¹⁰⁹⁶ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 74.

¹⁰⁹⁷ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 281.

¹⁰⁹⁸ Jf. Henriette Nazarian, *Konkursrett*, Oslo 2012 side 77.

¹⁰⁹⁹ Se også Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 436, Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018, samt Jens Schovsbo, *Immaterialrettsaftaler*, København 2001 side 64–66.

forarbeidene til kjøpsloven er det uttrykkelig fremhevet at det ved anvendelse av lovens bestemmelser på andre formuesgoder, må tas hensyn til salgsobjektets spesielle karakter.¹¹⁰⁰ Kjøpsloven kommer ikke til anvendelse på lisensavtaler som stifter begrensede rettigheter, men kan derimot anvendes på avtaler om overdragelse av lisenser.¹¹⁰¹

Både dekningsloven § 7-2 og kjøpsloven § 61 andre ledd forutsetter at det skal skje en fysisk overlevering av kontraktsgjenstanden, og at hjemmelsmannens stansingsrett er i behold frem til denne fysiske overleveringen har funnet sted. Immaterialrettigheter kan ikke overleveres. Det kan dermed ikke eksistere noen tidsperiode mellom avtaleinngåelse og overlevering hvor en eventuell stansingsrett kan gjøres gjeldende. Ved overdragelse av immaterielle rettigheter må utgangspunktet derfor være at hjemmelsmannens stansingsrett opphører allerede når erververen etter avtalen har rett til å utnytte den overdratte immaterialrettigheten.¹¹⁰² Derivativt ervervede immaterialrettigheter omfattes således av driftstilbehørspantet fra det tidspunktet pantsetter overfor sin hjemmelsmann har rett til å bruke den aktuelle rettigheten i sin næringsvirksomhet.

Tvilsspørsmål kan imidlertid oppstå i tilfeller der avtalen i seg selv ikke er tilstrekkelig for at pantsetter skal kunne utnytte den overdratte rettigheten. En forlagsavtale gjør for eksempel ikke forlaget i stand til å utgi et litterært verk før opphaveren har sendt forlaget manuskriptet til det verket som skal utgis.¹¹⁰³ I slike tilfeller er nok stansingsretten i behold frem til erververen har mottatt det som er nødvendig for slik utnyttelse som avtalen forutsetter.

Pantsetter behøver ikke oppnå rettsvern for overdragelsen for at en derivativt ervervet immaterialrettigheten skal inngå i et driftstilbehørspant. For formuesgoder på vei inn i skyldnerens formuessfære, er rettsvernsspørsmålet uten betydning for beslagsretten til skyldnerens kreditorer. Rettsvern er imidlertid nødvendig for at ikke hjemmelsmannens kreditorer skal kunne ekstingvere pantsetters erverv. Ettersom driftstilbehørspanthaver utleder

¹¹⁰⁰ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 48. Se for øvrig Mogens Koktvedgaard, «Om købelovgivningens anvendelse på overdragelse af immaterialrettigheder» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 571–586 (på side 577–581).

¹¹⁰¹ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 48. Se for øvrig Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 149, med ytterligere henvisninger.

¹¹⁰² Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» i Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke (red.), *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo 1997 side 935–945 (på side 943).

¹¹⁰³ Se NOU 1972: 20 side 325.

sin rett fra pantsetter, vil slik ekstinksjon medføre at også panthaver taper sin panterett i den aktuelle immaterialrettigheten.

5.6.3 Immaterialrettigheter på vei ut av driftstilbehørspantet

Pantsetter har på sikringsstadiet rett til å avhende eller skifte ut pantsatt driftstilbehør, såfremt dette er «i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet», jf. panteloven § 3-7 første ledd.¹¹⁰⁴ Avhendelsesretten omfatter også en rett til å utstede lisenser til pantsatte immaterialrettigheter, jf. andre punktum.

Hvis pantsetter benytter seg av retten til å avhende en pantsatt immaterialrettighet, kan det bli spørsmål om når driftstilbehørspanthavers rett i den aktuelle rettsposisjonen faller bort. Panteloven § 3-7 tredje ledd første punktum tar sikte på å løse dette spørsmålet:

«Når tilbehør blir solgt i samsvar med reglene i første og annet ledd eller i samsvar med regelen i konkursloven § 17 fjerde ledd, og selgeren ikke lenger har rådigheten over det, faller panteretten bort.»

På samme måte som dekningsloven § 7-2 og kjøpsloven § 61, legges det her opp til et skille mellom avhendelsestidspunktet («blir solgt») og rådighetsoverføringen («selgeren ikke lenger har rådigheten over det»). Dette er ikke en konstruksjon som passer på immaterialrettigheter, men bestemmelsen omfatter slike rettigheter likevel.¹¹⁰⁵ For løsøregjenstander er rådighetsoverføring i utgangspunktet nødvendig for å oppnå rettsvern mot avhenderens kreditorer.¹¹⁰⁶ Spørsmålet om når en pantsatt løsøregjenstand gjennom avhendelse går ut av driftstilbehørspantet, er dermed løst på samme måte som spørsmålet om når kreditorene taper sin beslagsrett i en avhendet løsøregjenstand.¹¹⁰⁷ Det er naturlig at spørsmålet om når en pantsatt immaterialrettighet gjennom avhendelse går ut av driftstilbehørspantet, også løses på denne måten.¹¹⁰⁸ Med andre ord blir det avgjørende på hvilket tidspunkt erververen av den aktuelle immaterialrettigheten oppnår rettsvern for sitt erverv. For overdragelse av

¹¹⁰⁴ Hva som ligger i vilkårene «i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet», drøftes nærmere i punkt 5.7 nedenfor.

¹¹⁰⁵ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 44.

¹¹⁰⁶ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 300–309.

¹¹⁰⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 303.

¹¹⁰⁸ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 303.

immaterialrettigheter er det antatt at rettsvern mot avhenderens kreditorer oppnås allerede ved avtaleinngåelsen, såfremt ikke noe annet er bestemt i loven.¹¹⁰⁹

Ved overdragelse av patenter, oppnås rettsvern mot avhenderens kreditorer ved at ervervet registreres i patentregisteret, jf. patentloven § 44 a første og fjerde ledd, jf. tinglysningsloven § 23 første ledd. For planteforedlerrettigheter er rettsvern avhengig av registrering i plantesortsregisteret, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd tredje punktum. Dersom pantsetter avhender pantsatte patenter eller planteforedlerrettigheter, bortfaller ikke driftstilbehørspanthavers panterett i de aktuelle rettighetene før erververen har registrert sitt erverv i henholdsvis patent- eller plantesortsregisteret.

For de andre immaterialrettighetene er utgangspunktet at rettsvern oppnås allerede ved avtaleinngåelsen. Jens Edvin A. Skoghøy har imidlertid argumentert for at dette ikke kan gjelde ved overdragelse av rettigheter der det finnes et særskilt register hvor overdragelsen kan registreres.¹¹¹⁰ I slike tilfeller mener Skoghøy at avhendelse må registreres for å oppnå rettsvern mot kreditorekstinksjon. Ifølge Skoghøy må dette også gjelde for design- og varemerkerettigheter, selv om registrering i design- og varemerkeregisteret ikke er tillagt lovfestede rettsvernsvirkninger overfor en avhenders kreditorer.¹¹¹¹ Jeg er ikke enig i at det finnes grunnlag for å oppstille slike ulovfestede rettsvernsregler, noe jeg kommer tilbake til i punkt 6.7.5.

Det er kun i avhendingstilfeller at panteretten faller bort.¹¹¹² I tilfeller der det bare er utstedt lisens til en pantsatt immaterialrettighet, står panteretten ved lag, men tilbake for lisensen, jf. panteloven § 3-7 tredje ledd siste punktum.¹¹¹³

De reglene som er beskrevet under dette punktet, gjelder ved avhendelse og lisensutstedelse i samsvar med vilkårene i panteloven § 3-7 første ledd. Er en immaterialrettighet avhendet i

¹¹⁰⁹ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 33 og Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 14. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 304, Erik Wold, «Immaterialrettigheter som dekningsobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 272–297 (på side 287), Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Göteborg 2010 side 54, Per Henriksson, «Översikt över det sakrättsliga skyddet för upphovsrätt» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 136–153 (på side 141) og Åsa Hellstadius, «Sakrättsliga aspekter på växtförädlarrätt» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 103–117 (på side 109). Mer om dette i kapittel 6 nedenfor.

¹¹¹⁰ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 304.

¹¹¹¹ Se designloven § 54 og varemerkeloven § 56.

¹¹¹² Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 302.

¹¹¹³ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 305–306.

strid med disse vilkårene, står panteretten i utgangspunktet ved lag med prioritet foran den ulovlige avhendelsen.¹¹¹⁴ Skal slik avhendelse fortrenge panterettens prioritet, må det finnes grunnlag for ekstinksjon.¹¹¹⁵

5.6.4 Panteretten kan bare avgrenses til driftsmessig adskilte avdelinger

I utgangspunktet må driftstilbehøret pantsettes i sin helhet.¹¹¹⁶ Panteloven § 3-4 femte ledd siste punktum inneholder et unntak fra denne hovedregelen:

«Hvis pantsetterens næringsvirksomhet består av flere avdelinger som driftsmessig er adskilt, kan driftstilbehøret for den enkelte avdeling pantsettes særskilt.»

Driftsmessig adskillelse kan foreligge på ulike måter. Forarbeidene fremhever at vilkåret kan oppfylles ved at det drives produksjon eller omsetning på flere ulike steder, eller ved at det drives virksomhet av ulik art på samme sted.¹¹¹⁷ Ulik ledelse i en organisasjon kan nok også oppfylle vilkåret.¹¹¹⁸

Adgangen til å avgrense driftstilbehørspantet til en adskilt avdeling, er et unntak fra hovedregelen om samlet pantsettelse. Et viktig moment ved tolkningen av denne unntaksregelen blir de rettspolitiske hensynene som begrunner hovedregelen. Her finnes det en voldgiftsdom i RG 1987 side 140 som på en god måte beskriver hvordan slike hensyn påvirker tolkningen:

«Oppdelt pantsettelse iht. § 3-4 (5), 2. punktum, forutsetter adgang til særskilt realisasjon av hver enkelt del. Spørsmålet blir da om panteretten i den enkelte avdeling i rimelig grad er tilfredsstillende fra et kredittøkonomisk og retts teknisk synspunkt. De retts tekniske hensyn vil i stor utstrekning være ivaretatt ved kravet om at avdelingene må være knyttet til forskjellige eiendommer. Men det bør dessuten vurderes om det i det konkrete tilfelle foreligger en klar og entydig tilhørighet mellom tilbehørgjenstandene og de enkelte avdelinger. Kredittøkonomisk må det vurderes hvorvidt den enkelte avdeling danner en naturlig økonomisk enhet, som kan avhendes uavhengig av den øvrige del av

¹¹¹⁴ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 44.

¹¹¹⁵ Mer om ekstinksjonsspørsmålene i kapittel 6 nedenfor.

¹¹¹⁶ Jf. panteloven § 3-4 femte ledd første punktum.

¹¹¹⁷ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 112.

¹¹¹⁸ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 282.

bedriften, uten at fellesskapsverdier av vesentlig betydning går tapt, det være seg for den avhendede eller for den gjenværende del av bedriften.»¹¹¹⁹

Dommen ble avsagt på et tidspunkt der pantsettelse av driftstilbehørs måtte skje sammen med den faste eiendommen virksomheten knyttet seg til. Dette er ikke lenger et vilkår, men for avdelingsvis avgrensning, har dommen fortsatt relevans. Dommen fremhevet behovet for å kunne avhende den aktuelle avdelingen uten at fellesskapsverdier går tapt. Dette er et viktig hensyn, men ikke nødvendigvis ivaretatt kun ved driftsmessig adskillelse. Det må derfor innfortolkes et tilleggsvilkår om at den aktuelle avdelingen må fremtre som en separat økonomisk enhet.¹¹²⁰ Et slikt tilleggsvilkår er inntatt i loven for varelagerpant, jf. panteloven § 3-11 tredje ledd. Det er ingen grunn til å behandle driftstilbehørspantet annerledes.¹¹²¹

5.6.5 Prioritetsvikelser som alternativ avgrensning

Et driftstilbehørspant etableres ofte ved oppstarten av en virksomhet, gjerne i forbindelse med en kassakreditt.¹¹²² Etter hvert som virksomheten tilegner seg immaterialrettigheter, blir disse fanget opp av det allerede etablerte driftstilbehørspantet, såfremt vilkårene for dette er oppfylt.¹¹²³ Dette kan begrense muligheten til å oppnå ytterligere kreditt gjennom særskilt pantsettelse av nye immaterielle rettigheter. En særskilt panthaver må i utgangspunktet stå tilbake for et eldre driftstilbehørspant. Ettersom driftstilbehørspant er utbredt i praksis, og ofte etableres ved oppstarten av en virksomhet, kan dette redusere betydningen av en særskilt pantsettelsesadgang. Eventuelle særskilte panthavere vil ofte måtte stå tilbake for eksisterende driftstilbehørspant, hvilken kan gi utilfredsstillende sikkerhet. Dette problemet ble fremhevet i forarbeidene til reglene som særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter:

«En mulig långiver vil ofte vurdere det slik at særskilt pantsettelse på etterstående prioritet gir utilfredsstillende sikkerhet. I slike tilfeller vil det derfor vanligvis være en forutsetning for å få lån på grunnlag av særskilt pantsettelse at driftstilbehørspanthaveren viker prioritet for den særskilte panteretten.»¹¹²⁴

Forarbeidene ser her ut til å legge til grunn at slike problemer kan løses gjennom prioritetsvikelser. Denne løsningen harmonerer imidlertid dårlig med ordningen i panteloven § 3-4

¹¹¹⁹ RG 1987 side 140 (på side 151).

¹¹²⁰ Se for øvrig også Rt. 1995 side 1181.

¹¹²¹ Mer om dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 282–283.

¹¹²² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37.

¹¹²³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37.

¹¹²⁴ Prop. 101 L (2013–2014) side 35.

siste ledd første punktum, som sier driftstilbehørspantet «gjelder driftstilbehøret i sin helhet, slik det er til enhver tid». Det er ikke adgang til å trekke enkelte formuesgoder ut av et driftstilbehørspant. Lovens tingsinnbegrepssystem innebærer at formuesmassen som er beskrevet i panteloven § 3-4 andre ledd i pantsettelsessammenhenger skal holdes samlet. Det å vike prioritet for enkelte formuesgoder, bryter med dette systemet. Dette kan tale for at forarbeidenes uttalelser ikke kan anses som et uttrykk for gjeldende rett.

Samlet pantsettelse av driftstilbehør skal ikke bare ivareta panthavers interesser, men også samfunnsmessige hensyn. Formuesgoder som er mest verdt sammen, bør holdes samlet i pantsettelsessammenhenger, slik at det legges til rette for at verdier ikke går tapt i tilfellet realisasjon.¹¹²⁵ Dersom konkurrerende panthavere fritt skal kunne avtale prioritetsvikelser i formuesgodene omfattet av et driftstilbehørspant, er det ikke nødvendigvis slik at disse prioritetsvikelsene tar hensyn til hvilke formuesgoder som bør holdes samlet. Det er dermed også samfunnsmessige hensyn som taler mot den løsningen forarbeidenes skisserer. Antakelig bygger forarbeidene på en misforståelse av tingsinnbegrepssystemet i panteloven. Slik jeg ser det, kan ikke den typen prioritetsvikelser som det legges opp til i forarbeidene være gyldige. Eventuelle prioritetsvikelser må etter mitt syn gjelde driftstilbehøret som helhet.

5.7 RETTIGHETER OG PLIKTER PÅ SIKRINGSSTADIET

For særskilte panterettigheter reguleres pantsetters rettslige råderett over panteobjektet på sikringsstadiet av panteloven § 1-11 første ledd. Denne bestemmelsen gjelder ikke for driftstilbehørspant, jf. andre ledd. I stedet er det gitt egne regler i panteloven § 3-7 første ledd:

«Pantsetteren kan skifte ut eller avhende pantsatt driftstilbehør så langt dette er i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet. På samme vilkår kan pantsetteren utstede lisenser som gjelder driftstilbehør som nevnt i § 3-4 annet ledd bokstav b.»¹¹²⁶

I driftstilbehørspantet ligger det en forutsetning om at de formuesgodene pantet består av, skal kunne avhendes og skiftes ut i den utstrekningen normal drift tilsier.¹¹²⁷ Bestemmelsen gir

¹¹²⁵ En parallell kan trekkes til panteloven § 3-19, som sier salgspant «faller bort dersom salgstingen blir sammenføyet med en fast eiendom eller en annen hovedting på slik måte at utskilling ville medføre uforholdsmessige omkostninger eller urimelige verditap».

¹¹²⁶ Under gjeidsforhandling er vilkårene strengere, og det kreves samtykke fra gjeldsnemnda, jf. konkursloven § 17 fjerde ledd. Mer om dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 238.

¹¹²⁷ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 369.

imidlertid ikke rett til å pantsette formuesgoder omfattet av et driftstilbehørspant.¹¹²⁸ Dersom det stiftes særskilt panterett i et patent eller en planteforedlerrett omfattet av et driftstilbehørspant, og driftstilbehørspantet har rettsvern, må den særskilte panteretten stå tilbake for driftstilbehørspantet.¹¹²⁹ Pantsetters rett til å avhende eller lisensiere bort deler av driftstilbehøret faller bort så snart «panthaveren har tatt skritt til å inndrive pantekravet ved varsel om tvangsdekning etter tvangsfullbyrdelsesloven», jf. panteloven § 3-7 andre ledd.¹¹³⁰ Etter dette tidspunktet kreves panthavers samtykke for å foreta avhendelser.

Pantsetters rett etter panteloven § 3-7 første ledd til å «skifte ut eller avhende pantsatt driftstilbehør», kan ikke innskrenkes gjennom avtale. Dersom det hadde vært adgang til å begrense denne rådigheten, ville panteretten, ifølge forarbeidene, ha mistet karakteren av et tingsinnbegrepspant, og gått over til å bli et regulært underpant i et fastlåst formuesgode.¹¹³¹ Ifølge forarbeidene ville dette vært en langt mer tyngende heftelse for de usikrede kreditorene enn et tingsinnbegrepspant av varierende omfang.¹¹³²

Tidligere var det uklart om adgangen til å utstede lisenser til pantsatte immaterialrettigheter ble regulert av panteloven § 1-7 første ledd, eller av § 3-7 første ledd. Ved lovendringen i 2015 ble det lovfestet at pantsetter, på samme vilkår som for å avhende pantsatt driftstilbehør, kan utstede lisenser til immaterialrettigheter omfattet av et driftstilbehørspant.¹¹³³ Når lovligheten av lisensutstedelser skal vurderes, må derfor panteloven § 3-7 første ledd anvendes som *lex specialis*, fremfor det alminnelige utgangspunktet i panteloven § 1-7 første ledd. For øvrig gjelder panteloven § 1-7 tilsvarende for driftstilbehørspant som ved særskilt pantsettelse. Pantsetter har «rett til å bruke pantet på vanlig måte med mindre annet er avtalt», jf. første ledd, og plikter «å sørge for forsvarlig stell og vedlikehold av pantet, slik at panthaverens sikkerhet ikke blir redusert», jf. andre ledd.¹¹³⁴

Retten til å avhende og utstede lisenser til pantsatte immaterialrettigheter gjelder «så langt dette er i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet», jf.

¹¹²⁸ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 295.

¹¹²⁹ Jf. patentloven § 44 a siste ledd, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum.

¹¹³⁰ Mer om dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 298–299.

¹¹³¹ Jf. Innst. O. nr. 19 (1979–1980) side 17, der det imidlertid er tale om varelagerpantet spesielt, og ikke tingsinnbegrepspantene generelt, men tilsvarende argumenter for ufravikelighet gjør seg også gjeldende for de øvrige tingsinnbegrepspantene.

¹¹³² Jf. Innst. O. nr. 19 – 1979–1980 side 17.

¹¹³³ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 43.

¹¹³⁴ Mer om panteloven § 1-7 i punkt 4.5 ovenfor.

panteloven § 3-7 første ledd. Dersom rettigheter avhendes eller lisensieres bort i henhold til disse vilkårene, vil avhendelsen eller lisensen få prioritet foran panteretten.¹¹³⁵ Dette skiller driftstilbehørspantet fra særskilte panterettigheter. En eldre særskilt panterett vil alltid prioriteres foran yngre rettsverv, såfremt panteretten har oppnådd rettsvern, og det ikke er inngått avtale om noe annet. Et eldre driftstilbehørspant vil derimot normalt fortrenses av en yngre særskilt rettsstiftelse, selv om panteretten har rettsvern. Dette forutsetter imidlertid at avhendelsen eller lisensutstedelsen har skjedd «i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet».

Hvorvidt en lisensutstedelse har skjedd «i samsvar med forsvarlig drift», vil bero blant annet på virksomhetens art, hvilken type utnyttelse lisensen gir rett til, samt lisensvilkårene for øvrig.¹¹³⁶ Dette gjelder også andre former for avhendelser.¹¹³⁷ Det kan ikke oppstilles noe krav om at den samlede verdien av driftstilbehøret skal opprettholdes konstant i hele sikringsperioden. Ifølge Sjur Brækhus må det avgjørende være «at de funksjonelle kriterier som bestemmer sammensetningen av tingsinnbegrepet, blir respektert».¹¹³⁸

Avhendelse og lisensiering av pantsatte immaterialrettigheter forutsetter at panthavers sikkerhet ikke blir vesentlig forringet, jf. panteloven § 3-7 første ledd. Her vil det blant annet ha betydning hvorvidt det som blir avhendet, skal erstattes av noe nytt.¹¹³⁹ Ettersom immaterialrettighetene ofte er unike i karakter, vil de ikke alltid kunne erstattes. Immaterialrettigheter kan utgjøre en del av selve grunnlaget for en virksomhet. I slike tilfeller kan rettighetene vanskelig avhendes uten at verdien av et driftstilbehørspant blir vesentlig forringet. Her må det imidlertid også tas hensyn til om gjenværende sikkerhet fortsatt er betryggende, sett i forhold til størrelsen på den kreditten panteretten skal sikre.¹¹⁴⁰ Om verdien av pantsetters driftstilbehør langt på vei overstiger størrelsen på det sikrede kravet, skal det mer til før det kan sies at panthavers sikkerhet er blitt vesentlig forringet.

I motsetning til en særskilt panthaver har en driftstilbehørspanthaver ikke rett til å bli varslet om administrativ overprøving, eller søksmål om ugyldighet, overføring eller tvangslisens knyttet til pantsatte immaterialrettigheter.

¹¹³⁵ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 26–27.

¹¹³⁶ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 27.

¹¹³⁷ Mer om dette hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 296.

¹¹³⁸ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 370.

¹¹³⁹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 296.

¹¹⁴⁰ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 296.

Visse typer immaterialrettigheter er avhengig av en tilgang på nærmere bestemt informasjon for å kunne utnyttes. Dette gjelder særlig opphavsrett til datamaskinprogrammer (også kalt EDB-programmer). For at den som erverver opphavsretten til et datamaskinprogram skal kunne utnytte det aktuelle programmet, er det ikke tilstrekkelig bare å erverve opphavsretten som sådan. I tillegg til den rettslige opphavsrettsbeskyttelsen, har datamaskinprogrammer normalt en viss faktisk tilleggsbeskyttelse ved at de distribueres utelukkende som maskinkoder.¹¹⁴¹ Datamaskiner er konstruert slik at de bare forstår tegnene 0 og 1, og maskinkoder er derfor bygget opp av tallrekker bestående utelukkende av disse to tegnene.¹¹⁴² Slike maskinkoder er praktisk talt uforståelige for mennesker.¹¹⁴³ Datamaskinprogrammer skrives derfor heller i form av kildekoder, ved hjelp av et kunstig programmeringsspråk som gjør det enklere for mennesker å uttrykke programmene på en måte som maskinene forstår.¹¹⁴⁴ Den som erverver opphavsretten til et datamaskinprogram i forbindelse med realisasjon av et pant, har ofte behov for kildekoden får å kunne utnytte opphavsretten. En plikt for pantsetter til å utlevere kildekoden ved realisasjon, kan kanskje innfortolkes i selve panteavtalen.¹¹⁴⁵ Denneplikten lar seg imidlertid ikke uten videre gjennomføre i en konkurssituasjon. Det kan være behov for faktiske foranstaltninger for å sikre tilgang på kildekoden dersom pantet skal realiseres.

Deponeringsordninger kan bidra til å sikre panthaver tilgang på nødvendig informasjon i en realisasjonssituasjon. I pantsettelsesforhold vil deponeringsordninger gjerne innebærer at pantsetter deponerer hemmelig informasjon hos en uavhengig tredjepart, gjerne kalt agent. Denne agenten forplikter seg til å dele informasjonen med panthaver dersom pantsetter misligholder det underliggende kredittforholdet på en måte som fører til at pantet skal realiseres. Deponeringsordninger kan sikre at kildekoder blir tilgjengelige ved realisasjon, også i konkurssituasjoner, samtidig som de holdes utilgjengelig på sikringsstadiet. Nordic Trustee er et eksempel på en tilbyder av deponeringsordninger for kildekoder.¹¹⁴⁶

Det kan i mange tilfeller være nødvendig med fortløpende oppdateringer av slike deponeringsordninger. I løpet av en sikringsperiode kan pantsetter ha foretatt bearbeidelser og

¹¹⁴¹ Se Torger Kielland, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Oslo 2017 side 68.

¹¹⁴² Se Torger Kielland, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Oslo 2017 side 58.

¹¹⁴³ Se Torger Kielland, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Oslo 2017 side 68.

¹¹⁴⁴ Se Torger Kielland, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Oslo 2017 side 58.

¹¹⁴⁵ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 569.

¹¹⁴⁶ Se www.nordictrustee.com/source-code.

feilrettinger av en pantsatt programvare.¹¹⁴⁷ Den versjonen av programmet som opprinnelig ble deponert, kan ha blitt foreldet på realisasjonstidspunktet.¹¹⁴⁸ Markedet kan ha blitt forberedt på pantsetters forbedrede versjon, og verdien av den deponerte kildekoden kan dermed være betydelig redusert. For å forhindre dette kan det være nødvendig at panteavtalen inneholder klausuler som forplikter pantsetter til å holde den deponerte kildekoden oppdatert til enhver tid. For panthaver er det imidlertid vanskelig å kontrollere at slike forpliktelser overholdes underveis i sikringsperioden, og dette er et risikomoment panthaver vanskelig kan sikre seg fullstendig mot.

Til illustrasjon legger den amerikanske modellavtalen for pantsettelse av immaterialrettigheter opp til slike deponeringsløsninger.¹¹⁴⁹ Lignende ordninger finnes også i Innovasjon Norges mal for lisensavtaler til oppfinnelser.¹¹⁵⁰ Her skal både kildekoder og bedriftshemmeligheter deponeres hos en uavhengig tredjepart under hele avtaleperioden.¹¹⁵¹ Deponeringsordninger er imidlertid forholdsvis kostbare, og innebærer betydelig administrativt bryderi, noe som kan gjøre dem uegnet for en del kredittarrangementer av mindre skala.¹¹⁵² I andre tilfeller vil størrelsen på kreditten og tilhørende transaksjonskostnader være så betydelige at kostnadene knytte til en deponeringsordning blir rimeligere sett i forhold til øvrig ressursbruk.

¹¹⁴⁷ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 570.

¹¹⁴⁸ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 570.

¹¹⁴⁹ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928 (punkt 3.7).

¹¹⁵⁰ Tilgjengelig på www.innovasjon Norge.no/no/Bygg-en-bedrift/har-du-beskyttet-dine-immaterielle-verdier/ipr/Beskytt-ideen-din/Slik-kan-du-tjene-pa-ipr/Lisensiering/ (lest 23. februar 2018). Malen er utarbeidet av Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS.

¹¹⁵¹ Se avtalens punkt 7.

¹¹⁵² Se «Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71, nr. 3, side 883–928 (note 63).

6 RETTSVERN, EKSTINKSJON OG PRIORITET

6.1 INNLEDNING

Dette kapitlet handler om rettsvern, ekstinksjon og prioritet knyttet til panterrettigheter i immaterialrettigheter. Mellom begrepene rettsvern, ekstinksjon og prioritet, er det nære sammenhenger. En panterrett behøver rettsvern for å være beskyttet mot ulike former for ekstinksjon. Med ekstinksjon menes at en yngre rettsstiftelse utslukker eller fortrenger prioriteten til en eldre.¹¹⁵³ Ekstinksjon er på denne måten et unntak fra det alminnelige utgangspunktet om at rettsstiftelser får prioritet fra stiftelsestidspunktet.¹¹⁵⁴ Dersom en eldre panterrett rammes av ekstinksjon, vil dette ofte innebære at panteretten havner på prioritet bak ekstinksjonspretendentens yngre rett. Om panteretten er fullt ut uforenelig med ekstinksjonspretendentens rett, vil ekstinksjonen innebære at panteretten bortfaller (utslukkes).¹¹⁵⁵ Dette vil for eksempel være tilfellet der ekstinksjon skjer som følge av at pantsetter går konkurs, eller dersom det pantsatte formuesgodet er blitt fullstendig overdratt til en erverver som oppfyller ekstinksjonsvilkårene. Om ekstinksjonspretendenten derimot bare er en konkurrerende panthaver, vil den ekstingverte panteretten fortsatt eksistere, men fortrenkes nedover i prioritetsrekkefølgen. Ekstinksjonsrisiko er således noe en panthaver bør sikre seg mot. Dette kan gjøres ved å oppnå rettsvern for panteretten.

Ved underpant har etablering av rettsvern i utgangspunktet ingen direkte betydning for forholdet mellom pantsetter og panthaver, annet enn at rettsvern er en forutsetning for at en panterett skal kunne tjene som tvangsgrunnlag, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 10-2 første ledd, jf. § 10-13.¹¹⁵⁶ Ugyldighet kan ikke repareres ved å etablere rettsvern, men gjennomføringen av en rettsvernsakt kan i noen tilfeller fungere som en etterfølgende godkjennelse av en i utgangspunktet ugyldig disposisjon.¹¹⁵⁷ Det å etablere rettsvern er heller ingen betingelse for å

¹¹⁵³ Nærmere om ekstinksjonsbegrepet i punkt 6.4 nedenfor.

¹¹⁵⁴ Mer om dette utgangspunktet i punkt 6.5 nedenfor.

¹¹⁵⁵ Rettighetskollisjonens utstrekning avgjør således om ekstinksjonen blir partiell eller total. Mer om dette hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 23.

¹¹⁵⁶ Se for øvrig noen andre reservasjoner hos Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 614.

¹¹⁵⁷ Ratihabisjon etter tinglysingsloven § 27 tredje ledd kan bidra til å nyansere dette utgangspunktet ytterligere, men tinglysingsloven § 27 gjelder ikke for registrering av rettsstiftelser i immaterialrettigheter.

stifte en gyldig panterett.¹¹⁵⁸ Hvorvidt panteretten kan gis prioritet fremfor godtroerverv og kreditorbeslag, avhenger imidlertid av at rettsvern etableres.¹¹⁵⁹

Rettsverns- og ekstinksjonsspørsmål knyttet til immaterialrettigheter har fått forholdsvis lite oppmerksomhet fra rettsvitenskapen. Tidligere var også lovgiver påfallende tilbakeholden med å oppstille rettsverns- og ekstinksjonsregler på immaterialrettens område. Selv om nye regler ble gitt i forbindelse med innføringen av adgangen til særskilt pantsettelse, er det fortsatt en rekke problemstillinger som havner i et lovtomt rom. En del bidrag kan hentes fra rettspraksis, men bidragene knytter seg hovedsakelig til tingsrettslige spørsmål generelt, og ikke til immaterialrettigheter spesielt. Rettslitteraturen har drøftet enkelte tingsrettslige spørsmål for immaterialrettighetene tidligere, men drøftelsene er ofte kortfattede, og bygger på rettskildegrunnlag av varierende kvalitet.

Det følgende kapitlet har flere formål. For det første tar jeg sikte på å beskrive innholdet i de lovfestede rettsverns- og ekstinksjonsreglene for immaterialrettighetene. Dette blir temaet for punkt 6.7. Disse reglene er nært knyttet opp mot immaterialrettsregistrenes rettslige troverdighet, som det blir redegjort for i punkt 6.6. Flere problemstillinger knyttet til rettsvern, ekstinksjon og prioritet kan imidlertid ikke besvares på grunnlag av loven. En vesentlig del av formålet med kapitlet har derfor vært å bidra med løsningsforslag til de problemstillingene som må besvares på ulovfestet grunnlag. Sentralt i denne sammenhengen står spørsmål knyttet til ulovfestet ekstinksjon av rettsstiftelser i immaterialrettigheter. Eventuelle muligheter til ulovfestet ekstinksjon kan ha stor betydning i pantsettelsessammenhenger. Den som for eksempel har fått en panterett som bygger på en pantsetters uriktige registerhjemmel, vil naturligvis ønske at rette eier skal respektere panteretten. De lovfestede ekstinksjonsreglene i immaterialrettslovgivningen hjemler imidlertid ikke ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser. Skal det bli tale om ekstinksjon i disse tilfellene, må det skje på ulovfestet grunnlag.¹¹⁶⁰

For problemstillinger knyttet til ulovfestet ekstinksjon innenfor immaterialretten, er det først og fremst et behov for opprydning og systematisering av ulike synspunkter som er blitt presentert. I tillegg er det behov for å belyse uklarheter i regelverk, og bidra med løsnings-

¹¹⁵⁸ Jf. Jens Edvin Andreassen, *Factoringpant*, Oslo 1990 side 281–282, med ytterligere henvisninger, samt Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 657. Noe annerledes Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 29.

¹¹⁵⁹ Se punkt 6.7 nedenfor.

¹¹⁶⁰ Se særlig punkt 6.9.6 nedenfor.

forslag basert på det rettskildematerialet som finnes. Det følgende kapitlet skal bidra både med opprydning, systematisering og løsningsforslag.

Reglene om rettsvern, ekstinksjon og prioritet berører forholdsvis komplekse problemstillinger. For å kunne drøfte disse spørsmålene på en hensiktsmessig måte, er det nødvendig med et godt utbygget begrepsapparat. Det finnes for eksempel ulike former for ekstinksjon, samt ulike former for rettighetskollisjoner, som alle knyttes til forskjellige teoretiske begreper. I punkt 6.3 redegjør jeg nærmere for ulike typer rettighetskollisjoner. I punkt 6.4 beskriver jeg ulike former for ekstinksjon, basert på ulike grupper tredjepersoner som potensielt kan ekstingvere eldre rettsstiftelser. Disse drøftelsene er av noe mer generell karakter enn de etterfølgende materiellrettslige drøftelsene, som i større grad knyttes opp mot immaterialrettighetene spesielt.

Valget av et begrepsapparat impliserer samtidig et valg av en løsningsmodell. Begrepsapparatet jeg så langt har benyttet, bygger på løsningsmodeller fra alminnelig dynamisk tingsrett. Det er imidlertid ikke helt selvsagt at dette er den mest hensiktsmessige modellen for å løse rettighetskollisjoner i immaterialrettigheter. Rettslitteraturen har presentert forslag til alternative løsningsmodeller. Før jeg går videre med begrepsavklaring og materiellrettslige drøftelser, er det nødvendig å redegjøre nærmere for de alternative løsningsmodellene, og vurdere deres rettskildegrunnlag opp mot grunnlaget for den tingsrettslige løsningsmodellen. Rettskildene må utpeke en bestemt løsningsmodell for at de materiellrettslige drøftelsene skal ha et tilstrekkelig rettslig fundament. Løsningsmodeller blir derfor temaet for den følgende drøftelsen. Etter at det er klarlagt hvilken løsningsmodell som benyttes for å løse spørsmål knyttet til rettighetskollisjoner i immaterialrettigheter, går jeg videre med å bygge opp begrepsapparatet for de etterfølgende materiellrettslige drøftelsene.

6.2 LØSNINGSMODELLER

Det som er beskrevet så langt i dette kapitlet, bygger på et system der kolliderende rettsstiftelser ordnes i en prioritetsrekkefølge. Dette er en tingsrettslig løsningsmodell. Slike løsninger kan føre til både skuffede forventninger og økonomiske tap for den som på grunn av ekstinksjonsreglene får sin rett utslukket eller fortrent nedover i prioritetsrekkefølgen. Det finnes derfor flere hensyn som kan tale mot det å anvende tingsrettslige løsningsmodeller på immaterialrettighetene. Den som erverver en immaterialrettighet, kan ha gjort store investeringer med sikte på å utnytte den aktuelle rettsposisjonen. Hele hans virksomhet kan

dreie seg om utnyttelse av en eller flere bestemte immaterialrettigheter. Det kan derfor virke hardt for en erverver dersom han blir nektet sin rett fordi noen andre har en bedre prioritert rett. Særlig gjelder dette om han i forkant har undersøkt aktuelle rettighetsregistre, og ellers har vært så aktsom som han burde ha vært etter forholdene. Resultatet av prioritetsreglene blir ikke nødvendigvis rimelige.¹¹⁶¹ Dette kan kanskje tale mot anvendelsen av tingsrettslige løsningsmodeller, i hvert fall *de lege ferenda*. Her må det imidlertid presiseres at selv om en løsningsmodell ikke alltid fører til rimelige resultater, er ikke dette uten videre tilstrekkelig til at den kan fravikes *de lege lata*. Valget av løsningsmodell må bero på det rettskildematerialet som foreligger. Formålet med den følgende drøftelsen er å avgjøre om det kan finnes rom for andre løsningsmodeller enn de tingsrettslige, innenfor de rammene som rettskildematerialet oppstiller.

For immaterialrettighetene er det ikke helt innlysende at rettighetskollisjoner må løses etter en tingsrettslig prioritetsnorm. Objektene for de immaterielle rettighetene kan i prinsippet utnyttes samtidig av alle, i motsetning til for eksempel fysiske ting, som i større grad er bestemt for å bli utnyttet av et begrenset antall rettssubjekter.¹¹⁶² Ragnar Knoph har formulert dette poenget slik:

«De legemlige tingene – og for den saks skyld fordringene – har nemlig den mindreverdige egenskap fra et økonomisk synspunkt, at de bare kan komme en enkelt tilgode. Når eieren av en potet spiser den op, blir han ganske visst mett selv, men ikke han som står og ser på. Denne beklagelige kjensgjerning må rettsordenen regne med, når eiendomsforholdene skal ordnes. De [å]ndelige verdier er derimot av en annen sort. De kan samtidig nytes av alle uten å gå til grunne.»¹¹⁶³

Dette gjør at en patenteier for eksempel kan utstede lisens til et ubegrenset antall lisenstakere, uten at den ene lisenstakerens utnyttelse behøver å utelukke en annen lisenstakers utnyttelse.¹¹⁶⁴ Praktisk sett blir dette imidlertid en noe forenklet forklaringsmodell. I mange tilfeller vil en potensiell lisenstaker ikke anse det som økonomisk forsvarlig å investere i lisensiert teknologi uten samtidig å oppnå beskyttelse mot konkurrentene på det aktuelle

¹¹⁶¹ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 286.

¹¹⁶² Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 131–132, med ytterligere henvisninger.

¹¹⁶³ Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 9. Se for øvrig også Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 17.

¹¹⁶⁴ Se Marianne Levin, «Immaterialrätten – en intruduktion» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 17–39 (på side 23).

markedet.¹¹⁶⁵ Ofte behøver lisenstakere delvis eller full eksklusivitet for å oppnå formålet med en lisensavtale. Markedsforholdene kan i praksis gjøre det nødvendig med restriksjoner på rettighetshaveres adgang til å utstede mer enn én lisens. Rent prinsipielt er det likevel ingenting i veien for at immaterialrettigheter utnyttes samtidig av et ubegrenset antall lisenstakere.

I et tingsrettslig perspektiv kan dette tenkes å gi helt spesielle muligheter for løsning av rettighetskollisjoner enn for andre formuesgoder. Eventuelle rettighetskollisjoner i immaterialrettigheter kan kanskje anses som parallelle rettsstiftelser som kan eksistere side om side, uten at de behøver å ordnes i en prioritetsrekkefølge.¹¹⁶⁶ Varemerkeloven § 8 første ledd kan være et slags eksempel på en slik regel. Bestemmelsen sier at retten til et registrert varemerke «skal bestå ved siden av en eldre kjennetegnrett, dersom innehaveren av den eldre retten har kjent til og avfunnet seg med at det yngre varemerket etter registreringsdagen har vært brukt her i riket i fem år i sammenheng, og søknaden om registrering av det yngre merket ble innlevert i god tro». Her ordnes ikke de «kolliderende» varemerkerettighetene i noen prioritetsrekkefølge, men får eksistere side om side. Bestemmelsen regulerer imidlertid ikke kollisjon mellom dynamiske rettsstiftelser.¹¹⁶⁷

Dersom rettsstiftelser kan betraktes som parallelle fremfor kolliderende, er det kanskje ikke lenger behov for prioritetsregler. I svensk rettslitteratur har særlig Claes Martinson argumentert for dette. Ettersom immaterialrettighetene knytter seg til ressurser som i utgangspunktet ikke er eksklusive, mener Martinson at alle interessekonflikter knyttet til immaterialrettigheter blir subjeksrelaterte, og dermed bør kunne løses på andre måter enn etter tradisjonelle tingsrettslige løsningsmodeller. Blant annet mener han at dobbeltsuksessjoner heller kan betraktes som uforenelige løfter, og at løsningene dermed kan bygge på at løftene forenes, fremfor at de ordnes i en prioritetsrekkefølge.¹¹⁶⁸ Ved at rettsanvendere fjerner seg fra det tingsrettslige objektsperspektivet, mener han at spørsmål om rettighetskollisjoner i immaterialretten kan løses på helt andre måter enn i tingsretten:

«Det är nämligen principiellt ganska annorlunda att begränsa ett subjekts handlingsmöjligheter jämfört med att fördela prioritet till ett objekt. Begränsningar av handlingsmöjligheter kan modelleras och anpassas efter förutsättningarna på ett

¹¹⁶⁵ Se Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 132.

¹¹⁶⁶ Se for eksempel Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 578.

¹¹⁶⁷ Om skillet mellom statiske rettsposisjoner og dynamiske rettsstiftelser, se punkt 2.2.1 ovenfor.

¹¹⁶⁸ Se Claes Martinson, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala 2011 side 529–569 (på side 538).

helt annet sätt än det i tanken går att fördela ett objekt. Handlingsmöjligheter är närmast oändliga, medan ett objekt är ändligt. Att utesluta vissa möjligheter för ett subjekt blir därför i tanken något annat än att fördela vissa definierade möjligheter mellan två subjekt, särskilt om tanken styrs av ett koncept som medför att alla de föreställda möjligheterna skall fördelas till det ena subjektet.»¹¹⁶⁹

Martinson har selv presisert at hans tanker omkring tingsrett og immaterialrett ikke nødvendigvis er berettigede eller ukritiserbare.¹¹⁷⁰ Dette har nok sammenheng med at hans arbeider gjerne tar sikte på å provosere frem reaksjoner på ulike betraktninger om etablerte privatrettslige konstruksjoner.¹¹⁷¹ Hans synspunkter har da også blitt kritisert. Ifølge Ole-Andreas Rognstad bygger premissene for Martinsons argumenter på at det ikke holdes klare linjer i ulike perspektiver. Rognstad mener Martinson har blandet sammen forhold som ikke har noe med hverandre å gjøre, det vil si diskusjonen om immaterialrettighetenes underliggende objekter, og diskusjonen om rettighetenes status som formuesgoder.¹¹⁷² Det er særlig to problemer som fremheves:

«Det ene problemet er at oppfatningen om at immaterialrettighetene er rene ('subjektorienterte') handlingsnormer *begrunnes* i et forhold som ikke har noe med dette å gjøre, nemlig at immaterialrettighetene gir muligheter for å begrense bruken av en ressurs som er såkalt 'ikke eksklusiv', i betydningen 'i prinsippet mulig å bruke for alle'. Dette er et forhold som heller må sies å angå egenskaper ved rettighetsobjektet, hvis man velger å se det på den måten. Det som menes er at 'intellektuelle ressurser' er såkalt ikke naturlige knapphetsgoder i den forstand at en persons tilgang til ressursene ikke begrenser en annens. Poenget med ene-rettighetene er imidlertid at *loven* begrenser andres rett til å bruke den 'intellektuelle ressursen' nettopp for å sikre rettighetshaverens konkurranseposisjon. I den situasjonen bør man være ytterst forsiktig med å trekke slutninger fra betraktningen om at selve ressursen er såkalt 'ikke eksklusiv'. (...)

Det andre problemet er at forfatteren blander sammen [ulike objektperspektiver], nemlig på den ene siden spørsmålet om immaterialrettighetene kan eller bør be-

¹¹⁶⁹ Claes Martinson, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala 2011 side 529–569 (på side 534).

¹¹⁷⁰ Se Claes Martinson, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala 2011 side 529–569 (på side 568).

¹¹⁷¹ Sml. Claes Martinson, «The Scandinavian Approach to Property Law, Described through Six Common Legal Concepts» i *Juridica International*, 2014, vol. 22, side 16–26 (på side 16).

¹¹⁷² Se Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjektrelaterede rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 527).

skrives i relasjon til et objekt eller som rene handlingsnormer og på den annen side selve rettighetenes status som formuesobjekter. Her kan det minnes om at også rettigheter i fysiske ting kan beskrives som handlingsnormer, i den forstand at et løfte f.eks. om å gi en annen en veirett over egen eiendom, dreier seg om 'inte in-gripa mot den andras agerande' (ikke hindre at vedkommende får bruke veien). Slik sett er det ingen forskjell på immaterialrettigheter og tingsrettigheter. Men selv om man skulle mene at immaterialrettighetene ikke har et objekt, er det uten betydning for selve rettighetens status som formuesobjekter. Dermed blir det en feilslutning å konstatere at selve *tredjepersonskonfliktene* ('interessekonfliktene') er rent subjeksrelaterte. De er alltid objektsrelaterte i den forstand at det handler om uforenelige disposisjoner over rettigheter som formuesobjekter – uansett om disse formuesobjektene anses for å være relatert til et rettsobjekt eller ikke.»¹¹⁷³

Jeg kan langt på vei slutte meg til Rognstads kritikk. Martinson har i stor grad blandet sammen spørsmålene om immaterialrettighetenes statiske og dynamiske rettsbeskyttelse.¹¹⁷⁴ Det at immaterialrettighetene er subjeksorienterte handlingsnormer, er et forhold som får betydning for omfanget av rettighetenes statiske beskyttelse, mens tredjemannskonfliktene omhandler spørsmål om overdragelse og andre former for rettighetssuksesjon (dynamisk beskyttelse). For spørsmål om dynamisk rettsbeskyttelse utgjør den aktuelle immaterialrettsposisjonen objektet for rettsstiftelsene, og diskusjonen om immaterialrettighetenes underliggende ressurser er således ikke en del av den dynamiske tingsretten.

For norsk rett er det forholdsvis innlysende at standpunkter av den typen Martinson inntar, ikke kan gjøres gjeldende *de lege lata*. Dette skyldes at prioritetsreglene i norsk rett bygger på et sterkere rettskildegrunnlag enn i svensk rett. Grunnlaget for prioritetsreglene i svensk rett har Martinson beskrevet slik:

«Beslutet bygger i sin tur på avvägningar där ett tidigare rättsfall och normativa argument i form av doktrinära alayser beaktats. Det perspektiv som anlagts av såväl domarna, som av författerna i de flesta av de beslutet refererade analyserne, är i hovudsak sakrättsligt objektsstyrt. Likaså utgår perternas argumentation i fallet från ett sådant perspektiv. Därmed blir valet av verktyg begränsat till de

¹¹⁷³ Ole-Andreas Rognstad, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjeksrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538 (på side 527–528) (kursiv i original).

¹¹⁷⁴ Om skillet mellom statisk og dynamisk beskyttelse, se punkt 2.2.1 ovenfor.

sakrättsliga och den lösning som kan åstadkommas blir nästintill med nödvändighet sakrättslig.»¹¹⁷⁵

I norsk rett er situasjonen annerledes. Her har lovgiver bevisst plassert immaterialrettighetene innenfor alminnelige tingsrettslige rammer, jf. særlig patentloven § 44 a, planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum, designloven § 54 og den foreslåtte nye bestemmelsen i varemerkeloven § 56 b.¹¹⁷⁶ Når rettighetskollisjoner innenfor immaterialretten behandles på lik eller lignende måte som ellers i tingsretten, er det i norsk rett ikke bare basert på rettspraksis og normativ doktrinær analyse. Disse løsningene er i første omgang basert på lovvedtak gjort av øverste demokratiske myndighet. Slike beslutninger kan ikke fravikes bare fordi fantasien åpner for andre løsninger, i hvert fall ikke *de lege lata*. Situasjonen er imidlertid litt annerledes i svensk rett.¹¹⁷⁷

I Sverige er ikke Martinson den eneste som har argumentert for alternative løsninger på rettighetskollisjoner i immaterialretten. Ulf Bernitz har for eksempel også åpnet for at det i noen konkrete tilfeller kanskje kan være best å løse dobbeltsuksessjoner i immaterialretten ved at begge erververe tilkjennes en rett til å utnytte den aktuelle rettsposisjonen.¹¹⁷⁸ Samtidig presiserer Bernitz at en slik løsning er lite egnet som generell norm. Den medfører at ingen av erververne får den eksklusive rettsposisjonen de hadde forventet, ettersom de må dele den med en annen mer eller mindre tilfeldig rettighetshaver.¹¹⁷⁹ Løsningen vil således uthule den eksklusive enerettsposisjonen som immaterialrettighetene gir. Dette vil være problematisk, ettersom eksklusivitetmomentet er noe av det som bidrar til at immaterialrettighetene har økonomisk verdi og kan omsettes.¹¹⁸⁰ Dersom prioritetsreglene skal erstattes med et system der alle rettighetspretensjoner forenes for å dele eksklusivitet, kan omsetning av immaterialrettigheter bli betydelig mer usikkert enn det er i dag. Det vil også være svært uklart hva slags rettsforhold som skal gjelde mellom de ulike rettighetshaverne i et system der alle parter i en tredjemannskonflikt tilkjennes en rett til den samme immaterialrettigheten.

¹¹⁷⁵ Claes Martinson, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala 2011 side 529–569 (på side 556–557).

¹¹⁷⁶ Se også punkt 6.7 nedenfor.

¹¹⁷⁷ Se for eksempel den svenske patentlagen §§ 43 og 44, som i motsetning til den norske patentloven § 44 a ikke sier noe om at kolliderende rettsstiftelser skal ordnes i noe prioritetsforhold.

¹¹⁷⁸ Se Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av uppföranderätt» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 46). Se også Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 285, hvor det henvises til flere slike svenske arbeider hvor det samme er foreslått.

¹¹⁷⁹ Se Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av uppföranderätt» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 46).

¹¹⁸⁰ Jf. punkt 2.2.1 ovenfor. Se også Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 287.

Jens Andreasson har også på lignende måte som Martinson fremhevet et behov for rettslige løsninger som ikke bygger på et objektperspektiv:

«Redan vad gäller de immateriella rättigheterna som sådana, sedda för sig, medför ett objektsbaserat synsätt enligt ovan att till och med uppenbara lösningsalternativ och möjligheter lätt förbises eller i varje fall inte ses som seriösa alternativ. Ett exempel är hur prioritetsprincipen anses vara mer eller mindre självklar. Lösningar baserade på samutnyttjande antingen ignoreras eller avvisas mer eller mindre kategoriskt med hänvisning till intresset av exklusivitet. Mot bakgrund av de intellektuella resursernas funktion, där de immateriella rättigheterna ofta utgör endast ett element i en sammansatt och komplex resursmassa, framstår det objektsbaserade synsättet som än mer problematiskt. Risken att ett sådant synsätt leder till onödig värdeförstöring kan inte ignoreras. Behovet av nya konstruktiva lösningar som bygger på ett resursperspektiv snarare än ett objektperspektiv är följaktligen stort.»¹¹⁸¹

Andreassons poeng er at rettsvernsreglene bør orienteres mot immaterialrettighetenes underliggende ressurser, og ikke mot rettsposisjonene som sådan. På grunnlag av dette foreslår Andreasson en slags rettsvernsreform, der registreringssystemet endres til et mer fleksibelt system, lignende det som finnes i USA under UCC artikkel 9.¹¹⁸² I motsetning til Martinson erkjenner Andreasson langt på vei at prioritetsnormen kommer til anvendelse *de lege lata*, selv om løsninger basert på samutnyttelse er blitt foreslått.¹¹⁸³ Det Andreasson ser ut til å etterlyse, er mer fleksible registreringsordninger med større innslag av rettslig troverdighet. I Norge er immaterialrettsregistrenes rettslige troverdighet betydelig bedre utviklet enn i Sverige.¹¹⁸⁴ Flexibiliteten i det norske regelverket kan imidlertid ikke måle seg mot fleksibiliteten under UCC artikkel 9.

Etter dette må konklusjonen bli at det er blitt presentert interessante tanker om alternative tilnærminger fremfor prioritetsregler for å løse tredjemannskonflikter i immaterialretten, men at det er tingsrettslige løsningsmodeller som får anvendelse *de lege lata*. For norsk rett er dette utvilsomt situasjonen for tilfeller som omfattes av de lovfestede rettsverns- og ekstinksjonsreglene i patentloven § 44 a, planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum,

¹¹⁸¹ Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 66.

¹¹⁸² Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 328–359.

¹¹⁸³ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 291.

¹¹⁸⁴ Se punkt 6.6 nedenfor.

designloven § 54 og potensielt den foreslåtte nye bestemmelsen i varemerkeloven § 56 b. For immaterialrettigheter som ikke er underlagt tilsvarende lovfestede prioritetsregler, som for eksempel opphavsrett, er det imidlertid også alminnelig antatt at rettighetskollisjoner ordnes i et prioritetsforhold.¹¹⁸⁵ Dette underbygges av at registreringsprioritet er lovfestet med hensyn til pantsettelse av opphavsrett og andre uregistrerte immaterialrettigheter som del av et drifts-tilbehørspant.¹¹⁸⁶ Forarbeidene til reglene om særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter er forholdsvis klare på at det generelt gjelder en tingsrettslig prioritetsnorm for samtlige immaterialrettskategorier.¹¹⁸⁷ Utgangspunktet for løsningen av rettighetskollisjoner i immaterialretten må derfor bygge på alminnelige tingsrettslige grunnprinsipper.¹¹⁸⁸ Situasjonen er i hovedsak den samme i Danmark og Sverige, med unntak av enkelte alternative tilnæringer fra svensk rettslitteratur.¹¹⁸⁹ UNCITRAL legger klart opp til at rettighetskollisjoner i immaterialretten bør løses etter en prioritetsnorm.¹¹⁹⁰

Når norsk lovgivning har oppstilt rettsvernsregler på immaterialrettens område basert på tingsrettslige løsningsmodeller, impliserer dette samtidig en aksept av det hensynsapparatet som begrunner den tingsrettslige systematikken.¹¹⁹¹ Dette gjelder særlig for patent- og plante-foredlerrettigheter, der innslaget av tingsrettslige rettsverns- og ekstinksjonsregler er størst, og hvor enkelte bestemmelser i tinglysningsloven også er gitt direkte anvendelse.¹¹⁹² På tingsrettens område, særlig for fast eiendom, har dette hensynsapparatet blitt benyttet av domstolene for å supplere, og i noen tilfeller også korrigere, lovfestet rett.¹¹⁹³ Ettersom lovgiver implisitt har akseptert at et tingsrettslig hensynsapparat også gjør seg gjeldende for immaterialrettighetene, bør det i utgangspunktet eksistere en tilsvarende mulighet for domstolene til å supplere og korrigere lovfestede rettsverns- og ekstinksjonsregler på immaterialrettens område. Adgangen til slik supplering og korreksjon er imidlertid snever,

¹¹⁸⁵ Jf. punkt 6.5 nedenfor.

¹¹⁸⁶ Jf. tinglysningsloven § 20 første ledd, jf. § 34 tredje ledd, jf. panteloven § 3-6. Mer om dette i punkt 6.7.4 nedenfor.

¹¹⁸⁷ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 8–9.

¹¹⁸⁸ Tilsvarende oppfatning hos Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 556.

¹¹⁸⁹ Jf. med hensyn til dansk rett, Birgit Liin, *Misligholdelse af immaterialretsaftaler*, København 2009 side 150, med ytterligere henvisninger, og med hensyn til svensk rett, Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 344.

¹¹⁹⁰ Se særlig UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 35–36, 53–54 og 77.

¹¹⁹¹ Se patentloven § 44 a, plante-foredlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum, designloven § 54 og den foreslåtte nye bestemmelsen i varemerkeloven § 56 b, samt Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 63–66 og Prop. 101 L (2013–2014) side 32–35.

¹¹⁹² Jf. patentloven § 44 a fjerde ledd, jf. plante-foredlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum.

¹¹⁹³ Mer om dette i punkt 6.8.2 nedenfor.

noe jeg kommer tilbake til i punkt 6.8. For de immaterielle rettighetene kan det også gjøre seg gjeldende særegne hensyn som innskrenker adgangen ytterligere. Dette gjelder spesielt for opphavsretten, som i stor grad preges av ideelle aspekter i tillegg til at rettslige legitimasjonsmomenter er fraværende.¹¹⁹⁴ Slike forhold må selvsagt tas i betraktning, særlig ved drøftelsen av spørsmål knyttet til ekstinksjon på ulovfestet grunnlag. De tingsrettslige utgangspunktene bør imidlertid være de samme. Dette bidrar til å ivareta en helhetlig systematikk i den dynamiske tingsretten, som immaterialrettighetene utgjør en del av.

6.3 RETTIGHETSKOLLISJONER

6.3.1 Kollisjonsspørsmålet

Det å ordne rettsstiftelser i en prioritetsrekkefølge, er bare nødvendig dersom de aktuelle rettsstiftelsene kolliderer. De må være innbyrdes uforenelige.¹¹⁹⁵ For at dette skal være tilfellet, må det foreligge kollisjon både med hensyn til objekt og med hensyn til tid.¹¹⁹⁶ Rettsstiftelser i to ulike formuesgoder kolliderer ikke. Flere rettsstiftelser i samme formuesgode er heller ikke alltid kolliderende. I noen tilfeller kan det aktuelle formuesgodet etter sin art utnyttes av flere rettighetshavere. For eksempel er det ikke uten videre noe i veien for at flere rettighetshavere får ikke-eksklusive lisenser til å utnytte den samme immaterialrettigheten.¹¹⁹⁷

Rettsstiftelser må også kollidere med hensyn til tid for at det skal være nødvendig å ordne dem i en prioritetsrekkefølge. Dersom en panterrett har sikret en fordring som er definitivt innfridd, skal panteretten normalt slettes, jf. finansavtaleloven § 6. Om det da senere stiftes ny panterrett i det samme formuesgodet, foreligger det ingen kollisjon. De to panterettighetene hadde virkning i ulike tidsperioder.

Flere panterettigheter i samme formuesgode kan i prinsippet eksistere mer eller mindre uavhengig av hverandre, også i samme tidsperiode. Et formuesgode kan være pantsatt flere ganger, og til en rekke ulike panthavere, uten at det behøver å foreligge kollisjon.¹¹⁹⁸ For at det skal foreligge kollisjon mellom panterettigheter, må de også kollidere med hensyn til

¹¹⁹⁴ Mer om dette i punkt 6.8.2.4, punkt 6.9.4 og punkt 6.9.6.3 nedenfor.

¹¹⁹⁵ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 13.

¹¹⁹⁶ Jf. Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 587.

¹¹⁹⁷ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 578.

¹¹⁹⁸ Mer om dette hos Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 295) og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 204.

prioritet.¹¹⁹⁹ Stiftes det for eksempel to panterettigheter i samme formuesgode, som begge skal ha første prioritet, er de som hovedregel kolliderende og må ordnes i en prioritetsrekkefølge, såfremt ikke de to panthaverne har godtatt å dele førsteprioriteten. Har en av panthaverne derimot akseptert å stå tilbake for den andre, foreligger det ingen kollisjon.

Det å ordne rettigheter etter en prioritetsnorm, kan resultere i skuffede forventninger hos den som taper rett, ofte også et direkte økonomisk tap.¹²⁰⁰ For å unngå dette vil det beste være å forhindre rettighetskollisjoner. Rettighetsregistrering i offentlige registre bidrar til å gi rettsstiftelser publisitet, slik at det blir enkelt for andre potensielle rettserververe å gjøre seg kjent med, samt innrette seg etter, eksisterende rettsstiftelser.

Partene i en rettighetskollisjon er en rettighetshaver og en ekstinksjonspretendent. Rettighetshaveren ønsker at hans rettsstiftelse skal bli respektert. Dette har berøringsflater mot det som tradisjonelt kalles vindikasjon. Nils Nygaards beskriver vindikasjonsretten som en rett for en hjemmelsmann til å «ta sin ting tilbake frå den som har den, med grunnlag i eighedsretten».¹²⁰¹ Denne formen for vindikasjon passer best på hjemmelsmannskonflikter knyttet til fysiske ting.¹²⁰² Slik vindikasjon blir vanskelig å praktisere med hensyn til immaterialrettigheter. For immaterialrettighetene må vindikasjon i stedet forstås som det å anerkjenne at en immaterialrettighet tilhører rettighetshaveren, og om nødvendig tilbakeføre en uriktig registerhjemmel.¹²⁰³ Kanskje er det da mer nærliggende å beskrive rettighetshaverens pretensjon som et krav om at hans rett blir respektert, fremfor et krav om vindikasjon. Hvilket begrep som benyttes får imidlertid ingen materielle implikasjoner.

6.3.2 Dobbeltuksesjoner

Ekstinksjonskonfliktene deles vanligvis opp i to hovedgrupper. Disse er dobbeltuksesjoner og hjemmelsmannskonflikter.¹²⁰⁴ Dobbeltuksesjoner er tilfeller der to eller flere personer har ervervet uforenlige rettigheter til et formuesgode fra den samme rettighetsforgjengeren.¹²⁰⁵ En rettighetsforgjenger kan for det første være en avhender, det vil si en som frivillig har av-

¹¹⁹⁹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 15.

¹²⁰⁰ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 27.

¹²⁰¹ Jf. Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004 side 285.

¹²⁰² Mer om hjemmelsmannskonflikter i punkt 6.3.3 nedenfor.

¹²⁰³ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 681.

¹²⁰⁴ Se for eksempel Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 25 og 182–185.

¹²⁰⁵ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 190.

hendet en rett til et formuesgode. Begrepet «avhender» brukes her i vid forstand, og sikter ikke bare til den som har avhendet et formuesgode i sin helhet, men også til den som har avhendet en begrenset rett til et formuesgode, for eksempel en panterett eller en lisens. På samme måte brukes begrepet «erhverver» også i vid forstand, slik at det omfatter enhver som har ervervet en rett til et formuesgode, enten dette er en fullstendig eierrett, eller bare en begrenset panterett eller lisens. Dette skyldes at reglene om rettsvern og ekstinksjon stort sett er de samme for pantsettelse som for alminnelige overdragelser, og at drøftelsene således bør favne videre enn de rene pantsettelsestilfellene. En rettighetsforgjenger kan imidlertid også være en skyldner som har blitt utsatt for kreditorbeslag i sine eiendeler. Her har ikke vedkommende frivillig avhendet noen rett.

Et eksempel på en dobbeltsuksesjon er der to ulike panthavere har fått panterett i samme formuesgode, med tilsagt lik prioritet. De kolliderende rettighetene kan ha ulike grunnlag. Viktigst er avtale og kreditorbeslag, men de kan også bygge på for eksempel arv eller være lovbestemt.¹²⁰⁶ Jeg begrenser meg imidlertid til å drøfte rettserverv ved avtale og kreditorbeslag.

Risikoen for dobbeltsuksesjoner er noe mindre for enkelte immaterialrettigheter enn den vanligvis er med hensyn til andre formuesgoder. Selv om de fleste immaterialrettighetene kan være gjenstand for utleggspant, gjelder det visse unntak. Det kan ikke tas utlegg i rett til sekundært forretningskjennetegn, jf. foretaksnavneloven § 4-2 første ledd, jf. § 4-3 andre ledd. En panthaver kan her ikke havne i dobbeltsuksesjonskonflikt med en utleggtaker. Heller ikke varemerkerettigheter kan være gjenstand for utlegg, jf. varemerkeloven § 55. Dette utleggsforbudet er imidlertid foreslått opphevet som følge av implementeringen av det nye varemerkedirektivet.¹²⁰⁷

Det gjelder for øvrig også et forbud mot kreditorbeslag i opphavsrettigheter og enkelte nærstående rettigheter. Etter åndsverkloven § 77 første ledd kan opphavsretten «ikke være gjenstand for utlegg eller annen tvangsforfølgning fra kreditorene hos opphaveren selv», eller hos opphaverens arvinger. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for utøvende kunstners rett til fremføring av verk og for rett til fotografiske bilder.¹²⁰⁸ Beslagsforbudet gjelder imidlertid ikke

¹²⁰⁶ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 190.

¹²⁰⁷ Se punkt 4.6.4 ovenfor.

¹²⁰⁸ Jf. henholdsvis åndsverkloven § 17 siste ledd og åndsverkloven § 23 fjerde ledd.

overfor opphaverens suksessorer som har ervervet opphavsretten på grunnlag av avtale.¹²⁰⁹ Det kan således tas utleggspant og konkursbeslag i ervervede opphavsretter på vanlig måte, såfremt dette ikke hindres av andre omsetningsbegrensninger.¹²¹⁰

6.3.3 Hjemmelsmannskonflikter

Den andre typen rettighetskollisjoner kalles gjerne hjemmelsmannskonflikter. Disse kan oppstå i en rekke ulike varianter.¹²¹¹ Det som hovedsakelig skiller hjemmelsmannskonfliktene fra dobbeltsuksesjonene, er at hjemmelsmannen (rettighetshaveren) ikke utleder sin rett fra den rettighetsforgjengeren ekstinksjonspretendenten utleder sin pretensjon fra.¹²¹² Innenfor pantedretten vil hjemmelsmannskonflikter typisk oppstå mellom en pantøver og den personen pantsetter utleder sin rett fra, eller potensielt skulle ha utledet sin rett fra dersom han hadde hatt en slik rett som pantoveren forutsatte. Situasjonen kan for eksempel være slik at pantsetter har hatt registerhjemmel til et formuesgode som han har pantsatt. Registerhjemmelen kan imidlertid bygge på et forfalsket dokument, en ugyldig avtale, eller et annet sviktende grunnlag. Hjemmelsmannen vil i slike tilfeller gjerne hevde at pantsetter aldri hadde rett til å pantsette det aktuelle formuesgodet, og at han må kunne vindisere formuesgodet med den virkningen at panteretten faller bort. Hvorvidt pantøver må respektere hjemmelsmannens innsigelser, beror på om det finnes grunnlag for ekstinksjon av innsigelsene. Hjemmelsmannsinnsigelser kan imidlertid ikke ekstingveres av kreditorer, ettersom kreditorene bare kan ta beslag i det som reelt sett tilhører (eller har tilhørt) skyldneren.¹²¹³ Kreditorene kan ikke bygge rett på grunnlag av skyldnerens legitimasjon.¹²¹⁴

Risikoen for hjemmelsmannskonflikter varierer noe mellom de ulike immaterialrettighetene. Det er mindre sannsynlig at slike konflikter oppstår i tilknytning til rettsposisjoner som ikke kan videreoverdras uten den originale rettighetshaverens samtykke. Dette er tilfellet for

¹²⁰⁹ Jf. Erik Wold, «Immaterialrettigheter som dekningsobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 272–297 (på side 279).

¹²¹⁰ Se punkt 3.6.2 ovenfor.

¹²¹¹ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 215.

¹²¹² Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 215, med en noe ulik terminologi.

¹²¹³ Jf. dekningsloven § 2-2, jf. NOU 1972: 20 side 255.

¹²¹⁴ Jf. Rt. 2015 side 979 (avsnitt 16), Rt. 2008 side 705 (avsnitt 22), Rt. 2008 side 586 (avsnitt 31–35) og fra gammelt av Rt. 1935 side 981 (på side 985–986). Motsatt Rt. 1999 side 247 (på side 250), men dette ser ut til å ha blitt korrigert gjennom Rt. 2008 side 586 og etterfølgende rettspraksis, jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 274–275, med ytterligere henvisninger. Se for øvrig også Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 208–209. Det er imidlertid ikke alltid helt åpenbart hvorfor debtors hjemmelsmann synes å være så mye mer beskyttelsesverdig enn debtors rettsetterfølgere, men jeg går ikke nærmere inn på denne diskusjonen her. Mer om dette hos Erik Røsæg, «Fire kjeterske tanker om kreditorkestinksjon av avtaler om fast eiendom» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxhølt (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 253 – 265 (på side 257–260).

opphavsrettigheter, og enkelte nærstående rettigheter.¹²¹⁵ Ved erverv av slike rettigheter får erververen en særlig sterk oppfordring til å kontrollere avhenderens adkomst.¹²¹⁶ Han må først og fremst undersøke om det er tale om en videreoverdragelse, og om dette er tilfellet, forsikre seg om at den originale rettighetshaveren har samtykket til videreoverdragelsen. Den som har lisens til et patent, en designrett eller en varemerkerett, kan heller ikke overdra lisensen videre uten rettighetshaverens samtykke.¹²¹⁷ Det er antatt at det samme gjelder lisenser til plante-foredlerrettigheter.¹²¹⁸ Også her får erververen en særlig sterk oppfordring til å kontrollere hjemmelsforholdene. Disse reglene gjelder imidlertid bare lisenser, og ikke eventuelle videreoverdragelser av patent-, planteforedler-, design- eller varemerkeretten som sådan.¹²¹⁹

6.3.4 Skillet mellom ekstinksjon og konsumpsjon

Som nevnt ovenfor, må rettsstiftelser knytte seg til samme formuesgode for å kollidere. Der- som to rettsstiftelser gjelder to forskjellige formuesgoder, kommer ikke rettsverns- og ekstinksjonsreglene til anvendelse for å ordne dem i en prioritetsrekkefølge. Det kan derfor ikke foreligge noen rettighetskollisjon mellom en rettsstiftelse i en løsørejenstand og en rettsstiftelse i en immaterialrettighet. Løsørejenstander kan imidlertid utgjøre eksemplarer av immaterialrettsbeskyttede objekter som for eksempel åndsverk og oppfinnelser. I en del til- feller kreves det da samtykke fra innehaveren av immaterialrettigheten for at eieren av eksemplaret skal kunne disponere over dette. Det kan da oppstå problemstillinger lignende rettighetskollisjoner, ved at utnyttelsen av løsørejenstander begrenses av immaterialretten. Spørsmålet er om slike problemstillinger kan løses etter reglene om rettsvern og ekstinksjon, eller om de må løses etter andre regler.

Forholdet mellom immaterialrettigheter og varelagerpant er godt egnet til å illustrere problemstillingen. Immaterialrettigheter kan ikke inngå i et varelagerpant. Kun løsøre kan pantsettes som del av et varelager, jf. panteloven § 3-11 andre ledd. Verdien av et vare- lagerpant kan imidlertid avhenge av visse immaterialrettigheter. Salg av formuesgoder som inngår i et varelager, kan for det første være avhengig av varemerkerettigheter. For eksempel kan en klesprodusent produsere og selge produkter som bærer bestemte klesmerker.

¹²¹⁵ Jf. åndsverkloven § 68 andre ledd, som gjelder tilsvarende for rett til utøvende kunstneres fremføring av verk, jf. åndsverkloven § 16 siste ledd, og rett til fotografisk bilde, jf. åndsverkloven § 23 fjerde ledd

¹²¹⁶ Se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 77.

¹²¹⁷ Jf. henholdsvis patentloven § 43, designloven § 53 første ledd første punktum og varemerkeloven § 54 første ledd andre punktum.

¹²¹⁸ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 14. Mer om dette under punkt 3.6.2 ovenfor.

¹²¹⁹ Jf. NU 1963: 6 side 286.

Produsenten er ikke nødvendigvis selv eier av disse varemerkerettighetene, men utnytter gjerne varemerkene på grunnlag av lisenser utstedt av merkehaverne.¹²²⁰ Den som erverver produsentens ferdigproduserte klær i forbindelse med realisasjon av et varelagerpant, er således i utgangspunktet avhengig av i tillegg å erverve lisensrettighetene for å kunne selge klærne videre til sluttbrukerne. Alternativt må erververen innhente et nytt samtykke fra merkehaverne som kan tre i stedet for de opprinnelige lisensene.

Salg av formuesgoder som inngår i et varelager, kan også være avhengig av utnyttelse av opphavsrettigheter. Et forlag kan for eksempel trykke og selge bøker på bakgrunn av lisens utstedt av forfatterne som har opphavsrett til verkene. Disse opphavsrettighetene inneholder blant annet en enerett til tilgjengeliggjøring av verkene for allmennheten. Den som erverver forlagets ferdigtrykte bøker i forbindelse med realisasjon av et varelagerpant, er da avhengig av i tillegg å erverve en korresponderende rett til å kunne selge de åndsverkene bøkene er bærere av. Alternativt må erververen oppdrive et nytt samtykke fra opphaverne som kan tre i stedet for den opprinnelige lisensen. Lignende problemer kan nok også oppstå for varer som er bærere av et beskyttet design, eller som utgjør eksemplarer av en patentert oppfinnelse.

Disse problemstillingene minner om rettighetskollisjoner som kan løses etter reglene om rettsvern og ekstinksjon. De skiller seg imidlertid ut på et helt sentralt punkt: Det foreligger ingen kollisjon. De to «kolliderende» rettighetene er stiftet i ulike formuesgoder, henholdsvis en løsøre gjenstand og en immaterialrettighet. Reglene om rettsvern- og ekstinksjon kan dermed ikke løse spørsmålene, ettersom de bare regulerer forholdet mellom flere rettsstiftelser i samme formuesgode. Dette ser også ut til å være forutsatt i Lund-utredningen, som uttaler følgende om forholdet mellom et varelagerpant og immaterialrettighetene:

«For varelager, så vel ferdige produkter som råvarer, gjelder de særlige reglene om pantsettelse av varelager (pantelovens § 3-11). Varelagerpant omfatter ikke immaterialrettigheter, heller ikke immaterialrettigheter som gjelder omsetning av (andre) varer som inngår i varelageret. Det innebærer at i utgangspunktet vil pant-haver ikke uten samtykke fra rettighetshaver kunne realisere slik del av et vare-lagerpant. Når pant-havere forholdsvis sjelden må innhente særskilt samtykke i denne forbindelse, skyldes det at distribusjonsrettighetene ofte vil være konsumert ifølge lovbestemmelser som tillater salget (såkalte konsumpsjonsregler) eller at til-

¹²²⁰ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 18.

latelse til salg kan utledes av avtale. Ifølge konsumpsjonsreglene kan eksemplar at et produkt som omfattes av en immaterialrett, selges uten rettighetshavers samtykke dersom eksemplaret med rettighetshavers samtykke er bragt i omsetning innenfor EØS. Det vilkåret vil ofte være oppfylt for varer som inngår i varelager som tilhører en annen enn produsenten. Når en produsent pantsetter sitt varelager, vil pantsettelsen normalt måtte anses å medføre et implisitt samtykke til salg av varene. Er de aktuelle immaterialrettighetene basert på lisens, vil det bero på lisensavtalen om produsenten uten videre kan gi et slikt samtykke, eller om lisensgivers samtykke er nødvendig.»¹²²¹

Reglene om såkalt konsumpsjon innebærer at rettighetshaverens enerett uttømmes (konsumeres) for de produktene han selv bringer på markedet, eller som han samtykker til at andre bringer på markedet.¹²²² En rettighetshaver som har brakt sitt immaterialrettsbeskyttede produkt i omsetning, bør akseptere omsetningslivets alminnelige vilkår, herunder at produkter skifter eier.¹²²³ Den som for eksempel har kjøpt et eksemplar av en patentert oppfinnelse, kan både utnytte eksemplaret selv, og eventuelt også selge det videre, uten at dette representerer noe patentinngrep. Patentloven § 3 tredje ledd nr. 2 sier eneretten ikke gjelder utnyttelse «av patentbeskyttede produkter som av patenthaveren eller med dennes samtykke er bragt i omsetning innenfor EØS, om ikke annet følger av forskrift fastsatt av Kongen». Denne lovfestede konsumpsjonsregelen kan suppleres av avtalerettslige regler som var antatt å gjelde også før patentlovens konsumpsjonsregler ble vedtatt.¹²²⁴ Som sitatet fra Lund-utredningen viser, kan avtalerettslig supplering være nødvendig for at konsumpsjonsreglene skal fungere på en hensiktsmessig måte i pantsettelsessammenhenger.¹²²⁵

Konsumpsjonsregler finner også i de andre sentrale immaterialrettslovene. Åndsverkloven § 27 første ledd inneholder for eksempel en konsumpsjonsregel for opphavsrettigheter:

«Er et eksemplar av et verk solgt eller på annen måte overdratt med opphaverens samtykke, kan eksemplaret spres videre blant allmennheten. Bestemmelsene gjelder bare der eksemplaret er overdratt innenfor EØS-området. Er eksemplaret overdratt utenfor dette området, er bestemmelsen i andre punktum ikke til hinder for at

¹²²¹ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 24.

¹²²² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 313.

¹²²³ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 565.

¹²²⁴ Jf. NU 1963: 6 side 148–149. Se også Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 266 og Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 314.

¹²²⁵ Konsumpsjonsreglenes forhold til pantsatt løsøre er også drøftet hos UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 107–109 avsnitt 245–248.

eksemplaret erverves av en person til privat bruk eller spres videre ved utlån eller utleie.»

Bestemmelsen viderefører den gamle bestemmelsen i åndsverkloven § 19, uten andre materielle endringer enn at konsumpsjonsregelen er gitt anvendelse også der opphavsretten er overdratt på andre måter enn ved salg.¹²²⁶ I forarbeidene til den gamle åndsverkloven § 19 er det uttrykkelig presisert at konsumpsjonsregelen også skal omfatte handlinger som potensielt kan utløse en salgsrett, for eksempel pantsettelse.¹²²⁷ Når et eksemplar av et åndsverk pantsettes som del av et varelagerpant, kan altså konsumpsjonsregelen komme til anvendelse. Dette må også gjelde for den nye bestemmelsen i åndsverkloven § 27.

Lignende konsumpsjonsregler finnes også i varemerkeloven § 6 første ledd, designloven § 12, planteforedlerloven § 3 siste ledd og kretsmønsterloven § 3 andre ledd. Som det fremgår av de nevnte konsumpsjonsbestemmelsene, gjelder konsumpsjon bare fysiske eksemplarer av de ulike immaterialrettighetenes objekter, og ikke immaterialrettsposisjonene som sådan.¹²²⁸ Den som kjøper for eksempel et opphavsrettsbeskyttet produkt, får ingen rett til å fremstille nye eksemplarer av det aktuelle produktet, såfremt dette ikke bare er til privat bruk.¹²²⁹

I relasjon til konsumpsjonsreglene, kan det oppstå noen særegne konflikter mellom en lisensgiver (rettighetshaver) og lisenstakers konkursbo med hensyn til immaterialrettsbeskyttede produkter som lisenstaker har produsert på grunnlag av den aktuelle lisensavtalen.¹²³⁰ Dette er imidlertid spørsmål som har mindre betydning i pantsettelsessammenhenger, og drøftes derfor ikke nærmere her. Lignende problemstillinger kan nok oppstå i relasjon til en panthaver med panterett i en lisens, men dette dreier seg uansett om disponering over løsøreobjekter (eller digitalt materiale), og ikke om disponering over immaterialrettsposisjoner som sådan. Spørsmålene ligger således noe utenfor de problemstillingene denne avhandlingen søker å besvare.

¹²²⁶ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 324–325. Nærmere om konsumpsjonsregelen i den gamle åndsverkloven § 19 (som nå er videreført i ny § 27) hos Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 160–173.

¹²²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 15 (1994–1995) side 123.

¹²²⁸ Se også Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 317.

¹²²⁹ Se åndsverkloven § 26.

¹²³⁰ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 566–568.

6.4 ULIKE FORMER FOR EKSTINKSJON

6.4.1 Generelt

Ekstinksjon kan oppstå i ulike former. Det er ulike grupper av tredjepersoner som kan ekstingvere rettsstiftelser, og det er forskjellige hensyn som begrunner ekstinksjon for ulike tredjepersoner. For det første kan en rettsstiftelse ekstingveres av en rettighetsforgjengers kreditorer. Dette omtales som kreditorekstinksjon. For det andre kan en rettsstiftelse ekstingveres av godtroende omsetningsserververe. Dette omtales som ekstinktive godtroerverv eller avtaleekstinksjon. Når jeg her bruker begrepet «ekstinksjon», sikter jeg bare til kreditorekstinksjon og ekstinktive godtroerverv. Selv om ekstinksjonsbegrepet i utgangspunktet er vidt nok til også å omfatte for eksempel preklusive erverv, benytter jeg begrepet med et noe snevrere innhold.

I det følgende beskriver jeg hva kreditorekstinksjon og ekstinktive godtroerverv innebærer, samt hva som skiller disse to ekstinksjonsformene fra hverandre. Herunder redegjør jeg for hvilket rettskildegrunnlag de ulike ekstinksjonsformene bygger på, samt for hvilke hensyn som begrunner dem. De to ekstinksjonsformene drøftes adskilt. Jeg begynner med å se nærmere på kreditorekstinksjon.

6.4.2 Kreditorekstinksjon

De kreditorene som kan ekstingvere panterrettigheter omfatter både pantsetters konkursbo og enkeltforfølgende kreditorer som får utleggspant i et pantsatt formuesgode. Reglene om kreditorekstinksjon er en forlengelse av dekningslovens beslagsregler, og innebærer at skyldnerens kreditorer kan få bedre rett overfor skyldnerens rettsetterfølgere enn det skyldneren selv hadde.¹²³¹ Kreditorene kan søke dekning i formuesgoder som skyldneren reelt har pantsatt, såfremt panthaveren ikke tidsnok har etablert formelt rettsvern for sin panterett.

Reglene om kreditorekstinksjon tar sikte på å ivareta hensynet til notoritet og publisitet.¹²³² Notoritet innebærer at noe kan etterprøves og kontrolleres. Dette er viktig for å motvirke at formuesgoder blir unndratt fra å gå til dekning, for eksempel gjennom antedatering av over-

¹²³¹ Jf. NOU 1972: 20 side 255.

¹²³² Jf. for eksempel HR-2017-1297 (avsnitt 33). Se også Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 663. Generelt om begrepene «notoritet» og «publisitet» hos Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 70).

dragelser eller andre rettserverv.¹²³³ Publisitet innebærer at noe er mer eller mindre fritt tilgjengelig for innsyn fra allmennheten. Dette er viktig for at potensielle dekningsøkende kreditorer skal kunne gjøre seg kjent med hvilke rettsstiftelser de blir nødt til å respektere i en eventuell dekningsomgang, og således være i stand til å innrette seg etter dette, eventuelt også å reagere overfor rettsstiftelser som kan begrense dekningsmulighetene.¹²³⁴ Her ligger også begrunnelsen for at utleggspant må registreres for å oppnå rettsvern, selv om disse er fullt ut notoriske uten registrering.¹²³⁵ Hvis debitor er insolvent, kan andre kreditorer begjære konkurs innen tre måneder, og konkursboet kan da omstøte utlegget, jf. dekningsloven § 5-8 første ledd. På denne måten blir publisiteten viktig for at kreditorer skal kunne vurdere risikoen ved å yte usikret kreditt.¹²³⁶

Kreditorekstinksjon inntreffer umiddelbart når rettsvern ikke er etablert forut for en konkurseråpning, eller før et utleggspant blir registrert.¹²³⁷ Ved kreditorekstinksjon er skyldnerens legitimasjon uten betydning.¹²³⁸ Det spiller heller ingen rolle om de aktuelle kreditorene er i god eller ond tro.¹²³⁹

6.4.3 Ekstinktive godtroerverv

6.4.3.1 Avtaleekstinksjon

Den andre gruppen tredjepersoner som kan ekstingvere, bygger sin rett på ekstinktive godtroerverv. Slike godtroerverv deles gjerne opp i preskriptive godtroerverv og avtaleekstinksjon.¹²⁴⁰ En annen betegnelse på dem kan være «umiddelbare godtroerverv» og «tap av

¹²³³ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 105–106, avsnitt 11. Se også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 267, Borgar Høgetveit Berg, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» i *Jussens Venner*, 1999 side 1–30 (på side 11–12), samt Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 277). Erik Røsæg har imidlertid presisert at antedatering er den eneste formen for kreditorsvik som rettsvernsreglene egentlig beskytter mot, jf. Erik Røsæg, «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 253–265 (på side 254–255).

¹²³⁴ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 267 og Borgar Høgetveit Berg, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» i *Jussens Venner*, 1999 side 1–30 (på side 12).

¹²³⁵ Se Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 89), samt Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 556–557.

¹²³⁶ Dette er også fremhevet hos UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 105–106, avsnitt 11.

¹²³⁷ Sistnevnte tilfelle forutsetter at det finnes registerordninger. Dette er alltid tilfellet for utleggspant i immaterialrettigheter, jf. panteloven § 5-9.

¹²³⁸ Jf. punkt 6.3.3 ovenfor.

¹²³⁹ Jf. Rt. 2002 side 1484 (på side 1486–1487), der ankeutvalget presiserte at en utleggstakers onde tro er uten betydning for spørsmålet om kreditorekstinksjon.

¹²⁴⁰ Se for eksempel Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 12.

rett på grunn av passivitet».¹²⁴¹ Her beskriver jeg først avtaleekstinksjon, ettersom dette er den mest relevante formen for ekstinktive godtroerverv innenfor immaterialretten. I punkt 6.4.3.2 kommer jeg tilbake til de preskriptive godtroervervene.

Avtaleekstinksjon er ekstinktive godtroerverv som bygger på rettshandel.¹²⁴² Reglene om avtaleekstinksjon er fundamentale i norsk formuerett. Rettsvirkningene av avtaleekstinksjon skjer i utgangspunktet umiddelbart, forutsatt at nærmere bestemte vilkår er oppfylt. For de fleste registrerte immaterialrettighetene finnes det lovfestede regler om avtaleekstinksjon.¹²⁴³ Foretaksnavn er den eneste registrerte immaterialrettigheten der lovgivningen ikke gir grunnlag for dette, og hvor det heller ikke er planer om en lovendring. Når jeg i det følgende bruker begrepet «registrerte immaterialrettigheter», sikter jeg bare til patent-, planteforedler-, design- og registrerte varemerkerettigheter. Foretaksnavn drøftes ikke nærmere, ettersom disse er av mindre interesse i pantsettelsessammenhenger. For uregistrerte immaterialrettigheter, som opphavsrett, kretsmønsterrett og innarbeidet varemerke, finnes det ikke lovfestede ekstinksjonsregler.

Hvilke hensyn som ligger til grunn for reglene om avtaleekstinksjon i immaterialretten, ble i Lund-utredningen beskrevet slik:

«Når man for rettsstiftelser som kan registreres i særskilt register, avviker fra den alminnelige normen om tidsrekkefølgen av rettsstiftelsene, skyldes det vesentlig hensynet til effektiv kredittgivning og omsetning og til det derav følgende behovet for at registrene skal ha negativ troverdighet. All den tid registreringsrekkefølgen er den alminnelige normen for forholdet mellom rettsstiftelser som kan registreres i de særskilte registre, og som patentloven gir for kollisjoner mellom rettsstiftelser i form av overdragelser og lisenser, må det nok kreves en særskilt begrunnelse for å avvike fra denne når det gjelder forholdet mellom slike rettsstiftelser og panterett som registreres i patentregisteret.»¹²⁴⁴

¹²⁴¹ Denne terminologien finnes for eksempel hos Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegod» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 og Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 251.

¹²⁴² Begrepet «avtaleekstinksjon» er egentlig en underkategori av den større kategorien «godtroerverv ved rettserverv», men avtaleekstinksjonen utgjør den klart viktigste delen av denne kategorien. Mer om dette hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 13.

¹²⁴³ Jf. patentloven § 44 a, planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum og designloven § 54.

¹²⁴⁴ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 64.

Dette kan oppsummeres med stikkordet «omsetningshensyn».¹²⁴⁵ Dette er et hensyn som ikke bare begrunner avtaleekstinksjon i immaterialretten, men også ellers i formueretten.¹²⁴⁶ Når reglene bygger på omsetningshensyn, betyr det at formålet er å gjøre omsetning av formuesgoder trygt, effektivt og mindre ressurskrevende. Noe kort og upresist kan det sies at omsetningen trygges og fremmes ved at en erverver gis den retten han har hatt en berettiget forventning om å få.¹²⁴⁷ Reglene om avtaleekstinksjon gjør at en potensiell rettsserverver kan ha tillit til at han ikke vil lide tap dersom han disponerer i henhold til en ikke-berettiget avhenders legitimasjon, såfremt han er i god tro med hensyn til manglene i avhenderens adkomst. Han kan langt på vei nøye seg med å undersøke de rettslige legitimasjonsforholdene, for eksempel registrerte rettighetsforhold. Det er da ikke nødvendig å gjennomføre omfattende, tidkrevende og kostbare forundersøkelser for å avklare de reelle rettighetsforholdene.

Omsetningshensyn taler imidlertid ikke bare for beskyttelse av rettsserververe i god tro. Også en rettighetshaver kan representere en omsetningsinteresse. Den tryggheten en erverver oppnår gjennom ekstinksjonsreglene, kan lett transformeres til en risiko for at han selv rammes av et nytt godtroerverv fra en ny ekstinksjonspretendent.¹²⁴⁸ Dermed kan også vindikasjonsretten være beskyttelsesverdig av hensyn til omsetningslivet. Særlig Sjur Brækhus gjorde seg til talsmann for slike synspunkter.¹²⁴⁹ Etersom omsetningshensynet også kan begrunne vindikasjon, er det gjerne nærmere bestemte elementer av omsetningshensynet som trekkes ut som begrunnelse for reglene om avtaleekstinksjon.

For avtaleekstinksjon utgjør legitimasjonsbetraktninger et sentralt element i omsetningshensynet. Begrepet «legitimasjon» sikter til et såkalt ytre skinn av rett, som ikke behøver å samsvare med gjeldende rettsforhold.¹²⁵⁰ Omstendigheter kan foreligge, som gir en erverver inntrykk av at en avhender er berettiget til å råde rettslig over et formuesgode, på måter som han ikke er berettiget til. Slike omstendigheter omtales gjerne som legitimerende momenter. Disse momentene gir avhenderen en faktisk legitimasjon. Skal slik faktisk legitimasjon til-

¹²⁴⁵ Generelt om omsetningshensyn blant annet hos Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 50–57.

¹²⁴⁶ Jf. for eksempel Ot.prp. nr. 56 (1976–1977) side 14, som gjelder godtroervervsloven.

¹²⁴⁷ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 30.

¹²⁴⁸ Se Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 274).

¹²⁴⁹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 30–31, samt Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 410–411.

¹²⁵⁰ Se for eksempel Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 70).

legges rettsvirkninger, må det finnes ekstinksjonsregler som gjør at de aktuelle momentene gir en rettslig legitimasjon. Med «rettslig legitimasjon» menes at en aktsom godtroende erverver kan vinne rett til et formuesgode ved å stole på et nærmere bestemt legitimerende moment, selv om det skulle vise seg at avhenderen ikke hadde rett til å disponere slik han gjorde.¹²⁵¹ Etter lovfestet rett kan rettslig legitimasjon følge av enten registerhjemmel, besittelse eller fravær av notifikasjon.¹²⁵²

Grunnvilkårene for avtaleekstinksjon er i korte trekk at ekstinksjonspretendentens rett må bygge på en gyldig avtale, at avhenderen fremstod som legitimert, at ekstinksjonspretendenten var i aktsom god tro og at han har gjennomført en sikringsakt.¹²⁵³ Begrepet «sikringsakt» sikter til en handling som fratrar avhenderen hans legitimasjon.¹²⁵⁴ En rettsvernsakt fungerer som oftest også som en sikringsakt, og gjennomføringstidspunktene er normalt sammenfallende. Det er imidlertid ikke alltid en sammenheng. En rettsverns- og sikringsakt behøver ikke å være koblet. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.8.2.4.

God tro er som oftest en ekstinksjonsforutsetning i norsk rett.¹²⁵⁵ Det nærmere innholdet i god tro-kravet har allerede vært gjenstand for omfattende behandling i rettslitteraturen, og jeg går derfor ikke nærmere inn på dette i denne avhandlingen.¹²⁵⁶ Noe som imidlertid bør nevnes, er at de generelle anbefalingene fra UNCITRAL ikke legger opp til et god tro-krav for at rettighetsregistrering skal ha ekstinksjonsvirkninger overfor eldre uregistrerte rettserverv.¹²⁵⁷ UNCITRAL synes å være motvillig til å la vurderinger av subjektiv karakter bli avgjørende for prioritetsrekkefølgen til kolliderende rettsstiftelser.¹²⁵⁸ Det legges imidlertid likevel opp til

¹²⁵¹ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 52.

¹²⁵² Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 19, med ytterligere henvisninger, samt Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 75).

¹²⁵³ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 22.

¹²⁵⁴ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 56–57.

¹²⁵⁵ Med unntak av det mer særegne tilfellet i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya), omtalt nærmere i punkt 6.8.2.4 nedenfor.

¹²⁵⁶ Mer om dette hos Aage Thor Falkanger, *God tro*, Oslo 1999. Se også for eksempel Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 256–259 og Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 100–107.

¹²⁵⁷ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010, side 230 (recommendation 76 a) og 233 (recommendation 93), samt UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 79 (avsnitt 177).

¹²⁵⁸ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 218–219 (avsnitt 125–127).

at det bør være rom for å beholde eventuelle god tro-krav i relasjon til rettsstiftelser i immaterielle rettigheter.¹²⁵⁹

6.4.3.2 *Preskriptive godtroerverv*

Preskriptive godtroerverv omfatter passivitetsutløste rettighetstap. Herunder hører blant annet reglene om hevd. Ifølge hevdsloven § 1 første ledd kan det bare hevdes eiendomsrett eller bruksrett til «ting», og i andre ledd er «ting» definert som «fast eiendom, lausøyre og retts-gilde verdepapir». Immaterialrettighetene faller utenfor lovens anvendelsesområde. Det finnes ingen lovregler om preskriptive godtroerverv for de immaterielle rettighetene. I rendyrket form er preskriptive godtroerverv derfor ikke særlig relevant med hensyn til pantsettelse av immaterialrettigheter, men elementer fra disse reglene kan likevel kanskje ha betydning i en ulovfestet hybrid mellom avtaleekstinksjon og preskriptivt godtroerverv. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.8 og 6.9.

For øvrig er det ikke uvanlig med passivitetsutløste rettighetstap i immaterialretten. Varemerkeloven har for eksempel en egen bestemmelse om passivitetsvirkninger i § 8 første ledd første punktum. Ifølge denne bestemmelsen skal retten til et registrert varemerke «bestå ved siden av en eldre kjennetegnrett, dersom innehaveren av den eldre retten har kjent til og avfunnet seg med at det yngre varemerket etter registreringsdagen har vært brukt her i riket i fem år i sammenheng, og søknaden om registrering av det yngre merket ble innlevert i god tro». Yngre varemerkerettigheter kan dermed bestå ved siden av eldre kolliderende kjennetegnrettigheter, såfremt innehaveren av den eldste retten ikke innen en gitt tidsperiode foretar seg noe for å hindre bruk av den yngre varemerkeretten. Varemerkeloven § 37 første ledd sier også at et registrert varemerke helt eller delvis skal slettes dersom merkehaveren ikke innen fem år tar merket i bruk. Tilsvarende regler finnes ikke for innarbeidede varemerker, men i Rt. 1999 side 1725 (på side 1734–1735) kom Høyesterett likevel til at en innarbeidet varemerkerett hadde bortfalt fordi det aktuelle merket i lengre tid hadde ligget ubrukt. Et lignende eksempel finnes i Rt. 1960 side 388 (på side 389), der Høyesterett antydte at passivitet kunne føre til tap av innarbeidet varemerkerett på ulovfestet grunnlag, selv om dette ikke ble resultatet i den aktuelle saken.¹²⁶⁰

¹²⁵⁹ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 79 (avsnitt 178).

¹²⁶⁰ Se for øvrig også Rt. 1985 side 1054 (på side 1061).

I patentloven finnes det også eksempler på passivitetsutløste rettighetstap. Dersom en annen enn den registrerte eieren mener å ha rett til et patent, må han reise søksmål om dette «innen ett år etter at saksøkeren fikk kjennskap til meddelelsen av patentet og de øvrige forholdene som søksmålet bygger på», jf. patentloven § 52 fjerde ledd andre punktum. Forholder han seg passiv i ett år etter at han fikk kjennskap til at patentet ble meddelt til feil person, faller retten hans bort. Det at det må betales avgifter for å opprettholde patent-, design- eller registrerte varemerkerettigheter, og at rettsposisjonene faller bort dersom ikke disse avgiftene betales, kan kanskje også betraktes som en form for passivitetsutløst rettighetstap. Dette er likevel ikke regler som tar sikte på å løse kollisjoner mellom dynamiske rettsstiftelser, slik som overdragelser og pantsettelser. De nevnte spesialreglene om passivitetsutløste rettighetstap kan gjøre innhugg i en rettighetshavers statiske immaterialrettsposisjon, men regulerer ikke spørsmål om rettsvern, ekstinksjon og prioritet.

6.5 TIDSPRIORITET SOM UTGANGSPUNKT

Kolliderende rettsstiftelser i samme formuesgode må ordnes i en prioritetsrekkefølge. Det samme formuesgodet kan for eksempel være pantsatt til to eller flere panthavere som alle forventer første prioritet. Her kan ikke alle panthaverne få den prioriteten de er tilsagt. Panterettighetene må ordnes i en prioritetsrekkefølge, og panteloven § 1-13 oppstiller utgangspunktet for denne rekkefølgen:

«Når to eller flere har panterett i samme formuesgode, går den retten foran som først ble påheftet, om ikke annet er avtalt eller følger av reglene om rettsvern.»

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare prioritetsforholdet mellom kolliderende pante-rettigheter. Regelen er imidlertid et utslag av en mer generell regel om at rettsstiftelser i formuesgoder som utgangspunkt prioriteres ut fra stiftelsestidspunktet. Dette kan omtales som en tidsprioritetsnorm, og beskrives ofte med slagordet «først i tid, best i rett».¹²⁶¹ Tidsprioritetsnormen har nær sammenheng med et grunnleggende formuerettslig prinsipp om at

¹²⁶¹ Se for eksempel Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 71). Mer om normterminologien hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 28–29. I noen tilfeller omtales tidsprioritetsnormen som et «avtaleprinsipp», slik for eksempel Borgar Høgetveit Berg, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» i *Jussens Venner*, 1999 side 1–30 (på side 3) og Patrik Lindsoug, «Avtalsprinsipp eller traditionsprinsipp» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015 side 184–221 (på side 184). Etter mitt syn blir dette noe upresist, ettersom rettserverv også kan stiftes på andre måter enn gjennom avtale.

ingen kan overføre større rett enn de selv har.¹²⁶² Prinsippet har flere ganger kommet til uttrykk i høyesterettspraksis, for eksempel i Rt. 1990 side 500 (på side 507):

«At en erverver ikke kan stilles bedre eller dårligere enn overdrageren, følger etter min oppfatning av alminnelige prinsipper for overdragelse av formuesrettigheter.»¹²⁶³

Utgangspunktet om tidsprioritet i panteloven § 1-13 gjelder bare dersom «ikke annet er avtalt eller følger av reglene om rettsvern». Det finnes en rekke regler om rettsvern som gjør unntak fra dette utgangspunktet. Både for realregistrerte formuesgoder, alminnelig løsøre og pengekrav finnes det regler som lar tidspunktet for gjennomføringen av rettsvernsakten (registrering, overlevering eller melding) bli avgjørende for prioritetsrekkefølgen.¹²⁶⁴ Tidsprioritetsnormen har derfor, for de fleste typer formuesgoder, blitt vesentlig uthulet gjennom rettsvernsreglene. Slike rettsvernsregler finnes også for de registrerte immaterialrettighetene, med unntak av varemerkeretten enn så lenge. En yngre rettsstiftelse kan da på nærmere vilkår ekstingvere en eldre dersom den registreres først. I praksis er det ofte registreringstidspunktet som i kollisjonstilfeller blir avgjørende for prioriteten. Dette skyldes at ulike rettighetsregistre er tillagt såkalt rettslig troverdighet. I hvilken grad immaterialrettsregistrene er tillagt rettslig troverdighet, samt bakgrunnen for dette, blir temaet for neste drøftelse.

6.6 IMMATERIALRETTSREGISTRENES RETTSLIGE TROVERDIGHET

6.6.1 Immaterialrettsregistrene er ikke realregistre

En rekke ulike formuesgoder kan registreres i såkalte realregistre. Dette gjelder blant annet fast eiendom, skip og luftfartøy, som alle har egne registreringsordninger. Hvorvidt et formuesgode kan registreres i et realregister eller ikke, kan blant annet ha betydning for pantsettelsesadgangen, realisasjonsmåten, prosessen for utleggsforretning og reglene om tvangs-

¹²⁶² Mer om dette hos blant annet Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 26. Generelt om prinsippbegrepet hos Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 side 189–221 (på side 194–200) og Maria Veia Lund, *Passivitet*, Oslo 2017 side 67, med ytterligere henvisninger.

¹²⁶³ I motsetning til tidsprioritetsnormen er dette en kompetanseregulering. Mer om dette hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroervert*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 670–672 og Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 2).

¹²⁶⁴ For realregistrerte formuesgoder, se tinglysingsloven § 20 første ledd, sjøloven § 23 første og andre ledd, luftfartsloven § 3-26 første og andre ledd, borettslagsloven § 6-5 første og andre ledd, petroleumsloven § 6-1 tredje ledd, verdipapirregisterloven § 7-1 første og andre ledd og forsikringsavtaleloven § 17-3 første ledd. For alminnelig løsøre, se godtroervertloven § 1 første ledd. For enkle pengekrav, se gjeldsbrevloven § 29 andre ledd.

dekning.¹²⁶⁵ Det har også betydning for om utløsningsreglene i panteloven § 1-14 andre ledd kommer til anvendelse. Begrepet «realregister» er legaldefinert i panteloven § 1-1 fjerde ledd:

«Med realregister menes grunnbok, skipsregister (herunder Norsk Internasjonalt Skipsregister), luftfartøyregister og lignende rettighetsregister ordnet etter de formuesgoder som rettigheten gjelder. Verdipapirregistre og Løsøreregisterets motorvognregister regnes ikke som realregistre.»¹²⁶⁶

Umiddelbart kan det synes som om samtlige immaterialrettsregistre skal anses som realregistre. Det kan registreres rettsstiftelser i registrene, og de er ordnet etter de formuesgodene (immaterialrettighetene) som rettsstiftelsene knytter seg til. Motsetningen til realregistrene er de såkalte personalregistrene, som i stedet er ordnet etter rettighetssubjekter. Løsøreregisteret er et viktig eksempel på et personalregister. En erverver kan som utgangspunkt ikke benytte Løsøreregisteret for å finne ut hvem som har registerhjemmel til et formuesgode, eller hvem som har andre rettsstiftelser knyttet til dette formuesgodet.¹²⁶⁷ Det er klart nok at immaterialrettsregistrene ikke er personalregistre, og således kunne det vært naturlig å anse dem som realregistre. I Lund-utredningen legges det imidlertid til grunn at dette ikke er tilfellet:

«Det legges til grunn at etter definisjonen i panteloven § 1-1 fjerde ledd regnes ikke de særskilte immaterialrettsregistrene som realregistre.»¹²⁶⁸

Utredningen gir ingen nærmere begrunnelse for dette. Det følger imidlertid av ordlyden «lignende» i pantelovens definisjon, at disse registrene må ha tilstrekkelige likhetstrekk med Grunnboken, Skipsregisteret og Luftfartøyregisteret for å kunne anses som realregistre. Her ligger det først og fremst et vilkår om at registrene må inneholde noenlunde uttømmende angivelser av eier- og heftelsesforhold.¹²⁶⁹ Videre er det ikke tilstrekkelig bare at rettigheter formelt kan registreres. Dette gir kun faktisk troverdighet. Det typiske for realregistrene, er at registrering i tillegg gis rettsverns- og ekstinksjonsvirkninger.¹²⁷⁰ Det er her tale om rettslig

¹²⁶⁵ Se for eksempel panteloven § 3-3 og tvangsfullbyrdelsesloven §§ 2-10, 7-9, 7-13, 7-14, 7-20, 10-1 og 11-1.

¹²⁶⁶ Tilsvarende definisjon finnes også i tvangsfullbyrdelsesloven § 1-8 første ledd.

¹²⁶⁷ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 224.

¹²⁶⁸ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 126. I motsetning til NOU 1972: 20 side 100, der det presiseres at blant annet varemerkerregisteret og patentregisteret skal omfattes av ordlyden «lignende realregistre» i konkursloven § 36. Kåre Lilleholt har for øvrig lagt til grunn at patent- og designregisteret ikke er realregistre, jf. Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 76).

¹²⁶⁹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 51–52.

¹²⁷⁰ Jf. for eksempel Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 51.

troverdighet.¹²⁷¹ Med «rettslig troverdighet» menes at et uriktig faktisk forhold kan tillegges virkning som om det var riktig.¹²⁷² En erverver kan i kraft av ekstinksjonsreglene bygge rett på registrerte rettighetsforhold, selv om disse skulle vise seg ikke å stemme.¹²⁷³ Kredittyttere som gir lån mot sikkerhet i registrerte formuesgoder, har særlig behov for å kunne innrette seg i tillit til de registrerte opplysningene.¹²⁷⁴ Når jeg nedenfor bruker begrepet «troverdighet», er det slik rettslig troverdighet jeg sikter til.

Lovgivningen legger klart nok opp til at immaterialrettighetene ikke skal følge reglene for realregistrerte formuesgoder. For eksempel er ikke immaterialrettighetene underlagt reglene om tvangsdekning i realregistrerte formuesgoder i tvangsfullbyrdelsesloven kapittel 11. I stedet er det gitt egne regler i tvangsfullbyrdelsesloven § 10-13. Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter følger heller ikke reglene for realregistrert løsøre i panteloven § 3-3, men er underlagt egne regler i panteloven §§ 4-11 og 4-13. Reglene for realregistrerte formuesgoder kommer klart nok ikke til anvendes på registrerte immaterialrettigheter. Dette har blant annet sammenheng med at immaterialrettsregistre tradisjonelt har tjent andre formål enn realregistre. Hva som nærmere bestemt har vært funksjonen og formålet til immaterialrettsregistre, og hvordan de har utviklet seg i retning av rettsvernsregistre, blir temaet i det følgende.

6.6.2 Registrenes opprinnelige formål og nyere utvikling

Formålet med immaterialrettsregistre var i utgangspunktet ikke materiell beskyttelse av rettsserverv. Funksjonen deres var primært knyttet til rettsposisjonenes statiske beskyttelse, det vil si til opprettelse og dokumentering av ulike immaterialrettigheter.¹²⁷⁵ Historisk sett hadde registrering av dynamiske rettsserverv bare rent formelle rettsvirkninger. For eksempel hadde den registrerte eieren av et patent såkalt passiv søksmålskompetanse, som betyr at søksmål om patent alltid kunne rettes mot den som registrert utpekte som patenteier.¹²⁷⁶ Slik passiv

¹²⁷¹ Om skillet mellom faktisk og rettslig troverdighet, se for eksempel Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 412–413 eller Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 271–272).

¹²⁷² Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 877 og Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 72).

¹²⁷³ Se Torgeir Austenå, «Grunnbøkens positive troverdighet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976 side 464–484 (på side 465).

¹²⁷⁴ Se Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 273).

¹²⁷⁵ Dette er ikke særegent for norsk rett, jf. Anjanetta H. Raymond, «Use of Intellectual Property as Collateral in Secured Financing: Practical Concerns» i Dennis Campbell (red.), *The Comparative Law Yearbook of International Business*, 2010, vol. 31, side 525–542 (på side 531).

¹²⁷⁶ Se NU 1963: 6 side 288.

søksmålskompetanse følger også av dagens patentlovgivning, jf. patentloven § 44 sjette ledd.¹²⁷⁷ Immaterialrettsregistrenes formål har således tradisjonelt ikke vært knyttet til det å skape notoritet og publisitet over ulike rettsstiftelser, slik formålet i stor grad har vært for realregistrene.

Det er likevel ikke noe nytt at rettighetsregistrering i immaterialrettsregistrene kan ha visse rettsverns- og ekstinksjonsvirkninger. Den gamle patentloven av 1910 hadde en bestemmelse i § 12 som sa at frivillig overdragelse av patent ikke hadde rettsvirkninger overfor godtroende tredjemenn før overdragelsen var meldt til registrering.¹²⁷⁸ Det samme gjaldt lisenser. Bestemmelsen regulerte imidlertid bare frivillige overdragelser, og ikke kreditorbeslag eller tvangslisens. En erverver hadde rettsvern mot avhenderens kreditorer uten at registrering var nødvendig. Da någjeldende patentlov ble vedtatt i 1967, ble reglene om rettsvern og ekstinksjon flyttet til § 44 femte ledd, som hadde følgende ordlyd:

«Frivillig overdragelse av patent eller meddelelse av lisens som er blitt anmeldt til registrering, går i kollisjonstilfelle foran overdragelse eller meddelelse av lisens som ikke er eller først senere er anmeldt til registrering, dersom vedkommende rettighetshaver ved anmeldelsen var i god tro.»

Bestemmelsen gjaldt fortsatt bare frivillige overdragelser, og forarbeidene presiserte at den ikke skulle gjelde tvungen overføring ved for eksempel tvangslisens.¹²⁷⁹ Videre var registrering bare nødvendig for å oppnå rettsvern overfor godtroende omsetningserververe. Frivillige overdragelser hadde fortsatt rettsvern overfor avhenderens kreditorer uavhengig av registrering.

Patentloven § 44 femte ledd dannet mønster for rettsverns- og ekstinksjonsreglene i design- og planteforedlerloven. Den gamle mønsterloven av 1970 hadde en bestemmelse i § 27 femte ledd som tok sikte på å samsvare med den dagjeldende bestemmelsen i patentloven § 44 femte ledd.¹²⁸⁰ De någjeldende rettsvernsreglene i designloven § 54 fjerde ledd viderefører den gamle bestemmelsen i mønsterloven § 27 femte ledd. Da planteforedlerloven ble vedtatt i

¹²⁷⁷ Mer om dette hos Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 435.

¹²⁷⁸ Se Ot.prp. nr. 36 (1965–1966) side 44. Den tidligere patentloven hadde for øvrig også en lignende bestemmelse i § 24, jf. Ot.prp. nr. 6 (1908) side 24.

¹²⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 36 (1965–1966) side 44.

¹²⁸⁰ Se Ot.prp. nr. 2 (2002–2003) side 99. Det eksisterte imidlertid en bestemmelse med lignende innhold allerede i mønsterloven fra 1910 § 8, jf. Ot.prp. nr. 40 (1969–1970) side 35, samt Ot.prp. nr. 6 (1908) side 65.

1993, fremgikk det av § 26 andre ledd at patentloven § 44 skulle gjelde tilsvarende for anmerkninger i Plantesortregisteret.

I 2015 ble patentloven § 44 endret, og rettsverns- og ekstinksjonsreglene ble flyttet til en ny § 44 a. Den nye bestemmelsen i patentloven § 44 a ble gitt tilsvarende anvendelse på rettighetsregistrering i Plantesortregisteret, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd. Dette var første gang registrering i et immaterialrettsregister ble gjort til en lovfestet betingelse for kreditorvern. Reglene ble også bygget ut til å omfatte pantsettelser, utlegg og arrest, i tillegg til alminnelige overdragelser. Tvangslisenser er imidlertid fortsatt ikke underlagt rettsverns- og ekstinksjonsreglene, og antas å oppnå rettsvern automatisk på stiftelsestidspunktet.

Utviklingen knyttet til rettighetsregistrering i immaterialrettsregistre har således beveget seg fra rent formelle rettsvirkninger, mot stadig større innslag av materielle rettsverns- og ekstinksjonsvirkninger. Dette har ført til at Patent- og Plantesortregisteret i dag har vesentlige likhetstrekk med realregistre. Det samme vil nok om kort tid bli tilfellet for Varemerkeregisteret.¹²⁸¹ Likevel har disse registre mer begrenset rettslig troverdighet enn det realregistre har. For det første mangler de positiv troverdighet, i motsetning til realregistre, som har lovfestede regler om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser.¹²⁸² For det andre er registrenes negative troverdighet begrenset i større grad enn for realregistre. Slike «skår» i registrenes troverdighet blir temaet for de neste drøftelsene.

6.6.3 Registre har delvis negativ troverdighet

Negativ troverdighet betyr at tredjepersoner skal kunne stole på at registre gir alle opplysninger, og at de ikke behøver å respektere rettsstiftelser som ikke er ført inn, såfremt de har vært i aktsom god tro.¹²⁸³ Registeret må med andre ord gi en uttømmende opplisting av alle rettsstiftelser i et formuesgode. Ved å tillegge et rettighetsregister negativ troverdighet, unngås rettighetskollisjoner ved at rettsstiftelser ordnes i en prioritetsrekkefølge basert på registreringstidspunktet.¹²⁸⁴

¹²⁸¹ Jf. punkt 4.6.3 ovenfor.

¹²⁸² Mer om dette i punkt 6.6.4 nedenfor. Se for øvrig Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 76), som sier realregistre bare omfatter registerordninger som har regler om godtroervev både i hjemmelsmannskonflikten og i dobbeltsuksesjonskonflikten.

¹²⁸³ Se Ot.prp. nr. 9 (1935–1936) side 3, som imidlertid gjelder Grunnbokens troverdighet. Se også Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 275) og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 188–189.

¹²⁸⁴ Se Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 294).

Patent- og Plantesortregisteret har negativ troverdighet med hensyn til visse typer rettserverv, jf. patentloven § 44 a, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum.¹²⁸⁵ Den som registrerer et slikt rettserverv i god tro, vil ekstingvere et eldre uregistrert rettserverv som omfattes av bestemmelsen. En erverver kan således i stor grad innrette seg i tillit til at han ikke behøver å respektere rettsstiftelser som ikke fremgår av registeret. Slik negativ troverdighet er viktig med hensyn til pantsettelse, noe som ble fremhevet i Lund-utredningen:

«Når man for rettsstiftelser som kan registreres i særskilt register, avviker fra den alminnelige normen om tidsrekkefølgen av rettsstiftelsene, skyldes det vesentlig hensynet til effektiv kredittgivning og omsetning og til det derav følgende behovet for at registrene skal ha negativ troverdighet. All den tid registreringsrekkefølgen er den alminnelige normen for forholdet mellom rettsstiftelser som kan registreres i de særskilte registre, og som patentloven gir for kollisjoner mellom rettsstiftelser i form av overdragelser og lisenser, må det nok kreves en særskilt begrunnelse for å avvike fra denne når det gjelder forholdet mellom slike rettsstiftelser og panterett som registreres i patentregisteret.»¹²⁸⁶

Den negative troverdigheten er likevel ikke fullstendig. Hvorvidt et patent eller en plante-foredlerrett inngår som del av et driftstilbehørspant, vil for eksempel ikke fremgå av Patent- eller Plantesortregisteret. Registrene har dermed ikke negativ troverdighet med hensyn til pantsettelse i form av driftstilbehørspant. Til sammenligning kan realregistrerte formuesgoder ikke inngå som del av et driftstilbehørspant, jf. panteloven § 3-4 fjerde ledd. På denne måten har realregistrene sterkere negativ troverdighet enn Patent- og Plantesortregisteret.

Driftstilbehørspant er ikke den eneste typen rettsstiftelse som ikke kan registreres i Patent- og Plantesortregisteret. Patentloven § 44 a gjelder ikke rettsstiftelser generelt, men bare «rettserverv som går ut på frivillig overdragelse av patent, herunder patentsøknad, og supplerende beskyttelsessertifikat, meddelelse av avtalelisens, overdragelse av avtalelisens, pantsettelse som nevnt i panteloven § 4-11, herunder overdragelse og frempantsettelse av slik panterett, og utlegg og arrest». Denne oppstillingen må nok anses som uttømmende. Dette støttes av forarbeidene, som sier patentloven § 44 a regulerer forholdet mellom «visse kolliderende rettserverv».¹²⁸⁷ Formuleringen «visse» taler for at det var meningen at enkelte typer rettserverv

¹²⁸⁵ Mer om disse bestemmelsene i punkt 6.7.3 nedenfor.

¹²⁸⁶ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 64.

¹²⁸⁷ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 41.

skulle falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Dette skiller Patent- og Plantesortregisteret fra realregistrene, som gjennomgående har videre utformet registreringsadgang.¹²⁸⁸

Det kan dermed oppstå spørsmål om en rettsserverver blir nødt til å respektere rettsstiftelser av andre typer enn de patentloven § 44 a omfatter. Slike rettsstiftelser kan for eksempel være tvangslisenser, kjøpsopsjoner, urådighetserklæringer eller negative pantsettelseserklæringer. Urådighets- og negative pantsettelseserklæringer er avtalefestede ordninger som forbyr eieren av et formuesgode å disponere rettslig over det uten medkontrahentens samtykke.¹²⁸⁹ Standardiserte låneavtaler inneholder som regel slike klausuler.¹²⁹⁰ De har vært særlig vanlige ved pantsettelse av skip.¹²⁹¹

Opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer kan ikke registreres i Patent- og eller Plantesortregisteret. Til sammenligning kan slike rettsstiftelser registreres i realregistrene.¹²⁹² Tvangslisenser kan derimot registreres på samme måte som overdragelser, lisenser og pantsettelse, jf. patentloven § 44 femte ledd. Det samme gjelder utnyttelsesrett i henhold til patentloven § 53 tredje ledd. Registrering av disse rettsstiftelsene har imidlertid ingen lovfestede rettsvirkninger.¹²⁹³ Slik har det vært i lang tid. Både § 12 i patentloven av 1910 og den nå opphevede § 44 femte ledd skulle ifølge forarbeidene bare gjelde «frivillige» overdragelser og lisenser.¹²⁹⁴ Ved forberedelsen av § 44 femte ledd ble det uttrykkelig uttalt at tvangslisenser ikke skulle omfattes av kollisjonsreglene.¹²⁹⁵

Patentregisterets begrensede negative troverdighet skyldes at lovgiver ikke ønsket at registrering skulle ha for vidtgående materielle rettsvirkninger. Ved forberedelsen av patentloven av

¹²⁸⁸ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 71.

¹²⁸⁹ Klausulenes innhold kan imidlertid variere. Mer om dette hos Haakon Opperud, *Negative pantsettelses-klausuler*, Oslo 1994.

¹²⁹⁰ Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 66, Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten» i Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoff*, side 86–124 (på side 92), samt Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2, 3*. utgave, Oslo 2005 side 347.

¹²⁹¹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 154.

¹²⁹² Jf. for eksempel tinglysningsloven § 12, luftfartsloven § 3-22 første ledd og sjøloven § 20 første ledd. Se for øvrig også Ot.prp. nr. 9 (1935–1936) side 28, samt Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 2, 3*. utgave, Oslo 2005 side 348 og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 94–96 og side 154.

¹²⁹³ Jf. også Are Stenvik, *Patentrekt*, 3. utgave, Oslo 2013 side 435.

¹²⁹⁴ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1965–1966) side 44, med hensyn til den nå opphevede § 44 femte ledd, samt Ot.prp. nr. 6 (1908) side 24, med hensyn til patentloven av 1910 § 12.

¹²⁹⁵ Jf. Ot.prp. nr. 36 (1965–1966) side 44. I forarbeidene til mønsterloven av 1910 ble det også uttrykkelig uttalt at rettsvernsregelen i § 8 bare skulle gjelde kollisjoner mellom frivillige overdragelser, og ikke kollisjoner mellom frivillige overdragelser og tvungne rettsstiftelser, jf. Ot.prp. nr. 6 (1908) side 76.

1910 hadde kommisjonen som utarbeidet lovforslaget sett hen til mer vidtgående register-systemer i utlandet, uten at de fant det tilrådelig med noe tilsvarende system i Norge:

«Tilsvarende bestemmelse som den i udkastet § 12 foreslaaede findes i den finske lov § 19 andet led samt i den østerrigske lovs § 23, der dog gennemfører et videregaaende system med hensyn til registrering som vilkaar for erhvervelse af rettigheder vedkommende patenter. Dette har man imidlertid ikke kunnet foreslaa optaget hos os, da det forudsætter et mere gennemført grundbogsvesen end vort.»¹²⁹⁶

Prioritetsreglene i mønsterloven av 1910 bygde på de samme betraktningene.¹²⁹⁷ Det virker som om disse synspunktene fikk et godt fotfeste. Helt frem til 2015 var Patent-, Plantesort- og Designregisterets negative troverdighet begrenset til å omfatte bare frivillige overdragelser. I dag har Patent- og Plantesortregisteret også negativ troverdighet med hensyn til tvungne rettsstiftelser i form av utlegg og arrest. Spørsmålet om registrene burde ha negativ troverdighet med hensyn til tvangslisenser, synes derimot aldri å ha blitt ordentlig vurdert av lovgiver.

Det at Patentregisteret ikke har negativ troverdighet med hensyn til tvangslisenser, har trolig sammenheng med at tvangslisens gjerne kan meddeles forholdsvis uavhengig av hvem som innehar det aktuelle patentet.¹²⁹⁸ Dersom en tvangslisens skulle ha blitt ekstingvert ved for eksempel godtroerverv, ville nok den aktuelle lisenstakeren ofte oppfylt vilkårene for tvangslisens også overfor den aktuelle erververen. Ekstinksjonens eneste virkning blir da at det nødvendiggjør en ny rettslig prosess for meddelelse av ny tvangslisens, jf. patentloven §§ 50 og 50 a. Om tvangslisensen i stedet består som den er, virker dette både prosessbesparende og konfliktforebyggende. Tvangslisenser er i tillegg blant de mest notoriske rettsstiftelsene som eksisterer, ettersom de bare kan meddeles av retten eller Konkurransetilsynet.¹²⁹⁹ Det er således tungtveiende reelle hensyn som taler for at tvangslisenser ikke bør kunne ekstingveres. Dermed er det naturlig at lovgiver ikke har gjort det til noe rettsvernsvilkår at

¹²⁹⁶ Kommissionens *Udkast til lov om patenter med begrundelse og bilag*, (utredning) 1904 side 51, behandlet i Ot.prp. nr. 6 (1908) side 24.

¹²⁹⁷ Jf. kommissionens *Udkast til lov om mønstre med begrundelse*, (utredning) 1904 side 22, behandlet i Ot.prp. nr. 6 (1908) side 76.

¹²⁹⁸ Se patentloven §§ 45–50 a.

¹²⁹⁹ Jf. patentloven § 50 første ledd.

tvangslisenser registreres i Patentregisteret. Det samme blir tilfellet for tvangslisenser i planteforedler- og designrettigheter.¹³⁰⁰

Situasjonen er annerledes for rettsstiftelser i form av opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer. Jeg kan ikke se at lovgiver noen gang har vurdert forholdet mellom slike ikke-registrerbare rettsstiftelser og registrerte rettserverv. For rettsstiftelser som ikke omfattes av prioritetsreglene i patentloven § 44 a første ledd, skulle utgangspunktet tilsynelatende være at disse oppnår rettsvern automatisk gjennom stiftelsesgrunnlaget, uten at noen særskilt rettsvernsakt er nødvendig.¹³⁰¹ Dersom registrering av yngre rettserverv skal føre til ekstinksjon av eldre ikke-registrerbare rettsstiftelser, må dette i så fall skje på ulovfestet grunnlag. Hvorvidt det kan være grunnlag for ulovfestet avtaleekstinksjon i slike tilfeller, kommer jeg tilbake til i punkt 6.9.2.

Oppsummert kan det igjen presiseres at ingen av immaterialrettsregistrene har fullstendig negativ troverdighet. En potensiell erverver som undersøker registrerte rettsstiftelser i et immaterialrettsregister, kan aldri være helt sikker på at han ikke blir nødt til å respektere rettsstiftelser som ikke fremgår. Det er for så vidt ikke uvanlig at rettighetsregistre har slike «hull» eller «skår» i deres negative troverdighet.¹³⁰² Grunnboken har for eksempel ikke negativ troverdighet med hensyn til rettserverv ved hevd, eller andre lovbestemte rettigheter enn legalpant. Slike rettsstiftelser behøver ikke registreres for å oppnå rettsvern, jf. tinglysingsloven § 21 andre ledd.¹³⁰³ Lovbestemte rettsstiftelser i skip og luftfartøy trenger heller ikke registreres for å oppnå rettsvern.¹³⁰⁴ Uten enkelte skår i rettighetsregistrenes troverdighet ville registreringssystemene ha krevd tungvinte og kostbare kontrollapparater.¹³⁰⁵ Skårene i immaterialrettsregistrenes negative troverdighet er imidlertid betydelig større enn for realregistrene. Dette kan bidra til å gjøre det mer risikabelt å yte kreditt sikret med panterett i immaterielle rettigheter. En panthaver kan ikke vite med sikkerhet om det finnes bedre prioriterte rettsstiftelser som han blir nødt til å respektere.

¹³⁰⁰ Tvangslisens er imidlertid sjelden aktuelt for designrettigheter.

¹³⁰¹ Jf. punkt 6.5 ovenfor.

¹³⁰² Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 645 og Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 83, med ytterligere henvisninger.

¹³⁰³ Mer om dette hos Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 189 og side 213–215.

¹³⁰⁴ Jf. sjøloven § 24 andre ledd og luftfartsloven § 3-27 andre ledd.

¹³⁰⁵ Se Torgeir Austenå, «Grunnbøkens positive troverdighet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976 side 464–484 (på side 465).

6.6.4 Registrene har ikke positiv troverdighet

6.6.4.1 Ingen lovbestemmelser om avtaleekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser

Positiv troverdighet innebærer at en registrert rettsstiftelse blir gitt rettsvirkninger ut fra det som er innført, selv om den aktuelle rettsstiftelsen egentlig er ugyldig eller mangelfull.¹³⁰⁶ Dette innebærer at en godtroende rettserverver som innretter seg i tillit til opplysninger i registrene, kan ekstingvere innsigelser om at de aktuelle opplysningene ikke stemmer. Her er det tale om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser.¹³⁰⁷

Når et rettighetsregister gis positiv troverdighet i rettslig forstand, er det bare godtroende avtaleervertvere som kan bygge rett på denne troverdigheten. Kreditorer kan ikke ekstingvere hjemmelsmannsinnsigelser, ettersom kreditorekstinksjon ikke kan bygge på en skylders uriktige legitimasjon.¹³⁰⁸ Den følgende drøftelsen handler således kun om avtaleekstinksjon, og ikke om kreditorekstinksjon.

Ingen av immaterialrettslovene har regler om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser. UNCITRAL har heller ikke befattet seg med hjemmelsmannskonflikter, men har bevisst begrenset de anbefalte rettsvernsreglene til dobbeltsuksesjoner.¹³⁰⁹ Det er forutsatt i Lundutredningen at immaterialrettsregistrene ikke skal ha positiv troverdighet.¹³¹⁰ I et slikt system blir det opp til den som erverver eller får panterett i en immaterialrettighet å kontrollere hjemmelskjeden.¹³¹¹ Selv om unnlatte undersøkelser ikke er uaktsomt, hjelper ikke dette en godtroende erverver. Han må i utgangspunktet respektere eldre hjemmelsmannsinnsigelser uavhengig av om han burde kjenne til dem eller ikke.¹³¹² Et lovfestet unntak gjelder imidlertid for skriftlige proformadisposisjoner. Her kan den som i god tro erverver en rett fra den formelle eieren, være beskyttet mot rette eiers innsigelser etter reglene i avtaleloven § 34:

¹³⁰⁶ Se Ot.prp. nr. 9 (1935–1936) side 3, som imidlertid gjelder grunnbokens troverdighet. Se også Carl August Fleischer, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321 (på side 274) og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 188.

¹³⁰⁷ Generelt om hjemmelsmannskonflikter i punkt 6.3.3 ovenfor.

¹³⁰⁸ Jf. punkt 6.3.3 ovenfor.

¹³⁰⁹ Se UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 105–107 (avsnitt 9–18) og side 185–187 (avsnitt 1–10).

¹³¹⁰ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 47.

¹³¹¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 445.

¹³¹² Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 445.

«Er en skriftlig viljeserklæring avgitt paa skrømt, og har mottageren overdratt ret efter den til en tredjemand, som var i god tro, kan det ikke overfor ham gjøres gjældende, at erklæringen var skrømtet.»

Utenfor disse tilfellene finnes det ikke regler om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser knyttet til immaterialrettigheter. Den som for eksempel erverver et patent fra den registrerte eieren, er ikke gjennom lovgivningen beskyttet mot mangler i vedkommendes rett, annet enn proforma. Om den registrerte eierens rett bygger på en ugyldig avtale, vil vedkommendes hjemmelsmann i utgangspunktet alltid ha sine ugyldighetsinnsigelser i behold. Det samme er tilfellet for eventuelle hevingsinnsigelser. Dette gjelder selv om patentet er overdratt videre, og selv om den aktuelle erververen i god tro har registrert videreoverdragelsen i Patentregisteret.

Lovforarbeidene har uttrykkelig presisert at rettighetsregistrering i Patent- og Plantesortregisteret ikke skal gi grunnlag for ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser:

«På samme måte som i dag bør kollisjonsreglene bare gjelde forholdet mellom kolliderende rettsstiftelser i et patent eller en planteforedlerrett. Innsigelser fra hjemmelsmannen til den som har overdratt eller utstedt rettigheter i et patent eller en planteforedlerrett, vil dermed fortsatt ikke kunne gå tapt selv om erververen er i god tro.»¹³¹³

Med fravær av godtroervervsregler for hjemmelsmannskonflikter kan det bli nødvendig for den som vurderer å yte kreditt sikret med panterett i immaterialrettigheter, å gjøre mer omfattende forundersøkelser enn ellers.¹³¹⁴ Dette kan igjen øke transaksjonskostnadene. Hensynet til effektiv omsetning og kredittgivning har således blitt tillagt mindre vekt ved lovfesting av rettsverns- og ekstinksjonsregler for immaterialrettigheter enn det har for realregistrerte formuesgoder. Realregistrene er tillagt positiv troverdighet i betydelig grad. For Grunnboken kommer dette til uttrykk i tinglysingsloven § 27 første ledd første punktum:

«Overfor den som har tinglyst en rett han har ervervet ved avtale med innehaveren av grunnbokhjemmelen, og som var i god tro da dokumentet ble registrert, kan den

¹³¹³ Prop. 101 L (2013–2014) side 34.

¹³¹⁴ Se Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som creditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 238.

innsigelse at grunnbokhjemmelen skyldes et ugyldig dokument, ikke gjøres gjeldende.»¹³¹⁵

Denne ekstinksjonsregelen etablerer en viktig beskyttelse for retterververe som innretter seg i tillit til de opplysningene som fremgår av Grunnboken. Lignende bestemmelser finnes også for en rekke andre realregistrerte formuesgoder.¹³¹⁶ Hvorfor slike lovbestemmelser ikke finnes i immaterialrettslovgivningen, blir temaet for neste drøftelse.

6.6.4.2 *Bakgrunnen for manglende positiv troverdighet*

Det er ikke uten videre åpenbart hvorfor det ikke finnes lovbestemmelser om avtale-ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser for registrerte immaterialrettigheter.¹³¹⁷ Lundutredningen gir en forholdsvis utilfredsstillende forklaring:

«Registrene har riktignok ikke positiv troverdighet, noe som har sammenheng med at det er ikke nødvendig å registrere overdragelser og lisenser for å sikre at rettsstiftelsene skal stå seg i tilfelle konkurs.»¹³¹⁸

Her har utreder blandet inn kreditorekstinksjon i spørsmål som ikke har noe med dette å gjøre. Positiv troverdighet i rettslig forstand knytter seg til ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser, og slike innsigelser kan ikke ekstingveres av kreditorer.¹³¹⁹ Det er tale om en form for avtaleekstinksjon, som forutsetter god tro hos ekstinksjonspretendenten. Når det kreves registrering for å sikre rettsstiftelser i tilfellet konkurs, er dette gjort av hensyn til registrenes negative troverdighet.¹³²⁰ Den positive troverdigheten til et rettighetsregister har aldri sammenheng med konkursbeslag, noe det ser ut at til utreder kan ha misforstått. Etter lovendringene i 2015 ble registrering i både Patent- og Plantesortregisteret gjort til en betingelse for rettsvern mot kreditorbeslag ved at tinglysingsloven § 23 ble gitt anvendelse.¹³²¹ Dette betyr likevel ikke at Patent- og Plantesortregisteret er gitt positiv troverdighet i rettslig for-

¹³¹⁵ Generelt om denne bestemmelsen hos for eksempel Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 675–695 og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 189–203.

¹³¹⁶ Se forsikringsavtaleloven § 17-6 første punktum, luftfartsloven § 3-33 første ledd, sjøloven § 26, petroleumsloven § 6-1 tredje ledd, verdipapirregisterloven § 7-2, borettslagsloven § 6-13 første ledd første punktum og akvakulturloven § 18 fjerde ledd. Se også Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 72 og 673.

¹³¹⁷ Som også presisert hos Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 80): «Eg veit ikkje kva som er bakgrunnen for at ein ikkje har teke med reglar om heimelsmannskonflikten; helst har ein meint at det ikkje er bruk for slike reglar.»

¹³¹⁸ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 47.

¹³¹⁹ Jf. punkt 6.3.3 ovenfor.

¹³²⁰ Jf. Ot.prp. nr. 9 (1935–1936) side 5, som imidlertid gjelder Grunnbokens troverdighet.

¹³²¹ Jf. patentloven § 44 a fjerde ledd, som gjelder tilsvarende for planteforedlerrettigheter, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd. Se for øvrig punkt 6.7.3.2 ovenfor.

stand. Kravet om registrering for å oppnå rettsvern mot kreditorer vil utvilsomt føre til at flere rettsserverv registreres, men det er fortsatt ingen lovfestede regler som gir rettighetsregistrering ekstinksjonsvirkninger overfor hjemmelsmannsinnsigelser.

Da det i 2015 ble åpnet for særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter, kunne det etter mitt syn vært naturlig å tillegge Patent- og Plantesortregisteret en viss positiv troverdighet. En viktig begrunnelse for realregistrenes positive troverdighet er nettopp hensynet til pantesikret kreditt, noe som uttrykkelig ble presisert i forarbeidene til tinglysingsloven:

«Den private kreditt her i landet er for en meget vesentlig del basert på pantelån. Skulde tilliten til de dokumenter som danner grunnlaget for realkreditten svikte, vil det være av vidtrekkende økonomisk betydning.»¹³²²

Jeg kan imidlertid ikke se at spørsmålet om positiv troverdighet i det hele tatt ble vurdert av lovgiver i forbindelse med lovendringene i 2015, bortsett fra den ovenfor siterte uttalelsen fra Lund-utredningen. Derfor er det ikke helt enkelt å finne noen begrunnelse for at positiv troverdighet ikke er lovfestet for Patent- og Plantesortregisteret.

Det rent negative systemet ser ut til å stamme fra vurderinger gjort i de fellesnordiske forarbeidene til patentloven som ble utarbeidet på 1960-tallet. I disse forarbeidene ble det fremhevet at det ville vært hensiktsmessig om tredjemenn gjennom Patentregisteret kunne fått opplysninger om rettsforholdene til et patent, og at de burde kunne stole på at registrerte rettighetsforhold er gyldige, gjeldende og uttømmende.¹³²³ Likevel ønsket ikke komiteene å tillegge Patentregisteret positiv troverdighet. Ifølge komiteene ville dette forutsette at alle rettigheter, uansett art, måtte registreres for å kunne gjøres gjeldende overfor godtroende tredjepersoner, og dette mente komiteene ble en for omfattende ordning. Et slikt registrerings-system ville for det første blitt tungvint, omstendelig og kostbart. For det andre ville et slikt system ikke gitt noen absolutt sikkerhet for tredjepersoner. Selv om en registrert rettighets-haver kunne fått prioritet fremfor kolliderende rettsstiftelser, ville han ikke oppnådd noen sikkerhet mot at selve patentet ble angrepet med ugyldighetsinnsigelser. De praktiske be-

¹³²² Ot.prp. nr. 9 (1935–1936) side 9. Se også Torgeir Austenå, «Grunnbøkenes positive troverdighet» i *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 1976 side 464–484 (på side 467).

¹³²³ Se NU 1963: 6 side 289.

hovene Patentregisteret skulle ivareta, kunne ifølge komiteene derfor ikke begrunne like omfattende rettsvirkninger som rettighetsregistrering i Grunnboken:

«Komitéerne har derfor overvejet en begrænset materielretslig virkning, hvorved man ligesom i den gældende norske lov og i en række udenlandske love tager særlig sigte på det indbyrdes forhold mellem flere, der ved aftale med samme patenthaver har erhvervet ret til patentet, og de konflikter der kan opstå mellem en ny patenthaver og licenshavere med ældre ret. Det er i særdeleshed af betydning at fastsætte en regel for det sidstnævnte forhold, idet det uden en udtrykkelig lovbestemmelse – i hvert fald i visse af de nordiske lande – er tvivlsomt, hvilken ret, der tilkommer en licenshaver i forhold til en senere erhverver af patentet, som ikke har været bekendt med licenskontrakten.»¹³²⁴

For meg er det ikke helt enkelt å følge dette resonnementet. Dette skyldes nok at komiteene har blandet sammen spørsmål som gjelder Patentregisterets funksjon som rettighetsregister for dynamiske rettsstiftelser (overdragelser, lisenser og pantsettelse), og spørsmål som gjelder Patentregisterets funksjon som register for opprettelse og opprettholdelse av statiske rettsposisjoner (patentretten som sådan).¹³²⁵ Komiteene har derfor ikke sett noen mulighet til å skille mellom det som gjerne kalles faktisk og rettslig troverdighet.

I tillegg til opplysninger om hjemmelsforhold og rettsstiftelser inneholder Patentregisteret blant annet beskrivelser av selve den patenterte oppfinnelsen.¹³²⁶ På samme måte inneholder Grunnboken ikke bare opplysninger om rettighetsforhold, men kan også inneholde opplysninger om for eksempel bygninger og areal. For Grunnboken er dette to forhold som holdes adskilt med hensyn til rettslig troverdighet. Det sies gjerne at Grunnboken bare har troverdighet med hensyn til rettslige forhold, og ikke har troverdighet med hensyn til faktiske forhold.¹³²⁷

Et lignende skille kunne ha blitt etablert dersom Patentregisteret skulle blitt tillagt positiv troverdighet. Det hadde vært mulig å la troverdigheten bare omfatte de dynamiske rettighetsforholdene, og ikke patentretten som sådan. Dette hadde samsvart best med Grunnbokens

¹³²⁴ NU 1963: 6 side 289.

¹³²⁵ Om skillet mellom dynamiske rettsstiftelser og statiske rettsposisjoner, se punkt 2.2.1 ovenfor.

¹³²⁶ Jf. patentloven § 8 andre ledd.

¹³²⁷ Se for eksempel Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 689 og Torgeir Austenå, «Grunnbøkens positive troverdighet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976 side 464–484 (på side 469–470).

system. Komiteene som forberedte patentloven synes imidlertid ikke å ha sett noen mulighet for slike løsninger. Tilsynelatende oppfattet de situasjonen slik at de bare kunne velge mellom alt eller ingenting. Det virket ikke som om det var noe alternativ med en begrenset positiv troverdighet lignende Grunnboken. Videre ser det ut til at disse synspunktene fikk forplante seg til dagens rettsverns- og ekstinksjonsregler, uten at det på noe tidspunkt ble foretatt noen ny vurdering. Ved forberedelsene av reglene om særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter kunne det kanskje vært naturlig å ta disse spørsmålene opp på nytt, men dette skjedde ikke. Lovgivningen endte opp med et rent negativt system.

6.6.4.3 *Ingen objektiv statlig erstatningsordning for den som lider tap*

Når immaterialrettsregistrenes troverdighet sammenlignes med Grunnboken, bør det nevnes at heller ikke Grunnbokens positive troverdighet er fullstendig. På samme måte som det finnes skår i Grunnbokens negative troverdighet, finnes det også skår i dens positive troverdighet. Skårene i den positive troverdigheten er i tillegg mer omfattende. Ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser er ikke aktuelt i de tilfellene der hjemmelsmannen typisk ikke hadde noen mulighet til å hindre at en annen ble legitimert gjennom Grunnboken. Dette fremgår av ekstinksjonssperrene i tinglysingsloven § 27 andre ledd, som sier ekstinksjon etter første ledd er utelukket dersom det aktuelle «dokumentet er falsk eller forfalsket eller er ugyldig på grunn av mindrerårlighet eller er kommet i stand ved tvang som nevnt i avtaleloven av 31 mai 1918 § 28». ¹³²⁸ En rettsserverver som innretter seg i tillit til registeropplysninger som skyldes dokumenter omfattet av slike ugyldighetsgrunner, vil tape sin rett overfor hjemmelsmannen, selv om han er i god tro. Det kan således ikke forventes at enhver registrert rettsstiftelse blir ansett som gyldig overfor godtroende tredjepersoner.

Disse skårene i Grunnbokens positive troverdighet er imidlertid langt på vei avhjulpet ved at en godtroende erverver som lider tap som følge av å ha stolt på Grunnbokens opplysninger, kan kreve erstatning av staten, jf. tinglysingsloven § 35.¹³²⁹ Slike regler finnes også for skip, luftfartøy, borettslagsandeler og akvakulturtillatelser.¹³³⁰ En erverver vil dermed ikke lide noe økonomisk tap som følge av å stole på registrenes positive troverdighet i tilfeller der god-

¹³²⁸ Generelt om disse unntakene hos Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 690–691.

¹³²⁹ Se Ot.prp. nr. 9 (1935–1936) side 5 og 13.

¹³³⁰ Jf. sjøloven § 37, luftfartsloven § 3-40, borettslagsloven § 6-17 og akvakulturloven § 18. Se for øvrig Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 218–219.

troerverv er utelukket. Ansvar er objektivt, og kan derfor betraktes som en form for forsikringsordning.¹³³¹

Tilsvarende erstatning kan ikke kreves av en som lider tap som følge av å ha stolt på opplysningene i et immaterialrettsregister. Jeg kan ikke se at spørsmålet om å innføre noen slik erstatningsregel har vært drøftet i lovforarbeidene. Dette har kanskje sammenheng med at immaterialrettsregistrene aldri har hatt noen positiv troverdighet overhodet. Den som erverver et formuesgode registrert i et register med utelukkende negativ troverdighet, har kanskje mindre grunn til å innrette seg etter registerets positive opplysninger, enn den som erverver et formuesgode registrert i et system der godtroerverv kan ekstingvere hjemmelsmannsinnsigelser. Det er imidlertid uklart om dette er begrunnelsen for at det ikke gjelder noen erstatningsregel for immaterialrettighetene tilsvarende tinglysingsloven § 35. Lovgiver ser ikke ut til å ha vært oppmerksom på spørsmålet.

6.6.4.4 Noen rettspolitiske betraktninger

Spørsmålet om å tillegge immaterialrettsregistrene positiv troverdighet, synes i liten grad å ha blitt ordentlig vurdert av lovgiver. De fellesnordiske komiteene som forberedte patentloven, oppfattet positiv troverdighet som problematisk, men hadde i den forbindelse blandet sammen spørsmål knyttet til faktisk og rettslig troverdighet, samt spørsmål knyttet til statiske rettsposisjoner og dynamiske rettsstiftelser. Etter mitt syn er det grunnlag for å hevde at komiteene bygget på misforståelser av tingsrettslige grunnsystemer. I ettertid virker det ikke som om noen har gått i sømmene på disse oppfatningene, og over tid fikk misforståelsene et forholdsvis godt fotfeste som etablerte sannheter. Nye misforståelser fulgte av Lundutredningen, som blandet inn kreditorekstinksjon i spørsmål knyttet til positiv troverdighet, selv om disse tingene ikke har noe med hverandre å gjøre.

Manglende positiv troverdighet kan føre til skuffede forventninger og tapte investeringer for rettserververe som innretter seg i tillit til registrerte opplysninger. Dette er hensyn lovgiver ikke ser ut til å ha tatt ordentlig i betraktning på immaterialrettens område. Problemene knyttet til dette, bør nok likevel ikke overdrives. En parallell kan trekkes til ekstinksjonsreglene for uregistrerte aksjer. Her er vindikasjonsretten lovfestet i aksjeloven 4-13 første ledd, og det ser ut til å være alminnelig antatt at hjemmelsmannsinnsigelser heller

¹³³¹ Se Torgeir Austenå, «Grunnbøkens positive troverdighet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976 side 464–484 (på side 483), samt Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 59.

ikke kan ekstingveres på ulovfestet grunnlag.¹³³² Det er imidlertid lite som tyder på at dette har virket bremsende for den praktiske omsetningen av uregistrerte aksjer. Hjemmelsmannskonflikter knyttet til uregistrerte aksjer er heller ikke noe som hyppig ender i domstolene. Dermed ser det ut til at omsetningslivet kan fungere forholdsvis godt, selv uten regler om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser.

Selv om positiv troverdighet kanskje ikke er nødvendig for et effektivt omsetningsliv, er dette likevel noe lovgiver burde ha tatt et informert standpunkt til. I forbindelse med at flere av immaterialrettsregistrene ble utviklet til tinglige rettighetsregistre, burde lovgiver ha gjort en grundigere vurdering av spørsmålet om positiv troverdighet. Ut fra det foreliggende rettskildematerialet, ser det ut til at manglende positiv troverdighet skyldes en tilfeldighet basert på misforståelser, fremfor en bevisst og veloverveid beslutning fra lovgivers side. Lovgiver ser heller ikke ut til å ha vært ordentlig klar over konsekvensene av manglende positiv troverdighet, ettersom det aldri er blitt vurdert å innføre objektive statlige erstatningsordninger, tilsvarende tinglysingsloven § 35, for den som lider tap som følge av å ha innrettet seg i tillit til opplysninger i immaterialrettsregistrene. Etter mitt syn kan det ikke sies at immaterialrettsregistrenes manglende positive troverdighet bygger på en tilfredsstillende rettspolitisk begrunnelse. Det bør etter min mening settes i gang et utredningsarbeid der disse spørsmålene vurderes på nytt.

6.7 LOVFESTEDE RETTSVERNS- OG EKSTINKSJONSREGLER

6.7.1 Noen innledende merknader

I det følgende redegjør jeg for hvilke lovfestede rettsverns- og ekstinksjonsregler som gjelder for immaterialrettighetene. Før jeg går nærmere inn på de enkelte lovbestemmelsene, kan det være hensiktsmessig å knytte noen kommentarer til hvordan Høyesterett har forholdt seg til tolkingen av slike regler. Når det skal sies noe om tolking av rettsvernsregler, må det skilles mellom rettsvern i form av beskyttelse mot kreditorekstinksjon og rettsvern i form av beskyttelse mot avtaleekstinksjon. Når en rettsstiftelse oppnår rettsvern, innebærer det som oftest først og fremst beskyttelse mot kreditorekstinksjon. Panteloven § 1-2 fjerde ledd sier at selv om en panterett oppnår rettsvern, er dette «ikke til hinder for rettsvinning etter lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre, med mindre annet er uttrykkelig bestemt i lov». Selv om godtroervervloven ikke kan anvendes på immaterialrettigheter, kan bestemmelsen kanskje

¹³³² Mer om dette hos Morten Kinander, «Ekstinksjon av aksjer? Om prinsipper for ekstinksjon og vindikasjon av uregistrerte aksjer» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 side 193–120 (på side 209–212).

anses som et generelt uttrykk for at rettsvern i utgangspunktet ikke innebærer noe mer enn kreditorvern.

Godtroende omsetningsserververe kan representere interesser som er mer beskyttelsesverdige enn kreditorene. Deres interesser er knyttet til nærmere bestemte formuesgoder, i motsetning til kreditorene, der dekningsmulighetene avhenger av det totale dekningsgrunnlaget. Dette er noe av grunnen til at domstolene, for spørsmål om en rettsstiftelse er beskyttet mot godtroerverv, har vist en noe friere holdning til loven enn for spørsmål om et rettserverv er beskyttet mot avhenderens kreditorer. Høyesterett har flere ganger uttalt at det ikke er utelukket at det kan være rom for ekstinktive godtroerverv på ulovfestet grunnlag, jf. for eksempel Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217). Hvorvidt dette også er aktuelt for immaterialrettighetene, kommer jeg tilbake til i punkt 6.8. I den følgende drøftelsen holder jeg med til tolknings-spørsmål knyttet til rettsvernsregler om kreditorvern.

Etter at jeg har drøftet tolkingen av rettsvernsregler om beskyttelse mot kreditorekstinksjon, redegjør jeg nærmere for de enkelte rettsverns- og ekstinksjonsreglene som gjelder for immaterialrettighetene.¹³³³ Disse drøftelsene gjelder imidlertid ikke bare kreditorekstinksjon, men også avtaleekstinksjon. Særskilte rettserverv og driftstilbehørspant behandles adskilt, ettersom reglene er ulike for disse to typene rettserverv. Jeg behandler også designlovens mer begrensede rettsverns- og ekstinksjonsregler, samt enkelte godtroervervslignende spesialregler som finnes rundt omkring i immaterialrettslovgivningen.¹³³⁴ Disse drøftelsene er imidlertid mer kortfattede, ettersom de ligger noe utenfor avhandlingens tema.

6.7.2 Tolking av rettsvernsregler om beskyttelse mot kreditorekstinksjon

Rettsvernsreglene om kreditorvern gjelder som hovedregel absolutt. Det er i de aller fleste tilfeller ikke rom for å innfortolke skjønnsbaserte unntak når loven stiller bestemte krav for at et rettserverv skal være beskyttet mot avhenderens kreditorer.¹³³⁵ Dette har sammenheng med

¹³³³ Se punkt 6.7.3 og 6.7.4.

¹³³⁴ Se punkt 6.7.5 og 6.7.6.

¹³³⁵ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 663, med ytterligere henvisninger. Erik Røsæg er noe kritisk til denne tradisjonelle tilnærmingen, jf. Erik Røsæg, «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 253–265 (på side 255–257).

at partene i en avtale ikke skal kunne påvirke tredjepersoners rettsstilling uten at hensynet til notoritet og publisitet er ivaretatt på tilfredsstillende måte.¹³³⁶

Høyesterett har i flere saker behandlet spørsmål om rettserverv kan gjøres gjeldende overfor avhenderens kreditorer, selv om lovfestede rettsvernkrav ikke har vært oppfylt. I Rt. 1984 side 605 hadde en andelsobligasjon og en leierett til et forretningslokale blitt pantsatt samlet.¹³³⁷ Andelsobligasjonen og leieretten kunne etter dokumentenes ordlyd ikke skilles fra hverandre. Rettsvern hadde imidlertid bare blitt etablert for panteretten i andelsobligasjonen. Det krevdes tinglysing for etablering av rettsvern for panteretten i leieretten, og slik tinglysing hadde ikke funnet sted. I den forbindelse uttalte Høyesterett blant annet følgende:

«En ordning som innebærer forskjellige rettsvernsregler for pantssettelse av leierettigheter og andelsobligasjoner eller alternative innskuddsdokumenter som er koblet sammen som i denne sak, vil føre til uholdbare resultater. Konsekvensen vil bli at rettighetene kommer på forskjellige hender dersom ikke begge sett rettsvernsregler er overholdt. Det er nettopp dette som følger av de ankende parters standpunkt i denne sak. Rettighetene kan imidlertid etter det avtalegrunnlag de bygger på, ikke skilles fra hverandre. Det må innebære at de heller ikke kan gjøres til gjenstand for tvangsfullbyrding separat. Rettighetene vil iallfall hver for seg ha en meget usikker verdi. Konsekvensen av den sammenkobling av rettigheter man står overfor, og som hviler på en langvarig praksis, må etter dette være at også rettsvernsspørsmålet vurderes under ett for begge kategorier rettigheter.»¹³³⁸

Ifølge Høyesterett var det tilstrekkelig at rettsvern hadde blitt etablert for én av disse sammenkoblede rettighetene. Det ble videre antatt at det forelå en fast og langvarig praksis for å etablere rettsvern for denne typen panterettigheter etter reglene om andelsobligasjoner. Notoriteten var ifølge retten tilstrekkelig ivaretatt gjennom én rettsvernsakt. I tillegg forelå det tilstrekkelig publisitet, ettersom begge dokumentene viste til hverandre, og at en erverver av den ene rettigheten således ble oppfordret til å undersøke rettighetsforholdene også i den andre rettigheten. Det var en klar funksjonell sammenheng mellom dokumentene som kunne begrunne at bare ett rettsvernkrav behøvde å være oppfylt.

¹³³⁶ Jf. Rt. 2008 side 586 (avsnitt 34). Generelt om notoritet og publisitet i punkt 6.4.2 ovenfor.

¹³³⁷ Dommen ble avsagt på grunnlag av rettsstilstanden før panteloven av 1980.

¹³³⁸ Rt. 1984 side 605 (på side 608).

Også i Rt. 1995 side 1181 gjorde Høyesterett unntak fra formelle rettsvernskrav i loven. Saken gjaldt et driftstilbehørspant fra den tiden da driftstilbehøret måtte pantsettes sammen med den faste eiendommen virksomheten knyttet seg til, og rettsvern ble oppnådd ved tinglysing i Grunnboken.¹³³⁹ To av totalt tre bruksnumre hadde ved en feil blitt utelatt fra det tinglyste pantedokumentet, og spørsmålet var om driftstilbehørspantet derfor manglet rettsvern. Høyesterett uttalte blant annet følgende:

«Det er i og for seg velkjent at rettsvernsregler undertiden kan føre til resultater som virker hårde, og at domstolene likevel ikke kan unnlate å anvende reglene. Når jeg likevel mener at det i saker som den foreliggende kan være grunn til en mindre streng anvendelse, henger det særlig sammen med at de hensyn rettsvernsreglene skal vareta, her ikke gjør seg gjeldende med vanlig styrke. Rettsvernsreglene skal særlig vareta notoritet og publisitet. Som fremhevet av herredsretten, synes disse hensyn i vår sak vel varetatt ved den tinglysingen som har funnet sted.»¹³⁴⁰

Ettersom rettsvernsakten for driftstilbehørspant er endret i ettertid, har dommen begrenset betydning i dag. Dommen er likevel et eksempel på at Høyesterett går inn på en mer konkret rimelighetsvurdering fremfor å anvende rettsvernsreglene strengt etter deres ordlyd. Retten la for det første vekt på at hensynet til notoritet og publisitet var ivaretatt gjennom det rettsvernet som hadde blitt etablert. Ifølge retten ville tredjemenn, gjennom den tinglysingen som hadde skjedd på hovedbruksnummeret, ha blitt tilstrekkelig oppmerksomme på at driftstilbehøret var pantsatt. Her skimtes det visse funksjonelle betraktninger på lignende måte som i Rt. 1984 side 605. Det vesentligste av virksomheten foregikk på det bruksnummeret der panteretten var registrert, og det var også her det meste av driftstilbehøret befant seg. På denne måten fikk driftstilbehøret som befant seg på de utelatte bruksnumrene en sterk funksjonell tilknytning til driftstilbehøret på hovedbruksnummeret. Det var da tilstrekkelig at bare hovedbruksnummeret hadde kommet med i det tinglyste pantedokumentet.

I etterkant av disse to avgjørelsene synes Høyesterett å ha lagt seg på en mer restriktiv linje med hensyn til tolkingen av rettsvernsregler. I Rt. 1997 side 1050 hadde investeringsselskapet Momentum en større aksjepost i et selskap registrert i Verdipapirsentralen. Aksjeposten var pantsatt til en bank som sikkerhet for Momentums kassakreditt. Ved en kontantemisjon ble Momentum tildelt ytterligere aksjer i selskapet, som ved en feil fra bankens side ble registrert

¹³³⁹ Se punkt 1.2 for en beskrivelse av den historiske utviklingen av driftstilbehørspantet.

¹³⁴⁰ Rt. 1995 side 1181 (på side 1187).

på samme konto som de pantsatte aksjene. En stor del av de nye aksjene hadde blitt solgt videre før den feilaktige registreringen. Banken nektet å overføre de nye aksjene til kjøperen, ettersom panteretten, ifølge den dagjeldende verdipapirsentralloven § 4-4, også omfattet de nye aksjene. Verdipapirsentralloven krevde registrering for at et rettserverv skulle være beskyttet mot avhenderens kreditorer. Reglene var bygget opp etter mønsteret fra tinglysningsloven. Da Momentum gikk konkurs, oppstod det spørsmål om kjøperen av aksjene kunne være beskyttet mot konkursbeslag på tross av manglende registrering.

Det var flere forhold i saken som kunne tale for et skjønnsmessig unntak fra rettsvernsreglene i verdipapirsentralloven. Manglende rettsvern skyltes ikke noen forsømmelse fra partene i aksjekjøpsavtalen, men en feil fra bankens side. Det var ingen uklarhet knyttet til aksjeoverdragelsens notoritet. Hensynet til de usikrede kreditorene gjorde seg heller ikke gjeldende, ettersom aksjene uansett var pantsatt til banken, og således ikke kunne komme kreditorfellesskapet til gode. Mindretallet i Høyesterett anså forholdene som så spesielle at rettsvernsreglene burde tolkes innskrenkende, men annenvoterende, som representerte flertallet, kom til at det ikke fantes grunnlag for dette:

«Det klare utgangspunkt er at rettsvernsreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregede unntak i de lovfestete rettsvernsreglene. Etter min mening må dette føre til at heller ikke de temmelig spesielle forhold som foreligger i vår sak, og som førstvoterende legger avgjørende vekt på, gir grunnlag for noen innskrenkende tolking av verdipapirsentralloven § 5-3.»¹³⁴¹

Disse synspunktene ble fulgt opp i Rt. 1998 side 268. Her var en av problemstillingene om det var rom for ulovfestede unntak fra sjølovens registreringskrav i tilfeller der de sentrale hensynene bak registreringskravet hadde blitt ivaretatt på andre måter. Høyesterett hadde følgende syn på saken:

«Etter min mening er det sterke grunner som taler for tilbakeholdenhet med ulovfestede unntak her. Begynner domstolene først å vurdere dette spørsmål i den enkelte sak, vil man nokså snart komme inn i meget problematiske

¹³⁴¹ Rt. 1997 side 1050 (på side 1054–1055).

grensedragninger. Hensynet til en objektiv og retts teknisk enkel løsning taler sterkt mot unntak. Disse hensyn er blitt utslagsgivende i rettspraksis. Jeg viser her særlig til flertallets avgjørelse i Rt-1997-1050.»¹³⁴²

Rt. 2008 side 586 bygger på tilsvarende synspunkter.¹³⁴³ Her hadde selskapet Fagutleie kjøpt en fast eiendom som skulle rehabiliteres og deretter selges videre. Kjøpesummen ble delvis betalt ved overtakelse, og resten skulle betales to år senere. Avhenderen beholdt imidlertid grunnbokshjemmelen i denne perioden. Etter hvert kom Fagutleie i økonomiske vanskeligheter, og overdro derfor kjøpekontrakten til TET Invest. Da Fagutleie senere gikk konkurs, oppstod det blant annet spørsmål om konkursboet hadde ekstingvert TET Invest sin rett til eiendommen, selv om det var den opprinnelige eieren, og ikke Fagutleie, som hadde grunnbokshjemmelen. Høyesterett hadde følgende syn på saken:

«Tinglysingsloven gjelder tinglysning av rettsstiftende dokumenter i registre vedrørende fast eiendom og visse løsøre. Ut fra systembetragtninger kunne § 23 oppfattes slik at tinglysning ved konkurs bare er nødvendig når konkursdebitor er hjemmelshaver. Enkelte uttalelser i forarbeidene kan gi et visst grunnlag for en slik forståelse, jf. Ot.prp.nr.9 (1935-36) side 35. Formålet med § 23 er imidlertid å sikre notoritet i forhold til kreditorer og andre tredjemenn ved konkurs eller tvangsakkord. Dette tilsier at bestemmelsen gjelder alle rettsstiftelser som kan tinglyses uavhengig av om debitor er hjemmelshaver. Også rettspraksis underbygger at hensynet til notoritet gjør at § 23 og tilsvarende rettsvernsregler bør forstås etter sin ordlyd, jf. Rt-1997-1050 på sidene 1054-1055 og Rt-1998-268 på sidene 274-275. En annen løsning ville åpne for omgåelser ved at debitor påstår å ha videresolgt eiendom i de tilfeller eget erverv ikke er tinglyst, jf. Skoghøy: Panteloven, andre utgave side 57.»¹³⁴⁴

Basert på dommene i Rt. 1997 side 1050, Rt. 1998 side 268 og Rt. 2008 side 587 kan det virke som om lovfestede rettsvernskrav alltid må være oppfylt for at et rettserverv skal være beskyttet mot avhenderens kreditorer. Det er ikke rom for skjønnsmessige unntak, selv om

¹³⁴² Rt. 1998 side 268 (på side 275). Det samme ble lagt til grunn av flertallet i Rt. 1997 side 1050 (på side 1054-1055) med hensyn til rettsvern for rettsstiftelser i aksjer registrert i et verdipapirregister. Se for øvrig også Rt. 1994 side 1447 (på side 1450-1451).

¹³⁴³ Avgjørelsen var et brudd med tidligere synspunkter lagt til grunn i Rt. 1999 side 247 (på side 250), men dommen i Rt. 2008 side 586, supplert med etterfølgende rettspraksis, ser ut til å ha korrigert den rettsstilstanden Rt. 1999 side 247 ga uttrykk for, jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 274-275, med ytterligere henvisninger. Se for øvrig også Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 208-209.

¹³⁴⁴ Rt. 2008 side 586 (avsnitt 33-34).

notoriteten er ivaretatt på andre måter, og selv om ekstinksjon vil føre til et urimelig resultat i et konkret tilfelle. Kanskje har disse dommene modifisert den noe mer fleksible tilnærmingen Høyesterett hadde til rettsvernsspørsmålet i Rt. 1984 side 605 og i Rt. 1995 side 1181.

Dommene Rt. 1997 side 1050, Rt. 1998 side 268 og Rt. 2008 side 587 gjaldt imidlertid ikke tilfeller der et uoppfylt rettsvernkrav kom i tillegg til et annet oppfylt rettsvernkrav. Dette var derimot tilfellet i Rt. 1984 side 605 og i Rt. 1995 side 1181, der Høyesterett gjorde unntak fra det uoppfylte rettsvernkravet. Begge disse sakene gjaldt pantsettelse av flere formuesgoder, der rettsvern bare hadde blitt etablert for pantsettelse av det ene formuesgodet. Dette skiller disse dommene fra de nyere dommene der Høyesterett valgte en mer restriktiv tolkningsstil.

Både i Rt. 1984 side 605 og i Rt. 1995 side 1181 var det klare funksjonelle sammenhenger mellom de panteobjektene som var omfattet av rettsvernet, og de panteobjektene som falt utenom. Oppmerksomme tredjepersoner kunne da få indikasjoner på panterettighetenes reelle omfang gjennom det rettsvernet som hadde blitt etablert. De to dommene kan nok derfor forstås som uttrykk for at når to ulike rettsvernkrav langt på vei skal tjene det samme formålet, og oppfyllelsen av det ene bidrar til å ivareta den notoriteten og publisiteten som også det andre skal sikre, kan oppfyllelse av ett rettsvernkrav være tilstrekkelig. I den nyere dommen HR-2017-33 ser det imidlertid ut til at den mer restriktive tolkningslinjen har vunnet frem, til fortrensel for de mer fleksible uttalelsene i Rt. 1984 side 605 og i Rt. 1995 side 1181:

«Ekstinksjonsregelen i § 23 er absolutt. Den gjelder selv om det i det konkrete tilfellet ikke er tvil om at konkursdebitor ved konkursen ikke hadde eiendomsrett, for eksempel fordi en eiendom er solgt. Er en rett ikke tinglyst, går den inn i konkursboet selv om notoriteten i det konkrete tilfellet kan synes å være sikret på annen måte, for eksempel gjennom fremleggelse av avtaledokumenter. Dersom rettsvern gjennom tinglysing ikke foreligger i et tilfelle der § 23 krever dette, er det ingen plass for supplerende vurderinger for eksempel ut fra rimelighet, se blant annet Rt-1997-1050 og Rt-1998-268.»¹³⁴⁵

Det klare utgangspunktet må være at rettsvernsreglene gjelder absolutt, og skal anvendes etter sin ordlyd. Skal det være rom for unntak, kan nok dette bare være aktuelt i tilfeller der flere

¹³⁴⁵ HR-2017-33 (avsnitt 32). Mer om denne dommen hos Sverre Magnus Bergslid Salvesen, «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» i *Jussens Venner*, 2018 side 205–226.

formuesgoder med en klar funksjonell sammenheng er pantsatt samlet, og rettsvern bare er etablert for panteretten i det ene formuesgodet. I alle tilfeller er det nok uansett et minstekrav at pantsettelsen oppfyller ett rettsvernskrav. Om det gjelder uoppfylte rettsvernskrav i tillegg, kan disse kanskje ses bort fra dersom formålet er ivertatt gjennom det rettsvernet som faktisk er etablert. Dette kan muligens bli aktuelt for immaterialrettigheter som følger med i en pantsettelse på grunnlag av en ulovfestet tilbehørnorm, som jeg drøfter nærmere i punkt 7.7.¹³⁴⁶ En ytterligere forutsetning for slike unntak må nok være at panthaver ikke kan bebreides for at visse rettsvernskrav ikke er oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig at notoriteten er ivaretatt på andre måter enn gjennom en rettsvernsakt, jf. blant annet HR-2017-33 (avsnitt 32 og 42).¹³⁴⁷

6.7.3 Rettsvern og ekstinksjon knyttet til registrering av særskilte rettserverv

6.7.3.1 Generelt

For særskilte rettsstiftelser i patent- og planteforedlerrettigheter finnes det nærmest like lydende rettsverns- og ekstinksjonsregler. Disse reglene ble innført i forbindelse med at det ble gitt adgang til særskilt pantsettelse av disse rettsposisjonene, og gjelder ekstinksjon både i form av kreditorekstinksjon og avtaleekstinksjon. Tilsvarende regler er foreslått innført for varemerkerettigheter. Designrettigheter kan fortsatt ikke pantsettes særskilt. Dette har ført til at designloven har rettsverns- og ekstinksjonsregler som skiller dem fra de andre registrerte immaterialrettighetene. Designlovens rettsvernsregler drøftes derfor ikke her, men i stedet i punkt 6.7.5. Her tar jeg for meg rettsvernsreglene for rettsstiftelser i patent- og planteforedlerrettigheter.

Særskilt panterett i patenter, patentsøknader, supplerende beskyttelsessertifikater eller avtalte patentlisenser oppnår rettsvern ved anmerkning i Patentregisteret, jf. panteloven § 4-12. Skjemaet for krav om anmerkning av panterett finnes på Patentstyrets nettsider.¹³⁴⁸ Frempansettelse oppnår rettsvern på samme måte, jf. panteloven § 4-12 siste punktum.¹³⁴⁹ Det samme gjelder overdragelse av særskilt panterett, jf. patentloven § 44 a første ledd. Gjeldsbrevlovens rettsverns- og ekstinksjonsregler kommer ikke til anvendelse ved frempansettelse og overdragelse av slike panterettigheter. Dette er ulikt reglene om pantobligasjoner knyttet til

¹³⁴⁶ Se særlig punkt 7.7.5.

¹³⁴⁷ Se også Rt. 1998 side 268 (på side 274–275). Motsatt Claes Martinson, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Hästad*, Uppsala 2011 side 529–569 (på side 564).

¹³⁴⁸ www.patentstyret.no.

¹³⁴⁹ Jens Andreasson er skeptisk til det å tillate frempanntsettelser av pant i immaterialrettigheter, jf. Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som creditsäkerhet*, Gøteborg 2010 side 242–243.

fast eiendom, der dokumentreglene kan komme til anvendelse, jf. tinglysingsloven § 22 og panteloven § 2-5 andre ledd.¹³⁵⁰ Ved frempantsettelse eller overdragelse av særskilte pantrettigheter i patenter må eldre uregistrerte overdragelser eller frempantsettelse vike for yngre registrerte rettsstiftelser i den samme panteretten, uavhengig av dokumentreglene.¹³⁵¹

Gjelder pantsettelse en europeisk patentsøknad, skal panteretten anmerkes i Patentstyrets særskilte register over patentsøknader. Patentstyret må derfor ha registrert patentsøknaden i dette særskilte registeret før rettsvern for panteretten kan etableres. Slik registrering skjer dersom søkeren innen tre måneder etter at Det europeiske patentverket kunngjorde sin avgjørelse om å meddele patent, sender inn en oversettelse av patentkravene til Patentstyret og betaler et gebyr, jf. patentloven § 66 c første ledd. Etter at Patentstyret har mottatt slik oversettelse og gebyr, vil de kunngjøre at patentet gjelder i Norge, jf. patentloven § 66 c fjerde ledd. Det kan deretter registreres panterett i det europeiske patentet i Patentregisteret.

Lignende rettsvernsregler gjelder for panterettigheter i planteforedlerrettigheter, jf. panteloven § 4-14. Pantsettelse av planteforedlerrett, søknad om planteforedlerrett eller avtalt lisens til planteforedlerrett oppnår rettsvern ved anmerkning i Plantesortsregisteret, eller ved anmerkning i Plantesortsnemndas journal over innkomne søknader. Også her er rettsvernsakten den samme ved eventuelle frempantsettelse. Det ser ikke ut til å ha blitt utarbeidet noe standardskjema for registrering av panterettigheter i Plantesortsregisteret eller Plantesortsnemndas journal over innkomne søknader. På Plantesortsnemndas nettsider finnes det imidlertid et skjema for overdragelse som enkelt kan tilpasses pantsettelse, såfremt pantkravets beløp også fremgår.¹³⁵² Tilsvarende rettsvernsregler er også foreslått innført for særskilt pantsettelse av varemerker, i en ny bestemmelse i panteloven § 4-16.¹³⁵³

Rettsvernsreglene for særskilt panterett i patenter og planteforedlerrettigheter er bygget opp etter mønster fra tinglysingsloven. I 2014 ble tinglysingsloven endret for å legge til rette for elektronisk tinglysing.¹³⁵⁴ Lovendringen trådte i kraft i 2017. Etter disse endringene blir prioriteten til en rettsstiftelse avgjort ut fra klokkeslettet for registrering, i motsetning til tidligere, da registreringstidspunktet bare ble beregnet med hele dager. Departementet fant det

¹³⁵⁰ Mer om dette hos Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 198–201, 219–221 og 280–282.

¹³⁵¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 798–799.

¹³⁵² www.plantesortsnemnda.no. Mer om spesifisering av pantkrav i punkt 3.3 ovenfor.

¹³⁵³ Se høringsnotat 18/2638 side 63–64 og side 211.

¹³⁵⁴ Jf. lov 20. juni 2014 nr. 45 om endringer i tinglysingsloven mv. Se også Prop. 53 L (2013–2014).

imidlertid ikke nødvendig å etablere noe tilsvarende system for elektronisk registrering i Patent- og Plantesortregisteret.¹³⁵⁵ Begrunnelsen var blant annet at disse registrene hovedsakelig har hatt andre formål og funksjoner enn de som ligger under tinglysningsmyndighetene.¹³⁵⁶ I tillegg antok departementet at antallet rettserverv som registreres i Patent- og Plantesortsregisteret, ville bli relativt beskjedent, og at dette ikke kunne sammenlignes med det antallet dokumenter som tinglysningsmyndighetene mottar.¹³⁵⁷ Kostnadene med å innføre et elektronisk registreringssystem ville da blitt uforholdsmessig høye.¹³⁵⁸ Det ble imidlertid presisert at krav om anmerkninger i Patent- og Plantesortsregisteret skal kunne sendes inn elektronisk, men slik at kravene alltid vil bli behandlet manuelt, og at et rettserverv får prioritet ut fra dagen det er mottatt til anmerkning.¹³⁵⁹

Hva som menes med at en særskilt panterett oppnår rettsvern, fremgår ikke av panteloven. Rettsvirkningene av rettsvernsakten fremgår imidlertid av andre lovbestemmelser utenfor panteloven. Dette blir temaet for de to neste drøftelsene. Her bør det imidlertid skilles mellom beskyttelse mot kreditorekstinksjon og beskyttelse mot avtaleekstinksjon. Disse ulike rettsvirkningene drøftes derfor adskilt.

6.7.3.2 Registrering beskytter mot kreditorekstinksjon

Patentloven § 44 a gjelder rettsverns- og ekstinksjonsvirkningene knyttet til rettighetsregistrering i Patentregisteret. Bestemmelsen gjelder tilsvarende for rettighetsregistrering i Plantesortsregisteret, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum. Disse reglene favner imidlertid videre enn bare særskilte pantsettelse. De gjelder også for særskilte rettserverv i form av frivillige overdragelser, herunder meddelelse av avtalelisens og overdragelse av slik lisens, samt utlegg og arrest. Dette fremgår av bestemmelsens første ledd. Tilsvarende kollisjonsregler er også foreslått innført for varemerker i en ny bestemmelse i varemerkeloven § 56 b.¹³⁶⁰

Når en særskilt panterett oppnår rettsvern, innebære dette for det første beskyttelse mot kreditorekstinksjon. Dette gjelder beskyttelse både mot enkeltforfølgende kreditorer som får utleggspant, og overfor avhenderens konkursbo. Det at registrering etablerer rettsvern mot

¹³⁵⁵ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 33.

¹³⁵⁶ Mer om disse funksjonene i punkt 6.6.2 nedenfor.

¹³⁵⁷ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 33.

¹³⁵⁸ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 33.

¹³⁵⁹ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 33.

¹³⁶⁰ Se høringsnotat 18/2638 side 64–65 og side 207–208.

etterfølgende utlegg og arrest, fremgår av patentloven § 44 a første ledd. For at et frivillig rettserverv skal ha rettsvern overfor utlegg og arrest, må det imidlertid være mottatt til anmerkning senest dagen før utleggs- eller arrestforretningen blir mottatt. Blir ervervet mottatt samme dag som en utleggs- eller arrestforretning, går utlegget eller arresten foran, jf. patentloven § 44 a andre ledd andre punktum. Dette tilsvarer systemet i Grunnboken, jf. tinglysingsloven § 20 tredje ledd. Er det mottatt kolliderende utleggs- eller arrestforretninger til anmerkning samme dag, går den eldste foran, jf. patentloven § 44 a andre ledd siste punktum. I slike tilfeller avgjøres prioriteten ut fra tidspunktet for selve utleggs- eller arrestforretningen, jf. tvangsfullbyrdsloven § 7-18 og tvisteloven § 33-4 og § 33-5.

Det at rettsvern etablerer beskyttelse overfor avhenderens konkursbo, fremgår ikke direkte av patentloven § 44 a. Bestemmelsens fjerde ledd gir imidlertid tinglysingsloven §§ 23 til 26 og §§ 30 til 32 a tilsvarende anvendelse på rettighetsregistreringer i Patentregisteret «så langt de passer». Reservasjonen «så langt de passer», er en noe uheldig lovgivningsteknikk. Det bør kunne forventes at lovgiver tar konkret stilling til hvilke regler som skal komme til anvendelse.¹³⁶¹ Reservasjonen er ikke kommentert i bestemmelsens forarbeider. Justisdepartementets lovavdeling har anbefalt at slike reservasjoner bare bør brukes dersom det er åpenbart hvilke modifikasjoner som må innfortolkes.¹³⁶² De eneste åpenbare modifikasjonene jeg kan finne i dette tilfellet, er at det må ses bort fra internhenvisninger i tinglysingsloven §§ 23 til 26 og §§ 30 til 32 a til andre bestemmelser i tinglysingsloven som ikke skal komme til anvendelse ifølge patentloven § 44 a, for eksempel tinglysingsloven §§ 20, 21 og 22. Ut over dette antar jeg at bestemmelsene kan anvendes uhindret av reservasjonen «så langt de passer».

Den mest sentrale bestemmelsen i tinglysingsloven som blir gitt anvendelse i denne sammenhengen, er tinglysingsloven § 23. Bestemmelsens første ledd første punktum sier at dersom en rett stiftet ved avtale skal stå seg overfor konkurs, må den være registrert «senest dagen før konkursåpningen». Formålet med bestemmelsen er å sikre notoritet av hensyn til kreditorer ved konkurs og tvangsakkord, og gjelder alle rettsstiftelser stiftet ved avtale som kan registreres, uavhengig av om det er konkursdebitor som er hjemmelshaver, jf. Rt. 2008 side

¹³⁶¹ Tilsvarende oppfatning hos Erling Johannes Husabø og Annika Suominen, *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler*, (utredning) Oslo 2011 (på side 13), som for øvrig gjelder helt andre lovregler med tilsvarende reservasjon. I samme retning Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 80–81).

¹³⁶² Se G-2000-9001, *Lovteknikk og lovforberedelse – Veiledning om lov og forskriftsarbeid*, 2000 side 68.

586 (avsnitt 34). Bestemmelsen skal tolkes antitetisk, slik at uregistrerte avtalefestede rettsstiftelser ikke kan gjøres gjeldende overfor et konkursbo, jf. Rt. 2008 side 586 (avsnitt 29).

Tinglysingsloven § 23 første ledd første punktum krever at en rettsstiftelse må være registrert senest dagen før konkursåpning. Det er dagen for selve konkursåpningen som etter ordlyden blir avgjørende, og ikke det tidspunktet konkursåpningen registreres i henhold til konkursloven § 79.¹³⁶³ Konkursen anses åpnet på det tidspunktet kjennelse om åpning av konkurs er avsagt, jf. konkursloven § 74. Registrering av rettserverv i Patent- eller Plantesortsregisteret må skje dagen før slik konkursåpning for at ervervet skal stå seg. Er ervervet registrert samme dag, kan det ikke gjøres gjeldende overfor konkursboet.¹³⁶⁴ Har det umiddelbart forut for konkursen foregått gjeldsforhandling, og i den forbindelse blitt åpnet forhandling om tvangsakkord, må ervervet ha blitt registrert senest dagen før det ble åpnet forhandling om tvangsakkord, jf. tinglysingsloven § 23 første ledd andre punktum. Rettsstiftelser som er foretatt med samtykke fra gjeldsnemnda, kan imidlertid gjøres gjeldende mot konkursboet uavhengig av registrering, jf. siste punktum.¹³⁶⁵

For at et rettserverv skal stå seg ved tvangsakkord når det ikke er åpnet konkurs, må det være registrert senest dagen før åpningen av forhandling om tvangsakkord, jf. tinglysingsloven § 23 andre ledd.¹³⁶⁶ Åpningstidspunktet for tvangsakkord er da begjæringen som førte til forhandling om tvangsakkord kom inn til retten, jf. konkursloven § 4 fjerde ledd.¹³⁶⁷ Dersom forhandlingene om tvangsakkord mislykkes, og det senere åpnes konkurs, er det fortsatt tidspunktet for åpning av forhandling om tvangsakkord som blir avgjørende for rettsvernet.¹³⁶⁸

6.7.3.3 Registrering beskytter mot avtaleekstinksjon og har ekstinksjonsvirkninger

Et annet spørsmål er om registrering også beskytter mot avtaleekstinksjon, og om registrering kan ha ekstinksjonsvirkninger overfor eldre uregistrerte rettsstiftelser. Svaret på dette finnes i

¹³⁶³ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 275. Dette representerer for øvrig et alvorlig skår i registrenes negative troverdighet, jf. Erik Røsæg, «Fire kjetterske tanker om kreditor-ekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 253–265 (på side 260).

¹³⁶⁴ Se Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 763.

¹³⁶⁵ Generelt om gjeldsnemnda hos Vibeke Irene Løvold, *Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Oslo 2015 side 41–43.

¹³⁶⁶ Mer om denne bestemmelsen hos Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 784–785. Generelt om tvangsakkord hos Vibeke Irene Løvold, *Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Oslo 2015 side 50–56.

¹³⁶⁷ Se for øvrig Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 764.

¹³⁶⁸ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 276.

patentloven § 44 a første ledd. Registrering gir rettsvern overfor etterfølgende godtroerverv, forutsatt at det eldste rettservervet ble mottatt til anmerkning dagen før den konkurrerende rettsstiftelsen ble mottatt til anmerkning. Frivillige rettserverv som er mottatt til anmerkning samme dag, er likestilte, jf. patentloven § 44 a andre ledd første punktum. Hvilke løsninger som gjelder for to panterettigheter med lik prioritet, har vært noe omstridt.¹³⁶⁹ Det oppstår nok ingen problemer dersom begge panthaverne får full dekning.¹³⁷⁰ Om det derimot er underdekning, er løsningen noe usikker. Sjur Brækhus har foreslått at løsningen bør bli slik at realisasjonssummen da deles forholdsmessig, ut fra hva hver panthaver ville fått dekket dersom de hadde hatt den aktuelle prioriteten alene.¹³⁷¹ Jeg kan ikke se at det har blitt foreslått noen alternative løsninger, og har heller ingen egne løsningsforslag som virker mer fornuftige enn det Brækhus har presentert. Det er da nærliggende å legge Brækhus' løsning til grunn.

Det er som nevnt registreringstidspunktet som blir avgjørende for prioriteten til et rettserverv i forhold til kolliderende rettsstiftelser, jf. patentloven § 44 a første ledd. I dette ligger det ikke bare rettsverns-, men også ekstinksjonsvirkninger. Et eldre rettserverv kan ekstingveres av et yngre, såfremt det yngste rettservervet er det første som mottas til anmerkning. Dette innebærer at den reelle hovedregelen blir registerprioritet, selv om det formelle utgangspunktet er tidsprioritet. En original rettighetshavers rett kan imidlertid ikke ekstingveres av disse reglene. Den som har søkt om, og fått meddelt patent eller planteforedlerrett, må ha brakt rettsposisjonen i omsetning for at ekstinksjon skal bli aktuelt.

Avtaleekstinksjon forutsetter god tro hos ekstinksjonspretendenten med hensyn til den eldre rettsstiftelsen. Dette kravet fremgår av patentloven § 44 a tredje ledd:

«En eldre rett går uten hensyn til første og annet ledd foran en yngre, dersom den yngre rett hviler på et frivillig rettserverv og erververen da kravet om anmerkning ble mottatt hos Patentstyret kjente eller burde kjenne til den eldre rett.»

En yngre avtaleerhverver kan således ikke påberope seg registerprioritet overfor et eldre rettserverv som han hadde eller burde ha hatt kjennskap til. Dette samsvarer med systemet for

¹³⁶⁹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 206–207 og Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 191–192.

¹³⁷⁰ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 206.

¹³⁷¹ Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 207. Løsningen ser ut til å ha fått tilslutning hos Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 191–192.

rettighetsregistrering i Grunnboken, jf. tinglysingsloven § 21 første ledd. Den gode troen må ikke bare foreligge på avtaletidspunktet, men også når sikringsakten blir gjennomført.

6.7.3.4 Nærmere om innsending av krav om anmerkning og beregning av mottakelsestidspunkt

Hverken patentloven eller planteforelderloven sier noe om på hvilket tidspunkt kravet om anmerkning skal anses mottatt, eller på hvilke måter krav om anmerkning kan innsendes. For patenter er dette regulert i forskrift om betalinger mv. til Patentstyret og KFIR.¹³⁷² Forskriftens § 2a første ledd åpner for at krav om anmerkning kan leveres både elektronisk eller i papirformat som enten sendes per post eller leveres direkte til Patentstyret. Ifølge bestemmelsens tredje ledd beregnes mottakelsestidspunktet ulikt for krav som leveres elektronisk og i papirformat. Elektroniske krav regnes som mottatt den dagen kravet ble bekreftet mottatt av Patentstyrets elektroniske postadresssystem. Papirbaserte krav må derimot ha innkommet Patentstyret innen kontortiden på en virkedag for å regnes som mottatt denne dagen. Kontortiden er normalt til kl. 14:00. Utenom «cut off» kl. 14:00 er det uten betydning hvilket klokkeslett et krav om anmerkning ble mottatt.¹³⁷³ Papirbaserte krav som innkommer senere, anses mottatt neste virkedag, jf. forskriftens § 2a tredje ledd siste punktum.

Lignende regler om mottakelsestidspunkt for krav om anmerkninger i Plantesortsregisteret finnes i planteforedlerforskriften.¹³⁷⁴ Forskriftens § 3a første ledd tillater bare skriftlige krav om anmerkning som sendes per post. I motsetning til Patentregisteret, åpnes det ikke for elektronisk levering. Ut over dette er reglene om mottakstidspunkter like. Ifølge bestemmelsens tredje ledd må krav om anmerkning leveres innen kontortiden på en virkedag, som normalt slutter kl. 14:00.

6.7.4 Rettsvern og ekstinksjon knyttet til registrering av driftstilbehørspant

6.7.4.1 Generelt

Pantsettelse av immaterialrettigheter som driftstilbehør oppnår rettsvern ved registrering på pantsetters blad i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 3-6. Driftstilbehørspant kan ikke

¹³⁷² Gitt i medhold av patentloven § 69 første ledd.

¹³⁷³ I motsetning til for eksempel skipsregisteret, der dagbokføring spesifiserer det minutt dokumentet som kreves registrert ble mottatt, jf. sjøloven § 14 andre ledd, og prioritet mellom rettserverv mottatt til registrering samme dag bestemmes ut fra klokkeslett (såfremt de ikke ble mottatt i samme minutt), jf. sjøloven § 23 andre ledd.

¹³⁷⁴ Gitt i medhold av planteforedlerloven § 26 andre ledd.

registreres i de ulike immaterialrettsregistrene.¹³⁷⁵ Skjema for registrering av driftstilbehørspant finnes på Brønnøysundregistrens nettsider.¹³⁷⁶ Tinglysingsloven har tilrettelagt for elektronisk registrering, men skjemaet må fortsatt sendes inn i papirformat. Mottakelsestidspunktet beregnes bare med hele dager, og dokumentet må som hovedregel være mottatt før kl. 14:00 for ikke å bli registrert første påfølgende virkedag.¹³⁷⁷

6.7.4.2 Registrering beskytter mot kreditorekstinksjon

Panteloven § 3-6 sier ikke noe nærmere om hva det innebærer at panteretten oppnår rettsvern. Tinglysingsloven § 34 tredje ledd sier imidlertid at reglene i blant annet tinglysingsloven § 23 får tilsvarende anvendelse på rettighetsregistreringer i Løsøreregisteret. På samme måte som registrering av særskilte panterettigheter i Patent- og Plantesortregisteret, etablerer derfor registrering av driftstilbehørspant i Løsøreregisteret beskyttelse mot kreditorekstinksjon både i form av utleggspant og konkursbeslag.¹³⁷⁸

6.7.4.3 Registrering beskytter mot avtaleekstinksjon

Spørsmålet er da om registrering også gir rettsvern mot avtaleekstinksjon. I motsetning til særskilte pantsettelse er spørsmålet ikke løst i loven. Hovedregelen er som nevnt tidsprioritet, og det finnes ingen generelle ekstinksjonsregler tilsvarende godtroervervsloven for immaterialrettighetene. Av hensyn til systembetraktninger og forutberegnelighet for driftstilbehørspanthaverens rettsstilling, må utgangspunktet derfor være at registrering ikke bare etablerer beskyttelse mot kreditorekstinksjon, men også mot avtaleekstinksjon. Dette synes også å være ordningen det legges opp til i patentloven § 44 a femte ledd. Her gis eldre registrerte driftstilbehørspant prioritet fremfor yngre særskilte rettserverv uavhengig av om den yngre særskilte rettserververen var i god tro og oppnådde rettsvern for sitt erverv. Forarbeidene forutsetter i tillegg at eldre driftstilbehørspantet har prioritet foran yngre særskilte erverv, såfremt ikke kollisjonsreglene fører til et annet resultat.¹³⁷⁹ Det kan imidlertid være mulig at driftstilbehørspantet i noen særegne tilfeller kan ekstingveres på ulovfestet grunnlag. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.9.7.

¹³⁷⁵ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 25.

¹³⁷⁶ www.brreg.no.

¹³⁷⁷ Jf. tinglysingsforskriften § 11 første ledd, jf. § 16 fjerde ledd.

¹³⁷⁸ Jf. punkt 6.7.3.2 ovenfor.

¹³⁷⁹ Jf. Prop.101 L (2013–2014) side 35. Det samme ser ut til å være forutsatt i Lund-utredningen, jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37.

Pantsetter står relativt fritt til å avhende eller lisensiere bort immaterialrettigheter omfattet av et driftstilbehørspant, jf. panteloven § 3-7 første ledd. En forutsetning er imidlertid at dette «er i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet».¹³⁸⁰ Dersom det skjer slik avhendelse, faller panteretten bort så snart pantsetteren ikke lenger har rådgivningen over det aktuelle formuesgodet, jf. panteloven § 3-7 tredje ledd. Ordlyden er tilpasset løsøreobjekter, der rettsvernsakten er overlevering.¹³⁸¹ Dette passer naturligvis ikke for immaterialrettigheter.¹³⁸² Her må det i stedet ses hen til rettsvernsakten for den aktuelle rettsposisjonen, som for de registrerte immaterialrettighetene er registrering i det aktuelle immaterialrettsregisteret.¹³⁸³ Driftstilbehørspantet bortfaller ikke før rettsvern er etablert for en lovlig avhendelse.¹³⁸⁴ Gjelder det utstedelse av lisens, vil driftstilbehørspantet bestå, men stå tilbake for lisensen, jf. panteloven § 3-7 tredje ledd siste punktum.¹³⁸⁵ Har pantsatte immaterialrettigheter derimot blitt avhendet eller lisensiert i strid med reglene i panteloven § 3-7 første og andre ledd, står driftstilbehørspantet ved lag og får prioritet foran den ulovlige avhendelsen eller lisensieringen, såfremt det ikke finnes et særskilt ulovfestet grunnlag for ekstinksjon.

6.7.4.4 Registrering har begrensede ekstinksjonsvirkninger

Det er enkelte lovfestede ekstinksjonsvirkninger knyttet til registrering av driftstilbehørspant i Løsøreregisteret. Med hensyn til hvilke rettsstiftelser som kan ekstingveres, må det skilles mellom rettsstiftelser som kan registreres i Løsøreregisteret, og rettsstiftelser der dette ikke er mulig. Tinglysningsloven § 34 tredje ledd sier lovens § 20 kommer til anvendelse ved rettighetsregistrering i Løsøreregisteret. Første ledd i § 20 sier at når «et dokument er registrert, går det rettserverv som dokumentet gir uttrykk for, i kollisjonstilfelle foran rettserverv som ikke er registrert samtidig eller tidligere». Dette innebærer at registrering av et driftstilbehørspant i Løsøreregisteret har ekstinksjonsvirkninger overfor eldre uregistrerte rettsstiftelser som også kan registreres i Løsøreregisteret. Denne løsningen er lagt til grunn i forarbeidene til lovendringene i 2015, som sier det for «rettserverv som anmerkes i samme register», vil være «nærliggende å avgjøre prioriteten mellom kolliderende erverv ut fra når ervervene ble motatt til anmerking».¹³⁸⁶ Dersom det for eksempel stiftes to kolliderende driftstilbehørspant,

¹³⁸⁰ Mer om dette i punkt 5.7 ovenfor.

¹³⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 117.

¹³⁸² Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 77.

¹³⁸³ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 303.

¹³⁸⁴ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 77.

¹³⁸⁵ Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 305.

¹³⁸⁶ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 34.

vil registreringstidspunktet være avgjørende for prioriteten. Et yngre driftstilbehørspant kan ekstingvere et eldre dersom det registreres først, og pantaveren var i god tro på registreringstidspunktet. De samme ekstinksjonsvirkningene gjelder overfor eldre utleggspant som kan registreres i Løsøreregisteret, dersom slik registrering ikke har funnet sted når det yngre driftstilbehørspantet blir registrert, jf. tinglysingsloven § 20 første ledd, jf. § 34 tredje ledd.¹³⁸⁷

Løsningen blir annerledes for rettsstiftelser som ikke kan registreres i Løsøreregisteret. Det er begrenset med rettsstiftelser som kan registreres her. For at registrering i Løsøreregisteret skal være aktuelt, må tinglysingen være tillagt rettsvirkning ved lov eller være lovpålagt, jf. tinglysingsloven § 34 første ledd. Med hensyn til rettsstiftelser i immaterialrettigheter, er det foruten driftstilbehørspant bare utleggspant som kan registreres i Løsøreregisteret, jf. panteloven § 5-9 siste punktum.¹³⁸⁸ Dette forutsetter imidlertid at det ikke finnes noe særskilt register for utleggsregistrering. For de registrerte immaterialrettighetene må utleggspant registreres i de respektive immaterialrettsregistre for å oppnå rettsvern. Dermed er det bare utleggspant i uregistrerte immaterialrettigheter som kan registreres i Løsøreregisteret.

I forarbeidene til endringene i panteloven fra 2015, er det lagt til grunn at dersom en eldre rettsstiftelse som ikke kan registreres i Løsøreregisteret, kolliderer med et yngre registrert driftstilbehørspant, må driftstilbehørspantaveren vike:

«Ved kollisjon mellom rettsverv som oppnår rettsvern gjennom anmerkning i forskjellige registre, er det ikke like naturlig å legge vekt på tidspunktene ervervene ble mottatt til anmerkning. Utgangspunktet bør da være den alminnelige regelen om at den rett som er etablert først, går foran.»¹³⁸⁹

Registrering i Løsøreregisteret har ingen lovfestede ekstinksjonsvirkninger overfor eldre rettsstiftelser som ikke kan registreres der. En del av begrunnelsen for dette er at registreringens ekstinksjonsvirkninger bygger på legitimasjonssynspunkter. Manglende registreringen av en eldre rettsstiftelse kan gjøre en avhender legitimert til å råde over et formuesgode i strid med den eldste retten.¹³⁹⁰ Ekstinksjon kan derfor bare være aktuelt såfremt den eldste retten faktisk

¹³⁸⁷ Kåre Lilleholt gir uttrykk for det samme, men ikke like reservasjonsløst, jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 213–214.

¹³⁸⁸ Se for øvrig Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 657.

¹³⁸⁹ Prop. 101 L (2013–2014) side 34.

¹³⁹⁰ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 212.

kunne ha blitt sikret gjennom registrering.¹³⁹¹ Hovedregelen er således at en driftstilbehørspanthaver må respektere eldre særskilte rettsstiftelser i de enkelte immaterialrettighetene som omfattes av panteretten, selv om disse ikke er registrert i Løsøreregisteret.¹³⁹²

Det samme utgangspunktet gjelder for uregistrerte rettsstiftelser som kan registreres i et immaterialrettsregister. Den eldste retten kan for eksempel være en særskilt panterett som ennå ikke er registrert i Patentregisteret. Selv om driftstilbehørspanthaveren er først ute med å registrere sin panterett, og er i god tro på registreringstidspunktet, må han likevel respektere den eldre uregistrerte særskilte panteretten. Dette fremgår implisitt av patentloven § 44 a femte ledd, som gjelder kollisjon mellom driftstilbehørspant og særskilte rettsstiftelser i patenter og planteforedlerrettigheter. Her er registrering i Patent- og Plantesortregisteret tillagt ekstinksjonsvirkninger overfor eldre uregistrerte driftstilbehørspant. Registrering av driftstilbehørspant er derimot ikke tillagt ekstinksjonsvirkninger overfor eldre uregistrerte særskilte rettsverv. I forarbeidene til patentloven § 44 a er det uttrykkelig presisert at uregistrerte særskilte rettsverv ikke skal kunne ekstingveres ved registrering av et driftstilbehørspant.¹³⁹³

Departementet har begrunnet løsningen slik:

«Det vil være knyttet en rekke vanskeligheter til å åpne for at anmerking i Løsøreregisteret av et tingsinnbegrepspant skal kunne medføre at tingsinnbegrepspantet går foran eldre kolliderende rettsverv. En slik virkning måtte eventuelt avhenge av at panthaveren var i god tro ved anmerking av driftstilbehørspantet. Ved pantsettelse av driftstilbehør skjer det imidlertid ikke noen spesifisering av de enkelte gjenstander og rettigheter som inngår i pantet. Panthaveren vil dermed ofte ikke ha full oversikt over hva pantet omfatter på pantsettelses- eller anmerkningstidspunktet. Dette vil medføre at det vil være vanskelig å praktisere en regel som knytter rettsvirkninger til om panthaveren var i god tro når det gjelder manglende kjennskap til kolliderende rettigheter. Siden den som har pant i driftstilbehør som regel ikke har oversikt over alt som inngår i pantet, og dessuten må være forberedt på at det kan foreligge ikke-registrerte rettigheter som han må respektere, jf. panteloven § 3-4 tredje ledd, og at omfanget av pantet kan bli påvirket av salg av driftstilbehør, jf. panteloven § 3-7 første og tredje ledd, vil det vanligvis ikke ha særlig betydning for panthaveren om driftstilbehørspanteretten må stå tilbake for et eldre særskilt pant i et patent eller en planteforedlerrett. Slik kollisjonsreglene i patent-

¹³⁹¹ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 212.

¹³⁹² Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 212.

¹³⁹³ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 42.

loven og planteforedlerloven er foreslått utformet i proposisjonen, må det dessuten antas at det bare rent unntaksvis vil forekomme at en særskilt panterett ikke blir anmerket.»¹³⁹⁴

UNCITRAL har i tillegg anbefalt at rettsserverv registrert i immaterialrettsregistrene alltid bør ha prioritet foran rettsserverv registrert i generelle rettsvernsregistre.¹³⁹⁵ Det samme er antatt å gjelde i USA, der det er vanlig å registrere pantsettelse av immaterialrettigheter både i immaterialrettsregistrene og i det generelle rettsvernsregisteret under UCC artikkel 9.¹³⁹⁶ I England synes rettstilstanden å være noe uklar, men her er det på lignende måte antatt at registrering i det generelle «companies security register» er nødvendig for å oppnå rettsvern overfor pantsetters konkursbo, mens registrering i de aktuelle immaterialrettsregistrene er nødvendig for å oppnå rettsvern overfor konkurrerende panthavere eller omsetningsserververe.¹³⁹⁷ Det er således ingen særegen norsk løsning når registrering i Løsøreregisteret er gitt mindre omfattende ekstinksjonsvirkninger enn registrering i immaterialrettsregistrene.

Registrering av driftstilbehørspant i Løsøreregisteret har således bare ekstinksjonsvirkninger overfor eldre uregistrerte driftstilbehørspant, samt overfor eldre uregistrerte utleggspant i uregistrerte immaterialrettigheter. Skal ekstinksjon være aktuelt utenfor disse tilfellene, må det i så fall skje på ulovfestet grunnlag.¹³⁹⁸ Forarbeidene er imidlertid rimelig klare på at dette er utelukket:

«En driftstilbehørspanterett vil derimot aldri gå foran en eldre særskilt panterett i et patent eller annen type rettsserverv som gjelder et patent, selv om det eldre rettsserverv ikke er mottatt til anmerkning i Patentregisteret når driftstilbehørspanteretten mottas til anmerkning i Løsøreregisteret. En slik virkning følger verken av paragrafen her eller av annet rettsgrunnlag.»¹³⁹⁹

¹³⁹⁴ Prop. 101 L (2013–2014) side 35.

¹³⁹⁵ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 199 avsnitt 57 og side 230 (recommendation 77 a), samt UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 80–81 (avsnitt 181–182).

¹³⁹⁶ Se Anjanetta H. Raymond, «Use of Intellectual Property as Collateral in Secured Financing: Practical Concerns» i Dennis Campbell (red.), *The Comparative Law Yearbook of International Business*, 2010, vol. 31, side 525–542 (på side 532–533), med ytterligere henvisninger.

¹³⁹⁷ Se Iwan R. Davies, «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583 (på side 568).

¹³⁹⁸ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 212.

¹³⁹⁹ Prop. 101 L (2013–2014) side 42.

Med såpass klare forarbeider, som i tillegg gir en forholdsvis god begrunnelse for løsningen, er nok ulovfestet ekstinksjon utelukket her.¹⁴⁰⁰ Jeg har vanskelig for å komme på noen tilfeller der dette kunne vært aktuelt.

6.7.5 Kort om designlovens begrensede rettsverns- og ekstinksjonsregler

Designloven § 54 gjelder registrering av rettserverv i Designregisteret. Bestemmelsens fjerde ledd tillegger registrering visse rettsverns- og ekstinksjonsvirkninger:

«Frivillig overdragelse av en designregistrering eller utstedelse av lisens som er blitt innmeldt til registrering, går i kollisjonstilfelle foran overdragelse eller utstedelse av lisens som ikke er eller først senere blir innmeldt til registrering, dersom vedkommende rettighetshaver ved innmeldelsen var i god tro.»

Ifølge forarbeidene skal bestemmelsen også gjelde ved kollisjoner mellom to overdragelser av en lisens, eller ved utstedelse av underlisenser (sublisensiering).¹⁴⁰¹ Bestemmelsen er imidlertid begrenset til å omfatte overdragelser og lisenser. Ordlyden gir ikke grunnlag for ekstinksjon av et driftstilbehørspant som omfatter en designrett. Designloven § 54 er heller ingen regel om rettsvern overfor kreditorbeslag. Bestemmelsens ordlyd gir ikke grunnlag for å oppstille rettighetsregistrering som et vilkår for kreditorvern.¹⁴⁰² Den gir heller ikke grunnlag for ekstinksjon av rettserverv som bygger på annet enn avtale.¹⁴⁰³ Ekstinksjon av uregistrerte utleggspant kan for eksempel ikke bygge på bestemmelsens ordlyd. Skal slik ekstinksjon komme på tale, må det skje på ulovfestet grunnlag.¹⁴⁰⁴

Selv om ordlyden i designloven § 54 fjerde ledd ikke oppstiller rettighetsregistrering som et vilkår for kreditorvern, har det i rettslitteraturen vært diskutert om registrering likevel må kreves for at rettserverv skal ha rettsvern mot etterfølgende kreditorbeslag. Ettersom det ikke er adgang til særskilt pantsettelse av designrett, og bestemmelsen heller ikke hjemler ekstinksjon av et driftstilbehørspant, ligger problemstillingen noe utenfor rammene av denne avhandlingen. For helhetens skyld har jeg imidlertid bestemt meg for å drøfte spørsmålet, men noe kortfattet. Jens Edvin A. Skoghøy har i lengre tid ment at registrering i Designregisteret er nødvendig for at rettserverv skal oppnå kreditorvern:

¹⁴⁰⁰ Jf. også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 211.

¹⁴⁰¹ Jf. Ot.prp. nr. 40 (1969–1970) side 35, jf. Ot.prp. nr. 2 (2002–2003) side 99.

¹⁴⁰² Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 9.

¹⁴⁰³ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 214 og 289.

¹⁴⁰⁴ Mer om dette i punkt 6.9.1 nedenfor.

«Når det ved erverv av en patent-, varemerke-, mønster- eller planteforedlerrett er mulig å skape notoritet over ervervet ved at overdragelsen blir registrert i vedkommende rettighetsregister, bør det etter min mening stilles krav om slik registrering for at ervervet skal ha rettsvern. Etter dette må konklusjonen bli at ved avhendelse av patent-, varemerke-, mønster- eller planteforedlerrett vil erververen ikke ha rettsvern mot avhenderens kreditorer før overdragelsen er registrert i vedkommende rettighetsregister, mens erververen ved avhendelse av andre immaterielle rettigheter må ha rettsvern fra avtaletidspunktet.»¹⁴⁰⁵

På tidspunktet for den siterte uttalelsen hadde ikke registrering i Patent- eller Plantesortregisteret rettsvernsvirkninger med hensyn til kreditorbeslag. Etter endringer i patent- og planteforedlerloven er registrering nå tillagt slike rettsvernsvirkninger som Skoghøy argumenterte for, men for designrettigheter, og foreløpig også for varemerkerettigheter, må dette fortsatt bygge på ulovfestet grunnlag. Skoghøy har beholdt samme synspunkter i nyere litteratur.¹⁴⁰⁶

Ikke alle er enige med Skoghøy. For eksempel la Lund-utredningen til grunn at registrering i Designregisteret ikke var nødvendig for at overdragelser og lisenser skulle ha rettsvern overfor avhenderens kreditorer.¹⁴⁰⁷ Det samme ble lagt til grunn i proposisjonen for reglene om særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter.¹⁴⁰⁸ Her må det bemerkes at designloven § 54 fjerde ledd ble endret i forbindelse med vedtakelsen av disse reglene, uten at registrering ble gjort til noe vilkår for kreditorvern. Etter mitt syn tok lovgiver da stilling til spørsmålet, og registrering i Designregisteret er slik jeg ser det derfor ikke noe vilkår for rettsvern overfor en avhenders eller lisensutsteders kreditorer. Rettstilstanden er imidlertid noe uklar.

Hans Fredrik Marthinussen har også opponert mot Skoghøys syn på registrering i Designregisteret som betingelse for kreditorvern, men med en annen begrunnelse:

«I og med at Høyesterett har vært så tydelig på behovet for klare regler på dette feltet, i den forstand at notoritetshensynet alene ikke er nok til å tolke eksisterende

¹⁴⁰⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» i Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke (red.), *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo 1997 side 935–945 (på side 943).

¹⁴⁰⁶ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 78 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 304.

¹⁴⁰⁷ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 15, med henvisninger blant annet til Skoghøys synspunkter.

¹⁴⁰⁸ Se Prop. 101 L (2013–2014) side 9.

rettsvernsregler innskrenkende, er det ikke unaturlig å legge vekt på dette hensynet i motsatt retning: Notoritetshensynet alene bør heller ikke være nok til å oppstille rettsvernsregler på ulovfestet grunnlag.»¹⁴⁰⁹

Med hensyn til at designloven § 54 fjerde ledd krever registrering av overdragelser og lisensutstedelser for å være beskyttet mot godtroerverv, har Marthinussen presisert at det oppstår en særlig sterk oppfordring til å registrere rettsverv i Designregisteret.¹⁴¹⁰ Notoritetshensyn kan da kanskje veie tyngre enn om registrering ikke hadde hatt rettsvernsvirkninger overhodet. Ifølge Marthinussen kan det imidlertid ikke trekkes noen direkte parallell mellom en risiko for godtroerverv til en risiko for kreditorbeslag.¹⁴¹¹ Godtroerverv forutsetter vanligvis svikaktig opptreden, mens kreditorbeslag kan komme på tale selv i ryddige rettsforhold. Marthinussen mener derfor at det må kreves mer enn bare notoritetshensyn for å kunne oppstille en ulovfestet rettsvernsregel for designrettigheter.

Designregisteret blir antakelig snart det eneste immaterialrettsregisteret der registrering ikke er et lovfestet krav for rettsvern overfor kreditorbeslag. Ved å gjøre registrering til et rettsvernskrav for alle de andre registrerte immaterialrettighetene, har lovgiver tilsynelatende ønsket en økning i registreringsaktiviteten. Lovendringene innebærer også en styrking av kreditorenes beslagsrett med hensyn til immaterialrettigheter, ettersom kreditorene nå er tilkjent ekstinksjonsmuligheter de tidligere ikke hadde. Det er vanskelig å finne særskilte egenskaper ved designrettigheter som gjør at de ikke burde være underlagt tilsvarende rettsverns- og ekstinksjonsregler som andre registrerte immaterialrettigheter, men slik har det likevel blitt.

6.7.6 Kort om enkelte godtroervervslignende spesialregler

Rundt om i immaterialrettslovgivningen finnes det enkelte regler som kan føre til en form for ekstinktivt erverv for den som i god tro erverver et eksemplar av et immaterialrettsbeskyttet objekt, med korresponderende rettighetstap for eieren av den aktuelle immaterialrettsposisjonen. Her er det imidlertid ikke tale om godtroerverv av immaterialrettigheter som sådan, men i stedet ekstinksjon av rettighetshaverens innsigelser knyttet til bruken av det konkrete eksemplaret. En regel av denne typen finnes for eksempel i kretsmønsterloven § 7 første ledd:

¹⁴⁰⁹ Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 214.

¹⁴¹⁰ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 215.

¹⁴¹¹ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 215.

«Den som i aktsom god tro har ervervet en integrert krets, som utgjør inngrep i en kretsmønsterrett, har rett til å importere og utnytte den integrerte kretsen ervervsmessig. For import eller ervervsmessig utnyttelse som skjer etter at erververen ikke lenger er i aktsom god tro, skal det betales et passende vederlag.»

Bestemmelsen gir grunnlag for at den som i god tro erverver en «piratkopiert» integrert krets, kan ekstingvere rettighetshaverens inngrepsinnsigelser knyttet til dette konkrete eksemplaret. Regelen har visse likhetstrekk med ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser, men ettersom de «kolliderende» rettsstiftelsene her knytter seg til ulike formuesgoder, henholdsvis kretsmønsterretten og det konkrete fysiske eksemplaret, foreligger det ingen rettighetskollisjon som er naturlig å løse etter regler om rettsvern og prioritet.¹⁴¹² Bestemmelsen er nok mer naturlig å betrakte som en form for konsumpsjonsregel, fremfor en ekstinksjonsregel.

Lignende regler finnes også i designloven. Dersom en annen enn den berettigede har søkt om, eller fått meddelt, designrett, kan den som godtgjør å ha retten til designen kreve designretten eller søknaden overført til seg i henhold til reglene i designloven §§ 29 og 30. Den uberettigede kan imidlertid allerede ha begynt å utnytte designen i god tro. I slike tilfeller gir designloven § 31 første ledd grunnlag for delvis ekstinksjon av designrettshaverens inngrepsinnsigelser:

«Har den som blir fratatt en registrering etter §§ 29 eller 30 i god tro begynt å utnytte designen her i landet eller gjort omfattende forberedelser til dette, kan vedkommende fortsette eller begynne utnyttelsen mot rimelig vederlag og på rimelige vilkår for øvrig. Denne retten gjelder på samme vilkår for innehavere av registrerte lisenser.»

Det er imidlertid bare retten til å nekte utnyttelse som ekstingveres. Rettighetshaveren har fortsatt krav på et rimelig vederlag, og det er da kanskje mer nærliggende å betrakte innholdet i bestemmelsen som tvangslisensregler fremfor ekstinksjonsregler. En regel med visse likhetstrekk finnes også i designloven § 41 a. For patenter finnes det en lignende regel i patentloven § 48, og denne er uttrykkelig formulert som en bestemmelse om tvangslisens:

«Den som da en patentsøknad ble gjort tilgjengelig for enhver, her i riket i nærings- eller driftsøyemed utnyttet den oppfinnelse som det søkes patent på kan, hvis søknaden fører til patent, få tvangslisens til utnyttelsen når særlige grunner herfor

¹⁴¹² Sml. punkt 6.3.1 ovenfor.

foreligger, og han ikke hadde kjennskap til søknaden og heller ikke med rimelighet kunne ha skaffet seg sådant kjennskap. Sådant rett tilkommer under tilsvarende forutsetninger også den som har truffet vesentlige foranstaltninger til utnyttelse av oppfinnelsen her i riket i nærings- eller driftsøyemed. Tvangslisensen kan også omfatte tiden før patentet ble meddelt.»

Også i varemerkeloven finnes det regler med elementer av godtroerverv. Varemerkeloven § 8 inneholder som nevnt regler om passivitetsutløst rettighetstap, betinget av god tro hos ekstinksjonspretendenten, noe som har visse likhetstrekk med hevdsreglene.¹⁴¹³

Innenfor opphavsretten er det ingen lovfestede regler om godtroerverv. Den gamle åndsverkloven av 1961 inneholdt derimot en form for godtroervervslignende spesialregel, lignende den i kretsmønsterloven § 7 første ledd. Lovens § 56 oppstilte et utgangspunkt om at alle ulovlige eksemplarer av et åndsverk kunne inndras, overdras eller tilintetgjøres ved dom, med unntak for «piratkopier» kjøpt i god tro.¹⁴¹⁴ Erververens gode tro ekstingverte således opphaverens ulovlighetsinnsigelser. Ekstinksjonen var imidlertid begrenset til å omfatte opphaverens innsigelser om inndragelse, overdragelse eller tilintetgjørelse av de konkrete eksemplarene. Opphaveren beholdt de resterende delene av sin opphavsrett.¹⁴¹⁵ Ekstinksjonen innebar kun et lite skår i hans rettsposisjon.

I den nye åndsverkloven av 2018 er den gamle § 56 videreført i ny § 82, med noen endringer og tilpasninger. En viktig endring er at ny § 82 første ledd nå inneholder en presisering av at tiltak bare kan besluttes «i den utstrekning det finnes rimelig».¹⁴¹⁶ Denne vurderingen vil i stor grad føre til de samme unntakene som etter den gamle lovens § 56 tredje ledd, og departementet fant derfor ikke grunn til å opprettholde det gamle god tro-unntaket.¹⁴¹⁷ Det er således ikke lenger tale om en regel som det er naturlig å beskrive som en godtroervervsregel.

Det kan kanskje sies at slike mer særegne spesialregler ikke hører hjemme i en fremstilling av rettsverns- og ekstinksjonsreglene. Hverken kretsmønsterloven § 7 eller åndsverkloven § 82 regulerer rettighetskollisjoner knyttet til samme formuesgode, men forholdet mellom eieren av en immaterialrettsposisjon og den som erverver et eksemplar av rettsposisjonens objekt.

¹⁴¹³ Se punkt 6.4.3.2 ovenfor.

¹⁴¹⁴ Se Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 398.

¹⁴¹⁵ Om den tilsvarende godtroervervsregelen i dansk rett, se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 77.

¹⁴¹⁶ Se Prop. 104 L (2016–2017) side 290.

¹⁴¹⁷ Se Prop. 104 L (2016–2017) side 290–292.

Reglene har som nevnt mer til felles med reglene om konsumpsjon enn de har med reglene om ekstinksjon.¹⁴¹⁸ På lignende måte er designloven § 31 første ledd mer naturlig å anse som en regel om tvangslisens fremfor godtroerverv. Grunnen til at disse reglene i noen tilfeller likevel betraktes som godtroervervsregler, er at rettsvinning forutsetter god tro hos en i utgangspunktet uberettiget rettighetspretendent. Disse reglene har uansett begrenset betydning i pantsettelsessammenhenger, og jeg forfølger dem derfor ikke nærmere.

6.8 KAN DET VÆRE GRUNNLAG FOR ULOVFESTET AVTALEEKSTINKSJON?

6.8.1 Spørsmålet om avtaleekstinksjon krever lovhjemmel

6.8.1.1 Generelt i formueretten kreves det ikke lovhjemmel for å anerkjenne avtaleekstinksjon

Utgangspunktet ved rettighetskollisjoner er at rettsstiftelsene prioriteres ut fra stiftelsestidspunktet: Først i tid, best i rett.¹⁴¹⁹ Denne tidsprioritetsnormen er imidlertid ikke noe mer enn et formelt utgangspunkt, som har røtter tilbake til en tid der vindikasjonsretten stod adskillig sterkere enn i dag. I dagens rettstilstand utgjør reglene om avtaleekstinksjon så betydelige unntak fra vindikasjonsretten at ekstinksjon i noen tilfeller kan betraktes som den reelle hovedregelen. Tyngdepunktet i lovfestet rett, rettspraksis og juridisk litteratur har beveget seg bort fra vindikasjon, og mot ekstinksjon.¹⁴²⁰ Dette har i lengre tid vært tilfellet for tradisjonelle formuesgoder som fast eiendom og løsøre, men i det siste har også immaterialrettslovgivningen utviklet seg mot ekstinksjon i stadig økende grad.¹⁴²¹ Spørsmålet i det følgende er om det i tillegg eksisterer et rom for ulovfestet avtaleekstinksjon av rettsstiftelser i immaterialrettigheter. Drøftelsene av ulovfestet ekstinksjon knytter seg bare til ekstinktive godtroerverv. For kreditorekstinksjon er reglene mer avklarte, ettersom spørsmålet om kreditorekstinksjon i all hovedsak besvares ut fra om rettsvern er etablert eller ikke.

For fast eiendom har Høyesterett i flere saker uttalt at ekstinktive godtroerverv kan være aktuelt på ulovfestet grunnlag, jf. særlig Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus), Rt. 1992 side 352

¹⁴¹⁸ Andre forfattere betrakter derimot slike regler mer som ekstinksjonsregler, slik for eksempel Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 578–579.

¹⁴¹⁹ Jf. punkt 6.5 ovenfor.

¹⁴²⁰ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 36. Dette kommer også til uttrykk i forarbeidene til godtroervervsloven, jf. Ot.prp. nr. 56 (1977–1978) side 14.

¹⁴²¹ Uregistrerte aksjer skiller seg imidlertid ut på dette området. Her har utviklingen gått i motsatt retning, fra ekstinksjon og mot vindikasjon. Mer om dette hos Morten Kinander, «Ekstinksjon av aksjer? Om prinsipper for ekstinksjon og vindikasjon av uregistrerte aksjer» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 side 193–120.

(Sigdal) og Rt. 2015 side 1157 (Fårøya). Fra tiden før godtroervervsloven finne det også eksempler på ulovfestet avtaleekstinksjon knyttet til løsøreobjekter, jf. Rt. 1940 side 519 og Rt. 1956 side 1219. Jeg kommer tilbake til flere av disse dommene senere.¹⁴²² Poenget her innledningsvis, er å få frem at det generelt i formueretten er anerkjent at andre rettskilder enn loven kan fungere som ekstinksjonshjemmel.¹⁴²³ Kåre Lilleholt har beskrevet situasjonen slik:

«Godtruerverv treng ikkje lovheimel. Godtruerverv byggjer på ei avveging av interesser mellom private, og det gjeld ikkje eit legalitetsprinsipp av det slaget vi møter i forfatnings- og forvaltningsretten. Heilt fritt står vi likevel ikkje. Vi kan sjå det slik at reglane om godtruerverv er med på å setje grensene for vernet av rettar til formuesgode; godtruerverv inneber at ein rettshavar må avstå heile eller delar av retten sin til andre, utan at han sjølv vil det. Det kan stride mot grunnleggjande rettar dersom slik avståing skal skje utan at det er tilstrekkeleg sterke omsyn som talar for det, og vidare bør det krevjast at reglane er nokolunde føreseielege og sikre. At godtruerverv kan skje på grunnlag av ei konkret avveging av interesser, må likevel godtakast i nokre tilfelle; slik må det ofte bli i privatrettslege forhold. Avveginga bør skje ut frå moment som er nokolunde allment godkjende på rettsområdet.»¹⁴²⁴

Rommet for ulovfestet avtaleekstinksjon er likevel snevert. Høyesterett har flere ganger uttalt at det må utvises varsomhet med å anerkjenne ekstinksjon på ulovfestet grunnlag.¹⁴²⁵ Her kan også EMK P1-1 sette begrensninger, noe jeg drøfter nærmere i punkt 6.8.4. På immaterialrettens område bør det kanskje utvises større varsomhet enn ellers. Avtaleekstinksjon er et unntak fra tidsprioritetsnormen, og for immaterialrettighetene har det vært antatt at tidsprioritetsnormen står noe sterkere enn ellers i formueretten. Dersom dette er tilfellet, vil adgangen til å anerkjenne ulovfestet avtaleekstinksjon begrenses tilsvarende. Eksistensen, og eventuelt omfanget, av et rom for ulovfestet avtaleekstinksjon på immaterialrettens område, vil på denne måten påvirkes av tidsprioritetsnormens styrke.

¹⁴²² Se særlig punkt 6.8.2 nedenfor.

¹⁴²³ Dette gjelder generelt i formueretten, jf. Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 3).

¹⁴²⁴ Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 249.

¹⁴²⁵ Jf. Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217), Rt. 1992 side 352 (Sigdal) (på side 356), Rt. 2009 side 203 (avsnitt 40) og Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) (avsnitt 33). Se for øvrig Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 698.

6.8.1.2 Tidsprioritetsnormens styrke i immaterialretten

Tidsprioritetsnormen har tradisjonelt stått sterkt i immaterialretten. Dette skyltes i første omgang at immaterialrettslovgivningen ikke hadde tilsvarende ekstinksjonsregler som det som typisk gjaldt for andre formuesgoder. Frem til 2015 eksisterte det få regler om rettsvern og ekstinksjon i immaterialrettslovgivningen, og de reglene som fantes, hadde et begrenset anvendelsesområde. Loven kunne derfor i liten grad bidra til å løse rettighetskollisjoner. Det ble i stedet antatt at rettsstiftelser i immaterialrettigheter oppnådde rettsvern overfor både omsetningserververe og kreditorer automatisk gjennom stiftelsesgrunnlaget, såfremt ikke noe annet var bestemt i loven.¹⁴²⁶ Dette utgangspunktet er antatt å gjelde fortsatt, hvilket blant annet kommer til uttrykk i proposisjonen til endringene i panteloven fra 2015:

«Rettigheter til immaterialrettigheter kan ikke utslettes (ekstingveres) som følge av manglende registrering, med mindre dette følger uttrykkelig av de aktuelle bestemmelsene om registrering. Det innebærer at utgangspunktet ved kollisjon mellom rettigheter er at den rettigheten som først ble etablert ved avtale eller på annen måte, går foran.»¹⁴²⁷

Kanskje kan denne uttalelsen tolkes slik at det ikke bare oppstilles et utgangspunkt om tidsprioritet, men at det også gis uttrykk for at ekstinksjon krever lovhjemmel på immaterialrettens område. I så fall gjelder tidsprioritetsnormen absolutt i tilfeller der loven ikke gir grunnlag for ekstinksjon. En slik tolkning kan støttes av Lund-utredningen, som sier det er «allment antatt at rett i en immaterialrettighet ikke kan ekstingveres, unntatt der hvor annet følger av bestemmelser om registrering».¹⁴²⁸ Et slikt lovkrav gjelder imidlertid ikke ellers i formueretten.¹⁴²⁹ Kanskje er det da mer naturlig å forstå uttalelsen slik at det som kreves for å anerkjenne ekstinksjon utenfor lovens regler om registrering, bare er et særskilt grunnlag. En slik tolkning underbygges av uttalelser i den samme proposisjonen, som åpner for ulovfestet avtaleekstinksjon under gitte omstendigheter:

«Utlegg i patent, planteforedlerrett og designrett skal registreres i registeret for den aktuelle rettighetstypen, jf. tvangsfullbyrdsloven § 7-20 niende ledd. Utleppet får rettsvern gjennom registreringen, jf. panteloven § 5-9. Registrering av utlegg

¹⁴²⁶ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 9 og Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 15.

¹⁴²⁷ Prop. 101 L (2013–2014) side 9.

¹⁴²⁸ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 14.

¹⁴²⁹ Det er kun for uregistrerte aksjer at det ser ut til å gjelde et lovkrav for avtaleekstinksjon, jf. aksjeloven § 4-13 første ledd.

medfører imidlertid ikke at eldre frivillige overdragelser eller lisenser blir ekstingvert selv om de ikke er anmeldt til registrering før utlegget. Selv om slike tilfeller ikke omfattes av kollisjonsreglene i patentloven § 44 femte ledd, planteforedlerloven § 26 annet ledd fjerde punktum, jf. patentloven § 44 femte ledd og designloven § 54 fjerde ledd, er det antatt at den som i god tro anmelder en overdragelse eller lisensutstedelse til registrering, vil ekstingvere eldre utlegg som ikke er meldt til registrering.»¹⁴³⁰

Uttalelsen åpner for at eldre uregistrerte utlegg i patent-, planteforedler- eller designrettigheter kan ekstingveres ved at en godtroende yngre erverver registrerer sin rett i det aktuelle immaterialrettsregisteret. Dette ble antatt å gjelde selv om rettsvernsreglene i henholdsvis patent-, planteforedler- og designloven ikke ga grunnlag for det.¹⁴³¹ Eldre forarbeidsuttalelser har gitt uttrykk for det samme.¹⁴³² I forbindelse med vedtakelsen av de nye pantsettelsesreglene i 2015 ble rettsvernsreglene i patent- og planteforedlerloven endret, slik at denne formen for ekstinksjon nå er lovfestet. For designrettigheter må dette derimot fortsatt bygge på et ulovfestet grunnlag. Det må da være klart at det eksisterer et visst rom for ulovfestet avtaleekstinksjon, også i immaterialretten. Dette kan i tillegg underbygges av at vindikasjonsretten ikke er lovfestet for immaterialrettighetene, slik den er for enkle gjeldsbrev og for uregistrerte aksjer, jf. gjeldsbrevloven § 25 og aksjeloven 4-13 første ledd.¹⁴³³ De nevnte forarbeidene har nok bare ment at avtaleekstinksjon krever et særskilt grunnlag på immaterialrettens område, uten at det har vært meningen å antyde at det gjelder et lovkrav. Samtidig gir forarbeidene kanskje uttrykk for at tidsprioritetsnormen har en forholdsvis sterk posisjon i immaterialretten.

En sterk immaterialrettslig tidsprioritetsnorm har bred støtte i nordisk rettslitteratur. De ulike forfatterne som har drøftet spørsmålet, synes å være samstemte om at dersom ikke noe annet er bestemt i loven, kreves det ingen særskilt rettsvernsakt for at et rettserverv skal oppnå retts-

¹⁴³⁰ Prop.101 L (2013–2014) side 9. Tilsvarende ble lagt til grunn i Lund-utredningen, jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 16, med ytterligere henvisninger.

¹⁴³¹ Tilsvarende oppfatning hos Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 15). Se også Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 74–76.

¹⁴³² Jf. Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 137–138.

¹⁴³³ Mer om ekstinksjon av uregistrerte aksjer hos Morten Kinander, «Ekstinksjon av aksjer? Om prinsipper for ekstinksjon og vindikasjon av uregistrerte aksjer» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 side 193–120.

vern.¹⁴³⁴ Dette har ledet til antakelser om at ekstinktive godtroerverv er utelukket dersom det ikke er lovfestet.¹⁴³⁵ Den generelle begrunnelsen for dette har vært at immaterialrettighetenes karakter gjør at de ikke er egnet for alminnelige rettsvernsakter som registrering, overlevering og notifikasjon. Overlevering er naturligvis ikke mulig, ettersom det ikke finnes noe fysisk objekt som kan overleveres.¹⁴³⁶ Det finnes heller ingen aktuell tredjeperson å notifisere, og notifikasjon har derfor ikke blitt ansett som noe alternativ.¹⁴³⁷ Registrering er bare mulig der det finnes et aktuelt register for rettighetsregistrering, og dette er ikke tilfellet for uregistrerte immaterialrettigheter. Kostnadene ved å opprette effektive og pålitelige rettsvernsregistre for slike rettigheter er antakelig så vesentlige at eventuelle gevinster ikke står i forhold til utgiftene.¹⁴³⁸ For uregistrerte immaterialrettigheter er det derfor vanskelig å se for seg hva en særskilt rettsvernsakt skulle gått ut på.¹⁴³⁹ Det ser ut til at disse synspunktene har fått smitte over til de registrerte immaterialrettighetene, selv om situasjonen her er en helt annen. For de registrerte immaterialrettighetene er registrene godt egnet som rettsvernsregistre. Videre er registerhjemmel godt egnet for utbygging til rettslig legitimasjon, og rettighetsregistrering er godt egnet som sikringsakt.

En sterk immaterialrettslig tidsprioritetsnorm har for øvrig også en viss støtte i rettspraksis. Skandinavisk rettslitteratur henter ofte støtte for en styrket norm i en norsk lagmannsrettsdom fra 1988.¹⁴⁴⁰ Dommen er delvis inntatt i NIR 1991 side 413, men er ikke publisert andre

¹⁴³⁴ Jf. Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 150, Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 17), Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 688, Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 343, Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kredittsikkerhet*, Göteborg 2010 side 65, Gösta Wallin, *Panträtt*, 2. opplag, Stockholm 1998 side 220–221, 266 og 269, Gunnar Thommessen, «Rettsvern for avtaler om immaterielle rettigheter» i Marianne Levin (red.), *Venebog til Mogens Køktvedgaard*, Stockholm 1993 side 313–330 (på side 317), Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 76, Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 578, Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 523, Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av uppföranderätt» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 42), Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 139 og 302, Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten II*, 2. utgave, København 1945 side 1312, samt Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 34.

¹⁴³⁵ Se for eksempel Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 150, Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 688, Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kredittsikkerhet*, Göteborg 2010 side 65, Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 76 og Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 578.

¹⁴³⁶ Se for øvrig punkt 6.9.4 nedenfor, der det redegjøres for enkelte forfattere som har forsøkt å gjøre analogier fra tingsrettens besittelseslære over til immaterialretten.

¹⁴³⁷ Se Jens Andreasson *Intellektuella resurser som kredittsikkerhet*, Göteborg 2010 side 55.

¹⁴³⁸ Se Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kredittsikkerhet*, Göteborg 2010 side 55.

¹⁴³⁹ Tilsvarende Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 324, samt Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 56.

¹⁴⁴⁰ Se for eksempel Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 150 og Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 688.

steder. Ettersom dommen er fra lagmannsretten, har den ikke rettsnormerende kraft i seg selv.¹⁴⁴¹ Etter mitt syn har dommen blitt tillagt uforholdsmessig stor vekt i rettslitteraturen, noe jeg kommer tilbake til senere. Først skal jeg redegjøre nærmere for det aktuelle saksforholdet.

Saken gjaldt blant annet et spørsmål om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser knyttet til en opphavsrett. Opphaveren Egil Korsnes hadde på oppdrag fra Salco, som drev med salg av reklameartikler, utarbeidet en logo for Salco sin kunde Papir. Etter at Papir hadde godtatt logoen, bestilte de noen promoteringsartikler fra Salco, samt kjøpte rettighetene til logoen. I ettertid begynte Papir å bruke logoen på andre promoteringsartikler enn dem de hadde kjøpt av Salco. Da Korsnes ble kjent med denne bruken, hadde Salco gått konkurs. Han henvendte seg da til Papir med krav om vederlag for overføring av rettighetene til logoen, ettersom han var i den tro at Papir ikke hadde overtatt disse rettighetene. Papir nektet å innfri kravet. Korsnes tok da ut stevning for byretten, som frifant Papir. Byretten mente logoen ikke utgjorde et åndsverk, og at Salco hadde vært berettiget til å overdra rettighetene til logoen. Korsnes anket da til Gulating lagmannsrett, som kom til et annet resultat. Lagmannsretten drøftet først om logoen utgjorde et åndsverk, noe som ble besvart bekræftende. Deretter kom lagmannsretten med følgende uttalelse:

«Dette innebærer for det første at dersom Salco A/S v/Hellebø i forhold til Korsnes var uberettiget til å overdra rettighetene til logoen til A/S Papir, så er det utelukket å ekstingvere Korsnes' rettigheter ved et godtroerverv. Opphavsrettigheter som sådan er nemlig ikke noen 'løsøretning' som kan ekstingveres etter lov om godtroerverv av løsøre av 2. juni 1978 nr. 37 § 1: jfr. Ot.prp. nr. 56 (1976-77) s. 35 andre spalte. Da det ikke kan skje noe godtroerverv, blir det avgjørende spørsmål om Korsnes har gitt Salco A/S v/Hellebø rett til å overdra rettighetene til logoen til A/S Papir.»¹⁴⁴²

Lagmannsretten mente videre at det måtte kreves relativt sikre holdepunkter for å kunne legge til grunn at Salco hadde fått adgang til å inngå bindende avtale om overdragelse av opphavsretten til Papir. Slike holdepunkter forelå etter lagmannsrettens syn ikke, og det hadde da aldri skjedd noen gyldig rettighetsovergang. På bakgrunn av dette kom lagmannsretten til at Papir måtte betale et rimelig vederlag til Korsnes for å få opphavsretten overført til seg.

¹⁴⁴¹ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 227.

¹⁴⁴² NIR 1991 side 413–416 (på side 415).

Denne dommen kan nok tolkes som et uttrykk for en generell regel om at prioriteten til rettsstiftelser i immaterialrettigheter alltid regnes fra stiftelsestidspunktet, såfremt ikke annet følger av loven. Det er imidlertid flere grunner som tilsier at rettsanvendere bør være varsomme med å trekke slike slutninger. Dommen har for det første ikke rettsnormerende kraft i seg selv. For det andre gjelder dommen en hjemmelsmannskonflikt, og det er ikke nødvendigvis slik at tilsvarende synspunkter uten videre bør anvendes på dobbeltsuksjonskonflikter. For det tredje er begrunnelsen for rettens standpunkt bare det at godtroervervsloven ikke kunne anvendes. Retten drøftet ikke om ekstinksjon kunne skje på ulovfestet grunnlag. Det at retten ikke fant grunn til å drøfte spørsmålet, kan nok brukes som argument for at ulovfestet ekstinksjon er utelukket, men etter min mening kan ikke dommen forstås slik sett i lys av dagens rettskildebilde. Reglene om ulovfestet ekstinksjon var underutviklet på dette tidspunktet, ettersom flere sentrale høyesterettsdommer på området ikke eksisterte enda.¹⁴⁴³ Videre ble dommen avsagt på et tidspunkt der immaterialrettslovgivningen kjente langt færre ekstinksjonsregler enn de gjør i dag. Rommet for ulovfestet ekstinksjon er derfor trolig større nå enn det var da denne dommen ble avsagt.

For spørsmål om dobbeltsuksjoner i immaterialretten, finnes det så vidt jeg vet ikke norsk rettspraksis. Derimot har Högsta Domstolen i Sverige behandlet slike saker, både i relasjon til omsetningsserververe og kreditorbeslag. I NJA 2009 side 695 var spørsmålet blant annet hvilket prioritetsforhold som skulle gjelde mellom to kolliderende omsetningsserverv av en designrett. Flertallet i Högsta Domstolen bygget avgjørelsen på en absolutt tidsprioritetsnorm:

«En immaterialrätt kan inte vara föremål för godtrosvörvär, inte heller vid dubbelöverlåtelse. Vid en dubbelöverlåtelse anses således den förste förvärvaren ha bättre rätt till immaterialrätten även om den senare förvärvaren var i god tro vid sitt förvärv. Eftersom det inte finns något användbart sakrättsligt moment att tillgå, utan det sakrättsliga skyddet uppstår redan genom avtalet, blir prioriteten i tid avgörande för företrädesrätten vid dubbelöverlåtelse.»¹⁴⁴⁴

Også en dom fra Högsta Domstolen inntatt i NJA 2010 side 617 har tjent til støtte for en sterk tidsprioritetsnorm.¹⁴⁴⁵ Spørsmålet her var om en hevingsklausul i en avtale om overdragelse av patenter og patentsøknader kunne gjøres gjeldende overfor erververens konkursbo. Opp-

¹⁴⁴³ Mer om denne rettspraksisen i punkt 6.8.2 nedenfor.

¹⁴⁴⁴ NJA 2009 side 695 (domskäl avsnitt 8).

¹⁴⁴⁵ Se Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 688.

finnere av en patentert solcellekonstruksjon hadde overdratt de aktuelle patentrettighetene til selskapet Texsun. Kjøpesummen var på to millioner svenske kroner, og da Texsun senere gikk konkurs, gjestod det 236 000 kroner å betale. Kjøpsavtalen inneholdt en bestemmelse om at dersom Texsun gikk konkurs, skulle oppfinneren ha rett til å si opp avtalen, med den virkning at patentrettighetene umiddelbart skulle tilbakeføres uten særskilt erstatning. Konkursboet aksepterte ikke at oppfinneren benyttet seg av denne retten, og det oppstod tvist om oppfinnerens rett skulle ha prioritet foran konkursboets beslagsrett.

Underinstansene hadde lagt til grunn at klausulen ikke kunne gis virkning overfor konkursboet, ettersom dette ville innebære en adgang til å unndra formuesgoder som ellers skulle inngått i boet. Det ble vist til at klausulen ga oppfinneren en betydelig fordel på bekostning av kreditorfellesskapet. Högsta Domstolen hadde derimot et annet syn på saken:

«När en immaterialrätt överlåts får förvärvarens rätt till immaterialrätten skydd mot överlåtarens borgenärer genom avtalet (jfr NJA 2009 s. 695 rörande dubbelöverlåtelse). Något sakrättsligt moment behöver inte tillkomma, eftersom en immaterialrätt inte kan traderas, det inte finns någon utomstående prestationspliktig att denuntiera och registrering inte föreskrivits i lag för skydd mot överlåtarens borgenärer. I analogi med detta kan det inte heller krävas något sakrättsligt moment för att en obligationsrättsligt giltig hävningsförklaring, som avgetts före utmätning eller konkurs, ska medföra en sakrättsligt skyddad återgång av immaterialrätten och således ge överlåtarens bättre rätt till immaterialrätten än förvärvarens borgenärer.»¹⁴⁴⁶

På bakgrunn av dette kom domstolen til at oppfinnerens tilbakeføringsrett måtte prioriteres, på bekostning av konkursboets beslagsrett. Dommen kan bygge opp under antagelsen om at rettsstiftelser i immaterialrettigheter oppnår rettsvern allerede på stiftelsestidspunktet, såfremt ikke noe annet er lovbestemt. Løsningen på dette konkrete tilfellet ville imidlertid blitt annerledes etter norsk rett. Oppfinnerens tilbakeføringsrett fungerte som en form for sikringsoverdragelse. I svensk rett godtas sikringsoverdragelser som alternativ til pantsettelse, og slike sikringsoverdragelser oppnår rettsvern allerede gjennom avtalen.¹⁴⁴⁷ Etter norsk rett ville nok

¹⁴⁴⁶ NJA 2010 side 617 (avsnitt 10).

¹⁴⁴⁷ Jf. Annina H. Persson, «Om pantsättning av patent och varumärke» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 68–102 (på side 83), med ytterligere henvisninger. Se også Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 366.

dette sikringsarrangementet ha blitt behandlet som en panterett, jf. Rt. 2008 side 1170.¹⁴⁴⁸ I et slikt tilfelle måtte panteretten ha blitt registrert i Patentregisteret for å kunne ha stått seg overfor konkurs.¹⁴⁴⁹ Hadde saken blitt løst etter norsk rett, ville konkursboet antakelig ha ekstingvert oppfinnerens tilbakeføringsrett. Dommen har derfor ingen overføringsverdi til norsk rett, bortsett fra å tjene som et eksempel på anvendelse av en sterk tidsprioritetsnorm.¹⁴⁵⁰

Som drøftelsen så langt viser, har en sterk tidsprioritetsnorm relativt god forankring i skandinavisk litteratur. Dette kan kanskje tale for at unntak i form av ekstinksjon krever lovhjemmel på immaterialrettens område. En slik forståelse av tidsprioritetsnormen har en viss støtte i svensk rettspraksis og norsk underrettspraksis. Proposisjonen til reglene om særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter inneholder uttalelser som kanskje kan tolkes i samme retning, men det er påfallende at den samme proposisjonen samtidig inneholder uttalelser som anerkjenner avtaleekstinksjon av uregistrerte utlegg på ulovfestet grunnlag. I rettslitteraturen har det også vært åpnet for ulovfestet avtaleekstinksjon under gitte omstendigheter, på tross av en tilsynelatende absolutt tidsprioritetsnorm.¹⁴⁵¹

6.8.1.3 Foreløpige konklusjoner

Antagelsene om at unntak fra tidsprioritetsnormen krever lovhjemmel på immaterialrettens område, synes ikke å bygge på annet enn fantasiløshet knyttet til hva en særskilt rettsvernsakt skulle ha gått ut på. Dette kan tale for en sterk (og kanskje absolutt) tidsprioritetsnorm for uregistrerte immaterialrettigheter, men har etter mitt syn ingen overføringsverdi til de registrerte immaterialrettighetene, der rettighetsregistrering er godt egnet som rettsverns- og sikringsakt, samt at registerhjemmel er godt egnet som rettslig legitimasjonsmoment. For meg er det uforståelig at en fantasiløshet knyttet til rettsvernsakten for uregistrerte immaterialrettigheter har ledet til en generell antakelse om at ekstinksjon krever lovhjemmel på immaterialrettens område. I hvert fall for de registrerte immaterialrettighetene bør utgangspunktene være de samme som ellers i formueretten. Her opererer ikke domstolene med en tilsvarende fantasiløshet som rettslitteraturen har gjort med hensyn til uregistrerte immaterial-

¹⁴⁴⁸ Se også punkt 3.2.1 ovenfor.

¹⁴⁴⁹ Jf. tinglysingsloven § 23 første ledd, som gjelder tilsvarende for rettsregistrering i patenter, jf. patentloven § 44 a fjerde ledd.

¹⁴⁵⁰ Generelt om bruk av utenlandsk rettspraksis i norsk rettsanvendelse hos Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574.

¹⁴⁵¹ Se Jens Schovsbo, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015 side 688–689, med ytterligere henvisninger.

rettigheter. I noen tilfeller har domstolene konstruert rettslig legitimasjon for konkrete tilfeller, og på denne måten anerkjent unntak fra tidsprioritetsnormen på ulovfestet grunnlag.¹⁴⁵² Da bør det heller ikke utelukkes at rettslig legitimasjon kan konstrueres også for uregistrerte immaterialrettigheter, selv om loven ikke har forhåndsdefinert noe rettslig legitimasjonsmoment.

Det er, slik jeg ser det, ikke lenger grunnlag for å opprettholde eldre antakelser om at ulovfestet avtaleekstinksjon er utelukket i immaterialretten. Disse antakelsene bygget på et sviktende rettskildegrunnlag. I tillegg inneholder forarbeidene til panteloven uttalelser som åpner for avtaleekstinksjon knyttet til immaterielle rettigheter under gitte omstendigheter. Etter mitt syn bør utgangspunktene da være de samme som ellers i formueretten, det vil si at ekstinktive godtroerverv prinsipielt ikke krever lovhjemmel. Dette underbygges av at rettsutviklingen på immaterialrettens område har beveget seg i retning av ekstinksjon, og bort fra antakelser om en absolutt tidsprioritetsnorm.¹⁴⁵³ Nye lovbestemmelser som i stadig økende grad anerkjenner ekstinksjon på immaterialrettens område, har bidratt til å plassere immaterialrettighetene innenfor alminnelige tingsrettslige rammer.¹⁴⁵⁴

Det er imidlertid viktig å understreke at selv om utgangspunktene er de samme, er ikke dette ensbetydende med at tersklene for ekstinktive resultater er de samme. På immaterialrettens område er det enkelte særlige hensyn som gjør seg gjeldende, spesielt for uregistrerte immaterialrettigheter som for eksempel opphavsrett. Slike hensyn må naturligvis vektlegges i en ekstinksjonsvurdering. Hvordan slike hensyn påvirker vurderingen, vil imidlertid variere ut fra om en ulovfestet ekstinksjonsregel bygger på lovanalogi, ekstinksjonsprinsipper eller en ulovfestet sensurnorm. Hvilket grunnlag en ulovfestet ekstinksjonsregel bygger på, vil også påvirke hvor stor grad av varsomhet som bør utvises før ekstinksjon kan anerkjennes. Disse ulike ekstinksjonsgrunnlagene blir temaet for neste drøftelse.

6.8.2 Ulike grunnlag for ulovfestet avtaleekstinksjon

6.8.2.1 Ingen ren rimelighetsvurdering

Ulovfestet ekstinksjon kan ikke bygge på rene rimelighetsvurderinger. Dette fremgår blant annet av HR-2017-2064 (avsnitt 41 og 46), der det ikke var tilstrekkelig at rene rimelighets-

¹⁴⁵² Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.8.2.4.

¹⁴⁵³ Jf. punkt 6.6 og 6.7 ovenfor.

¹⁴⁵⁴ Denne utviklingen har pågått i lang tid, og kan spores blant annet i kommissionens *Udkast til lov om patenter med begrundelse og bilag*, 1904 side 51, behandlet i Ot.prp. nr. 6 (1908) side 24.

hensyn talte for ekstinksjon.¹⁴⁵⁵ Den tapende parten i en ekstinksjonskonflikt vil som regel alltid oppleve resultatet som urimelig.¹⁴⁵⁶ Dette vil særlig være tilfellet dersom vedkommende ikke hadde noen reell mulighet til å forutberegne det aktuelle rettstapet. Hensynet til forutberegnelighet må ivaretas selv på områder for ulovfestet rett. Ekstinksjon på grunnlag av rene rimelighetsvurderinger ivaretar ikke forutberegneligheten på en tilfredsstillende måte. Omsetningsserververe har behov for å vite når deres rettsserverv er beskyttet mot kolliderende rettsstiftelser, og under hvilke omstendigheter de kan ekstingveres. Uten forutberegnelige regler om omsetning, vil omsetningslivet kunne bremses og transaksjonskostnadene økes. Vage og skjønnsbaserte regler kan også virke prosessdrivende, og kan således bidra til overbelastning av rettsapparatet og unødvendige saksomkostninger. Forutberegnelighet bidrar til at rettsreglene virker konfliktforebyggende. Svært vage og skjønnsbaserte ekstinksjonsregler kan også komme i konflikt med eiendomsvernet i EMK P1-1. Uforutberegnelige regler kan således representere brudd på Norges folkerettslige forpliktelser. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.8.4.

Omsetningshensyn kan heller ikke alene danne hjemmel for ekstinktive godtroerverv.¹⁴⁵⁷ Det kan som nevnt argumenteres for at også rettighetshaveren representerer en omsetningsinteresse. Hensynet til omsetningslivet kan på denne måten tale til fordel for begge parter, og hensynet gir da begrenset veiledning for løsning av ekstinksjonskonflikter.¹⁴⁵⁸ Spørsmål om ulovfestet ekstinksjon kan ikke løses ut fra en ren avveining av hvilken part i konflikten som representerer den mest beskyttelsesverdige omsetningsinteressen. I stedet bør løsningen ha grunnlag i et forutberegnelig og konfliktforebyggende vurderingsmønster.¹⁴⁵⁹ Dette utelukker likevel ikke at omsetningshensynet kan vektlegges i vurderingen. Et omsetningsliv uten ekstinksjonsregler er usikkert, og omsetningshensynet kan derfor være et argument for å beskytte omsetningsserververe som i god tro har disponert i tillit til en ikke-berettiget

¹⁴⁵⁵ Vurderingstemaet i dommen kan imidlertid ligne noe mer på en vurdering av om det forelå rettsstiftende omstendigheter i avtalerettslig forstand, enn det ligner en vurdering av ekstinktivt godtroerverv.

¹⁴⁵⁶ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 654.

¹⁴⁵⁷ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 717. En noe annerledes oppfatning ser ut til å finnes hos Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 side 105.

¹⁴⁵⁸ Mer om dette hos Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 31.

¹⁴⁵⁹ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 717.

avhenders legitimasjon.¹⁴⁶⁰ Omsetningshensynet bør imidlertid bare anvendes som et hensyn i en fastere vurdering basert på forhåndsdefinerte retningslinjer.

Det er ulike fremgangsmåter en rettsanvender kan benytte for å danne et ulovfestet grunnlag for ekstinktivt godtroerverv. Noen forfattere beskriver dette som en helhetsvurdering, der selve fundamentet blir rettighetshaverens unnlater. For eksempel har Maria Veia Lund beskrevet prosessen som todelt, der det først må tas stilling til om rettighetshaveren har hatt en oppfordring til å handle, og deretter må tas stilling til om rettighetshaverens unnlater er tilstrekkelige til å føre til et rettstap.¹⁴⁶¹ I en slik løsningsmodell blir det en grunnleggende ekstinksjonsforutsetning at rettighetshaveren fikk en oppfordring til å foreta seg noe for å sikre, eller skaffe klarhet omkring, sin rett.¹⁴⁶² Et eventuelt ekstinktivt resultatet blir en reaksjon mot rettighetshaverens unnlater. Slike betraktninger kommer også delvis til uttrykk hos Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, som sier det er mulig at subsumsjonen i Rt. 1992 side 352 (Sigdal) avslører et krav om «culpa light».¹⁴⁶³ Lignende oppfatninger finnes i tillegg hos Nils Nygaard.¹⁴⁶⁴

Andre forfattere har sortert ut ulike grunnlag for ulovfestede ekstiktive godtroerverv, basert på hvilken metode som benyttes for å oppstille en ulovfestet ekstinksjonsregel. Roger Stelander Magnussen har sondret mellom ulovfestet ekstinksjon som bygger på lovanalogi, allmenne ekstinksjonsprinsipper (rettsanalogi) og en ulovfestet sensurnorm. De tre rettsgrunnlagene er av noe ulik karakter, og vurderingsmønstrene blir da også forskjellige. I denne løsningsmodellen vil betydningen av rettighetshaverens unnlater variere. For ulovfestet avtaleekstinksjon gjennom lovanalogi, vil det ikke være noe minstevilkår at rettighetshaveren hadde en oppfordring til å handle, med mindre den lovbestemmelsen som potensielt skal anvendes analogisk, oppstiller dette som et vilkår. Som jeg kommer tilbake til i punkt 6.9.2, mener jeg det må finnes grunnlag for lovanalogier som åpner for avtaleekstinksjon selv i tilfeller der rettighetshaveren ikke hadde noen oppfordring til å handle annerledes enn han har gjort. Dette er bare mulig i et system der det sondres mellom avtaleekstinksjon på grunnlag av lovanalogi, ekstinksjonsprinsipper og sensur. I det følgende baserer jeg meg derfor på en slik

¹⁴⁶⁰ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstiktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 716.

¹⁴⁶¹ Se Maria Veia Lund, *Passivitet*, Oslo 2017 side 393–399.

¹⁴⁶² Se Maria Veia Lund, *Passivitet*, Oslo 2017 side 393–394.

¹⁴⁶³ Jf. Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegod» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 333).

¹⁴⁶⁴ Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004 side 286.

løsningsmodell. For ulovfestet avtaleekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper eller sensur, vil imidlertid rettighetshaverens unnlatelser stå betydelig mer sentralt. Dette kommer jeg nærmere inn på nedenfor, når jeg redegjør for de tre ulike grunnlagene som en ulovfestet regel om avtaleekstinksjon kan bygge på.

6.8.2.2 *Lovanalogi*

Ved lovanalogi overføres en regel som gjelder ett faktum til et annet faktum som i utgangspunktet ligger utenfor regelens anvendelsesområde.¹⁴⁶⁵ Rettsanvenderen lar en lovbestemmelse anvendes på et tilfelle som strengt tatt ikke omfattes av ordlyden, men der de verdiene og hensynene bestemmelsen bygger på, likevel gjør seg gjeldende.¹⁴⁶⁶ Lovanalogien har således en flytende grense mot utvidende tolkninger.¹⁴⁶⁷ Dette poenget har Knut Bergo beskrevet slik:

«Både utvidende og analogisk lovtolkning er eksempler på at en tekst – typisk en lov – anses for å stå for noe mer enn det den rent språklig sier eller var ment å si fra lovgivers side. Det kan være at HR oppfatter teksten som et utgangspunkt for løsningen av det beskrevne og lignende tilfeller, mer enn som en eksakt språklig grensedragning. Loven forstås som et paradigmeeksempel eller normativt mønster som kan brukes også i andre og lignende saker, innenfor formålets og rimelighetens og språkets fleksible grenser. Det kan variere om HR bevisst ser for seg at lovgiver ønsket en slik tilnærming til loven, men slike tanker tenkes kanskje ikke for ofte i HR. Mitt poeng er snarere at HR noen ganger *braker* lovteksten på denne måten.»¹⁴⁶⁸

Hvor mye som skal til for å anvende en lovbestemmelse analogisk, varierer ut fra ulike rettsområder og det øvrige rettskildematerialet.¹⁴⁶⁹ Et inngangsvilkår må imidlertid være at de hensynene som begrunner den aktuelle lovbestemmelsen i vesentlig utstrekning gjør seg gjeldende i tilsvarende grad for det tilfellet analogien søker å regulere.¹⁴⁷⁰ Selve analogivurderingen kan for øvrig oppstå i ulike varianter. I noen tilfeller kan analogigrunnlaget søkes

¹⁴⁶⁵ Se Bjarte Askeland, «Om analogi og abduksjon» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 side 499–547 (på side 501).

¹⁴⁶⁶ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 23 og 63–67, med ytterligere henvisninger til relevant høyesterettspraksis.

¹⁴⁶⁷ Se Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 244 og Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 132.

¹⁴⁶⁸ Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000 side 293.

¹⁴⁶⁹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 771.

¹⁴⁷⁰ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 64.

i lovgivers vilje, da ofte med forarbeidene som den sentrale rettskilden.¹⁴⁷¹ I andre tilfeller finnes grunnlaget for analogi i de hensynene loven objektivt sett bygget på.¹⁴⁷² Den ene tilnæringsmåten utelukker imidlertid ikke den andre i en pragmatisk rettstradisjon som i norsk rett.¹⁴⁷³

Det er antatt at utlegg i designrettigheter kan ekstingveres gjennom lovanalogi. Som nevnt finnes det uttalelser i pantelovens forarbeider om at godtroende avtaleervertene som registrerer sitt erverv i Designregisteret bør ekstingvere eldre uregistrerte utlegg.¹⁴⁷⁴ Forholdet omfattes ikke av ordlyden i designloven § 54, men de samme hensynene gjør seg gjeldende i vesentlig utstrekning, noe jeg kommer nærmere inn på i punkt 6.9.1.

Ettersom lovgivningen ikke tillegger immaterialrettsregistrene positiv troverdighet, kunne det kanskje vært aktuelt å anvende realregistrenes regler om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser analogisk på de immaterielle rettighetene. For eksempel kunne det vært nærliggende med analogi fra tinglysingsloven § 27, fordi ekstinksjonsreglene i patent- og plante-foredlerloven er bygget opp etter mønster fra tinglysingsloven. Det er imidlertid ikke vanlig at lovbestemte ekstinksjonsregler for ett formuesgode gis analogisk anvendelse på andre kategorier av formuesgoder.¹⁴⁷⁵ For eksempel har lagmannsretten lagt til grunn at godtroerervsloven ikke kunne anvendes analogisk på opphavsrettigheter, jf. NIR 1991 side 413.¹⁴⁷⁶ En domstol vil nok aldri anvende tinglysingsloven § 27 analogisk på immaterialrettighetene.

6.8.2.3 Ekstinksjonsprinsipper

Ekstinksjon på grunnlag av allmenne ekstinksjonsprinsipper har likhetstrekk med lovanalogi.¹⁴⁷⁷ Overgangen mellom de to kan være glidende.¹⁴⁷⁸ I begge tilfeller skapes det en ny

¹⁴⁷¹ Flertallets votum i Rt. 1997 side 645 (på side 650) kan illustrere denne subjektive fremgangsmåten. Dommen er nærmere omtalt hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroererv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 771.

¹⁴⁷² Mindretallets votum i Rt. 1997 side 645 (på side 652–653) kan illustrere denne objektive fremgangsmåten. Hans Fredrik Marthinussen mener mindretallets metodiske fremgangsmåte var mer heldig enn flertallets, jf. Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 247.

¹⁴⁷³ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroererv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 772.

¹⁴⁷⁴ Jf. punkt 6.8.1.2 ovenfor.

¹⁴⁷⁵ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroererv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 778–785 og 880.

¹⁴⁷⁶ Nærmere omtalt i punkt 6.8.1.2 ovenfor.

¹⁴⁷⁷ Roger Stelander Magnussen omtaler derfor dette som «rettsanalogi», jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroererv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 821.

¹⁴⁷⁸ Se Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 side 189–221 (på side 197–198).

rettslig regulering gjennom en form for analogi.¹⁴⁷⁹ Forskjellen er i hovedsak metodisk. I motsetning til lovanalogien, som overfører en regel som gjelder ett faktum til et annet faktum utenfor regelens anvendelsesområde, innebærer ekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper at en ekstinksjonsregel deduseres fra et generelt prinsipp på et høyere nivå. En måte slike ekstinksjonsprinsipper typisk identifiseres på, er å ta utgangspunkt i et sett med etablerte regler (enten lovfestede eller ulovfestede), som induseres til et rettslig prinsipp som igjen deduseres til en regel som kan anvendes på det faktumet rettsanvenderen står overfor.¹⁴⁸⁰ Alternativt kan det tenkes at ekstinksjonsprinsippene eksisterer på forhånd, og at de ulike lovbestemmelsene derfor er kasuistiske utslag av forhåndsgitte prinsipper.¹⁴⁸¹ Valget av betraktningssform har nok ingen materiellrettslig betydning. Poenget er at ekstinksjonsprinsippene har et høyere generaliseringsnivå enn ren lovanalogi.¹⁴⁸²

Selv om det ikke er vanlig å anvende ekstinksjonsbestemmelser for ett formuesgode analogisk på et annet, kan likevel de prinsippene bestemmelsene bygger på, være aktuelle for analogisk anvendelse på tvers av formuesgodekategoriene.¹⁴⁸³ Disse prinsippene kommer til anvendelse der ekstinksjonskonflikter hverken kan løses etter lovfestet rett, gjennom lovanalogi eller gjennom etablerte ulovfestede regler. De eksisterer i et område mellom generelle regler og individuelle avveiningsresultater.

Grunnlaget for ekstinksjonsprinsippene er komplekst og sammensatt. I utgangspunktet bygger de på undersøkelser av flere enkeltregler, som først og fremst kommer til uttrykk gjennom lovgivningen.¹⁴⁸⁴ Grunnleggende elementer som går igjen i disse ekstinksjonsreglene, kombinert med de sentrale hensyn som lovgivningen bygger på, kan generaliseres til mer allmenne prinsipper, som igjen kan anvendes utenfor de tilfellene enkeltreglene omfatter. Slike prinsipper identifiseres gjerne gjennom teoretisk rettsvitenskapelig analyse, og juridisk

¹⁴⁷⁹ Se Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 243–244.

¹⁴⁸⁰ Se Bjarte Askeland, «Om analogi og abduksjon» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 side 499–547 (på side 501–502). Se for øvrig også Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 174–178 og Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 side 189–221 (på side 197).

¹⁴⁸¹ Generelt om dette hos Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 162–165. Se for øvrig også Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 825–827.

¹⁴⁸² Se Maria Veia Lund, *Passivitet*, Oslo 2017 side 69.

¹⁴⁸³ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 819–821.

¹⁴⁸⁴ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 825–827.

litteratur kan således ha en viktig støttefunksjon med hensyn til systematisering av materien.¹⁴⁸⁵

Induksjon og generalisering har sammenheng med koherens- og systembetraktninger. Rettsanvendere vil gjerne søke etter systemer i enkeltelementer fra lovfestet rett eller etablerte ulovfestede regler.¹⁴⁸⁶ Når slike systemer oppdages, kan de virke veiledende for rettsanvenderes forståelse av rettsstilstanden. Rettsanvendere som oppdager systemer i lovfestede ekstinksjonsregler, kan bli påvirket av disse systemene i sine fremtidige argumentasjonsmønstre. Ved at løsninger søkes i eksisterende mønstre, ivaretas til en viss grad også forutberegnelighetshensyn.¹⁴⁸⁷

Det finnes flere eksempler på at Høyesterett følger dette tankemønsteret, blant annet Rt. 1956 side 1219. Her var ett av spørsmålene om en avtaleerverver hadde ekstingvert en eldre pantrett i en personbil. Selskapet Johnsen & Sønn hadde stilt tingsinnbegrepspant etter gammel pantelovgivning. Egil Johnsen eide sammen med sønnen Per Johnsen hver sin halvpart av selskapet. Etter at Per Johnsen hadde overdratt sin halvdel av selskapet til hustruen, hadde han en feilaktig oppfatning om at han selv eide en av selskapets personbiler, ettersom han selv stod oppført som eier i politiets motorvognregister. Bilen var imidlertid eid av selskapet, og inngikk i tingsinnbegrepspantet. Etter overdragelsen hadde Per Johnsen nektet å gi salgsmelding til politiet for å få registrert overdragelsen i motorvognregisteret, og han hadde nektet å gi fra seg bilens nøkler.¹⁴⁸⁸ Senere solgte han bilen videre til Ole Christiansen, og da selskapet gikk konkurs, oppstod det tvist mellom pantnaver og Christiansen om hvem som hadde rett til bilen.

De mest sentrale momentene i Høyesteretts vurdering var legitimasjon og god tro. Motorvognregisteret var ikke tillagt rettslig troverdighet for det aktuelle tilfellet, og godtroervervsloven eksisterte enda ikke. Høyesterett kom likevel til at registerets faktiske troverdighet kunne bygges ut til en rettslig troverdighet for det konkrete tilfellet:

¹⁴⁸⁵ Se Hans Petter Graver, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 side 189–221 (på side 201).

¹⁴⁸⁶ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 821.

¹⁴⁸⁷ Generelt om argumentasjonsmønstre hos Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014 side 34–43.

¹⁴⁸⁸ Se Rt. 1956 side 1219 (på side 1222).

«Bilregisteret er ikke tillagt offentlig troverdighet i den forstand at det til enhver tid viser det sanne eierforhold. Det er således opplyst at ved kjøp på avbetaling er det avbetalingskjøperen som blir innført som eier, uten at det gis noen anmerkning i registeret om at bilen var kjøpt på leiekontrakt. Men heller ikke utenfor disse tilfelle vil det kunne oppstilles en alminnelig regel om at kjøperen av en brukt bil kan bygge på registerets utvisende om eierforholdet. Det er imidlertid i denne sak til stede helt ekstraordinære forhold, som ga en særlig foranledning for firmaet til å sørge for at Egil Johnsen ble strøket av registeret eller at dette i hvert fall ga uttrykk for at firmaet anså seg som rette eier. Firmaet hadde også grunn til å treffe andre foranstaltninger med sikte på å hindre Johnsen fra å selge bilen.»¹⁴⁸⁹

Av sitatet fremgår det at rettighetshaverens unnlatelser av å treffe foranstaltninger for å frata den uberettigede avhenderen hans legitimasjon, var et forhold som talte i retning av ekstinksjon. Ettersom ekstinksjonspretendenten utvilsomt hadde vært i god tro, konkluderte Høyesterett med at vedkommende hadde ekstingvert den eldre panteretten. Selv om domspremissene ikke inneholdt noen uttrykkelige henvisninger til lovfestede ekstinksjonsregler, fremgår det klart nok at vurderingen bygget på det samme mønsteret som lovfestede regler, med legitimasjon og god tro som to hovedelementer. Domspremissene indikerer imidlertid også at ekstinksjon til dels var et utslag av uaktsom passivitet hos rettighetshaveren.

Et lignende vurderingsmønster fremgår av Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus). Denne dommen er imidlertid et eksempel på at Høyesterett ikke kom helt i mål med prinsippavvendelsen, og derfor måtte over i en sensurargumentasjon. Utgangspunktet for rettens vurdering synes likevel å være utledet fra alminnelige prinsipper induisert fra det positive rettskildematerialet. Saken gjaldt spørsmål om ulovfestet avtaleekstinksjon av retten til en hytte, og vurderingstemaet ble formulert slik:

«Avgjørelsen av om det her er grunnlag for ulovfestet godtroerverv, må dels bero på om avhenderen, Norske Fritidshus A/S, hadde et slikt ytre preg av å være rette vedkommende at firmaet kunne anses legitimert til å råde rettslig over hytta, dels på om erververen, Almarine, har vært i aktsom god tro. Når det ikke kan bygges på

¹⁴⁸⁹ Rt. 1956 side 1219 (på side 1221).

lovfestede legitimasjonsvilkår, vil imidlertid disse spørsmålene i noen grad flyte over i hverandre.»¹⁴⁹⁰

Selv om det formulerte vurderingstemaet er vagere enn det som formuleres i lovfestede ekstinksjonsregler, gir henvisningen til legitimasjon og god tro uttrykk for at de prinsipielle utgangspunktene er de samme som etter lovfestet rett. Høyesterett fulgte imidlertid ikke prinsippanvendelsen fullt ut. Saken kunne ikke løses ved å bygge ut etablerte legitimasjonsvilkår. I stedet måtte Høyesterett konstruere en ny type legitimasjon. Dette kan være mer naturlig å anse som anvendelse av en ulovfestet sensurnorm fremfor anvendelse av ekstinksjonsprinsipper.¹⁴⁹¹ Jeg kommer tilbake til dommens sensurelementer i punkt 6.8.2.4. Utgangspunktet for vurderingen kan likevel betraktes som et eksempel på indusering fra enkeltregler til allmenne ekstinksjonsprinsipper, på samme måte som Rt. 1956 side 1219. Ulovfestet ekstinksjon gjennom allmenne prinsipper opererer på denne måten med tilsvarende grunnvilkår som de lovfestede ekstinksjonsreglene.¹⁴⁹² Ekstinksjonsprinsippene skiller seg imidlertid ut ved at en legitimasjonsform må tillegges flere rettsvirkninger enn det som følger av loven.

I punkt 6.7 beskrev jeg flere lovfestede ekstinksjonsregler for immaterialrettigheter. Disse inneholder fire ekstinksjonsvilkår, som tilsvarer vilkårene for lovfestet ekstinksjon av andre typer formuesgoder: Erververens rett må bygge på et gyldig grunnlag, vedkommende må være i aktsom god tro, avhenderen må være legitimert og erververen må ha gjennomført en sikringsakt, jf. patentloven § 44 a første og tredje ledd, jf. patentloven § 44, og designloven § 54 fjerde ledd. Vilkårene er basert på lovgivers avveininger av de hensynene som gjør seg gjeldende på dette rettsområdet. Dersom ekstinksjonsprinsippene skal kunne supplere lovfestet rett, bør dette skje i forlengelsen av lovgivers legislative interesseavveining.¹⁴⁹³ De fire vilkårene som fremgår av lovens regler om ekstinktive godtroerverv, danner derfor et naturlig utgangspunkt for vurderingen av ulovfestet ekstinksjon i immaterialretten. For eksempel bør vilkåret om at ekstinksjonspretendentens rett må bygge på et gyldig grunnlag, også gjelde for ulovfestet ekstinksjon. Det er ingen grunn til å beskytte ugyldige disposisjoner på bekostning av gyldige disposisjoner.

¹⁴⁹⁰ Rt. 1986 side 1210 (på side 1217).

¹⁴⁹¹ Mer om den ulovfestede sensurnormen under punkt 6.8.2.4 nedenfor.

¹⁴⁹² Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 876.

¹⁴⁹³ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 828.

Etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) er det noe uklart om aktsom god tro er et absolutt vilkår for ulovfestet ekstinksjon.¹⁴⁹⁴ Her hadde en av flere sameiere foretatt en fullstendig rehabilitering av en hytte, og vant frem med krav om å være eneeier, selv om han hadde vært fullstendig klar over de andre sameiernes rett. Dette samsvarer dårlig med ekstinksjonsprinsippene. I utgangspunktet er det ingen grunn til å beskytte rettighetshavere som var, eller burde ha vært, kjent med at deres rettserverv kolliderte med en eldre rettsstiftelse.¹⁴⁹⁵ Patentloven § 44 a tredje ledd sier registrering i Patentregisteret ikke kan ha ekstinksjonsvirkninger overfor eldre rettserverv «dersom den yngre rett hviler på et frivillig rettserverv og erververen da kravet om anmerkning ble mottatt hos Patentstyret kjente eller burde kjenne til den eldre rett». Bestemmelsen gjelder tilsvarende for rettighetsregistrering i Plantesortregisteret, jf. planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum. Det samme gjelder rettighetsregistrering i Løsøreregisteret og Designregisteret, jf. henholdsvis tinglysingsloven § 21 første ledd, jf. § 34 tredje ledd, og designloven § 54 fjerde ledd. Lovgivningen gir på denne måten klart nok uttrykk for at det bør gjelde et krav om god tro for at avtaleekstinksjon skal være aktuelt for immaterialrettigheter. Etter Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) kan det kanskje ikke utelukkes at unntak fra god tro-kravet kan komme på tale, men dette må nok i så fall betraktes som anvendelse av en ulovfestet sensurnorm fremfor ekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper. Sensurnormen kommer jeg tilbake til i punkt 6.8.2.4. For ulovfestet ekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper må nok aktsom god tro være et minstevilkår, slik det er for de lovfestede ekstinksjonsreglene. Muligens er aktsomhetsnormen noe strengere ved ulovfestet enn ved lovfestet ekstinksjon.¹⁴⁹⁶

Avtaleekstinksjon på grunnlag av ekstinksjonsprinsipper forutsetter også at den ikkeberettigede avhenderen fremstod som legitimert til å disponere på den måten han gjorde. Erververens gode tro bygger ofte på avhenderens faktiske legitimasjon, og på denne måten er det en klar sammenheng mellom legitimasjon og god tro.¹⁴⁹⁷ Legitimasjonen har også en side mot erververens mulighet til å gjennomføre en sikringsakt. Dersom den aktuelle legitimasjonen følger av registerhjemmel, er erververen gjerne avhengig av den hjemmelshavendes medvirkning for å få registrert sitt rettserverv. For eksempel må

¹⁴⁹⁴ Mer om denne dommen under punkt 6.8.2.4 nedenfor.

¹⁴⁹⁵ Se Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 325–327). En generell beskrivelse av de legislative hensynene bak god tro som ekstinksjonsvilkår, finnes hos Aage Thor Falkanger, *God tro*, Oslo 1999 side 43–55.

¹⁴⁹⁶ Se for eksempel RG 2001 side 82 (Frostating). Se for øvrig også Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 326).

¹⁴⁹⁷ Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 31.

pantsettelse dokumenteres for å kunne registreres i Patentregisteret, jf. patentloven § 44 tredje ledd tredje punktum. Det må herunder dokumenteres at eieren av patentet har samtykket til pantsettelsen. Ifølge bestemmelsens fjerde punktum skal Patentstyret bygge på at den som er oppført som innehaver i Patentregisteret, har rett til å samtykke, med mindre det foreligger klare holdepunkter for noe annet. Som hovedregel må dermed den registrerte hjemmelshaveren samtykke for at en panthaver skal kunne registrere sin panterett. At pantsetter er legitimert gjennom registerhjemmel, blir således en forutsetning for at panthaveren skal kunne gjennomføre en sikringsakt.

Ekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper tar sikte på å bygge ut rettsvirkningene til en type omstendighet som lovgivningen allerede tillegger legitimasjonsvirkninger. Dette forutsetter at lovgivningen har identifisert en type faktisk legitimasjon, og gjort dette til en form for rettslig legitimasjon. For patent-, planteforedler- og designrettigheter er det lovbestemt at registerhjemmel gir legitimasjon med en viss rettslig troverdighet.¹⁴⁹⁸ Dette er også foreslått lovfestet for varemerkerettigheter. De lovfestede legitimasjonsvirkningene er imidlertid begrenset. Som nevnt kan det ikke utledes noen positiv troverdighet av lovgivningen.¹⁴⁹⁹ Ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser befinner seg således utenfor lovfestede legitimasjonsreglers rekkevidde. Hvorvidt en ekstinksjonsløsning likevel kan være aktuelt, kommer jeg tilbake til i punkt 6.9.6.

Det er ikke alene tilstrekkelig å oppfylle minstevilkårene om gyldig grunnlag, legitimasjon, god tro og gjennomføring av en sikringsakt. For ulovfestet avtaleekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper, må det i tillegg foretas en helhetsvurdering.¹⁵⁰⁰ Det må foreligge en interesseovervekt i ekstinksjonspretendentens favør.¹⁵⁰¹ I denne vurderingen vil flere momenter være av betydning, særlig momenter som lovgiver har vektlagt ved utformingen av lovfestede ekstinksjonsregler. Lovgivningen har blant annet tatt hensyn til i hvilken grad rettighetshaveren hadde kontroll over avhenderens legitimasjon. Ekstinksjon er gjerne utelukket dersom rettighetshaveren ikke hadde anledning til å avverge at en ikke-berettiget avhender fremstod som legitimert, jf. for eksempel tinglysingsloven § 27 andre ledd og godtroervervsloven § 2 første ledd. Bakgrunnen for avhenderens legitimasjon er derfor noe

¹⁴⁹⁸ Jf. punkt 6.6 ovenfor.

¹⁴⁹⁹ Jf. punkt 6.6.4 ovenfor.

¹⁵⁰⁰ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 824.

¹⁵⁰¹ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 843.

som bør tillegges betydelig vekt i en ekstinksjonsvurdering, også utenfor de lovfestede tilfellene.¹⁵⁰² Om rettighetshaveren kan bebreides for at ekstinksjonskonflikten oppstod, vil dette være et moment som taler sterkt i retning av ekstinksjon. En parallell kan trekkes til forarbeidene til godtroervervsloven. Selv om godtroervervsloven § 2 første ledd sier godtroerverv etter § 1 ikke blir aktuelt dersom avhenderens besittelse skyldes «tyveri, brukstyveri, ran eller annen vold eller trusel om vold», åpner forarbeidene for at godtroerverv likevel kan komme på tale dersom rettighetshaveren har opptrådt «meget klanderverdig eller direkte uredelig».¹⁵⁰³ Lignende synspunkter må kunne anvendes også for andre tilfeller der lovfestede regler ikke åpner for ekstinktvt godtroerverv.¹⁵⁰⁴

Det er likevel ikke noe vilkår for ekstinksjon at rettighetshaveren kan klandres. Ingen lovbestemte godtroervervsregler oppstiller krav om at rettighetshaveren må ha opptrådt uaktsomt, klanderverdig eller lignende. En vurdering av ulovfestet avtaleekstinksjon inneholder gjerne fremtredende elementer av bebreidelser, men det er ingen ekstinksjonsforutsetning at disse elementene kan klassifiseres som uaktsomhet eller klanderverdig opptreden. Dette fremgår for eksempel av Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217), der retten presiserte at det i den samlede vurderingen ville ha «betydning i hvilken utstrekning Norske Fjellhus A/S kan bebreides for å ha lagt forholdene til rette for at konflikten oppstod». Bebreidelser ble her ansett som et moment i en helhetsvurdering, ikke som et selvstendig ekstinksjonsvilkår. Det samme var tilfellet i Rt. 1992 side 352 (Sigdal). Mindretallet i Høyesterett hadde lagt til grunn at det var et minstevilkår for at rette eier på ulovfestet grunnlag kunne miste eiendomsretten ved passivitet, at han kunne bebreides for ikke å ha grepet inn tidligere. Etter flertallets syn kunne «dette ikke oppstilles som et ubetinget vilkår» i tilfeller der «saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlattelse av å foreta seg noe, rettsvirkning».¹⁵⁰⁵

I tillegg kan det legges vekt på forhold på ekstinksjonspretendentens side. Her er særlig innrettelse og foretatte investeringer relevante omstendigheter som kan tale for ekstinksjon.¹⁵⁰⁶ Disse momentene var særlig fremtredende i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya). Dommen gjaldt et

¹⁵⁰² Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 255.

¹⁵⁰³ Jf. Ot.prp. nr. 56 (1976–1977) side 45. Se også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 255.

¹⁵⁰⁴ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 255.

¹⁵⁰⁵ Jf. Rt. 1992 side 352 (Sigdal) (på side 356).

¹⁵⁰⁶ Jf. også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 255 og Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 844. Se for øvrig også Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 333–334).

tilfelle som kanskje er mest naturlig å betrakte som et preskriptivt godtroerverv, men innrettelse- og investeringshensyn vil like fullt være relevante momenter i en avsluttende helhetsvurdering av ulovfestet avtaleekstinksjon. Det kan også være relevant å legge vekt på hvilket resultat som i det konkrete tilfellet medfører minst skadelige ringvirkninger. Dette vurderings-temaet er et lovfestet vilkår i tinglysingsloven § 25 bokstav c, men utenfor bestemmelsens virkeområde, vil temaet være et relevant moment i en helhetsvurdering.¹⁵⁰⁷

6.8.2.4 *Sensurnormen*

For uregistrerte immaterialrettigheter eksisterer det ikke noe legitimerende moment som lovgivningen har tillagt legitimasjonsvirkninger.¹⁵⁰⁸ Det er da ikke mulig å bygge ut rettsvirkningene gjennom ekstinksjonsprinsipper. På denne måten går det et viktig skille mellom de uregistrerte immaterialrettighetene opphavsrett, kretsmønsterrett og innarbeidet varemerke, og de registrerte immaterialrettighetene patent-, planteforedler- og designrett, og etter hvert også registrerte varemerkerettigheter. Rettighetskollisjoner knyttet til uregistrerte immaterialrettigheter passer ikke inn i mønstre fra hverken lovfestede eller etablerte ulovfestede ekstinksjonsregler, ettersom lovfestede legitimasjonsvilkår ikke er anvendelige. Dette utelukker imidlertid ikke at det kan oppstå tilfeller der tungtveiende interesser taler for ekstinksjon. Det kan også oppstå tilfeller som befinner seg i et grenseland mellom avtaleekstinksjon og preskriptivt godtroerverv, slik at etablerte mønstre ikke lenger er egnet til å løse konfliktene. Preskriptive godtroerverv skiller seg fra avtaleekstinksjon ved at rette eiers passivitet og ekstinksjonspretendentens investeringer står i forgrunnen, jf. Rt. 2015 side 1157 (Fårøya).¹⁵⁰⁹ Hverken lovfestet eller etablert ulovfestet rett inneholder regler om preskriptive godtroerverv av immaterielle rettigheter. Her må ekstinksjonsgrunnlaget heller søkes i en ulovfestet sensurnorm. Denne sensurnormen blir temaet i det følgende.

Den klare hovedregelen for de nevnte tilfellene må være at ekstinksjon er utelukket. Forholdet kan betraktes slik at antitesen fra etablerte regler og allmenne ekstinksjonsprinsipper i utgangspunktet regulerer ekstinksjonsspørsmålet.¹⁵¹⁰ Dersom dette vil føre til klart urimelige resultater, kan det imidlertid bli tale om å anvende en sensurnorm for å korrigere den

¹⁵⁰⁷ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 844.

¹⁵⁰⁸ Det har imidlertid blitt forsøkt å analogisere fra besittelseslæren for løsøreobjekter, noe jeg kommer tilbake til under punkt 6.9.4 nedenfor.

¹⁵⁰⁹ Se også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 251, som etter mitt syn trekker denne dommens betydning litt for langt med hensyn til spørsmålet om ulovfestet avtaleekstinksjon.

¹⁵¹⁰ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 870–873.

urimeligheten som ellers ville oppstått. Rettslige verdier kan skape et rom for normdannelse i strid med de etablerte reglenes antitesefelt.¹⁵¹¹ Utgangspunktene vil likevel normalt finnes i de allmenne ekstinksjonsprinsippene, og grensen mot sensur er således ikke sylskarp.¹⁵¹² Sensurnormens virkeområde er de tilfellene der rettsanvenderen ikke kommer helt i mål hverken med lovfestet rett, lovanalogi eller ved anvendelse av allmenne ekstinksjonsprinsipper.

Dommene i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus), Rt. 1992 side 352 (Sigdal) og Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) kan alle tolkes slik at de omhandler ulovfestet ekstinksjon som en sensurnorm. Felles for disse dommene er at de i større eller mindre grad bryter med systemet fra etablerte ekstinksjonsregler. Sjur Brækhus var nok først ute med å beskrive resultatene i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) og Rt. 1992 side 352 (Sigdal) som utslag av en ulovfestet tingsrettslig sensurregel:

«Med disse to dommene har HR gitt domstolene hjemmel for å utøve en viss korrektur hvor de lovfestede omsetningsregler for fast eiendom fører til klart ubillige resultater. Det foreligger for så vidt en tingsrettslig parallell til den avtalerettslige sensurregel i avtalel. § 36. Den motsetning mellom skjønn og regel som disse regler bringer i fokus, og den rettsusikkerhet som slike skjønnsregler fører med seg, synes å være særlig fremtredende når det gjelder den tingsrettslige variant. Her dreier det seg på den ene siden om et relativt presist regelsystem, og på den annen siden en skjønnsregel som foreløpig bare kan bygges på to HR-dommer, hvorav den ene er avsagt under maksimal dissens.»¹⁵¹³

I etterkant har særlig også Roger Stelander Magnussen fremhevet sensurelementene i disse to dommene.¹⁵¹⁴ Denne typen sensur kan forekomme i en rekke ulike varianter, som det trolig ikke er mulig å gi noen uttømmende beskrivelse av. Det er foreløpig relativt uklart hva som kreves for at denne typen sensur skal bli aktuelt. Magnussen omtaler normen som en «ung sensurnorm i støpeskjeen».¹⁵¹⁵

¹⁵¹¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 872–873.

¹⁵¹² Jf. særlig Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus).

¹⁵¹³ Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 219.

¹⁵¹⁴ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 869. Rt. 2015 side 1157 er nyere enn Magnussens avhandling.

¹⁵¹⁵ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 868.

En nærmere undersøkelse av de nevnte dommene kan likevel bidra med en viss veiledning for rettsanvendere som skal vurdere ulovfestet ekstinksjon. Selv om samtlige dommer gjaldt fast eiendom, gir de uttrykk for tingsrettslige grunnprinsipper som også bør få betydning for ekstinksjonsspørsmål i immaterialretten.¹⁵¹⁶ Som allerede nevnt, er rettsverns- og ekstinksjonsreglene for registrerte immaterialrettigheter langt på vei bygget opp på samme måte som tinglysingsloven. I utgangspunktet er det derfor ikke særlig store forskjeller mellom det å anerkjenne ekstinksjon uavhengig av tinglysingsloven, og det å anerkjenne ekstinksjon utenfor rettsverns- og ekstinksjonsreglene for registrerte immaterialrettigheter.

For uregistrerte immaterialrettigheter som opphavsrett, kretsmønsterrett og innarbeidet varemerke, kan det være større grunn til tilbakeholdenhet med å anvende en lignende sensurnorm som for fast eiendom. Problemet er at det ikke eksisterer noe predefinert legitimasjonsmoment for slike immaterialrettigheter. Rettslig legitimasjon må da konstrueres individuelt. Legitimasjonsbetraktninger kan fortsatt være relevante, men på en annen måte enn i tilfeller der lovgivningen har forhåndsbestemt hvilke faktiske forhold som kan danne en rettslig legitimasjon. For øvrig kan den pragmatiske tilnærmingen Høyesterett har vist når de står overfor ekstinksjonsspørsmål, tyde på at rettsanvendere ikke bør utelukke at en ekstinksjonsvurdering også kan ha andre dreiepunkter enn legitimasjon og god tro. Det kan i stedet bli aktuelt å knytte en ekstinksjonsvurdering opp mot passivitet, innrettelse og foretatte investeringer der forhåndsdefinerte legitimasjonsmomenter ikke er anvendelige.

Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) er den viktigste høyesterettsdommen om ulovfestet avtaleekstinksjon. Dommen har også blitt ansett som den mest instruktive om vilkårene for ulovfestet ekstinksjon i norsk rett.¹⁵¹⁷ Saken gjaldt spørsmål om avtaleekstinksjon i en hjemmelsmannskonflikt knyttet til fast eiendom, der de potensielle ekstinksjonssvirkningene ikke kunne bygge på lovfestede legitimasjonsregler.

Hytteprodusenten Norske Fjellhus hadde inngått en samarbeidsavtale med en grunneier og et eiendomskontor om utbygging av et hyttefelt. Fjellhus skulle opparbeide arealet og bygge hyttene, grunneieren skulle feste bort tomter og eiendomskontoret skulle skaffe kapital og forestå salg av hyttene med tilhørende festekontrakter. Ole Johansen var daglig leder i selskapet Norske Fritidshus, og hadde anmodet Fjellhus om å få selge de oppførte hyttene.

¹⁵¹⁶ Jf. punkt 6.2 ovenfor.

¹⁵¹⁷ Se Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 324).

Fjellhus avsto, men Johansen fikk i stedet tilbud om å kjøpe hytte mot kontant betaling på linje med andre kjøpere. I den forbindelse fikk Johansen med seg beskrivelser, tegninger og kopi av en ikke-utfylt festekontrakt. Før Johansen hadde kjøpt noen hytte av Fjellhus, annonserte Fritidshus med hytter til salgs på det aktuelle hyttefeltet. Stiftelsen Almarine viste interesse for en av hyttene. Johansen forestod visning etter at han hadde hentet nøkler hos Fjellhus, både til den aktuelle hytten og til kjettingen som sperret veien til hyttefeltet. Almarine kjøpte deretter hytten av Fritidshus, og grunneieren bidro slik at Almarine fikk registrert en festekontrakt i Grunnboken. I mellomtiden hadde det blitt inngått en kjøpekontrakt mellom Fjellhus og Fritidshus om salg av den aktuelle hytten, men Fritidshus gjorde aldri opp kjøpesummen, og det ble etter hvert klart at selskapet var ute av stand til å betale. Innbetalingen fra Almarine hadde gått med til andre formål. Det oppstod da tvist mellom Fjellhus og Almarine om hvem som var rette eier av hytten.

Almarine kunne ikke bygge godtroerverv på reglene i tinglysningsloven eller godtroervervsloven. Det var grunneieren som hadde registerhjemmel, og hverken Fjellhus eller Fritidshus var utstyrt med rettslig legitimasjon i henhold til loven. Spørsmålet var om Almarine likevel kunne ekstingvere på ulovfestet grunnlag. Rent prinsipielt mente Høyesterett at det eksisterte en mulighet for slik ekstinksjon:

«Jeg vil ikke utelukke at det etter omstendighetene kan være plass for ekstinkt godtroerverv av fast eiendom på ulovfestet grunnlag, men det skal etter min mening i alle fall sterke grunner til for å godta slikt erverv uavhengig av tinglysningsreglene.»¹⁵¹⁸

I den videre vurderingen tok Høyesterett som nevnt utgangspunkt i mønstre fra positiv rett, i form av legitimasjon og god tro. Det spesielle med saken var imidlertid at de faktiske omstendighetene som eventuelt skulle tillegges legitimasjonsvirkninger, måtte være andre omstendigheter enn dem som var gitt legitimasjonsvirkninger etter positiv rett. Dette forholdet gjorde at saken måtte løses ved anvendelse av en ulovfestet sensurnorm, fremfor allmenne ekstinksjonsprinsipper. Legitimasjonen måtte konstrueres, og tilfellet befinner seg da lenger

¹⁵¹⁸ Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217).

unna positiv rett enn det ekstinksjonsprinsippene gjør.¹⁵¹⁹ Dommen bryter med systemet fra etablerte regler.

Almarine vant ikke frem med sitt krav i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus). Dette skyltes hovedsakelig at Almarine ifølge Høyesterett burde ha gjort mer for å undersøke hjemmelsforholdene, og at de undersøkelserne som hadde blitt gjort var uegnet til å kontrollere hvilken rett Fritidshus egentlig hadde til å råde over hytten.¹⁵²⁰ Saken fikk således ikke et ekstinkt utfall.

Dommen etablerer likevel et mulighetsrom, der en konkret legitimasjon kan konstrueres basert på en normativ vurdering av det individuelle tilfellet.¹⁵²¹ På denne måten kan ulovfestet ekstinksjon kanskje bli aktuelt også for immaterialrettigheter der legitimasjon ikke kan følge av registerhjemmel, slik som opphavsrett, innarbeidet varemerke og kretsmønsterrett. I spesielle tilfeller kan det tenkes at faktiske omstendigheter tillegges legitimasjonsvirkninger også der det ikke eksisterer noe generelt legitimerende moment.

For registrerte immaterialrettigheter må det utvises varsomhet med å konstruere andre former for legitimasjon enn registerhjemmel. Konstruert legitimasjon bidrar til å svekke registrenes troverdighet, i motsetning til det å bygge ut registerhjemmelens legitimasjonsvirkninger gjennom lovanalogi eller ekstinksjonsprinsipper, som styrker rettighetsregistrenes troverdighet.¹⁵²² På denne måten kan konstruert legitimasjon skaper en usikkerhet som igjen kan virke skadelig for omsetningslivet.¹⁵²³ Derfor bør det bare være en marginal adgang til å konstruere en type rettslig legitimasjon av en annen type enn den etablert rett tillegger legitimasjonsvirkninger. Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) viser imidlertid at det eksisterer en viss mulighet.

Rt. 1992 side 352 (Sigdal) er en annen sentral dom om ekstinksjon på grunnlag av sensur. Saken gjaldt tvist om eiendomsretten til fire bebygde hyttetomter, der hyttene etter lang tid viste seg å være oppført på fremmed grunn. Den angivelige grunneieren Knut Besserud, og

¹⁵¹⁹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 876.

¹⁵²⁰ Se Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1218).

¹⁵²¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 886.

¹⁵²² Se punkt 6.8.2.3 ovenfor.

¹⁵²³ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 889.

senere hans sønn Lars Olaf Besserud, hadde solgt hyttetomtene fra gårdsnummer 142. De aktuelle tomtene hadde blitt fradelt, fradelingen tinglyst, skjøter utferdiget og hytter oppført. Hyttene hadde blitt brukt i en årrekke, og hadde til dels også blitt overdratt til nye eiere. Etter en stund viste det seg imidlertid at det hadde blitt påvist feil grense mellom gårdsnummer 142 og 143. Besserud hadde solgt hyttetomter som befant seg et stykke inn på naboeiendommen. Den riktige grensen hadde blitt fastlagt i en eldre utskiftningsforretning. Eieren av gårdsnummer 143, Hans Olav Kolbjørnsrud, hadde ervervet eiendommen etter sine foreldre. Besserud hadde da påvist den uriktige grensen overfor ham, og denne grensen hadde blitt akseptert av Kolbjørnsrud uten at han undersøkte utskiftningen, som han for øvrig hadde i sin besittelse. Etter at det viste seg at den påviste grensen var feil, gjorde Kolbjørnsen krav på hyttetomtene overfor eierne som hadde ervervet dem fra Besserud.

Selv om hytteeierne hadde vært i aktsom god tro, hadde de ikke sittet med eiendommene i hevdstid, og hevd var således uaktuelt. Med henvisning til Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus), uttalte Høyesterett at det ikke var utelukket at ekstinksjon kunne anerkjennes på ulovfestet grunnlag, men at det i så fall måtte kreves «sterke grunner». Så langt var det enighet blant dommerne i Høyesterett. Retten delte seg imidlertid med hensyn til hvorvidt hytteeierne hadde ekstingvert eiendomsretten til tomtene i det aktuelle tilfellet. Uenigheten knyttet seg til betydningen av forhold på rettighetshaverens side. Annenvoterende, som representerte flertallet, uttalte i den forbindelse blant annet følgende:

«Jeg er enig med førstvoterende i at det må kreves sterke grunner for å godta ekstinktivt erverv av fast eiendom uavhengig av de lovfestede ordninger, tinglysning og hevd. Det fremgår av førstvoterendes votum at han i likhet med lagmannsretten mener at det er et minimumsvilkår for at rette eier på ulovfestet grunnlag kan miste eiendomsretten ved passivitet, at han kan bebreides for at han ikke grep inn tidligere. Etter mitt syn kan dette ikke oppstilles som et ubetinget vilkår, dersom saksforholdet likevel er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlåtelse av å foreta seg noe, rettsvirkning. Jeg mener saksforholdet her ligger slik an.»¹⁵²⁴

I den videre vurderingen gikk Høyesterett forholdsvis konkret til verks. Det ble lagt opp til en interesseavveining der forholdene på begge parter side ble veid opp mot hverandre. I denne vurderingen la flertallet blant annet vekt på følgende momenter:

¹⁵²⁴ Rt. 1992 side 352 (på side 356).

«Hytteeierne må uten videre ha lagt til grunn at Kolbjørnsruds passivitet innebar at han som nabo ikke hadde innvendinger mot overdragelsene. De hadde atskillig kontakt med Kolbjørnsrud, og det må ha fremstått som utenkelig for dem at han ikke visste hvor den korrekte eiendomsgrensen gikk. Herredsretten har lagt vekt på det lange tidsrom fra de ankende parter fikk overdratt tomtene til de ble gjort kjent med at tomtene var utskilt fra Kolbjørnsruds eiendom, og at de i dette tidsrom har hatt betydelige investeringer i forbindelse med oppsetting av hyttene. Jeg er enig i at disse forhold må tillegges vekt, selv om det – for de ankende parters vedkommende – manglet noen år på full hevdstid. Det foreligger samlet vurdert så tungtveiende grunner som taler for at hytteeierne må anses for å ha ervervet eiendomsrett til tomtene, at jeg finner at interessene til den opprinnelige eier må vike.»¹⁵²⁵

Denne konkrete interesseavveiningen gjør at dommen bryter enda mer med systemet fra etablert rett enn det Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) gjorde. Dommen er således et godt eksempel på at systembetraktninger med grunnlag i positiv rett ikke alene er tilstrekkelig til å trekke klare slutninger i enhver ekstinksjonskonflikt.¹⁵²⁶ Hensynet til system og koherens ville talt imot ekstinksjon i det konkrete tilfellet, men Høyesteretts flertall kom likevel til at det forelå et ekstinkt godtroerverv. Den konkrete interesseavveiningen representerer en betydelig svekkelse av forutberegneligheten på rettsområdet. Kanskje etterlater dommen flere spørsmål enn den besvarer, og den er blitt kritisert på flere punkter.¹⁵²⁷ Her skal jeg ikke gjengi all den kritikken som er fremmet mot dommen, men heller se nærmere på ett konkret forhold som kan være av særlig betydning for spørsmål om ulovfestet ekstinksjon av immaterialrettigheter.¹⁵²⁸ Dommen viser nemlig at grensen mellom avtaleekstinksjon og preskriptivt godtroerverv ikke alltid er helt klar, og at det finnes tilfeller som kan befinne seg i en mellomstilling.

Selv om det er vesentlige forskjeller mellom avtaleekstinksjon og preskriptive godtroerverv, er det også flere likhetstrekk. Begge ekstinksjonsformene krever for eksempel at det fore-

¹⁵²⁵ Rt. 1992 side 352 (på side 356).

¹⁵²⁶ Dette er for øvrig et generelt poeng i formueretten, jf. Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 69).

¹⁵²⁷ Se for eksempel Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 332–333) og Kåre Lilleholt, «Ulovfesta ekstinksjon – Norske Fjellhus- og Sigdal-dommane» i *Jussens Venner*, 1994 side 279–290 (på side 288–290). Det kan også være tvilsomt om dommen er forenelig med EMK P1-1, jf. punkt 6.8.4 nedenfor.

¹⁵²⁸ Ulike syn på Rt. 1992 side 352 (Sigdal) er beskrevet hos Maria Veia Lund, *Passivitet*, Oslo 2017 side 352–353.

ligger en form for unnlåtelse fra rettighetshaverens side. Ved preskriptivt godtroerverv er den aktuelle unnlåtelsen langvarig passivitet, mens det for avtaleekstinksjon dreier seg om ikke å ha tatt kontroll over legitimasjonsforholdene. Begge ekstinksjonsformer krever som oftest også en aktiv handling fra ekstinksjonspretendenten. Ved preskriptive godtroerverv er denne handlingen langvarig bruk, gjerne kombinert med foretatte investeringer, mens det for avtaleekstinksjon gjerne dreier seg om gjennomføring av en sikringsakt. Det kan imidlertid være uklart om gjennomføring av en forhåndsbestemt sikringsakt alltid er et minstevilkår for avtaleekstinksjon. Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) nevner ikke sikringsakt som noe vilkår.

Selv om Rt. 1992 side 352 (Sigdal) er en dom om ulovfestet preskriptivt godtroerverv, har den klare innslag av elementer fra avtaleekstinksjon.¹⁵²⁹ Hans Fredrik Marthinussen har i den forbindelse antydnet at resultatet i dommen kanskje kunne vært lettere å begrunne dersom Høyesterett hadde vurdert forholdet som et spørsmål om ulovfestet avtaleekstinksjon fremfor preskriptivt godtroerverv:

«I Sigdal-dommen kunne man vurdert hvorvidt [rettighetshaveren] var nærmest til å avklare de riktige grensene, all den tid han selv hadde kart som viste hvor disse gikk. Man kunne videre spurt om ikke tinglysingen av tomteutskillelsene, kombinert med at det ble oppført hytter uten innsigelser, ga [avhenderen] en tilstrekkelig faktisk legitimasjon, og samtidig utgjorde en adekvat sikringsakt.»¹⁵³⁰

På denne måten kunne vurderingen lagt seg mer på linje med den som ble foretatt i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus), og ville da ikke representert et like sterkt brudd med systemet fra etablerte hevdsregler og andre former for passivitetsutløste godtroerverv.¹⁵³¹ Marthinussen er ikke den eneste som har kommentert dommens innslag av avtaleekstinksjon. Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg har presentert lignende betraktninger. De bruker dommen til å illustrere at dersom rettighetshaveren har hatt mulighet til å avverge den aktuelle konflikten, men likevel ikke har benyttet seg av denne muligheten, kan dette være et forhold som kan gi avhenderen en viss faktisk legitimasjon:

«Sjølv om Rt. 1992 s. 352 ikkje handlar om legitimasjonsverknader, er dommen likevel eigna til å understreke poenget. Høgsterett peika der på at ervervarane måtte

¹⁵²⁹ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 137.

¹⁵³⁰ Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 140. Lignende synspunkter har også blitt presentert i en tidligere artikkel av samme forfatter, jf. Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 8–9).

¹⁵³¹ Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 141.

ha lagt til grunn at den rette eigaren sin passivitet innebar at eigaren ikkje hadde innvendingar mot overdragingane, og at det måtte ha 'fremstått som utenkelig' for ervervarane at eigaren ikkje visste kor grensa gjekk (s. 357). Dersom slik passivitet er utøvd før overdraginga frå avhendaren til ervervaren, kan den rette eigaren sine manglande innvendingar seiast å gje avhendaren ein viss faktisk legitimasjon.»¹⁵³²

I tilfeller som ikke klart kan klassifiseres som spørsmål om avtaleekstinksjon eller preskriptivt godtroerverv, mener Berg og Harborg at det må være mulig å kombinere de ulike synsmåtene.¹⁵³³ Saksforholdet i Rt. 1992 side 352 (Sigdal) kan kanskje anses som et eksempel på et slikt tilfellet. Rettspraksis om ulovfestede preskriptive godtroerverv kan således bidra til å kaste lys over hvilke momenter som kan vektlegges i en vurdering av ulovfestet avtaleekstinksjon, fordi slik praksis gir uttrykk for domstolens argumentasjonsmetode på dette rettsområdet. Det kan således ikke være utelukket å legge vekt på foretatte investeringer, innrettelse og bevaring av etablerte tilstander i en vurdering av ulovfestet avtaleekstinksjon.

Foretatte investeringer kan være aktuelt å vektlegge i ekstinksjonsvurderinger knyttet til immaterialrettigheter, spesielt dersom investeringer har ledet til at en immaterialrettsposisjon er tatt i bruk på en måte som er synlig for omverdenen. Slike momenter kan være særlig aktuelle for uregistrerte immaterialrettigheter, der det ikke er mulig å gjennomføre noen predefinert sikringsakt. En vesentlig del av formålet med sikringsakter er å fjerne legitimasjon fra andre enn erververen. Investeringer og etterfølgende ibruktakelse kan sende ut signaler som bidrar til å redusere andres legitimasjon, og kan derfor kanskje myke opp kravet om gjennomføring av en forhåndsbestemt sikringsakt. Ettersom Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) ikke oppstiller sikringsakt som noe vilkår, bør det ikke være utelukket at avtaleekstinksjon kan forekomme selv i tilfeller der en forhåndsdefinert sikringsakt ikke er mulig å gjennomføre. Det kan da være mer naturlig å legge større vekt på graden av innrettelse fra ekstinksjonspretendentens side, ved å se hen til foretatte investeringer og ibruktakelse. Lignende betraktninger har også blitt presentert av Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg med hensyn til fast eiendom:

¹⁵³² Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 329).

¹⁵³³ Jf. Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 336).

«I andre tilfelle vil tinglysing ikkje vera aktuelt, sjå t.d. Rt. 1986 s. 1210. I slike tilfelle er det naturleg å krevja at ervervaren har innretta seg ved å ta eiendomen i bruk på ein eller annan måte.»¹⁵³⁴

Her er det imidlertid viktige forskjeller mellom immaterialrettigheter og fast eiendom som det bør tas hensyn til. For fast eiendom vil rettighetshaveren enkelt kunne oppdage om uvedkomne tar eiendommen i bruk, og har dermed relativt gode muligheter til å forhindre at eventuelle alternative sikringsakter gjennomføres. Det samme er ikke tilfellet for immaterialrettighetene. De kan enkelt utnyttes urettmessig uten at rettighetshaveren nødvendigvis får kjennskap til det og kan reagere. Dette må det tas hensyn til i en eventuell ekstinksjonsvurdering.

Investeringsmomentet hadde kanskje enda sterkere gjennomslagskraft i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya). Saken gjaldt en forfallen hytte der én av flere sameiere over lengre tid, og for egen regning, hadde foretatt en fullstendig rehabilitering. De øvrige sameierne hadde forholdt seg passive, og hadde hverken brukt eller vist noen interesse for hytten. Den aktive sameieren mente derfor at de andre sameierne hadde oppgitt sin eierandel. Flertallet i Høyesterett kom til at den aktive sameieren hadde blitt eneeier av hytten på ulovfestet grunnlag. Med henvisning til tidligere høyesterettspraksis, formulerte flertallet følgende utgangspunkt for den rettslige vurderingen:

«Det ser for meg ut til å være et gjennomgående trekk ved høyesterettspraksis om bortfall av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag, at det hele gripes konkret an. Avgjørende er, har det vært sagt, om ‘saksforholdet ... er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnløstelse av å foreta seg noe, rettsvirkning’, jf. Rt-1992-352 (Sigdal), på side 356. Høyesteretts avgjørelser viser at en rekke forhold etter omstendigheten da får betydning, spesielt partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av en festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning. Mitt inntrykk er at det skal atskillig til før eiendomsrett kan tenkes å falle bort på dette grunnlaget - Høyesterett har gjerne brukt uttrykket

¹⁵³⁴ Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 328).

‘sterke grunner’, jf. Rt-2009-203 avsnitt 40 med videre henvisninger. Jeg bygger på dette når jeg nå går over til den saken som står til avgjørelse.»¹⁵³⁵

I den konkrete vurderingen la flertallet særlig vekt på at den aktive sameierens innsats hadde vært avgjørende for at hytten fortsatt eksisterte, og representerte en reell økonomisk verdi.¹⁵³⁶ Videre ble det påpekt at de øvrige sameierne hadde mistet interessen for stedet og forvaltningen av det.¹⁵³⁷ Den aktive sameieren hadde i utgangspunktet vært nærmest til å bringe klarhet i de aktuelle rettsforholdene, men flertallet mente likevel at ettersom tiden gikk og rehabiliteringen skred frem, ble handleplikten gradvis flyttet over på de øvrige sameierne.¹⁵³⁸ Videre uttalte flertallet følgende:

«Det var, etter mitt syn, nærliggende for de øvrige sameierne å tolke Nilsens handlemåte som uttrykk for at han anså den rehabiliterte hytten som sin. Jeg har i hvert fall vondt for å forstå hvordan de øvrige sameierne kunne ha en begrunnet forventning om at Nilsen opptrådte på vegne av et sameie i hytten, helt for egen regning. Skulle noen av sameierne ha hatt en forestilling i den retningen, hadde det vært all grunn til å gjøre denne kjent for Nilsen på et vesentlige tidligere stadium. At Nilsen anses som eeneier av hytten er, etter mitt syn, også rimelig.»¹⁵³⁹

Mindretallet var enig i de rettslige utgangspunktene flertallet la til grunn.¹⁵⁴⁰ Det kan imidlertid synes som om mindretallet tolket vilkåret om «sterke grunner» noe strengere enn det flertallet gjorde.¹⁵⁴¹ Uenighetene mellom flertallet og mindretallet skyldtes imidlertid i all hovedsak ulike oppfatninger om hvilken part som i rehabiliteringsperioden hadde hatt størst oppfordring til å foreta seg noe for å skaffe klarhet i rettsforholdene.¹⁵⁴² Mindretallet synes også å ha lagt større vekt på at den aktive sameieren klart nok ikke hadde vært i god tro med hensyn til eierforholdene.¹⁵⁴³ Det at flertallet landet på et ekstinkt utfall på tross av manglene god tro, kan tyde på at Høyesterett ikke lenger anser dette som et absolutt vilkår for ulovfestet ekstinksjon.¹⁵⁴⁴ Også Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) kan kanskje tolkes på denne måten. Her

¹⁵³⁵ Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 33).

¹⁵³⁶ Se Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 34).

¹⁵³⁷ Se Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 35).

¹⁵³⁸ Se Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 36–37).

¹⁵³⁹ Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 40–41).

¹⁵⁴⁰ Se Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 46).

¹⁵⁴¹ Se Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 47).

¹⁵⁴² Nærmere beskrevet hos John Asland, «Passivitetsutløst bortfall av sameierrett i hytte – Rt-2015-1157» i *Nytt i privatretten*, 2016, nr. 1, side 17.

¹⁵⁴³ Se Rt. 2015 side 1157 (avsnitt 20).

¹⁵⁴⁴ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 251.

uttalte Høyesterett at vurderingene av legitimasjon og god tro ville flyte noe over i hverandre, og dette kan gi inntrykk av at aktsom god tro hos ekstinksjonspretendenten ikke var et minstevilkår, men bare et moment i en helhetsvurdering. Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg mener imidlertid at dommen ikke kan tolkes slik:

«Etter vårt syn må som nemnd aktsam god tru hjå ervervaren vera eit minimumsvilkår for ekstinksjon – og ikkje berre eit moment i vurderinga. Det er difor grunnlag for å seia at den konkrete vurderinga av om sterke grunnar ligg føre først og fremst vil kretse rundt to moment, nemlig styrken av den faktiske legitimasjon og den rette eigaren sitt herredømme over avhendaren sin legitimasjon.»¹⁵⁴⁵

Jeg er i utgangspunktet enig i det Berg og Harborg skriver, men etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) er det ikke særlig enkelt å mene noe absolutt om rettstilstanden her. Saksforholdene i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) var imidlertid svært spesielle. Det var tale om en sameiers ekstinksjon av andre sameieres ideelle sameieandeler, og dommen har trolig ingen umiddelbar overføringsverdi utenfor sameietilfellene. Den er likevel et godt eksempel på at foretatte investeringer kan være et svært tungtveiende argument for å anerkjenne ekstinksjon på ulovfestet grunnlag. Utenfor sameietilfellene må det nok fortsatt kreves aktsom god tro hos en ekstinksjonspretendent. Rettslitteraturen synes å være ganske samstemt om at dette er et ubetinget ekstinksjonsvilkår.¹⁵⁴⁶ I de fleste tilfeller vil det også være vanskelig å finne «sterke grunner» som taler for ekstinksjon i tilfeller der ekstinksjonspretendenten er i ond tro.

6.8.3 Nærmere om «sterke grunner»

I både Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus), Rt. 1992 side 352 (Sigdal) og Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) fremgår det at ulovfestet ekstinksjon krever «sterke grunner». Hva som ligger i vilkåret om sterke grunner, har ikke blitt presisert nærmere av Høyesterett. På den ene siden kan formuleringen «sterke grunner» tale i retning av at det er et strengt vilkår som det skal mye til for å oppfylle. På den annen side er grunnvilkårene for å anerkjenne ekstinksjon på ulovfestet grunnlag allerede forholdsvis strenge. Det synes da ikke uten videre nødvendig å supplere med en enda høyere terskel. Kanskje ligger det ikke mer i dette vilkåret enn et krav

¹⁵⁴⁵ Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eigedom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 329).

¹⁵⁴⁶ Se for eksempel Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 135.

om at ulovfestet ekstinksjon må bygge på overbevisende argumentasjon. Hva som kan anses som overbevisende nok til å oppfylle vilkåret, bør imidlertid presiseres nærmere.

I vilkåret om «sterke grunner» ligger det i første omgang en interesseavveining, der ekstinksjonspretendentens interesser veies opp mot interessene til rettighetshaveren. Et sentralt moment for vurderingen, vil være om rettighetshaveren har hatt mulighet til å kontrollere legitimasjonsforholdene, men likevel unnlatt å gjøre dette, jf. Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus). Om det ikke eksisterte noen kontrollmuligheter overhodet, er det antakelig utelukket med ekstinksjon på grunnlag av allmenne prinsipper eller sensur.¹⁵⁴⁷ Dersom rettighetshaveren derimot har medvirket til å skape en forventning hos ekstinksjonspretendenten om at den ikke-berettigede avhenderen hadde overføringskompetanse, vil dette kunne utgjøre en sterk nok grunn til å anerkjenne ekstinksjon.¹⁵⁴⁸ Tilsvarende blir situasjonen dersom rettighetshaveren på andre måter har lagt forholdene til rette for at konflikten oppstod. Det er imidlertid likevel ikke et absolutt vilkår at rettighetshaveren kan klandres, jf. Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217) og Rt. 1992 side 352 (Sigdal) (på side 356).

Den faktiske legitimasjonens styrke vil også være av betydning.¹⁵⁴⁹ Dersom de aktuelle omstendighetene i stor grad var egnet til å gi den ikke-berettigede avhenderen et ytre skinn av rett, vil dette tale for ekstinksjon. Hvor sterk faktisk legitimasjon som kreves, er det vanskelig å si noe generelt om, men terskelen ligger nok forholdsvis høyt.¹⁵⁵⁰

Foretatte investeringer kan som nevnt også være en grunn som taler for ekstinksjon, jf. Rt. 1992 side 352 (Sigdal) og Rt. 2015 side 1157 (Fårøya). Om grunnen er «sterk» nok, avhenger imidlertid av investeringens størrelse og det tapet ekstinksjonspretendenten eventuelt må lide, sett opp mot andre momenter som kan tale mot ekstinksjon.¹⁵⁵¹ Det at investeringer kan være av stor betydning, kommer også til uttrykk i Rt. 2000 side 604 (på side 609) og Rt. 2009 side

¹⁵⁴⁷ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 711.

¹⁵⁴⁸ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 708–712, 886–888 og 927, samt Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 327) og Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 12–13).

¹⁵⁴⁹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 927, samt Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 327 og 329).

¹⁵⁵⁰ Jf. Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eidegom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 330).

¹⁵⁵¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 927.

203 (avsnitt 40). I begge tilfeller var ulovfestet ekstinksjon utelukket nettopp fordi det ikke hadde blitt foretatt noen investeringer. Investeringsmomentet var også fremtredende i en eldre dom i Rt. 1917 side 193.

Ifølge Roger Stelander Magnussen kreves det ikke like sterke grunner for å godta ekstinksjon på grunnlag av allmenne ekstinksjonsprinsipper, som det kreves for ekstinksjon på grunnlag av sensurnormen. Begrunnelsen er hovedsakelig at ekstinksjonsprinsippene supplerer etablerte regler, men ikke korrigerer dem. Dermed er det ikke et tilsvarende behov for å kvalifisere ekstinksjonsterskelen i form av et vilkår om sterke grunner.¹⁵⁵² Dette betyr likevel ikke at «sterke grunner» er et fraværende moment i ekstinksjonsprinsippene. Poenget er at det er en flytende terskel for hvor sterke grunner som kreves for å godta ekstinksjon på forskjellige ulovfestede grunnlag. På lignende måte gjelder det ikke noe selvstendig krav om sterke grunner for å anerkjenne ekstinksjon på grunnlag av lovanalogi, med mindre den aktuelle lovbestemmelsen oppstiller dette som et vilkår. At hensynene som begrunner bestemmelsen kan bære en analogi, kan imidlertid anses som en sterk grunn i seg selv.

Det er også en flytende grense mellom ekstinksjon på grunnlag av allmenne ekstinksjonsprinsipper og sensurnormen. Kategorisering av et ekstinktivt resultat under ett av de to grunnlagene, kan være vanskelig, særlig for immaterialrettighetene. Tidsprioritetsnormen har fortsatt relativt godt fotfeste her.¹⁵⁵³ For immaterialrettighetene kan det derfor ikke trekkes noen helt klar grense for når en ulovfestet ekstinksjonsregel fungerer som et supplement til etablert rett, og når den fungerer som en korreksjon av etablert rett. Dette tilsier etter mitt syn at det alltid bør oppstilles en kvalifisert terskel i form av et krav om sterke grunner for å anerkjenne ulovfestet avtaleekstinksjon i immaterialretten. En ren interesseovervekt er ikke alene tilstrekkelig. Terskelhøyden vil imidlertid være betydelig lavere for ulovfestet ekstinksjon på grunnlag av allmenne ekstinksjonsprinsipper, enn for ekstinksjon på grunnlag av den ulovfestede sensurnormen. Dette skyldes at førstnevnte tilfelle bygger ut ekstinksjonsvirkningene til den lovfestede registreringslegitimasjonen, mens sistnevnte tilfelle konstruerer en type legitimasjon som lovgivningen ikke tillegger ekstinksjonsvirkninger.

¹⁵⁵² Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 844, samt side 862–863. Annerledes Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 698.

¹⁵⁵³ Jf. punkt 6.8.1.2 ovenfor.

6.8.4 Forholdet til eiendomsvernet i EMK P1-1

EMK P1-1 etablerer et inngrepsvern som primært skal sikre stabilitet for eiendomsinteresser.¹⁵⁵⁴ Bestemmelsen er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. Ved motstrid skal konvensjonen gis forrang foran alminnelig norsk lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. Dette inngrepsvernet kan ikke forstås som noe alminnelig vindikasjonsvern. Konvensjonen kan likevel sette visse grenser for hvor uforutberegnelige og vilkårlige resultater som kan følge av en stats ekstinksjonsregler. Rent prinsipielt vil disse grensene gjelde både for lovfestede og ulovfestede ekstinksjonsregler. I praksis vil det nok være de ulovfestede tilfellene som står i størst fare for å krenke inngrepsvernet. Dette kommer jeg tilbake til senere. Først skal jeg kort redegjøre for det generelle innholdet i EMK P1-1. Ordlyden i bestemmelsen er som følger:

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»

EMD har gjennom sin praksis beskrevet systematikken i bestemmelsen nærmere.¹⁵⁵⁵ I *Maurice* ble det uttalt at første ledd første punktum nedfeller et generelt prinsipp om individers rett til å utnytte sin eiendom i fred.¹⁵⁵⁶ Deretter inneholder andre punktum en avståelsesregel, som oppstiller vilkår for at et individ skal kunne bli pålagt å avstå sin eiendom.¹⁵⁵⁷ Videre inneholder andre ledd en kontrollregel, som anerkjenner at medlemsstatene har rett til blant annet å kontrollere individers bruk av eiendom, så lenge det

¹⁵⁵⁴ Se Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 44–48, med ytterligere henvisninger. Et eiendomsvern finnes også i Grunnloven § 105, men i motsetning til EMK P1-1 er det klart at Grunnloven ikke setter materielle begrensninger for ulovfestet ekstinksjon, jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 691.

¹⁵⁵⁵ Generelt om EMDs tolking av EMK hos Frode Elgesem, «Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode» i *Lov og Rett*, 2003 side 203–230.

¹⁵⁵⁶ Jf. *Maurice* (avsnitt 78). Se også Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 58–59, med ytterligere henvisninger.

¹⁵⁵⁷ Jf. *Maurice* (avsnitt 78).

er nødvendig av hensyn til allmenne interesser.¹⁵⁵⁸ Ifølge EMD skal både avståelses- og kontrollregelen tolkes i lys av prinsippregelen i første ledd:

«The second and third rules, which are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property, are to be construed in the light of the general principle laid down in the first rule».¹⁵⁵⁹

I konflikter mellom private, kan det kanskje være mest naturlig å anvende kontrollregelen fremfor avståelsesregelen.¹⁵⁶⁰ Her er terskelen for å konstatere krenkelse normalt høyere.¹⁵⁶¹ En høy inngrepsterskel i rent privatrettslige konflikter har også en viss støtte i formålsbetraktninger. Hovedformålet med EMK P1-1 er å hindre myndighetsmisbruk fra statsmakten, men faren for slik myndighetsmisbruk er ikke til stede i rettsforhold som bare gjelder mellom private parter.

Det er et inngangsvilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse, at det foreligger en eiendomsinteresse («possessions» eller «property»)¹⁵⁶² Immaterialrettigheter skal ifølge EMD anses som eiendomsinteresser, og er således beskyttet av vernet i EMK P1-1, jf. stor-kammerdommen i *Anheuser Busch*.¹⁵⁶³ Bestemmelsen komme imidlertid ikke til anvendelse før det foreligger en form for inngrep («interference») i den aktuelle eiendomsinteressen. Dette inngrepsvilkåret fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden, men er lagt til grunn i konvensjonspraksis.¹⁵⁶⁴ Vilkåret har nær sammenheng med grunnprinsippet i bestemmelsens første ledd første punktum om at alle har rett til å utnytte sin eiendom i fred. Dette grunnprinsippet kan bare krenkes gjennom en eller annen form for forstyrrende handling. Det gir liten mening å tale om et eiendomsvern dersom det ikke foreligger inngrep.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁵⁸ Jf. *Maurice* (avsnitt 78).

¹⁵⁵⁹ *Maurice* (avsnitt 78). Tilsvarende formuleringer i for eksempel *Daron* (avsnitt 69) og *Lindheim* (avsnitt 60).

¹⁵⁶⁰ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 701–702, med ytterligere henvisninger.

¹⁵⁶¹ Jf. Stig H. Solheim, «Konsesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 22–42 (på side 27).

¹⁵⁶² Se Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 60 og for øvrig Stig H. Solheim, «Konsesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 22–42 (på side 26).

¹⁵⁶³ Se *Anheuser-Busch* (særlig avsnitt 66–72), med ytterligere henvisninger til relevant EMD-praksis. Se også *Balan* (avsnitt 34), som følger opp synspunktene fra *Anheuser Busch*.

¹⁵⁶⁴ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 60–65, med ytterligere henvisninger.

¹⁵⁶⁵ Jf. Stig H. Solheim, «Konsesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 22–42 (på side 26), med ytterligere henvisninger.

Bestemmelsen kan derfor ikke anvendes før det kan påvises en form for inngrep som kan føres tilbake til myndighetene i den aktuelle staten.¹⁵⁶⁶

På bakgrunn av dette inngrepskravet har Erlend Baldersheim hevdet at EMK P1-1 ikke er praktisk relevant for tingsrettslige regler om ekstinksjon og vindikasjon.¹⁵⁶⁷ Poenget hans er i korte trekk at EMKs inngrepsvern bare kan gjelde i en vertikal relasjon, det vil si i forholdet mellom statsmakten og innbyggerne. Den horisontale relasjonen gjelder derimot forholdet innbyggerne imellom, og det er her vindikasjons- og ekstinksjonsreglene gjør seg gjeldende. Både et vindikativt og et ekstinktivt resultat kan oppleves som et inngrep for en av partene i en ekstinksjonskonflikt.¹⁵⁶⁸ På denne måten beskytter ikke EMK P1-1 bare vindikasjonsretten, men kan også beskytte ekstinksjonsretten. Dette poenget kan illustreres med Rt. 2009 side 203 (avsnitt 42–43), der ekstinksjonspretendentene forgjeves gjorde gjeldende EMK P1-1 som grunnlag for å flytte eiendomsrett fra rettighetshaveren over til dem.

Opprinnelig ga også konvensjonsorganene uttrykk for at EMK P1-1 ikke omhandlet sivilrettslig regulering av tingsretten.¹⁵⁶⁹ Etter hvert viste imidlertid konvensjonspraksis at terskelen lå forholdsvis lavt for å konkludere med at det forelå inngrep i konvensjonens forstand.¹⁵⁷⁰ For spørsmålet om ekstinksjonsregler potensielt kan anses som konvensjonsstridige inngrep, skjedde det et vendepunkt ved EMDs første avgjørelse i *Pye*-saken.¹⁵⁷¹ Her kom EMD til at det å frata en rettighetshaver eiendomsrett med grunnlag i britiske regler om såkalt «adverse possession», utgjorde en krenkelse av EMK P1-1.¹⁵⁷² De britiske reglene om «adverse possession» hadde enkelte likhetstrekk med de norske hevdsreglene. Brukstiden som krevdes var imidlertid bare tolv år, og rettsvinning var ikke betinget av god tro hos ekstinksjonspretendenten. På denne måten kunne reglene om «adverse possession» oppfattes som betydelig mer inngripende enn de norske hevdsreglene. Avgjørelsen

¹⁵⁶⁶ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 60, med ytterligere henvisninger.

¹⁵⁶⁷ Se Erlend Baldersheim, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017 side 53–58.

¹⁵⁶⁸ Jf. punkt 6.4.3.1 og punkt 6.8.2.1 ovenfor.

¹⁵⁶⁹ Se Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 318).

¹⁵⁷⁰ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 64–65, med ytterligere henvisninger.

¹⁵⁷¹ Mer om dette hos Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 701.

¹⁵⁷² Se *Pye* (dom) (særlig avsnitt 49–50, 65 og 73). Mer om de aktuelle hevdsreglene og EMDs argumentasjon hos Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeiseringen av tingsretten» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2008 side 179–207 (på side 180–193). Se for øvrig også Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 697–699.

ble imidlertid anket, og EMD bestemte at anken skulle behandles i storkammer. Flertallet i storkammeret kom til at det ikke forelå krenkelse. Det ble gitt uttrykk for en tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale regler i denne typen konflikter.¹⁵⁷³ Flertallet utelukket likevel ikke anvendelse av EMK P1-1 i rent privatrettslige konflikter:

«The responsibility of the Government in the present case is therefore not direct responsibility for an executive or legislative act aimed at the applicant companies, but rather their responsibility for legislation which is activated as a result of the interactions of private individuals».¹⁵⁷⁴

EMD ga her uttrykk for at EMK P1-1 ikke bare setter begrensninger for hva statsmaktene kan foreta seg direkte overfor individer, men at bestemmelsen også stiller visse krav til de reglene en stat lar gjelde mellom individene. Her legges det rimelig klart opp til at eiendomsvernet kan være anvendelig også i horisontale relasjoner, i den forstand at statene har et ansvar for å sikre at reglene som gjelder i de aktuelle relasjonene ikke krenker EMK P1-1. Dette ble bekreftet i *Lindheim*, hvor EMD kom til at norske regler om tomtefeste, som innebar at festeren ved utløpet av en festekontrakt fikk rett til å fornye kontrakten på ubestemt tid og på tilsvarende vilkår, var konvensjonsstridige.¹⁵⁷⁵ Selv om storkammerets flertall i *Pye* konkluderte med at det ikke forelå krenkelse, viser dommen at det ikke er utelukket at ekstinksjonsregler kan representere brudd på EMK P1-1.¹⁵⁷⁶ For øvrig finnes det ikke særlig mange EMD-avgjørelser om eiendomsvernets anvendelse på rent tingsrettslige konflikter, og det kan derfor være vanskelig å forutse hvilke resultater EMD vil komme til i fremtidige tilfeller.¹⁵⁷⁷

¹⁵⁷³ Se *Pye* (storkammer) (særlig avsnitt 72). Se for øvrig Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeiseringen av tingsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 side 179–207 (på side 194–195).

¹⁵⁷⁴ *Pye* (storkammer) (avsnitt 57).

¹⁵⁷⁵ Dommen er nærmere omtalt hos Stig H. Solheim, «EMDs avgjørelse i tomtefestedaken: Revolusjonerende eller justerende?» i *Lov og Rett*, 2013 side 295–310 og Stig H. Solheim, «Fra bot til bedring – Høyesteretts behandling av EMK P1-1» i Gunnar Bergby, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016 side 387–418 (på side 405–410).

¹⁵⁷⁶ Jf. Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeiseringen av tingsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 side 179–207 (på side 200–201), samt Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 133. Erik Røsæg har også antydnet at reglene om kreditorekstinksjon potensielt kan komme i konflikt med menneskerettighetene, jf. Erik Røsæg, «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 253–265 (på side 256).

¹⁵⁷⁷ Se Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeiseringen av tingsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 side 179–207 (på side 199).

Krenkelse foreligger ikke automatisk såfremt ekstinksjon anses som et inngrep. Et inngrep utgjør ikke noe brudd på EMK P1-1 dersom det oppfyller de kravene bestemmelsen stiller til det aktuelle inngrepet. For å kunne vurdere om ekstinksjon innebærer krenkelse, er det derfor nødvendig å se nærmere på hvilke konkrete krav som oppstilles for at et inngrep skal være konvensjonsmessige.

EMK P1-1 stiller for det første krav til ekstinksjonsgrunnlaget. Første ledd åpner for inngrep dersom det er «in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law». Andre ledd åpner for inngrep dersom det er «necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties». Det som kreves uansett, er at inngrepet har en tilfredsstillende hjemmel, at det tjener et legitimt formål og at det er forholdsmessig.¹⁵⁷⁸ Dette fremgår ikke direkte av bestemmelsens ordlyd, men er et resultat av en gradvis presisering gjennom praksis.¹⁵⁷⁹

Kravet om at et inngrep må tjene et legitimt formål, er nok uproblematisk med hensyn til norske ekstinksjonsregler. Formålet med disse reglene er i korte trekk å ivareta hensynet til effektiv omsetning, beskytte berettigede forventninger og gjorte investeringer, samt å stadfeste rettsoppfatninger som har festet seg over tid. Dette må kunne anses som tilstrekkelig legitime formål. EMD har flere ganger uttalt at statenes nasjonale myndigheter normalt har bedre forutsetninger enn internasjonale domstoler for å avgjøre hva som er i allmennhetens interesser, og at EMD må respektere nasjonale myndigheters vurderinger, såfremt de ikke bygger på et åpenbart urimelig grunnlag.¹⁵⁸⁰

I forholdsmessighetsvurderingen må det vurderes om ekstinksjon er et rimelig middel for å nå det formålet ekstinksjonsreglene søker å oppnå. Dette fremgår blant annet av stor-kammerdommen i *Hutten-Czapska*, der EMD blant annet uttalte at «there must also be a reasonable relation of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State, including measures designed to control the use of the individual's property».¹⁵⁸¹ Allmennhetens interesser må balanseres mot individets behov for beskyttelse av eiendomsinteresser. Antakelig er det lite trolig at norske

¹⁵⁷⁸ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 75.

¹⁵⁷⁹ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 75.

¹⁵⁸⁰ Jf. *Lindheim* (avsnitt 96), med henvisninger til tidligere EMD-praksis.

¹⁵⁸¹ Jf. *Hutten-Czapska* (avsnitt 167), sitert også i Rt. 2015 side 421 (avsnitt 56). Se for øvrig også *Lindheim* (avsnitt 119), med henvisninger til tidligere EMD-praksis.

ekstinksjonsregler vil bryte med forholdsmessighetsvilkåret. Det kan riktignok ikke utelukkes at ekstinksjon kan representere uforholdsmessige inngrep, men etter storkammerdommen i *Pye* er det klart at terskelen ligger høyt. Både lovfestet og ulovfestet ekstinksjon bygger på forholdsmessighetsvurderinger der rettighetshaverens interesser veies opp mot de hensynene som taler for ekstinksjon. For lovfestede ekstinksjonsregler har lovgiver i stor grad foretatt forholdsmessighetsvurderingen på forhånd. I *Lindheim* kom riktignok EMD til at norske myndigheters forholdsmessighetsvurdering av tomtefestereglene ikke oppfylte forholdsmessighetskravet i EMK P1-1, men dette må nok anses som et ekstraordinært unntak.¹⁵⁸² Ved ulovfestet ekstinksjon blir forholdsmessighetsvurderingen overlatt til domstolene. Høyesterettspraksis viser at retten generelt foretar en grundig avveining av begge parter interesser i saker om ekstinksjon på ulovfestet grunnlag. På denne måten er det nok rimelig usannsynlig at ekstinksjon på grunnlag av en norsk regel (enten lovfestet eller ulovfestet) blir ansett som uforholdsmessig. Det skal generelt mye til for at kontrolltiltak ikke oppfyller dette kravet.¹⁵⁸³ Ulovfestede ekstinksjonsregler kan derimot kanskje være problematiske med hensyn til kravene EMK P1-1 stiller til inngrepshjemmelen.

En inngrepshjemmel behøver ikke være nedfelt i formell lov for å være konvensjonsmessig. EMD uttalte i *Carbonara* at hjemmelen kan være ulovfestet, såfremt den er «sufficiently accessible, precise and foreseeable».¹⁵⁸⁴ Her ligger det for det første et tilgjengelighetskrav («accessible»), som innebærer at borgerne må få en tilstrekkelig indikasjon på at de aktuelle reglene eksisterer.¹⁵⁸⁵ Rettspraksis og juridisk litteratur kan etter omstendighetene gi tilfredsstillende indikasjoner. Videre må den aktuelle hjemmelen være tilstrekkelig presis og forutberegnelig («precise and foreseeable»). Dette omtales gjerne som et klarhetskrav, som innebærer at det med profesjonell bistand må være mulig å få avklart eventuell tolkningstvil og i rimelig grad kunne forutse konsekvensene av de aktuelle reglene.¹⁵⁸⁶ Klarhetskravet setter grenser for hvor vag og skjønnsmessig en regel kan være. Det er likevel ikke uten videre konvensjonsstridig med skjønnsbaserte inngrepshjemler. I *Goodwin* uttalte EMD at en viss skjønnsmargin må tillates:

¹⁵⁸² Se *Lindheim* (avsnitt 119–136).

¹⁵⁸³ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 88–89.

¹⁵⁸⁴ Jf. *Carbonara* (avsnitt 64), med henvisning til tidligere EMD-praksis.

¹⁵⁸⁵ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 77, med ytterligere henvisninger.

¹⁵⁸⁶ Jf. *Goodwin* (avsnitt 31). Se for øvrig Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 77.

«A law that confers a discretion is not in itself inconsistent with this requirement, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference».¹⁵⁸⁷

Klarhetskravet blir strengere desto tyngre inngrep det er tale om, og desto større betydning inngrepet har for den berørte.¹⁵⁸⁸ Det kreves nok derfor noe mindre for å tillate ulovfestet ekstinksjon av en panthavers rett til en immaterialrettighet enn det gjør for å ekstingvere selve eierens rett. En rettighetshaver som rammes av ekstinksjon kan også ha et erstatningskrav mot den som disponerte i strid med hans rett, og dette kan bidra til å myke opp ekstinksjonens konsekvenser for rettighetshaveren.

Klarhetskravet inneholder for øvrig et forholdsvis strengt krav til konsekvent metodisk argumentasjon for å godta ekstinksjon utenfor lovbestemte tilfeller.¹⁵⁸⁹ Selv om ulovfestet ekstinksjon gjennom lovanalogi og allmenne ekstinksjonsprinsipper trolig oppfyller konvensjonens krav til ekstinksjonsgrunnlaget, har Roger Stelander Magnussen antydnet en viss risiko for at den ulovfestede sensurnormen kan komme i konflikt med EMK P1-1:

«At ekstinksjon kan finne sted i særegne tilfeller når sterke grunner taler for det, er – basert på dagens rettstilstand – neppe uforenelig med konvensjonen. Ekstinksjonsmuligheten har kommet til uttrykk i høyesterettspraksis og har blitt doktrinært behandlet. Sensurinstrumentet er likevel ikke ferdigutviklet, og det vurderingsmønster som kan utledes fra høyesterettspraksis er tuftet på et fåtall dommer. Således vil ulovfestet ekstinksjon i snever forstand kunne påståte en grense, hvor rettsgrunnlaget ikke fremstår som tilgjengelig nok, tilstrekkelig klart og/eller forutberegnelig.»¹⁵⁹⁰

På lignende måte har også Hans Fredrik Marthinussen uttalt at det er en risiko for at dommer som Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) og Rt. 1992 side 352 (Sigdal) kunne representert konvensjonsbrudd.¹⁵⁹¹ Dette skyldes særlig at resultatet i dommene var vanskelig å forutse. I etterkant av disse avgjørelsene har imidlertid dommene utfyllt hjemmelsgrunnlaget for denne

¹⁵⁸⁷ *Goodwin* (avsnitt 31), med henvisning til tidligere EMD-praksis.

¹⁵⁸⁸ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 77.

¹⁵⁸⁹ Jf. Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 134.

¹⁵⁹⁰ Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 704.

¹⁵⁹¹ Se Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeisering av tingsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 side 179–207 (på side 200–201).

typen ekstinksjon, slik at hjemmelsspørsmålet ikke lenger er like problematisk med hensyn til EMK P1-1.

Marthinussen understreker at det for norske rettsanvendere kan være grunn til å vise tilbakeholdenhet med å la EMK P1-1 påvirke tolkningen av norske ekstinksjonsregler.¹⁵⁹² Ifølge Marthinussen er det bedre å holde fast ved de norske reglene, og heller la EMD selv stå for en eventuell videreutvikling av eiendomsvernet på dette området. Dette synes også å være fremgangsmåten Høyesterett legget opp til, ettersom Høyesterett i flere dommer har uttalt at det er i første rekke er EMD som har ansvaret for å videreutvikle konvensjonen.¹⁵⁹³ Norske rettsanvendere «skal i alminnelighet ikke bygge inn sikkerhetsmarginer for å hindre at Norge dømmes for konvensjonsbrudd», jf. Rt. 2001 side 1006 (på side 1016). Rettsanvendere som befatter seg med spørsmål om ulovfestet ekstinksjon av rettsstiftelser i immaterialrettigheter bør imidlertid være oppmerksomme på at EMK i prinsippet kan sette visse begrensninger. Som Roger Stelander Magnussen har presisert, bør ulovfestet rett «forvaltes med metodisk bevissthet om de kvalitative krav som etter konvensjonen (kan og må) stilles til hjemmelen».¹⁵⁹⁴ Dette gjelder naturligvis også med hensyn til immaterialrettigheter.

6.9 NOEN TYPETILFELLER DER ULOVFESTET AVTALEEKSTINKSJON KANSKJE KAN VÆRE AKTUELT

6.9.1 Avtaleekstinksjon av uregistrerte utleggspant

Rettighetsregistrering i Patent- og Plantesortregisteret kan ekstingvere eldre uregistrerte utleggspant. Tilsvarende regler er foreslått innført for rettighetsregistrering i Varemerke-registeret. Her skiller Designregisteret seg fra de andre immaterialrettsregistre. Som allerede nevnt, hjemler ikke designloven ekstinksjon av uregistrerte utleggspant. Ifølge designloven § 54 fjerde ledd er Designregisterets negative troverdighet begrenset til å gjelde frivillige overdragelser og utstedelse av lisens. Forarbeidene til reglene om særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter har imidlertid lagt til grunn at den som registrerer et retts-ervert i god tro, også kan ekstingvere uregistrerte utlegg.¹⁵⁹⁵ Det samme er lagt til grunn i

¹⁵⁹² Se Hans Fredrik Marthinussen, «Om europeisering av tingsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 side 179–207 (på side 201).

¹⁵⁹³ Se for eksempel Rt. 2000 side 996 (på side 1007–1008) og Rt. 2001 side 1006 (på side 1016).

¹⁵⁹⁴ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroervert*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 702.

¹⁵⁹⁵ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 9, Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 16 og Ot.prp. nr. 39 (1977–1978) side 137–138. Se for øvrig punkt 6.8.1.2 ovenfor.

litteraturen.¹⁵⁹⁶ På denne måten anvendes designloven § 54 fjerde ledd analogisk på utleggspant. Registeret får dermed utbygde legitimasjonsvirkninger som styrker den negative troverdigheten. Dette kan bidra til å lette omsetningen av designrettigheter. Etter mitt syn må dette anses som en forholdsvis etablert lovanalogi, uten nevneverdige betenkeligheter. Analogien har støtte både i forarbeider, litteratur og reelle hensyn, herunder system- og omsetningshensyn. Videre vil en utleggstaker gjerne ha en særlig oppfordring til å registrere sin rettsstiftelse, ettersom det kan være større sjanse for at eieren foretar illojale disposisjoner etter et kreditorbeslag enn etter en frivillig overdragelse.¹⁵⁹⁷

6.9.2 Ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser

Som nevnt i punkt 6.6.3, kan ikke alle typer rettsstiftelser registreres i Patent- og Plantesortregisteret. For eksempel kan hverken opsjoner, urådighets- eller negative pantsettelseserklæringer registreres. Slike rettsstiftelser omfattes da heller ikke av prioritetsreglene knyttet til registrenes negative troverdighet.¹⁵⁹⁸ Utgangspunktet skulle dermed være at disse rettsstiftelsene oppnår rettsvern automatisk gjennom stiftelsesgrunnlaget, og at ingen særskilt rettsvernsakt er nødvendig.¹⁵⁹⁹ Skal slike rettsstiftelser ekstingveres, må det i så fall skje på ulovfestet grunnlag.

Dersom ulovfestet ekstinksjon anses som en reaksjon mot passivitet eller unnløstelse, vil ekstinksjon være utelukket for ikke-registrerbare rettsstiftelser. Ettersom en rettighetshaver ikke har mulighet til å registrere opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer i hverken immaterialrettsregistrene eller Løsøreregisteret, kan han aldri ha hatt noen oppfordring til å foreta seg noe for å sikre notoritet og publisitet over slike rettsverv. Etter mitt syn bør det likevel være rom for analogisk anvendelse av patentloven § 44 a første ledd i slike tilfeller.¹⁶⁰⁰ Ettersom patentloven § 44 a gjelder rettighetsregistrering i både Patent- og Plantesortregisteret, vil en eventuell analogi kunne tjene som grunnlag for ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser ikke bare i patenter, men også i planteforedlerrettigheter.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁶ Jf. for eksempel Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 214, Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 15) og Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 624–625).

¹⁵⁹⁷ Se Hans Fredrik Marthinussen, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29 (på side 15).

¹⁵⁹⁸ Jf. patentloven § 44 a første ledd, planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum og designloven § 54 fjerde ledd.

¹⁵⁹⁹ Jf. punkt 6.5 og punkt 6.8.1.2 ovenfor.

¹⁶⁰⁰ Om lovanalogi, se punkt 6.8.2.2 ovenfor.

¹⁶⁰¹ Se planteforedlerloven § 26 andre ledd fjerde punktum.

Patentloven § 44 a første ledd regulerer etter sin ordlyd bare kollisjoner mellom rettserverv som går ut på frivillig overdragelse, meddelelse eller overdragelse av lisens, pantsettelse, utlegg og arrest. Rettserverv mottatt til anmerkning hos Patentstyret eller Plantesortnemnda går i kollisjonstilfeller «foran rettserverv som ikke er mottatt samme dag eller tidligere». Skal bestemmelsen gi grunnlag for ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser, må begrepet «rettserverv» her tolkes utvidende til å omfatte alle typer rettserverv, ikke bare de som er positivt angitt i bestemmelsen. Her kommer det tydelig frem at analogi og utvidende tolkning kan være to sider av samme sak.

Analogi er bare aktuelt der de hensynene som bestemmelsen bygger på, gjør seg gjeldende i tilstrekkelig grad til å kunne bære analogien. Patentloven § 44 a skal for det første ivareta beskyttelsesverdige omsetningsinteresser. Slike omsetningsinteresser foreligger typisk i tilfeller der en erverver har betalt et vederlag (eventuelt ytet kreditt) mot å få en rettsposisjon helt eller delvis overført til seg. De ikke-registrerbare rettsstiftelsene har ikke i like stor grad karakter av omsetning. Både opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer kan karakteriseres som latente rettsstiftelser. De skal ikke gis materielle rettsvirkninger før nærmere bestemte omstendigheter inntreffer, for eksempel at en opsjonshaver erklærer at han vil benytte opsjonen, eller at det blir stiftet en rett i strid med et rådighetsforbud. Før den tid er rettsstiftelsene i hovedsak bare formelle, selv om de kan ha virket inn på innholdet i et eller flere avtalefestede rettsforhold. Det samme kan for så vidt også sies om pantsettelse, men her har pantshaveren normalt utbetalt et kredittbeløp som svarer til det sikrede kravet under pantedretten. En tilsvarende motytelse finnes ikke nødvendigvis for opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer. På denne måten kan disse rettighetshaverne representere noe mindre beskyttelsesverdige omsetningsinteresser enn det omsetningserververe, lisenstakere og panthavere gjør. Dette kan tale for at rettighetsregistrering i Patent- og Plantesortregisteret bør kunne ekstingvere eldre opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer.

Patentloven § 44 a bygger i tillegg på notoritets- og publisitetshensyn. Også disse hensynene kan tale for analogi for ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser. Dersom opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer skulle oppnådd rettsvern uavhengig av registrering, ville dette undergravid registrenes negative troverdighet. Det ville lagt forholdene til rette for å antedatere ikke-registrerbare rettserverv får å hindre kreditorbeslag. På denne måten øker risikoen for kreditorsvik. Notoritets og publisitet er for øvrig også viktig for

omsetningsserververe. Uten rettighetsregistre med negativ troverdighet, blir det vanskelig for potensielle rettserververe å innrette seg i henhold til eksisterende rettsstiftelser i en immaterialrettighet. Det å yte kreditt sikret med panterett i immaterialrettigheter, blir da risikofylt, og således mindre attraktivt. Lund-utredningen har uttrykkelig fremhevet at det er viktig at Patent- og Plantesortregisteret har negativ troverdighet i tilstrekkelig grad.¹⁶⁰²

Systembetraktninger kan også tale for at rettighetsregistrering i Patent- og Plantesortregisteret bør ha ekstinksjonsvirkninger overfor rettsstiftelser som ikke kan registreres der. Da Lund-utredningen drøftet spørsmål knyttet til rettsverns- og ekstinksjonsregler, ble det lagt vekt på at de anbefalte løsningene skulle samsvare med de reglene «som i alminnelighet anvendes for forholdet mellom rettshandler som registreres i særskilt register».¹⁶⁰³ Det ble videre lagt til grunn at registreringsrekkefølgen er den alminnelige prioritetsnormen for forholdet mellom rettsstiftelser som kan registreres i et særskilt register, og av hensyn til kredittgivning og omsetning mente utreder at det måtte kreves en særskilt begrunnelse for å fravike denne med hensyn til rettighetsregistrering i Patent- og Plantesortregisteret.¹⁶⁰⁴ Dersom opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer skulle oppnådd rettsvern uavhengig av registrering, ville dette representert et ubegrunnet brudd med registreringsrekkefølgen som prioritetsnorm. Basert på de nevnte uttalelsene fra Lund-utredningen, kan det etter mitt syn legges til grunn at slike brudd ikke var tilsiktet fra lovgivers side. Denne «glippen» kan rettes opp ved å anvende patentloven § 44 a første ledd analogisk som grunnlag for ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser. På denne måten kan Patent- og Plantesortregisterets negative troverdighet bygges ut basert på de lovfestede reglene om registreringslegitimasjonen.

Konsekvensen av slike analogier blir at opsjoner, urådighets- og negative pantsettelseserklæringer knyttet til patent- og planteforedlerrettigheter aldri kan gjøres gjeldende overfor godtroende avtaleerververe som får registrert et kolliderende rettserverv. Innehavere av slike rettsstiftelser bør derfor ha god tillit til at den forpliktete ikke disponerer i strid med den aktuelle retten. Etter at det eventuelt gjøres endringer i varemerkeloven slik som departementet har foreslått, vil situasjonen bli den samme for registrerte varemerkerettigheter.

Særskilte hensyn gjør seg gjeldende dersom det er den originale rettighetshaveren, og ikke en alminnelig avtaleerverver, som har betinget seg opsjoner eller urådighet. Dersom slike

¹⁶⁰² Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 64.

¹⁶⁰³ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 63.

¹⁶⁰⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 64.

betingelser ble oppstilt i forbindelse med første gangs overdragelse av en immaterialrettighet, kan betingelsene være motivert av frembringerens ideelle interesser.¹⁶⁰⁵ I slike tilfeller vil ideelle hensyn øve betydelig motstand mot analogisk anvendelse av patentloven § 44 a første ledd. Derfor skal det nok adskillig mer til for å anerkjenne ekstinksjon av ikke-registrerbare rettsstiftelser som den originale rettighetshaveren har betinget seg ved første gangs omsetning. Kanskje er ekstinksjon utelukket i disse tilfellene.

6.9.3 Prioritering av fullstendige overdragelser

Noen juridiske forfattere har diskutert om yngre fullstendige overdragelser av immaterialrettigheter bør gis prioritet foran eldre lisenser. Om dette er tilfellet, vil det være en form for ulovfestet ekstinksjon av den eldste retten. Enkelte mener Ragnar Knoph i sin tid argumenterte for en slik løsning.¹⁶⁰⁶ Knoph har nok blitt feiltolket her. Han har uttalt at lisenser som kolliderer med godtroende tredjemenn som har ervervet en patentrett uten å kjenne til forholdet, må være meldt til Patentregisteret for å stå seg.¹⁶⁰⁷ Denne uttalelsen må imidlertid ses i sammenheng med at datidens patentlov § 12 sa at frivillig «overdragelse, helt eller delvis, av patent har ingen retsvirkning overfor godtroende tredjemand, førend overdragelsen er meldt til registrering», og at det samme gjaldt «en tilstaat adgang til at bruke den patenterte opfindelse (licens.)». ¹⁶⁰⁸ Det var således aldri tale om noen ulovfestet ekstinksjonsregel, men en lovfestet regel som gjorde unntak fra utgangspunktet om tidsprioritet. Jeg kan heller ikke se at Knoph argumenterte for noe prinsipielt skille mellom fullstendige og partielle overdragelser med hensyn til prioritetsspørsmålet.

I forarbeidene til de svenske reglene om pantssettelse av patenter finnes det derimot uttalelser som kan tale for at yngre fullstendige overdragelser i noen tilfeller må prioriteres fremfor eldre partielle overdragelser. ¹⁶⁰⁹ Uttalelsene gjelder imidlertid kortvarige partielle overdragelser til formål som enkelt kan ivaretas på andre måter enn gjennom prioritetsregler. For lisenser i mer tradisjonell forstand, synes også svensk rett å legge opp til at det ikke gjelder noe prinsipielt skille mellom partielle og fullstendige overdragelser med hensyn til

¹⁶⁰⁵ Mer om frembringeres ideelle interesser i punkt 2.2.2.4 ovenfor.

¹⁶⁰⁶ Se for eksempel Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 150, med henvisning til Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 304.

¹⁶⁰⁷ Jf. Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 304.

¹⁶⁰⁸ Jf. lov 2. juli 1910 nr. 4 om patenter § 12.

¹⁶⁰⁹ Se Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 346–347, med ytterligere henvisninger.

prioritetsspørsmålet.¹⁶¹⁰ I dansk rett er det ingen rettskilder som taler for et slikt skille.¹⁶¹¹ Situasjonen er den samme i norsk rett. Her har de lovfestede prioritetsreglene i patent-, planteforelder- og designloven uttrykkelig likestilt fullstendige overdragelser og lisenser. Dermed er det ikke grunnlag for en ulovfestet regel som prioriterer fullstendige overdragelser av patent-, planteforelder- og designrettigheter. Skal dette komme på tale, er det i så fall bare for uregistrerte immaterialrettigheter som opphavsrett, kretsmønsterrett eller innarbeidet varemerkerett.

Det er imidlertid flere grunner til at det heller ikke for uregistrerte immaterialrettigheter bør gjøres noe skille mellom fullstendige og partielle overdragelser med hensyn til prioritets-spørsmålet. For det første vil dette innebære et brudd med etablerte prioritetsnormer både i immaterialretten, og ellers i tingsretten. En ulovfestet prioritetsnorm for fullstendige overdragelser kan således ikke bygge på lovanalogi eller allmenne ekstinksjonsprinsipper. Den må bli et utslag av en ulovfestet sensurnorm, men heller ikke her synes den å være forenelig med det foreliggende rettskildematerialet. En slik prioritetsnorm bygger ikke på legitimasjon og god tro, slik vurderingen gjorde i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus). Den bygger heller ikke på investeringsbetraktninger eller rettighetshavers unnlatelser, slik vurderingen gjorde i Rt. 1992 side 352 (Sigdal). I stedet synes denne prioritetsnormen å bygge på lite gjennomtenkte resonnementer.

Det er flere tungtveiende reelle hensyn som taler mot en løsning som prioriterer fullstendige overdragelser på bekostning av lisenser. En slik regel medfører betydelig usikkerhet for en lisenstaker og hans investeringer, og kan således virke undergravende for selve lisensinstituttet.¹⁶¹² Bengt Domeij har beskrevet dette problemet slik:

«Ett sådant avsteg från prioritetsprincipen skulle emellertid vara problematisk för licenstagerna, eftersom de aldrig kunde vara säkra på sina rättigheter. När som helst under licensavtalstiden kunde dyka upp en godtroende köpare av patentet, som vägrar tillåta nyttjandet. En licenstagare kanske gör stora investeringar i användningen av den licensierade uppfinningen och när produktionen ska påbörjas

¹⁶¹⁰ Jf. Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 347, med ytterligere henvisninger. Motsatt Claes Martinson, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala 2011 side 529–569 (på side 565).

¹⁶¹¹ Jf. Birgit Liin, *Misligholdelse af immaterialretsaftaler*, København 2009 side 127, med ytterligere henvisninger.

¹⁶¹² Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 150.

kunde det visa sig att licensgivaren har sålt patentet till någon godtroende köpare som vägrad att tillåta utnyttjandet.»¹⁶¹³

For kommersialisering av immaterialrettigheter er lisensiering en vel så viktig ordning som overdragelse.¹⁶¹⁴ Innenfor opphavsretten er det lisensutstedelse som i de fleste bransjer er den mest vanlige omsetningsformen¹⁶¹⁵ Om en lisenstaker prinsipielt må vike for yngre rettighetshavere som erverver den lisensierte rettigheten i sin fullstendighet, vil dette virke hemmende for omsetningen av opphavsrettigheter. Dette kan gjøre det vanskelig for rettighetshavere å utnytte sine opphavsrettigheter på inntektsgivende måter.

En parallell kan også trekkes til tinglysningsloven § 22 tredje ledd, selv om denne ikke kommer til anvendelse på rettighetsregistrering i immaterialrettsregistrene. Ifølge denne bestemmelsen oppnår kortvarige bruksrettigheter rettsvern uten tinglysning. Slike bruksrettigheter er typisk husleierettigheter, og begrunnelsen for unntaket er at det kan være tungvint og uoversiktlig med registrering av alle bruksrettigheter, særlig når det er tale om mindre tyngende heftelser.¹⁶¹⁶ Systemet her er altså slik at kortvarige partielle overdragelser gis prioritet fra stiftelsestidspunktet, uten at noen rettsvernsakt er nødvendig. Dette er en motsatt ordning sammenlignet med den de nevnte svenske forarbeidene la opp til. Tinglysningsloven § 22 kan naturlig nok ikke anvendes analogisk på immaterialrettigheter, men også for immaterialrettighetene kan det være et praktisk behov for at mindre tyngende midlertidige heftelser kan stiftes og oppnå rettsvern uten formaliteter og medfølgende kostnader. Dette kan tilsi at det bør kreves særlig tungtveiende grunner for å oppstille et motsatt system på ulovfestet grunnlag. Etter mitt syn er det ikke grunnlag for noen ulovfestet regel som prioriterer fullstendige overdragelser framfor partielle, hverken i det positive rettskildematerialet eller i reelle hensyn.

6.9.4 Prioritering av den som først utnytter rettsposisjonens objekt

I dansk rettslitteratur har det blitt argumentert for at bruk av et åndsverk kan gjøre en person legitimert til opphavsretten på samme måte som besittelse av løsøre kan gjøre en person legitimert som eier av den aktuelle gjenstanden. Basert på slike synspunkter, har det blitt hevdet at en erververs bruk av et opphavsrettsbeskyttet åndsverk kan gi grunnlag for

¹⁶¹³ Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 346.

¹⁶¹⁴ Se Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 150.

¹⁶¹⁵ Se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 77.

¹⁶¹⁶ Se Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 204.

ekstinksjon av eldre rettsstiftelser tilhørende rettighetshavere som enda ikke har tatt åndsverket i bruk. Særlig Frederik Vinding Kruse har argumentert for slike løsninger:

«Men ligesom ved Løsøregenstande kan der her indtræde en eksstinktiv Erhvervelse til Fordel for en senere godtroende Erhverver. Det til Løsøretingens Overgivelse samsvarende maa her være en vis faktisk Udøvelse og Udnyttelse av Retten.»¹⁶¹⁷

Vinding Kruse fant støtte for dette standpunktet i en dom fra Danmarks Højesteret inntatt i UfR 1919 side 638. I den aktuelle saken hadde en forfatter av revysanger inngått avtale med et grammofonselskap om at selskapet skulle ha en slags kjøpsopsjon til fremtidige sanger som forfatteren skrev i en gitt tidsperiode. Opsjonen skulle ikke bare omfatte sanger som forfatteren skrev alene, men også sanger han skrev i samarbeide med andre forfattere. Fem av de aktuelle sangene ble skrevet sammen med en medforfatter. Denne medforfatteren solgte imidlertid rettighetene til de fem sangene til et annet selskap, som også lagde en utgivelse av dem. Grammofonselskapet mente denne utgivelsen krenket deres rett, og krevde erstatning fra det andre selskapet. Danmarks Højesteret ga ikke grammofonselskapet medhold. Begrunnelsen var følgende:

«Den i den indankede Dom omtalte Overenskomst af 11 Juni 1915 hjemler ikke de Indstævnte Andet og Mere end en Ret til efter Begæring og mod Betaling af det i § 2 nævnte Vederlag at faa den i Overenskomsten omhandlede Eneret overdraget, og saadan Overdragelse havde ikke fundet Sted med Hensyn til de fem Sange, da disse i November 1917 blev købt af Appellanten. Herefter og da det ikke er bevist, at Appellanten ikke har været i god Tro ved Købets Afslutning, vil Appellanten overensstemmende med sin Paastand være at frifinde.»¹⁶¹⁸

Vinding Kruse mente dette måtte forstås slik at en rettsvernsakt tilsvarende besittelse krevdes for at en erverver av en opphavsrett skulle være beskyttet mot yngre godtroende omsetningserververe. Denne rettsvernsakten måtte følgelig være at grammofonselskapet hadde tiltrådt kjøpsopsjonen og igangsatt innspilling på grammofon.¹⁶¹⁹ Ettersom det andre selskapet hadde utgitt de omtvistede sangene i god tro, mente Vinding Kruse det ville ramme dem «dobbelthardt» om en eldre rettighetshaver, som ikke hadde igangsatt noen tilsvarende utnyttelse,

¹⁶¹⁷ Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten II*, 2. utgave, København 1945 side 1312.

¹⁶¹⁸ UfR 1919 side 638 (på side 640). Dommen er også omtalt hos Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 50.

¹⁶¹⁹ Se Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten II*, 2. utgave, København 1945 side 1312.

skulle kunne vindisere.¹⁶²⁰ Her gjorde Vinding Kruse en slags analogi fra tingsrettens besittelselære over til immaterialretten. Lignende analogier har også blitt trukket i tysk rettslitteratur, hvor det er blitt hevdet at dersom en forfatter inngår kolliderende avtaler med ulike forlag, prioriteres retten til det forlaget som først får manuskriptet overlevert til seg.¹⁶²¹ Denne rettsvernsakten har imidlertid betydelige svakheter, ettersom forfatteren enkelt kan overlevere kopier av manuskriptet til flere ulike forlag.¹⁶²²

Parallellen Vinding Kruse trakk mellom bruk av åndsverk og besittelse av løsøre, er ikke fullstendig fjerntliggende. Det at besittelse gir rettsvern for erverv av løsøre, innebærer at en form for sosial adferd fungerer til å angi rettslige relasjoner. Skal en lignende sosial adferd benyttes til å angi rettslige relasjoner med hensyn til rettserverv av opphavsrettigheter, må en slik adferd nødvendigvis være knyttet til utnyttelse av det opphavsrettsbeskyttede åndsverket. Ingen annen sosial adferd er egnet til å gjøre et rettssubjekt mer legitimert enn et annet til å råde over en opphavsrett.

Det at utnyttelse av objektet for en immaterialrettighet kan få rettsvirkninger som også kan påvirke tredjepersoner, er heller ikke helt ukjent i norsk lovgivning. I tilfeller der en konkursdebitor produserer et immaterialrettsbeskyttet produkt på lisens fra rettighetshaveren, og rettighetshaveren har krav på lisensavgift av produksjonen («royalty»), sier dekningsloven § 7-12 at tidspunktet for igangsetting av produksjonen blir avgjørende for om rettighetshaveren kan gjøre lisensavgiften gjeldende som dividendefordring eller som massefordring.¹⁶²³ Her knyttes det rettsvirkninger til igangsetting av utnyttelse på lignende måte som det Vinding Kruse la opp til med hensyn til rettsvernsspørsmålet.

Det er ikke ukjent i norsk høyesterettspraksis at den enes bruk bidrar til at denne vinner rett, mens den andres ikke-bruk bidrar til at denne taper rett.¹⁶²⁴ I den nevnte dommen i Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) la for eksempel Høyesterett vekt på at sameierne som tapte sin rett ikke hadde vist noen interesse for det aktuelle formuesgodet.¹⁶²⁵ I Rt. 1968 side 1202 (på side

¹⁶²⁰ Se Frederik Vinding Kruse, *Ejendomsretten II*, 2. utgave, København 1945 side 1312.

¹⁶²¹ Se Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av oppföranderätt» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 46), med ytterligere henvisninger.

¹⁶²² Se Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av oppföranderätt» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 46).

¹⁶²³ Se NOU 1972: 20 side 326, samt Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) side 189–191.

¹⁶²⁴ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 497.

¹⁶²⁵ Se Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) (avsnitt 35)

1206) var spørsmålet om et fjellområde lå i sameie eller eneeie. Opprinnelsen til eierforholdene var svært uklare, og Høyesterett fant at det avgjørende måtte være om det ut fra bruken av området kunne sluttet noe om eierforholdene. Den som hadde utøvet en eksklusiv rådighet over området i lengre tid, ble tilkjent eneeiendomsrett på bekostning av eventuelle sameiere, som uansett hadde forholdt seg passive.¹⁶²⁶ I Rt. 1981 side 228 ble også passivitet tatt til inntekt for at noen påståtte medeiere i en elv ikke hadde slik rett som de påstod.¹⁶²⁷ I litteraturen har det i tillegg blitt argumentert for at leietakere til fast eiendom som i god tro tar eiendommen i bruk, bør kunne ekstingvere eldre uregistrerte rettsstiftelser på ulovfestet grunnlag.¹⁶²⁸

Vinding Kruses synspunkter har likevel blitt kritisert. Allerede Ragnar Knoph hadde følgende kommentarer om parallellene som ble trukket til besittelseslæren:

«Men denne parallellen er ikke fullstendig. Ganske visst kan man sammenligne den legitimasjon som besittelsen gir ved legemlige ting, med den som følger av selve frembringelsen ved åndsverkene; men det er den vesentlige forskjell at mens kjøperen av en ting kan berøve selgeren hans legitimasjon ved å ta besittelsen fra ham, kan ikke kjøperen av ophavsretten gjøre det samme, og derfor rammer det ham ganske annerledes hårdt, om han allikevel skal miste sin rett. Skjønt våre domstoler ikke pleier å mangle sympati for hensynet til omsetningens sikkerhet, er jeg derfor nokså sikker på at de ikke vil la første kjøpers rett ekstingveres, når man ikke har positiv hjemmel for dette.»¹⁶²⁹

Flere nordiske forfattere har sluttet seg til Knophs synspunkter.¹⁶³⁰ Jeg er enig med dem i at Knophs argumenter er mer overbevisende enn de Vinding Kruse presenterte. Knophs løsning samsvarer langt bedre med de legitimasjonssynspunktene som ligger til grunn for reglene om avtaleekstinksjon i norsk rett. I de tilfellene der faktisk legitimasjon blir bygget ut til rettslig legitimasjon, foreligger det særlig tungtveiende hensyn som tilsier at rettsstilstanden bør beskytte den som i god tro innretter seg på grunnlag av faktisk legitimasjon.¹⁶³¹ Her må også rette eiers herredømme over legitimasjonsforholdene tillegges vekt. I de tilfellene der faktisk

¹⁶²⁶ Se Rt. 1968 side 1202 (på side 1208).

¹⁶²⁷ Se Rt. 1981 side 228 (på side 234).

¹⁶²⁸ Se Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 161.

¹⁶²⁹ Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 139.

¹⁶³⁰ Se Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av uppföranderätt» i *Nordiskt Immaterielt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 43), med ytterligere henvisninger.

¹⁶³¹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 29.

legitimasjon kan gi grunnlag for ekstinksjon, har den rette eieren av det aktuelle formuesgodet som regel hatt mulighet til å hindre at andre fremstår som legitimerte til å råde over formuesgodet i strid med vedkommendes rett.¹⁶³² For uregistrerte immaterialrettigheter har ikke rette eier noen mulighet til å sikre seg mot at andre fremstår som legitimerte. I prinsippet kan hvem som helst utgi seg for å være eier av en opphavsrett. Det foreligger ikke nødvendigvis noen ytre omstendigheter som kan gjøre den ene rettighetspretendenten mer legitimert enn den andre. For å avgjøre hvem som faktisk er rette eier, kan det bli nødvendig med omfattende bevisføring. Den som eier en opphavsrett kan således være forholdsvis maktesløs når det kommer til å avgjøre hvem som skal fremstå som legitimert til å råde over rettsposisjonen. Dette er et forhold som tilsier at bruk ikke bør tillegges generelle legitimasjonsvirkninger for uregistrerte immaterialrettigheter. Å løse tredjemannskonflikter i immaterialretten ved å prioritere den erververen som først tar objektet for rettsposisjonen i bruk, kan nok derfor ikke anses som noen generell ulovfestet kollisjonsregel. Den kan ikke bygge på noen lovanalogi. Det er heller ikke tale om å bygge ut rettsvirkningene av en allerede etablert legitimasjonsform, og ekstinksjonsprinsippene kommer således heller ikke til anvendelse.

Derimot kan det å ta rettsposisjonens objekt i bruk, samt det å foreta investeringer, være relevante momenter i en ekstinksjonsvurdering med grunnlag i den ulovfestede sensurnormen. Ulf Bernitz har for eksempel antydnet noe i denne retningen. Han har blant annet sagt at tidsprioritetsnormen bør anvendes med følgende reserverasjoner:

«Denna regel kan emellertid, om den tillämpas generellt, leda till stötande resultat i vissa fall och inte minst, om det är den senare förvärvaren, som, givetvis i god tro, lagt ned förhållandevis större kostnader för rättens utövande.»¹⁶³³

På samme måte som Vinding Kruse, har Bernitz her argumentert for at det bør være rom for ulovfestet ekstinksjon i tilfeller der ekstinksjonspretendenten har foretatt betydelige investeringer i forhold til rettighetshaveren. Bernitz bygger imidlertid ikke ekstinksjon på legitimasjonsbetraktninger slik Vinding Kruse gjorde, men i stedet på en konkrete interesseavveining. På denne måten ligger fremgangsmåten til Bernitz nærmere den ulovfestede sensurnormen enn det fremgangsmåten til Vinding Kruse gjorde.

¹⁶³² Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998 side 31–32.

¹⁶³³ Ulf Bernitz, «Om dubbelupplåtelse av oppföranderätt» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1959 side 39–48 (på side 46).

Det synes klart nok ut fra Høyesteretts praksis at foretatte investeringer er et moment som kan tale i retning av ekstinksjon.¹⁶³⁴ Investeringer fra ekstinksjonspretendentens side er imidlertid ikke alene tilstrekkelig til at en ulovfestet sensurnorm kan gi grunnlag for ekstinksjon. Rettighetshaveren må i tillegg ha fått en oppfordring om å reagere overfor ekstinksjonspretendentens bruk og investeringer, samt en oppfordring til å gripe inn og bringe klarhet i rettighetsforholdene. I tillegg må rettighetshaveren ha forholdt seg passiv over en tilstrekkelig lang tidsperiode.¹⁶³⁵ I slike tilfeller kan kanskje ulovfestet ekstinksjon av immaterialrettigheter anerkjennes, selv om den aktuelle tidsperioden ikke er særlig lang. Dersom det først er gjort investeringer, og rettighetshaveren har fått en oppfordring til å reagere, har det nok ikke særlig stor betydning hvor lang tid som deretter går før konflikten blir kjent.¹⁶³⁶

I ekstinksjonsvurderinger på grunnlag av den ulovfestede sensurnormen, må «det hele gripes konkret an», jf. Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) (avsnitt 33). Det er således vanskelig å si noe mer spesifisert om under hvilke omstendigheter foretatte investeringer kan føre til ekstinktive godtroerverv. Antakelig kan foretatte investeringer i noen tilfeller føre til ekstinksjon av en driftstilbehørsparthavers innsigelser om ulovlige overdragelser av pantsatt driftstilbehør. I andre tilfeller kan foretatte investeringer kanskje være et moment som kombinert med andre momenter kan lede til ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser, selv om immaterialrettslovgivningen ikke åpner for ekstinksjon i hjemmelsmannskonflikter. Disse spørsmålene kommer jeg tilbake til i punkt 6.9.6.

6.9.5 Prioritering av overdragelser til forvaltningsorganisasjoner

I opphavsrettslig litteratur har det blitt argumentert for at yngre overdragelser til organisasjoner for kollektiv rettighetsforvaltning bør få prioritet foran eldre overdragelser til andre typer rettssubjekter.¹⁶³⁷ Dette vil i så fall være en ulovfestet ekstinksjonsregel til fordel for forvaltningsorganisasjonene. Det er vanlig for opphavere å inngå avtaler med ulike forvaltningsorganisasjoner om kollektiv forvaltning av opphavsretten.¹⁶³⁸ Dette er viktige ordninger for at opphavere i praksis skal ha mulighet til å ivareta sine opphavsrettigheter, og for at de skal kunne få økonomisk avkastning av det arbeidet som ligger bak de aktuelle åndsverkene. En ekstinksjonsregel til fordel for forvaltningsorganisasjonene kan derfor bidra til å

¹⁶³⁴ Jf. Rt. 2009 side 203 (avsnitt 40) og særlig Rt. 2015 side 1157 (Fårøya).

¹⁶³⁵ Jf. Rt. 2015 side 1157 (Fårøya) (avsnitt 40) og Rt. 1992 side 352 (Sigdal) (på side 357).

¹⁶³⁶ Tilsvarende Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 335).

¹⁶³⁷ Se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 77.

¹⁶³⁸ Mer om dette hos Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 37–40.

bedre opphavernes mulighet til å ivareta sine interesser.¹⁶³⁹ Viktigere er det imidlertid at ekstinksjon til fordel for forvaltningsorganisasjoner kan være egnet til å ivareta bredere samfunnsmessige hensyn, som også kan komme den eldre rettighetshaveren til gode. Jørgen Blomqvist har beskrevet dette poenget slik:

«Baggrunden for en sådan ekstinktiv organisationserhvervelse er ikke kun hensynet til autor og dennes forsørgelsesmuligheder, men også hensynet til den første medkontrahent. Denne får ganske vist svækket sin retsposition i et vist omfang, men set i et større perspektiv vil det typisk være til gavn for alle parter, at administrationen gennem organisationer kan etableres på alle områder, hvor det viser sig hensigtsmæssigt. Erfaringene fra de eksisterende organisationer gør det her åbenbart, at man oftest må tilstræbe en sådan administration på et generelt afbalanceret grundlag i forholdet mellem autorene og udnyttersiden, d.v.s. forlag m.v. Hvis man ikke anerkendte en vis adgang for organisationerne til at kunne fortrænge ældre forlagsrettigheder, ville der kunne etableres særdeles skadelige bremses på en ellers ønskelig samfundsudvikling i henseende til kollektiv forvaltning av ophavsrettigheder.»¹⁶⁴⁰

En ulovfestet regel som prioriterer overdragelser til forvaltningsorganisasjoner kan således ha gode grunner for seg *de lege ferenda*. Det er derimot i beste fall høyst tvilsomt om en slik regel kan anses som gjeldende rett. Regelen synes ikke å ha noen støtte i rettskildene, ut over de hensynene som ble fremhevet ovenfor. Ingen lovanalogi er anvendelig, og regelen bryter med systemene fra allmenne ekstinksjonsprinsipper.¹⁶⁴¹

Kanskje kan yngre overdragelser til forvaltningsorganisasjoner ekstingvere eldre overdragelser på grunnlag av den ulovfestede sensurnormen. I så fall er det ikke tale om å oppstille noen generell prioritetsregel av den typen Blomqvist har argumentert for. Etter mitt syn er det lite sannsynlig at en domstol vil anerkjenne ekstinksjon i disse tilfellene. Høyesterettspraksis legger vekt på momenter som legitimasjon, god tro, innrettelse, investeringer og passivitet i slike vurderinger, mens det å prioritere forvaltningsorganisasjoner bygger på helt andre vurderingsmomenter. På denne måten har jeg vanskelig for å se hvor en slik regel eventuelt skal finne sitt rettsgrunnlag. Antakelig eksisterer grunnlaget ikke. I hvert fall ikke i norsk rett.

¹⁶³⁹ Se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 77.

¹⁶⁴⁰ Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 77.

¹⁶⁴¹ Mer om dette systemet i punkt 6.8.2.3 ovenfor.

6.9.6 Ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser

6.9.6.1 Noen utgangspunkter

Immaterialrettslovgivningen inneholder ingen ekstinksjonsregler for hjemmelsmannskonflikter. Så vidt jeg vet, finnes det heller ingen norsk rettspraksis om dette. Det betyr likevel ikke at hjemmelsmannskonflikter ikke kan oppstå på dette området. I likhet med andre formuesgoder, kan en erverver som har stolt på en avhenders faktiske legitimasjon, komme i konflikt med avhenderens hjemmelsmann dersom legitimasjonen bygget på et sviktende grunnlag. Dette kan for eksempel bli tilfellet dersom et særskilt sikringsarrangement er strukturert som en sikringsoverdragelse i stedet for en panterett. Som nevnt i punkt 3.2.1, skal dette rettslig sett behandles som en panterett, men panthaveren kan i slike tilfeller få registrert en mer omfattende rett enn han egentlig har. Om det aktuelle panteobjektet er et patent, kan panthaveren formelt bli registrert som eier av patentet i Patentregisteret, selv om han i realiteten bare har en panterett. Dersom panthaveren deretter overdrar sin rett til en tredjeperson, som er i god tro med hensyn til at han erverver full eierrett til patentet, oppstår spørsmålet om erververen ved registrering av ervervet kan ekstingvere pantsetterens innsigelser. For fast eiendom kan slike spørsmål løses ved analogisk anvendelse av tinglysningsloven § 27. Det samme er ikke tilfellet for patenter, eller andre immaterialrettigheter.

Ettersom immaterialrettslovgivningen ikke inneholder ekstinksjonsregler for hjemmelsmannskonflikter, vil fraværet av lovfestede regler kanskje implisere at ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser er utelukket.¹⁶⁴² Ulovfestet ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser vil da ikke supplere, men korrigere lovfestet rett.¹⁶⁴³ Basert på et slikt synspunkt, må nok eventuell ekstinksjon bygge på den ulovfestede sensurnormen.¹⁶⁴⁴ Her må det imidlertid understrekes at fraværet av ekstinksjonsregler på dette området ikke synes å være et resultat av en veloverveid beslutning fra lovgiver.¹⁶⁴⁵ I slike tilfeller kan det være større rom for anvendelse av allmenne ekstinksjonsprinsipper indusert fra lovreguleringer for andre typer formuesgoder.¹⁶⁴⁶

¹⁶⁴² Slik Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstintive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 76 og 874.

¹⁶⁴³ Jf. Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstintive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 874.

¹⁶⁴⁴ Jf. punkt 6.8.2.4 ovenfor.

¹⁶⁴⁵ Jf. punkt 6.6.4 ovenfor.

¹⁶⁴⁶ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 250.

Skillet mellom ekstinksjonsprinsipper og sensur er som nevnt ikke sylskarpt, og det utgjør derfor ikke store forskjeller om det tas utgangspunkt i det ene eller det andre. Selv om spørsmålet om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser eventuelt må løses på grunnlag av en ulovfestet sensurnorm, må det naturlig nok fortsatt tas utgangspunkt i etablerte systemer for ekstinktive godtroerverv, slik tilfellet var i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217).

Etter mitt syn bør det være et visst rom for ulovfestet ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser i immaterialretten, på samme måte som ellers i formueretten. En rettstilstand der ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser er absolutt utelukket, kan slå uheldig ut i enkelte tilfeller. Den som erverver en immaterialrettighet fra en uberettiget avhender, kan nedlegge store investeringer i utnyttelsen av rettigheten, og kanskje til og med bygge opp hele sin virksomhet basert på slik utnyttelse.¹⁶⁴⁷ Immaterialrettighetenes unike karakter, gjør at de ofte ikke kan erstattes ved å erverve en lignende rettsposisjon.¹⁶⁴⁸ Det kan da være grunn til å anerkjenne ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser i noen tilfeller, i hvert fall med hensyn til registrerte immaterialrettigheter. Det samme er antydnet hos Kåre Lilleholt:

«For immaterialrettigheter som er registrerte i patentregister, designregister eller plantesortregister, skapar ikkje registreringa rettsleg legitimasjon i heimelskonflikten, men vi bør kanskje likevel kunne godta at registreringa har vekt der spørsmålet gjeld godtruerverv overfor svake ugyldighetsgrunnar. Til sjuande og sist må løysinga kvile på et konkret vurdering.»¹⁶⁴⁹

Registerhjemmel er allerede tillagt visse legitimasjonsvirkninger etter patent-, planteforedler- og designloven, og det er foreslått å innta lignende regler i varemerkeloven. En rettsanvender som aksepterer ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser på ulovfestet grunnlag, bygger i så fall videre på de omstendighetene som etablert rett allerede tillegger rettslig legitimasjon.¹⁶⁵⁰ På denne måten undergraver ikke en eventuell ulovfestet ekstinksjonsregel rettighetsregistrenes troverdighet. Det er her tale om å bygge ut et faktum, som lovgivningen allerede har gitt rettslig troverdighet, til å tilkjennes en større og bedre troverdighet enn den loven har oppstilt.¹⁶⁵¹ Således styrkes rettighetsregistrenes troverdighet, hvilket kan ha positive

¹⁶⁴⁷ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 295.

¹⁶⁴⁸ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 295.

¹⁶⁴⁹ Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 254.

¹⁶⁵⁰ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 833.

¹⁶⁵¹ Se Roger Stelander Magnussen, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015 side 888–889.

virksomheter på omsetningslivet. Det eneste som taler mot slike løsninger, er hensynet til hjemmelsmennene som rettighetshavere.

I de følgende drøftelsene bør det skilles mellom ulike typer hjemmelsmenn, ettersom det er ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Først og fremst bør det sondres mellom tingsrettslige og ikke-tingsrettslige hjemmelsmenn. En tingsrettslig hjemmelsmann er et rettssubjekt som innehar en rettsstiftelse som kolliderer med retten til ekstinksjonspretendenten, men som utledet sin rett fra en annen enn den ekstinksjonspretendenten utleder sin rett fra. Den typiske tingsrettslige hjemmelsmannen vil være den som en uberettiget avhender skulle ha utledet sin rett fra dersom vedkommende hadde hatt en slik rett som ekstinksjonspretendenten hadde inntrykk av. En ikke-tingsrettslig hjemmelsmann er derimot et rettssubjekt som ikke baserer sine innsigelser på tinglige rettsstiftelser, men hvor innsigelsene i stedet bygger på et annet grunnlag. Dette kan for eksempel være tredjepersoner som har innsigelser mot gyldigheten av en immaterialrettighet. Denne typen tredjepersoner er ikke like naturlig å betegne som hjemmelsmenn, men drøftes likevel her, ettersom denne typen problemstillinger i lovgivningsarbeid har blitt trukket frem ved vurderingen av hvordan hjemmelsmannskonflikter bør løses.¹⁶⁵² Konflikter med ikke-tingsrettslige hjemmelsmannskonflikter blir temaet for den følgende drøftelsen.

6.9.6.2 Konflikter med ikke-tingsrettslige hjemmelsmenn

For immaterialrettigheter kan det oppstå helt særegne konflikttyper som kan ligne hjemmelsmannskonflikter, men der rettighetshaveren ikke utgjør en hjemmelsmann i tradisjonell tingsrettslig forstand. Avhenderen av et patent kan for eksempel ha fått meddelt det aktuelle patentet på grunnlag av en oppfinnelse som han selv ikke har frembrakt, og heller ikke hadde rett til å patentere.¹⁶⁵³ I slike tilfeller kan den rette oppfinneren i utgangspunktet få patentet overført til seg, jf. patentloven § 25 andre ledd.¹⁶⁵⁴ Dersom patentet er blitt avhendet av en uberettiget innehaver, kan det oppstå spørsmål om en godtroende erverver kan ekstingvere rette oppfinners innsigelser om å få patentet overført til seg. Samme type konflikt kan oppstå for planteforedlerrettigheter som er registrert av andre enn den som er berettiget til den aktuelle sorten, jf., planteforedlerloven § 17 andre ledd, og for designrettigheter som er registrert av andre enn den som har rett til den aktuelle designen, jf. designloven § 30.

¹⁶⁵² Se punkt 6.6.4 ovenfor.

¹⁶⁵³ Se Jens Andreasson, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 293.

¹⁶⁵⁴ Det samme gjelder patentsøknader inngitt av andre enn eieren av den aktuelle oppfinnelsen, jf. patentloven § 18 første ledd.

Disse innsigelsene kan nok ikke ekstingveres. En viktig del av begrunnelsen for at det eksisterer immaterialrettigheter, er «at nyttig arbeid bør ha sin lønn, og at den som har sådd bør høste fruktene av sitt arbeide».¹⁶⁵⁵ Denne begrunnelsen slår ikke til dersom en annen enn den berettigede står oppført som rettighetshaver. Det er derfor grunnleggende for at immaterialretten skal oppfylle sitt formål, at en frembringer kan få en immaterialrettsposisjon overført til seg dersom rettsposisjonen er blitt registrert av en uberettiget. Dermed skal det nok svært mye til for å ekstingvere slike innsigelser på ulovfestet grunnlag. Kanskje kan det komme på tale dersom den berettigede i lang tid har kjent til forholdet, men likevel har forholdt seg passiv, eller dersom han på andre måter kan klandres for at den aktuelle konflikten oppstod. Antakelig er ekstinksjon utelukket med hensyn til rette frembringers innsigelser.

På samme måte er det nok helt utelukket med ulovfestet ekstinksjon av innsigelser knyttet til selve gyldigheten av en immaterialrettsposisjon som sådan. Slike innsigelser bør alltid være i behold, uavhengig av omsetning og god tro. Immaterialrettighetene har iboende konkurransebegrensende elementer, og det vil derfor kunne virke skadelig for forbrukere, andre næringsdrivende og samfunnet som helhet, dersom de blir gjort gjeldende i større utstrekning enn nødvendig.¹⁶⁵⁶ Det må således være rimelig klart at ugyldige immaterialrettigheter ikke kan bli gyldige som følge av omsetning til godtroende erververe. Dette fremgår forholdsvis klart av for eksempel patentloven § 24 første ledd første punktum, som sier «[e]nhver kan fremsette innsigelse mot et meddelt patent».

6.9.6.3 Konflikter med opprinnelige rettighetshavere som hjemmelsmenn

For spørsmål om ekstinksjon av innsigelser fra tradisjonelle tingsrettslige hjemmelsmenn, bør det sondres mellom konflikter med opprinnelige rettighetshavere og konflikter med rene omsetningsledd. Dette skyldes at det innenfor immaterialretten i noen tilfeller kan være et større behov for å beskytte opprinnelige rettighetshavere enn det er ellers i formueretten. Immaterialrettigheter har ideelle aspekter som skiller dem fra andre formuesgoder.¹⁶⁵⁷ Slike

¹⁶⁵⁵ Jf. Ragnar Knoph, *Åndsretten*, Oslo 1936 side 4. Se også Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001 side 93–102, med omfattende ytterligere henvisninger. Begrunnelsen passer imidlertid ikke like godt for varemerkerettigheter, jf. Ole-Andreas Rognstad, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018 side 21–23.

¹⁶⁵⁶ Se Mads Bryde Andersen, «Immaterialret og marked – et indlæg i diskussionen om ophavsrettens forhold til den almindelige konkurrenceret» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 402–414 (på side 403). Se for øvrig punkt 2.2.2.3 ovenfor.

¹⁶⁵⁷ Jf. punkt 2.2.2.4 ovenfor.

aspekter kan ha betydning for hvorvidt ekstinksjonsprinsipper induisert fra andre formuesgodekategorier bør komme til anvendelse.¹⁶⁵⁸

Den som frembringer objektet for en immaterialrettighet, er ofte tilkjent en viss grad av ideell beskyttelse. Dette kommer av at immaterialrettighetenes objekter, særlig åndsverkene, ofte er nært knyttet til frembringerens person, og at utnyttelse i strid med frembringerens interesser potensielt kan ha skadevirkninger for eksempel for hans omdømme. For opphavsrettigheter kan hjemmelsmannsinnsigelser dermed være mer beskyttelsesverdige enn for andre formuesgoder, såfremt de fremsettes av frembringeren selv.

At hjemmelsmannsinnsigelser kan være særlig beskyttelsesverdige i opphavsretten, kommer også til uttrykk gjennom forbudet mot videreoverdragelse i åndsverkloven § 68 andre ledd. Skal en erverver av en opphavsrett overdra rettigheten videre, kreves det normalt samtykke fra den originale rettighetshaveren. Det skal nok derfor særdeles mye til for å anerkjenne ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser til en original opphaver. Kanskje er dette utelukket, om ikke vedkommende kan bebreides for at den aktuelle konflikten oppstod. Tilsvarende er det nok også for de øvrige immaterialrettighetene, selv om de ideelle aspektene her er mindre fremtredende enn for opphavsretten. Den originale rettighetshaveren bør nok som oftest ha sine hjemmelsmannsinnsigelser i behold.

6.9.6.4 Konflikter med omsetningsledd som hjemmelsmenn

Annerledes blir det med hjemmelsmannsinnsigelser fra rene omsetningsledd. Disse har ikke krav på noen ideell beskyttelse, slik de originale frembringerne ofte har. Her kan rommet for ulovfestet ekstinksjon være betydelig større. I en eventuell ekstinksjonsvurdering må det imidlertid skilles mellom ulike typer hjemmelsmannsinnsigelser. Med hensyn til ugyldighetsinnsigelser går det et viktig skille mellom sterke og svake ugyldighetsgrunner. Svake ugyldighetsgrunner er avtalerettslige ugyldighetsgrunner som bare kan gjøres gjeldende overfor medkontrahenter som ikke er i god tro, slik som ugyldighetsreglene i avtaleloven § 29, § 30 første ledd andre punktum, § 31 andre ledd, og § 32 første ledd.¹⁶⁵⁹ Sterke ugyldighetsgrunner kan derimot gjøres gjeldende uavhengig av medkontrahentens gode eller onde tro. Tinglysingsloven § 27 andre ledd har oppstilt ekstinksjonssperrer for de sterke ugyldighetsgrunnene falsk, forfalsking, mindreårighet og tvang etter avtaleloven § 28. Disse ugyldighets-

¹⁶⁵⁸ Se Bjarte Askeland, «Om analogi og abduksjon» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2004 side 499–547 (på side 541).

¹⁶⁵⁹ Se også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 253, med ytterligere henvisninger.

grunnene kan nok heller aldri ekstingveres på ulovfestet grunnlag. Det er tale om en type ugyldighet som hjemmelsmannen ikke har hatt forutsetninger for å beskytte seg mot. Sterke ugyldighetsgrunner er normalt mer beskyttelsesverdige enn svake. Slik bør det også være med hensyn til immaterialrettighetene.

Nært knyttet til ugyldighetsinnsigelser er hevingsinnsigelser. Dersom hjemmelsmannen hever avtalen med den uberettigede avhenderen, vil erververen normalt være interessert i å ekstingvere hjemmelsmannens hevingsinnsigelser. For slike tilfeller må det skilles mellom heving som skjer før og etter at hjemmelsmannens ytelse er overgitt. Ved konkurs kan en hjemmelsmann som utgangspunkt bare heve for ytelser som enda ikke er «levert», jf. dekningsloven § 7-7 andre ledd. Det er antatt at begrepet «levert» må forstås på samme måte som «overgitt» dekningsloven § 7-2.¹⁶⁶⁰ Når et formuesgode enda ikke er blitt overgitt fra hjemmelsmannen til avhenderen, kan det vanskelig oppstå hjemmelsmannskonflikter. Ifølge forarbeidene skal en ytelse anses som overgitt når oppfyllelsen er kommet så langt at stansing er utelukket etter reglene i dekningsloven § 7-2.¹⁶⁶¹

For registrerte formuesgoder vil stansingsretten typisk bortfalle når registerhjemmelen har gått over til erververen.¹⁶⁶² Slik må det nok også være for registrerte immaterialrettigheter. For uregistrerte immaterialrettigheter er det derimot antatt at stansingsretten bortfaller så snart erververen etter avtalen har rett til å utnytte den aktuelle rettsposisjonen. Dette fremgår til dels av forarbeidene til dekningsloven, som har drøftet spørsmålet med hensyn til forholdet mellom opphavere og forleggere. Her sies det at når «rettighetshaveren har gitt fra seg de informasjonen som er nødvendige for at produksjonen skal kunne settes i gang, f.eks. sendt forleggeren manuskriptet til den bok som skal utgis, har han oppfylt sin del av avtalen. Han har da ingen stansingsrett etter § 7-2 eller hevingsrett etter § 7-7».¹⁶⁶³

Skal hjemmelsmannen heve for ytelser som er helt eller delvis overgitt, må han ha tatt gyldig forbehold om utvidet hevingsrett, jf. dekningsloven § 7-7 andre ledd og kjøpsloven § 54 fjerde ledd. Dersom en slik utvidet hevingsrett utløses ved misligholdt betaling, vil hevingsforbeholdet i realiteten være et eiendomsforbehold i sikringsøyemed (salgspant).¹⁶⁶⁴ Dette er

¹⁶⁶⁰ Jf. Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009 side 203 og Henriette Nazarian, *Konkursrett*, Oslo 2012 side 102.

¹⁶⁶¹ Jf. NOU 1972: 20 side 320.

¹⁶⁶² Jf. NOU 1972: 20 side 320.

¹⁶⁶³ Jf. NOU 1972: 20 side 325.

¹⁶⁶⁴ Se NOU 1972: 20 side 321–322 og Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) side 187.

en type sikringsarrangement som er underlagt reglene for pantsettelse, herunder rettsvernsreglene.¹⁶⁶⁵ Det blir da ikke særlig treffende å betrakte en utvidet hevingsrett som en hjemmelsmannsinnsigelse. I stedet bør det anses som en rettsstiftelse som utledes fra erververen.¹⁶⁶⁶ Dersom hevingsforbeholdet kommer i konflikt med en ekstinksjonspretendent, blir det således ikke tale om en hjemmelsmannskonflikt, men en dobbeltsuksesjon. Hevingsforbeholdet må da som utgangspunkt ha oppnådd rettsvern for å være beskyttet mot kreditor-ekstinksjon og godtroerverv.

Hans Fredrik Marthinussen har advart mot å trekke slutninger basert utelukkende på om en konflikt klassifiseres som en hjemmelsmannskonflikt eller en dobbeltsuksesjon. Han mener tilnærmingmåten savner forankring i rettskildene.¹⁶⁶⁷ Med hensyn til hevingsforbeholdene er det imidlertid ikke bare klassifiseringen som dobbeltsuksesjon, men også forbeholdenes reelle karakter av salgspant, som gjør at de må anses som utledet fra erververen. Det er da ikke tale om kategorisering uten støtte i rettskildene, men om gjennomskjæring der reelle pantedrettigheter formelt er klassifisert som noe annet. Slik gjennomskjæring har støtte i rettskildene, jf. Rt. 2008 side 1170.¹⁶⁶⁸

Annerledes blir det for hevingsforbehold som utløses av andre årsaker enn betalingsmislighold. Hjemmelsmannen kan for eksempel ha forbeholdt seg retten til heving dersom erververen utnytter den aktuelle rettsposisjonen på en måte som immaterialrettslovgivningen i utgangspunktet tillater, men som hjemmelsmannen likevel ikke ønsker. I slike tilfeller har ikke hevingsforbeholdet lenger karakter av et eiendomsforbehold i sikringsøyemed. Hevingsretten skal i stedet ivareta hjemmelsmannens ideelle interesser. Slike hevingsinnsigelser skal det nok mer til for å ekstingvere. Antakelig er dette utelukket, såfremt ikke hjemmelsmannen kan bebreides for at den aktuelle konflikten oppstod.

For en erverver som har innrettet seg i tillit til opplysninger i et immaterialrettsregister, kan det kanskje bli tale om ulovfestet ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser i noen særegne tilfeller. I en slik vurdering vil nok ekstinksjonspretendentens foretatte investeringer stå sentralt, slik som også var tilfellet i Rt. 1992 side 352 (Sigdal) og Rt. 2015 side 1157

¹⁶⁶⁵ Jf. punkt 3.2.1 ovenfor.

¹⁶⁶⁶ Jf. Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 283 og 290, samt Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 92).

¹⁶⁶⁷ Jf. Hans Fredrik Marthinussen, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019 side 126.

¹⁶⁶⁸ Se punkt 3.2.1 ovenfor.

(Fårøya).¹⁶⁶⁹ Det kan bli lagt ned enorme investeringer i utnyttelsen av immaterialrettigheter, særlig patentrettigheter. Legemiddelindustrien er et eksempel på en aktør som har store kostnader her. Det kreves markedsføringstillatelse for å omsette legemidler, jf. legemiddeloven § 8 første ledd. For at det skal meddeles slik tillatelse, må det foreligge omfattende dokumentasjon for det aktuelle preparatets kvalitet, sikkerhet og effekt.¹⁶⁷⁰ Dokumentasjonsarbeidet er tidkrevende og kostbart.¹⁶⁷¹ Fra virkestoffet i et nytt legemiddel er patentert, og frem til det foreligger markedsføringstillatelse, går det som oftest en periode på over ti år, og den prekliniske og kliniske utprøvingen koster ofte flere hundre millioner kroner. Et legemiddelselskap som erverver et patent på et nytt virkestoff fra den registrerte eieren, har således behov for å kunne stole på at patentet ble ervervet fra den rette eieren. Hundrevis av millioner skal investeres over minst en tiårsperiode, og selskapet behøver sikkerhet for sitt rettserverv før de setter i gang. Om selskapet etter denne perioden skulle tape patentet fordi avhenderen egentlig ikke var rette eier, kan dette ramme selskapet svært hardt. Det vil også kunne få bredere samfunnsmessige skadevirkninger, ettersom samfunnet da ikke nødvendigvis får tilgang til det nye legemiddelet. Den rette eieren vil normalt ikke kunne benytte selskapets dokumentasjon uten deres samtykke, og har således ikke uten videre mulighet til selv å skaffe markedsføringstillatelse. Ekstinksjon synes i slike tilfeller kanskje å være den mest hensiktsmessige løsningen. Investeringer bør her anses som tilstrekkelig «sterke grunner» til å anerkjenne ekstinksjon.

På den annen side legger systemet i patentloven opp til at denne typen spørsmål kan løses ved å meddele tvangslisens etter patentloven § 59 a. Villkårene for slik tvangslisens har vesentlige likhetstrekk med ekstinksjonsvilkårene. Det må foreligge «helt særlige grunner», og tvangslisens kan bare meddeles «den som har handlet i aktsom god tro». Investeringsbetraktninger skal ifølge forarbeidene veie tungt.¹⁶⁷² I tilfeller der lovgivningen inneholder slike alternative løsningsmodeller, kan nok dette tale mot ekstinksjon på ulovfestet grunnlag.

I forlengelsen av dette kan det også nevnes at investeringshensyn kan utgjøre «særlige grunner» for tvangslisens etter patentloven § 48. På denne måten har lovgiver akseptert at slike hensyn kan gjøre det nødvendig med visse innhugg i en patenteiers rett. Dette ble uttrykkelig presisert i patentlovens fellesnordiske forarbeider:

¹⁶⁶⁹ Se punkt 6.8.2.4 ovenfor.

¹⁶⁷⁰ Se særlig legemiddelforskriften § 3-4.

¹⁶⁷¹ Se Meld. St. 28 (2014–2015) side 20.

¹⁶⁷² Jf. Prop 81 L (2012–2013) side 103.

«Hvis den pågældende trediemand har nedlagt så stor kapital, f.eks. i maskinpark og lign., at der ikke blot kan være hårdt for ham selv, hvis han skal ophøre med en påbegyndt udøvelse af opfindelsen, men at der også samfundsmæssigt vil gå store værdier til spilde, synes det forsvarligt, at man søger udvej for at undgå eller begrænse det tab, der under disse forhold ville lides, hvis han skulle ophøre med at udnytte opfindelsen.»¹⁶⁷³

Selv om ekstinksjon av hjemmelsmannsinnsigelser riktignok er noe helt annet enn tvangslisens, viser dette at lovgiver i stor grad søker å ta hensyn til foretatte investeringer på patentrettens område. Det bør da være anledning til å legge betydelig vekt på foretatte investeringer, også i ekstinksjonsvurderinger knyttet til patenter.

Panthavere nedlegger ikke tilsvarende investeringer i å utnytte pantsatte immaterialrettigheter. Utnyttelsesmulighetene forblir hos pantsetter i sikringsperioden, og det er således pantsetter som eventuelt nedlegger investeringer i utnyttelsen. Det pantesikrede lånet kan imidlertid ha blitt brukt til investeringer knyttet til utnyttelsen av de pantsatte immaterialrettighetene. På denne måten kan en panthaver, gjennom sin kredittytelse, ha muliggjort investeringer som har økt verdien av rettighetene. Investeringsbetraktninger kan således kanskje også vektlegges i en ekstinksjonskonflikt mellom en panthaver og den aktuelle pantsetterens hjemmelsmann. Dersom de omtvistede immaterialrettighetene var nærmest verdiløse sist hjemmelsmannen viste noen interesse for dem, og den pantesikrede kreditten har muliggjort en vesentlig verdiøkning, kan det kanskje være mest nærliggende å beskytte en godtroende panthaver på bekostning av en passiv hjemmelsmann. Det er imidlertid vanskelig å si særlig mye mer konkret om hva som eventuelt bør kreves for å anerkjenne ekstinksjon i slike tilfeller.

Én ting som kan sies, er at desto større mulighet hjemmelsmannen har hatt til å påvirke pantsetters legitimasjon, jo større grunn kan det være for å tillate ulovfestet ekstinksjon dersom pantsetter disponerer ut over sin rett.¹⁶⁷⁴ Om hjemmelsmannen kan bebreides for at konflikten oppstod, er dette et moment som kan tillegges særlig stor vekt, jf. Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus) (på side 1217). Tilsvarende blir tilfellet dersom hjemmelsmannen var den som var mest nærliggende til å bringe klarhet i rettighetsforholdene, jf. Rt. 1992 side 352 (Sigdal) (på side 357).

¹⁶⁷³ NU 1963: 6 side 303.

¹⁶⁷⁴ Se Borgar Høgetveit Berg og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339 (på side 330).

Dersom hjemmelsmannen venter for lenge med å fremsette et vindikasjonskrav, kan dette også tale for ekstinksjon. Flere lovfestede regler sier hjemmelsmannsinnsigelser kan gå tapt som følge av rettighetshaverens passivitet. Er den aktuelle hjemmelsmannsinnsigelsen ugyldighet på grunn av tredjemanns tvang, må hjemmelsmannen gi medkontrahenten beskjed om den påberope tvangen uten ugrunnet opphold etter at tvangen er forbi, jf. avtaleloven § 28 andre ledd. Gjør han ikke det, blir han bundet på tross av tvangen.¹⁶⁷⁵ Også godtroervervsloven § 3 sier passivitet kan føre til bortfall av en rettighetshavers vindikasjonsrett. Ifølge bestemmelsens første ledd må vindikasjonskravet «settes fram uten ugrunnet opphold etter at eieren har fått slik viten at han kunne gjøre kravet gjeldende eller burde ha skaffet seg slik viten».¹⁶⁷⁶ Selv om avtaleekstinksjon bygge på legitimasjon fremfor passivitet, og i utgangspunktet inntreffer umiddelbart, kan passivitet fra rettighetshaverens side likevel være et moment i en vurdering av ulovfestet avtaleekstinksjon. Grensen mellom avtaleekstinksjon og preskriptive godtroerverv er som nevnt ikke sylskarp.¹⁶⁷⁷

6.9.7 Omsetningserververes ekstinksjon av driftstilbehørspant

Som beskrevet i punkt 5.7, står pantsetter fritt til å avhende, skifte ut eller lisensiere bort immaterialrettigheter omfattet av et driftstilbehørspant, såfremt dette «er i samsvar med forsvarlig drift og ikke vesentlig forringer panthaverens sikkerhet», jf. panteloven § 3-7 første ledd. Dersom panthaveren har tatt skritt for å inndrive pantkravet med varsel om tvangsdekning etter tvangsfullbyrdsloven, kreves det imidlertid samtykke fra panthaveren for å foreta slik avhendelse, utskiftning eller lisensiering, jf. panteloven § 3-7 andre ledd. I avhendelsestilfellene faller driftstilbehørspantet bort så snart erververen oppnår rettsvern.¹⁶⁷⁸ Ved lisensutstedelse står driftstilbehørspantet ved lag, men får prioritet bak lisensen.¹⁶⁷⁹ Om den aktuelle avhendelsen eller lisensutstedelsen derimot var i strid med reglene i panteloven § 3-7 første og andre ledd, er utgangspunktet at driftstilbehørspantet består, på prioritet foran den ulovlige avhendelsen eller lisensutstedelsen. Dette fremgår forutsetningsvis av panteloven § 3-7 tredje ledd andre punktum, og av NOU 1993: 16 side 156.¹⁶⁸⁰

Skal den som erverver en immaterialrettighet gjennom pantsetters uberettigede avhendelse eller lisensiering, ekstingvere driftstilbehørspanthaverens rett, må dette i så fall skje på ulov-

¹⁶⁷⁵ Se også Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 256.

¹⁶⁷⁶ Se også Ot.prp. nr. 56 (1976–1977) side 44–46.

¹⁶⁷⁷ Jf. punkt 6.8.2.4 ovenfor.

¹⁶⁷⁸ Jf. panteloven § 3-7 tredje ledd første punktum, jf. punkt 5.6.3 ovenfor.

¹⁶⁷⁹ Jf. panteloven § 3-7 tredje ledd siste punktum

¹⁶⁸⁰ Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 76.

festet grunnlag. Panteloven § 3-7 tredje ledd andre punktum sier panteretten kan bli ekstingvert etter godtroervervsloven, men denne gjelder ikke for immaterialrettigheter.¹⁶⁸¹ Heller ikke ekstinksjonsreglene i immaterialrettslovgivningen kan komme direkte til anvendelse her. Disse reglene hjemler bare ekstinksjon av eldre uregistrerte driftstilbehørspant, ikke ekstinksjon av eldre driftstilbehørspant som har oppnådd rettsvern ved registrering i Løsøreregisteret.¹⁶⁸² Det har imidlertid blitt drøftet om disse ekstinksjonsreglene bør kunne anvendes analogisk som grunnlag for ekstinksjon av eldre driftstilbehørspant. Særlig Erik Wold har argumentert for at det bør være rom for slike lovanalogier:

«Spørsmålet blir om bestemmelsene også kan tolkes utvidende slik at den som i god tro registrerer sitt erverv, kan gå foran tidligere etablert [driftstilbehørspant]. Et argument mot dette kan være at [driftstilbehørspant] i motsetning til utlegg ikke kan registreres i de nevnte registrene. Legger man til grunn at registrering i Løsøreregisteret etter pantel. § 3-6 ikke får betydning overfor senere erververe av det pantsatte formuesgode, vil pantsetteren ikke ha mulighet til å skaffe seg rettsvern mot slikt godtroerverv. Isolert sett fremstår det da som lite rimelig overfor pant-haver om [driftstilbehørspant] her skal kunne ekstingveres. Det er imidlertid i denne situasjon lovgiver har satt panthaver når det gjelder løsøre som inngår i driftstilbehøret, jf. pantel. § 3-7 tredje ledd andre punktum. Det er vanskelig å se noen god grunn til at vernet for driftstilbehørspant i immaterialrettigheter skal være bedre enn for driftstilbehørspant i løsøre. Antagelig må det derfor være riktig å legge til grunn at [driftstilbehørspant] i immaterialrettigheter ekstingveres der erververen i god tro melder sitt erverv til registrering.»¹⁶⁸³

Lund-utredningen drøftet også problemstillingen, uten at det ble anbefalt noen lovendring som klargjorde spørsmålet. Det ser imidlertid ut til at utreder mente det ikke var rom for slike lovanalogier som Wold argumenterte for. Ifølge Lund-utredningen finnes det holdepunkter for å hevde at antitesen fra ekstinksjonsreglene i immaterialrettslovgivningen utelukker analogier.¹⁶⁸⁴ Videre ble det pekt på at det gjelder ulike regler for ulike registrerte immaterialrettigheter, og at reglene for ekstinksjon av driftstilbehørspant ikke bør være ulike for de forskjellige registrerte immaterialrettighetene. På bakgrunn av dette ga Lund-utredningen ut-

¹⁶⁸¹ Jf. JDLOV-1983-3998.

¹⁶⁸² Jf. punkt 6.7.3.3 ovenfor. Designlovens ekstinksjonsregler er imidlertid enda snevrere, jf. punkt 6.7.5 ovenfor.

¹⁶⁸³ Erik Wold, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627 (på side 625).

¹⁶⁸⁴ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 26.

trykk for at det ikke bør være rom for å anvende ekstinksjonsreglene i immaterialrettslovgivningen analogisk på disse tilfellene:

«Etter utreders mening synes det å være best dekning for synspunktet at registrering av overdragelsen i patent-, plantesorts-, design- eller varemerke-registeret er uten betydning for om panteretten i den slags driftstilbehør fortsatt skal kunne gjøres gjeldende.»¹⁶⁸⁵

Ettersom utredningen har status som forarbeider, gir uttalelsen betydelig motstand mot lovanalogi. Man faller da tilbake på det alminnelige utgangspunktet om tidsprioritet, jf. panteloven § 1-13.¹⁶⁸⁶ Ulovfestet ekstinksjon på grunnlag av den ulovfestede sensurnormen blir således eneste utvei for en godtroende erverver som kommer i konflikt med avhenderens driftstilbehørspanthaver.¹⁶⁸⁷ Adgangen til slik ekstinksjon er imidlertid snever.

Den som erverver driftstilbehør fra en næringsdrivende, kan nok måtte regne med at det aktuelle formuesgodet er pantsatt, og bør da kanskje være særlig oppmerksom på at overdragelsen kan komme i konflikt med pantsettelsen.¹⁶⁸⁸ Det er enkelt å finne informasjon om slike pantsettelse ved å undersøke Løsøreregisteret, og det fremgår rimelig klart av loven at driftstilbehørspantet også omfatter immaterialrettigheter. På denne måten kan det være vanskelig å påvise aktsom god tro hos pantsetters suksessor dersom han kommer i konflikt med driftstilbehørspanthaveren.

Annerledes kan det være for eventuelle etterfølgende omsetningsledd. Disse har ikke nødvendigvis noen kjennskap til at deres avhenders hjemmelsmann hadde stilt driftstilbehørspantet som gjorde den opprinnelige avhendelsen ulovlig. I slike tilfeller kan det kanskje være større grunn til å anerkjenne ekstinksjon av et driftstilbehørspantet på ulovfestet grunnlag. Her kan det trekkes en parallell til forarbeidene til godtroervervsloven:

«Til støtte for ekstinksjonsreglene har videre vært anført at vindikasjon, der tingen har vært omsatt flere ganger, vil kunne ramme alle personer i omsetningsrekken, mens en ekstinksjonsløsning bare vil ramme én person – rette eier. Man unngår altså å rippe opp i festnete forhold, dog med det forbehold at eieren ofte vil kunne gjøre erstatningskrav gjeldende mot den som uberettiget har avhendet tingen.

¹⁶⁸⁵ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 26.

¹⁶⁸⁶ Jf. også JDLOV-1983-3998.

¹⁶⁸⁷ Se punkt 6.8.2.4 ovenfor.

¹⁶⁸⁸ Se Kåre Lilleholt, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97 (på side 83).

Synspunktet er for så vidt et utslag av det mer generelle synspunkt om at det er samfunnsmessig viktig å beskytte den faktiske tilstand, et synspunkt som også spiller en vesentlig rolle for våre regler om hevd, jfr lov 9 desember 1966 nr 1. En vindikasjonsregel vil normalt også føre til kostnader og bry ved at tingen må leveres tilbake til eieren. I hvert fall hvor erververen har sittet med tingen en tid og har innrettet seg i tillit til at den er hans, vil en tilbakelevering kunne medføre større ulempe for ham enn den fordel eieren vil oppnå – sistnevnte vil jo normalt ha innrettet seg på å være tingen foruten.»¹⁶⁸⁹

Disse synspunktene kan i stor grad gjøre seg gjeldende i tilfeller der en immaterialrettighet er blitt ulovlig avhendet av pantsetter, og deretter omsatt flere ganger. Driftstilbehørspanthaverens vindikasjonsrett kan utløse et erstatningskrav fra hver etterfølgende erverver mot hver foregående avhender, hvilket kan være samfunnsøkonomisk ugunstig. Videre kan ekstinksjonspretendenten i enden av omsetningsrekken kanskje ha nedlagt store investeringer i utnyttelsen av den aktuelle immaterialrettigheten, og driftstilbehørspanthaverens vindikasjonsrett kan ramme vedkommende svært hardt. Dette bør det tas hensyn til når ekstinksjonsspørsmålet skal avgjøres, jf. Rt. 1992 side 352 (Sigdal) og Rt. 2015 side 1157 (Fårøya).

Legitimasjonsbetraktninger kan også tale for ekstinksjon, på lignende måte som i Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus). Et driftstilbehørspant fratar ikke pantsetteren hans legitimasjon til å råde over immaterialrettighetene som inngår i panteretten. Registreringen i Løsøreregisteret bør gjøre en erverver oppmerksom på at råderetten kan være begrenset, men for etterfølgende omsetningsledd blir situasjonen som nevnt annerledes. For registrerte immaterialrettigheter følger legitimasjonen av registerhjemmelen som fremgår av de ulike immaterialrettsregistrene, mens det for de uregistrerte immaterialrettighetene ikke eksisterer noe bestemt legitimerende moment. Er det tale om en registrert immaterialrettighet, kan ekstinksjonspretendenten i enden av omsetningsrekken ha innrettet seg i tillit til de registrerte opplysningene, og dette legitimerende momentet bør kunne tale for ekstinksjon.¹⁶⁹⁰

Til slutt kan det nevnes at driftstilbehørspanthaveren ikke nødvendigvis er like beskyttelsesverdig i slike ekstinksjonskonflikter. En driftstilbehørspanthaver har normalt ikke full oversikt over hvilke konkrete formuesgoder som omfattes av panteretten. Driftstilbehørspant etableres

¹⁶⁸⁹ Ot.prp. nr. 56 (1977–1978) side 15.

¹⁶⁹⁰ Jf. punkt 6.8.2.3 og punkt 6.8.2.4 ovenfor.

ofte ved oppstarten av en virksomhet, gjerne i forbindelse med en kassakreditt, og gjerne før virksomheten har immaterialrettigheter av betydning.¹⁶⁹¹ Det er derfor ikke alltid tatt hensyn til virksomhetens immaterielle rettigheter i den kredittytelsen driftstilbehørspantet sikrer. I tillegg er det sjelden driftstilbehørspanthavere yter kreditt basert på individuelle verdier vurderinger av de ulike formuesgodene som omfattes.¹⁶⁹² En driftstilbehørspanthaver bør også kunne forvente at det skjer enkelte avhendelser og utskiftninger underveis i sikringsperioden, ettersom panteloven § 3-7 første ledd i stor utstrekning gir anledning til dette. Det kan da i noen tilfeller kanskje være mindre grunn til å beskytte driftstilbehørspanthaverens vindikasjonsrett, og heller anerkjenne ekstinksjon på ulovfestet grunnlag. En panthaver som vil beskytte seg mot en slik potensiell ekstinksjonsrisiko, kan gjøre dette ved å stifte en særskilt panterett i stedet for, eller i tillegg til, driftstilbehørspant.

¹⁶⁹¹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 37.

¹⁶⁹² Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 9.

7 PANTSETTELSE AV OVERLAPPENDE IMMATERIALRETTIGHETER

7.1 PROBLEMET

Immaterialrettigheter kan overlappe hverandre.¹⁶⁹³ Det å skille overlappende rettigheter kan medføre verdireduksjon for de enkelte rettsposisjonene. Dette gjelder særlig dersom rettighetene inngår som deler av større rettighetskomplekser. Intellektuelle ressurser består gjerne av et bredt spekter overlappende immaterialrettigheter, som alle spiller inn på muligheten en rettighetshaver har til å utføre bestemte inntektsgivende aktiviteter.¹⁶⁹⁴ Konstruksjonene kan være kompliserte. Dette kan etter gi opphav til noen særegne problemstillinger knyttet til pantsettelse.

Et patent kan for eksempel være pantsatt særskilt, mens en overlappende opphavsrett enten ikke er pantsatt, eller inngår i et driftstilbehørspant til en annen pantshaver. Dersom det særskilte pantet må tvangsrealiseres, vil tvangsgrunnlaget i utgangspunktet bare knytte seg til det pantsatte patentet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 10-2 første ledd bokstav a. Patentet vil da ikke uten videre kunne realiseres sammen med den overlappende opphavsretten. Dette kan medføre at de to rettighetene ender hos ulike rettighetshavere.¹⁶⁹⁵ I slike tilfeller vil de ulike rettighetshaverne i prinsippet kunne nekte hverandre visse former for utnyttelse av den ressursen rettighetene knytter seg til. Verdien av de enkelte rettsposisjonene kan bli betydelig redusert.

Et patent kan imidlertid ofte utnyttes på mange ulike måter. Selv om et patent utnyttes sammen med en opphavsrett, er det sjelden slik at patentet er helt ubrukelig uten opphavsretten. Kombinasjonen av patent og opphavsrett kan likevel være nødvendig for å utføre nærmere bestemte aktiviteter, for eksempel det å produsere, markedsføre og selge et konkret produkt. Dette var tilfellet for Tripp Trapp-stolen, der utformingen var opphavsrettsbeskyttet samtidig som festeanordningen var patentbeskyttet, jf. Rt. 2012 side 1062. Størsteparten av rettighetenes verdi lå her i muligheten til å produsere, markedsføre og selge denne spesielle stolen, og dette var avhengig av samtidig utnyttelse av både patentet og opphavsretten.

¹⁶⁹³ Som beskrevet i punkt 2.4.1 ovenfor.

¹⁶⁹⁴ Se Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010 side 61.

¹⁶⁹⁵ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 50.

Panthaver har selv et visst ansvar for å sørge for at alle nødvendige rettsposisjoner blir inkludert i en pantssettelse, men rettighetskomplekser kan være lite synlige for en panthaver. Det kan oppstå tilfeller der panthaver tror det er tilstrekkelig med panterett i kun et patent, mens det i realiteten foreligger et større kompleks av overlappende immaterialrettigheter som han ikke kjenner til.

Selv om to overlappende immaterialrettigheter kan realiseres samlet, kan det oppstå spørsmål om hvordan realisasjonssummen skal fordeles. Dersom bare en av de overlappende rettsposisjonene var pantsatt, kan panthaveren i utgangspunktet bare kreve dekning i realisasjonsverdien som knytter seg til denne rettsposisjonen. Grensen for hvilke verdier som knytter seg til hvilke rettsposisjoner, kan imidlertid være vanskelig å trekke. Jo mer sammensatt et formueskompleks er, desto vanskeligere er det å avgjøre hva en panterett egentlig omfatter.¹⁶⁹⁶

Dersom panterettens grenser trekkes for snevert, kan panthaver få dekning for langt mindre enn han i utgangspunktet forventet. På realisasjonstidspunktet kan det vise seg at han har ytet usikret kreditt i større grad enn det som var tilsiktet. Overlappsproblemene kan således bidra til å skjule kredittrisiko, hvilket igjen kan få skadevirkninger for kredittlivet og samfunnet for øvrig.¹⁶⁹⁷ Det kan kanskje i noen tilfeller være mest hensiktsmessig å anse to overlappende immaterialrettigheter som pantsatt samlet, såfremt det er en tilstrekkelig nær tilknytning mellom de to rettsposisjonene. Antakelig finnes det grunnlag for dette i en ulovfestet tilbehørnorm, jf. blant annet Rt. 2009 side 1502 (Barent Eagle), som for øvrig gjaldt forholdet mellom et pantsatt fiskefartøy og tilhørende fisketillatelse. Jeg kommer tilbake til denne tilbehørnormen i punkt 7.7.

De nevnte overlappsproblemene kan også langt på vei løses ved å velge driftstilbehørspant fremfor særskilt panterett, eventuelt en kombinasjon av begge. Dette ble uttrykkelig fremhevet i Lund-utredningen:

«Driftstilbehørspant fanger opp alle de omtalte sammenhengene mellom rettighetene som omfattes av pantet, og ved realisasjon av pantet kan de bringes videre. Rettigheter som er kommet til etter at panteavtalen ble inngått, og som utnyttet sammen med de 'opprinnelige' rettighetene, kan følge med dem ved realisasjonen.

¹⁶⁹⁶ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 65.

¹⁶⁹⁷ Jf. punkt 1.4 ovenfor.

Det kan sies slik at pantet kan være oppdatert til enhver tid, noe som er av stor betydning når det gjelder immaterialrettigheter, i særdeleshet på det industrielle område.»¹⁶⁹⁸

Likevel kan det være fordeler med særskilt pantsettelse som ikke kan oppnås gjennom driftstilbehørspant. Ved samlet pantsettelse av driftstilbehør tas det ikke nødvendigvis hensyn til verdien av de ulike rettsposisjonene når størrelsen på kredittytelsen skal avgjøres. Særskilt pantsettelse kan i større grad bidra til kreditt som står i forhold til verdien av sikkerhetsstillelsen. Videre er det mer omfattende rettsverns- og ekstinksjonsvirkninger knyttet til særskilt pantsettelse enn det er for driftstilbehørspant. En driftstilbehørspanthaver har i tillegg svakere beskyttelse på sikringsstadiet enn det en særskilt panthaver har.¹⁶⁹⁹ Driftstilbehørspantsettelse forutsetter også at pantsetter oppfyller vilkårene for å stille dette som pant.¹⁷⁰⁰ Det er flere vilkår for samlet pantsettelse av driftstilbehør enn det er for særskilt pantsettelse. En pantsetter oppfyller ikke nødvendigvis alle disse vilkårene, og særskilt pantsettelse blir da eneste mulighet.

En ytterligere forutsetning for driftstilbehørspant er at pantsetter faktisk er villig til å pantsette hele sitt driftstilbehør. Et driftstilbehørspant kan være en svært omfattende panterett, som inkluderer en rekke verdifulle formuesgoder. Adgangen til å begrense omfanget er snever.¹⁷⁰¹ Det er ikke alltid slik at pantsetter ønsker å stille hele driftstilbehøret som sikkerhet. Særskilt pantsettelse kan da være en bedre løsning. Ettersom overlappsproblemene i hovedsak bare knytter seg til særskilte pantsettelsener, holdes driftstilbehørspantet utenfor de følgende drøftelsene i dette kapitlet.

Overlapp mellom ulike formuesgoder er ikke særegent for de immaterielle rettighetene. Verdien av en fast eiendom er naturligvis avhengig av de bygningene som står oppført på eiendommen.¹⁷⁰² På samme måte er verdien av et skip avhengig av de løsørestandene som befinner seg om bord, slik som livbåter, kraner, fiskeutstyr og lignende. For fysiske formuesgoder er slike overlappsproblemer i betydelig utstrekning løst i loven.¹⁷⁰³ I tilfeller der noe kan anses som tilbehør til en hovedgjenstand, er utgangspunktet som oftest at tilbehøret følger

¹⁶⁹⁸ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 52.

¹⁶⁹⁹ Sml. punkt 4.5 og punkt 5.7 ovenfor.

¹⁷⁰⁰ Se kapittel 5 ovenfor.

¹⁷⁰¹ Jf. panteloven § 3-4 siste ledd. Se for øvrig punkt 5.6.4 ovenfor.

¹⁷⁰² Se NUT 1970: 2 side 75.

¹⁷⁰³ Se for eksempel panteloven § 2-2 og § 3-3 første ledd, sjøloven § 45 og luftfartsloven § 3-39.

hovedgjenstandens rettsforhold, såfremt det ikke er særlig grunnlag for noe annet.¹⁷⁰⁴ Denne formen for tilbehørspant må ikke forveksles med driftstilbehørspant etter panteloven § 3-4.¹⁷⁰⁵ Reglene om driftstilbehørspant har ikke noe med dette å gjøre.

Ved pantsettelse av immaterialrettigheter, finnes det derimot ingen forhåndsgitt løsning på overlappsproblemene.¹⁷⁰⁶ Lovgiver har vært tilbakeholden med å gi regler om dette. I Lund-utredningen ble problemstillingen reist, uten at det ble anbefalt noen konkret løsning.¹⁷⁰⁷ Det er derfor nødvendig å redegjøre nærmere for hvilke ulike rettslige løsninger som finnes for overlappsproblemene, samt belyse fordeler og ulemper ved dem. Lovgivningen inneholder flere mekanismer som i ulik grad er egnet til å avhjelpe enkelte av overlappsproblemene. Der lovfestede løsninger ikke strekker til, kan det bli nødvendig med mer pragmatiske løsninger på ulovfestet grunnlag. De ulike løsningsalternativene drøftes nærmere i de følgende punktene.¹⁷⁰⁸

7.2 INGEN ADGANG TIL SÆRSKILT PANTSETTELSE AV PAKKER MED OVERLAPPENDE RETTIGHETER

Da det ble gitt adgang til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter i norsk rett, kunne det på grunn av rettighetsoverlapp kanskje vært mest naturlig at det ble gitt adgang til særskilt pantsettelse av samtlige immaterialrettigheter. På denne måten kunne partene i en panteavtale kommet frem til «pakkelsninger» som inkluderte alle de immaterialrettighetene som er nødvendige for å utnytte en nærmere bestemt ressurs, eller utøve en nærmere bestemt aktivitet.

I USA kan overlappsproblemene i stor grad løses gjennom slike pakkelsninger. Det gjelder ikke noe panterettslig lovkrav i USA. Flere overlappende immaterialrettigheter kan således pantsettes samlet under ett. I stedet for et lovkrav krever UCC artikkel 9 bare at de aktuelle

¹⁷⁰⁴ Jf. Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 8–9, samt Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 67.

¹⁷⁰⁵ Se Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 67.

¹⁷⁰⁶ For en beskrivelse av lignende rettsstilstand i Sverige, se Sanna Wolk, *Arbeidstagers immaterialrätter*, 2. opplag, Stockholm 2008 side 186, der spørsmålet drøftes i relasjon til arbeidstakers immaterialrettigheter, og tilfeller der bare noen av flere overlappende rettigheter har gått over til arbeidsgiver.

¹⁷⁰⁷ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 50.

¹⁷⁰⁸ Jeg går ikke nærmere inn på rettspolitiske vurderinger av hvordan overlappsproblemene kan løses gjennom reformer, men holder meg i stedet til de løsningene som allerede har forankring i foreliggende rettskildemateriale. Et forslag til en større reform av pantsettelsessystemet for å løse overlappsproblemene er presentert hos Jens Andreasson, *Intellektuella resurser som kredittsikkerhet*, Göteborg 2010 side 330–359. Forslaget er betydelig inspirert av UCC artikkel 9.

panteobjektene beskrives i en sikkerhetsavtale.¹⁷⁰⁹ Det gjelder ikke noe strengt spesialitetsprinsipp.¹⁷¹⁰ Beskrivelsen trenger ikke å være særlig konkret. Det eneste som kreves, er at avtalen «reasonably identifies what is described».¹⁷¹¹ Panteobjektet kan blant annet beskrives som en bestemt kategori formuesgoder, for eksempel alle pantsetters immaterialrettigheter.¹⁷¹² Den amerikanske modellavtalen legger i stor grad opp til slike kategoriske beskrivelser.¹⁷¹³ Modellavtalen fraråder partene å ekskludere bestemte immaterialrettigheter fra en pantsettelse, nettopp fordi det kan foreligge overlapp mellom flere ulike rettsposisjoner.¹⁷¹⁴ Et annet alternativ kan være å beskrive en eller flere bestemte immaterialrettigheter, og samtidig inkludere en vagere sekkebetegnelse for å fange opp ubestemte formuesgoder som er knyttet til hovedrettighetene. Slike vage og generelle beskrivelser har i enkelte tilfeller blitt godtatt av amerikanske domstoler.¹⁷¹⁵ Fullstendig generalpant er imidlertid ikke tillatt i USA.¹⁷¹⁶

På lignende måte som UCC artikkel 9, legger også UNCITRAL opp til at det skal være mulig å pantsette alle typer immaterialrettigheter.¹⁷¹⁷ Her legges det opp til at panteobjektet ikke trenger å beskrives mer presist enn «in a manner that reasonably allows their identification».¹⁷¹⁸ UNCITRAL har fremhevet at restriksjoner på pantsettelsesadgangen, lignende lovkravet i norsk rett, ikke er helt i tråd med moderne systemer for kredittsikring:

«Traditionally, in many States, security rights are seen as an exception to the general principle of equality among creditors. As a result, the types of asset that may be encumbered with a security right are enumerated restrictively. Modern secured transactions regimes usually take the opposite position: all types of asset

¹⁷⁰⁹ Jf. UCC § 9-203 (b) (3) (A). Se også Steven O. Weise og Stephen L. Sepinuck, «Personal property secured transactions» i *Business Lawyer*, 2017, vol. 72 nr. 4, side 1143–1164 (på side 1144–1145).

¹⁷¹⁰ Sml. spesialitetsprinsippet i norsk rett, beskrevet i punkt 3.3 ovenfor.

¹⁷¹¹ Jf. UCC § 9-108 (a).

¹⁷¹² Jf. UCC § 9-108 (b) (2).

¹⁷¹³ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928 (punkt 1.1).

¹⁷¹⁴ Se «Model Intellectual Property Security Agreement» tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928 (note 9).

¹⁷¹⁵ Se Steven O. Weise, «Personal property secured transactions» i *Business Lawyer*, 2011, vol. 66 nr. 4, side 1165–1185 (på side 1165), med henvisninger til relevant rettspraksis.

¹⁷¹⁶ Jf. UCC § 9-108 (c).

¹⁷¹⁷ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 20 avsnitt 50 og UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 23 avsnitt 54.

¹⁷¹⁸ Se UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 37–38 (avsnitt 82).

should be capable of being the object of a security right, except those specifically excluded.»¹⁷¹⁹

I de norske lovforarbeidene ble det aldri drøftet hvorvidt det panterettslige lovkravet burde justeres for å være mer i tråd med UNCITRALs anbefalinger. Derimot ble det i Lund-utredningen nevnt at hensynet til samspill mellom ulike immaterialrettigheter kunne tale for å gi adgang til særskilt pantssettelse av samtlige rettighetskategorier.¹⁷²⁰ På denne måten kunne lovgiver overlatt til partene å strukturere hensiktsmessige sikkerhetspakker. Likevel ble det ikke anbefalt at partene i en panteavtale skulle ha slik frihet. Dette ble delvis begrunnet slik:

«Det er urealistisk å regne med at blott og bar adgang til særskilt pantssettelse av alle de aktuelle immaterialrettighetene uten videre vil være tilstrekkelig til at det vil kunne skapes formålstjenlige ‘pakker’. (Det kan dessuten være behov for å innlemme også andre elementer i pakkene.) I løpet av tiden som går fra pantssettelse til realisasjon av pantet, kan det komme til ytterligere rettigheter, ‘know-how’ og annen kunnskap, som utnyttes sammen med de pantsatte rettighetene, og som kan være av stor betydning for deres fortsatte utnyttelse og verdi i markedet. De forskjellige kategoriene immaterialrettigheter er svært forskjellige med hensyn til innhold og varighet, og rettighetenes gjenstand kan brukes på forskjellige måter og i forskjellige sammenhenger. Rettigheter som inngår i den aktuelle sammenhengen kan – ofte først på et senere tidspunkt – bli utnyttet også i andre sammenhenger, og da vil en slik samlet pantssettelse av rettighetene ved én og samme panteavtale kunne gi opphav til problemer for denne andre utnyttelsen dersom det kommer til realisasjon av pantet. I verste fall vil adgang til særskilt pantssettelse av samtlige immaterialrettigheter kunne forårsake at rettigheter som bør holdes samlet, pantsettes til forskjellige panthavere.»¹⁷²¹

Etter mitt syn er det grunnlag for en viss kritikk av disse uttalelsene. Utreder synes å ha påfallende lave forventninger til praktikere på området. Kompetansen i advokatbransjen er nok høyere enn det her gis inntrykk av. Videre har ikke utreder tatt hensyn til at en bredere adgang til særskilt pantssettelse kunne ha ført til at praktikere hadde fått trening i å strukturere disse sikringsarrangementene på en god måte. I USA har det for eksempel utviklet seg en egen praksis for å håndtere rettighetsoverlapp. En bredere og mer fleksibel pantssettelsesadgang

¹⁷¹⁹ UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 32 avsnitt 5.

¹⁷²⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 52.

¹⁷²¹ Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 52.

ville ha gjort det mulig å dra lærdom av egne og andres erfaringer, slik at også norske aktører kunne ha utviklet mekanismer for pantsettelse av hensiktsmessige pakker av immaterialrettigheter. Nåværende lovgivning hindrer i stor grad at slike mekanismer utvikler seg.

7.3 AKSJEPANT SOM LØSNING

Selv om det i norsk rett ikke er adgang til særskilt pantsettelse av pakker av overlappende immaterialrettigheter, finnes det likevel løsninger i selskapsretten som gjør det mulig å lage mer spesialtilpassede rettighetspakker, og deretter pantsette disse pakkene. Det er ingenting i veien for at pantsetter oppretter et aksjeselskap, og overdrar til dette selskapet alle de immaterialrettighetene som er nødvendige for å utføre en nærmere bestemt aktivitet. Aksjene i et selskap kan pantsettes såfremt vedtektene ikke bestemmer noe annet, jf. panteloven § 4-2a første ledd og § 4-1 tredje ledd.¹⁷²² På denne måten kan pantsetter strukturere pakker av immaterialrettigheter ved å samle dem i et aksjeselskap. Ved pantsettelse av aksjene i selskapet skjer det indirekte en samlet pantsettelse av immaterialrettighetene selskapet eier. Ifølge Lund-utredningen er det relativt vanlig at immaterialrettigheter eies av egne aksjeselskaper:

«Det er ikke uvanlig at immaterialrettigheter legges til et eget selskap med sikte på at selskapet skal forvalte rettighetene. Dette er (...) en forretningsmodell som gjerne blir brukt når rettighetene skal utnyttes ved lisensiering. Formen blir også ofte brukt når rettighetene opprinnelig lå i sameie mellom oppfinnere, opphavsmenn eller kunstnere, fordi det kan gjøre det enklere å forvalte rettighetene.»¹⁷²³

Når det opprettes et aksjeselskap kun for pantsettelsesformål, blir dette selskapet en ren formålighet, skapt bare for å eie og pantsette overlappende immaterialrettigheter. Slike konstruksjoner er imidlertid ikke problematiske med hensyn til pantsettelsesreglene. Det avgjørende for pantsettelsesadgangen er om det foreligger pantsettelseshjemmel eller ikke. I tilfeller der det foreligger flere alternative pantsettelseshjemler, står pantsetter (normalt under betydelig påvirkning fra panthaver) fritt til å velge det alternativet han selv ønsker. Dermed er det ingenting i veien for å strukturere pakker av immaterialrettigheter i et aksjeselskap, og deretter pantsette selskapets aksjer. Denne løsningen gjør det i prinsippet også mulig å pant-

¹⁷²² Rettsvern oppnås ved melding til selskapet, jf. panteloven § 4-2a andre ledd, eller ved registrering i verdipapirregisteret dersom det er tale om registrerte aksjer, jf. panteloven § 4-1 tredje ledd.

¹⁷²³ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 28. Se for øvrig også side 9 og 36.

sette immaterialrettigheter uhindret av omsetningsbegrensningene for de ulike rettsposisjonene.¹⁷²⁴

Aksjepantløsningen gir stor grad av fleksibilitet. Panteavtalen kan inneholde detaljerte klausuler om hvilke eventuelle fremtidige immaterialrettigheter pantsetter er forpliktet til å overføre til selskapet, og hvilke han kan beholde selv.¹⁷²⁵ På denne måten kan partene skreddersy et slags spesialtilpasset sikringsarrangement, som kan bidra til at partenes interesser ivaretas i større grad enn tilfellet ville vært ved bruk av driftstilbehørspant.

Det er imidlertid også ulemper knyttet til aksjepantløsningen. For det første blir ikke pant-
haver uten videre sikret mot at pantsetter misligholder sin plikt til å overføre immaterialrettigheter til selskapet. Ordningen forutsetter en større grad av tillit enn alminnelige pantsettelser. For det andre vil den som erverver aksjene etter realisasjon av pantet, bare oppnå rettigheter som aksjonær i det aktuelle selskapet. Vedkommende oppnår ingen direkte eierposisjon knyttet til selskapets immaterialrettigheter. Disse rettighetene må disponeres over av selskapet. Dersom aksjonæren skal få de aktuelle immaterialrettighetene overført fra selskapet til seg, må dette som hovedregel skje i henhold reglene om utbytte i aksjeloven §§ 8-1 til 8-5.¹⁷²⁶

Aksjonærene kan imidlertid gjennom sine forvaltningsrettigheter påvirke selskapets disposisjoner. Forvaltningsrettighetene omfatter først og fremst retten til å møte og stemme på generalforsamlingen. Ettersom myndighetsområdet til generalforsamlingen er negativt avgrenset, kan generalforsamlingen avgjøre alt som ikke loven eller vedtektene legger til andre selskapsorganer. En eneaksjonær kan således disponere forholdsvis fritt over selskapets eandeler.¹⁷²⁷ Vedkommende kan kalle inn til generalforsamling når og hvor han selv vil, jf. aksjeloven § 5-7. Han kan også regne med å få gjennomslag for sine synspunkter, såfremt han ikke forsøker å binde selskapet til å gjøre noe som strider mot lovgivningen eller vedtektene, jf. aksjeloven § 6-28 andre ledd. Utdelingsreglene i aksjeloven § 3-6 setter imidlertid viktige begrensninger med hensyn til overføringer som kommer aksjeeiere til gode.¹⁷²⁸

¹⁷²⁴ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 28 og 114.

¹⁷²⁵ Se Andrea Tosato, «Security interests over intellectual property» i *Journal of Intellectual Property & Practice*, 2011, vol. 6 nr. 2, side 93–104 (på side 95–96).

¹⁷²⁶ Mer om utbyttereglene hos Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2017 side 215–228.

¹⁷²⁷ Se Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2017 side 147.

¹⁷²⁸ Mer om disse reglene hos Hedvig Bugge Reiersen, *Aksjelovenes utdelingsbegrep*, Oslo 2015 side 223–251.

En tredje ulempe med aksjepantløsningen er at opprettelsen og driften av et nytt aksjeselskap medfører enkelte kostnader og en del administrativt bryderi.¹⁷²⁹ I forbindelse med stiftelsen påløper det visse gebyrer til Foretaksregisteret og normalt også honorar til revisor.¹⁷³⁰ Ofte bistår advokater, regnskapsførere og finansforetak ved stiftelsen av et aksjeselskap, og disse skal også ha sitt vederlag. Selv om «små» aksjeselskap gjerne er unntatt fra revisjonsplikten, jf. aksjeloven § 7-6, er det ikke uvanlig at de likevel velger å få regnskapet revidert. Det påløper da også kostnader. Ikke alle pantsettere er like ressurssterke. Forsknings- og utviklingsbedrifter i startfasen vil typisk ha et særlig behov for kreditt, samtidig som deres ressurser er såpass begrenset at det kan bli byrdefullt å skulle opprette egne aksjeselskaper i forbindelse med pantsettelse. Aksjepantløsningen er nok derfor ikke alltid en helt egnet løsning på overlappsproblemene.

7.4 KONKURSRETTLIGE LØSNINGER

Overlappsproblemene materialiserer seg ikke før en panterett skal realiseres. Reglene for realisasjon er ulike avhengig av om pantsetter er konkurs eller ikke. Realisasjonsreglene utenfor konkurs ble gjennomgått i punkt 3.7. Her finnes det begrenset med løsninger på overlappsproblemene. Innenfor konkursretten finnes det derimot flere regler som er egnet til å avhjelpe deler av problematikken. Hovedregelen om realisasjon av konkursdebitors eiendeler finnes i konkursloven § 117 første ledd første punktum:

«Innenfor de grenser som næringslovgivningen setter, skal boets eiendeler realiseres på den måte som etter forholdene antas å ville gi størst utbytte. Bortsalg ved offentlig auksjon bør ikke skje med mindre det er grunn til å tro at det ved denne salgsmåte blir oppnådd bedre priser enn ved underhåndsalg.»

Dette utgangspunktet gjelder også realisasjon av pantsatte eiendeler, herunder pantsatte immaterialrettigheter.¹⁷³¹ Bestemmelsen gir bostyrer betydelig handlefrihet når det kommer til valg av salgsmåte og ved gjennomføringen av salget.¹⁷³² I tilfeller der boet skal realisere overlappende immaterialrettigheter, er det i utgangspunktet ingenting i veien for at bostyrer velger at disse skal realiseres samlet, såfremt denne realisasjonsmåten antas å gi størst utbytte. Der-

¹⁷²⁹ Se Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2017 side 82–93.

¹⁷³⁰ Se Tore Bråthen, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2017 side 85.

¹⁷³¹ Jf. forutsetningsvis konkursloven § 85 første ledd nummer 3 og § 117a første ledd, samt Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) side 110 og Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 98.

¹⁷³² Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 167).

som beslutninger knyttet til realisasjon er av «vesentlig betydning», krever konkursloven § 85 andre ledd at bostyrer treffer sin beslutning «i samråd med kreditorutvalget». Det er imidlertid liten grunn til å tro at et kreditorutvalg vil motsette seg samlet realisasjon av overlappende immaterialrettigheter. I utgangspunktet er da konkursloven § 117 første ledd fleksibel nok til å løse deler av overlappsproblemene. Samlet realisasjon kan gjennomføres selv om de overlappende immaterialrettighetene er pantsatt til forskjellige panthavere.

En forutsetning for at konkursloven § 117 første ledd skal løse problematikken, er at de overlappende immaterialrettighetene ikke er overbeheftet.¹⁷³³ Bostyrers salg av konkursdebitors eiendeler anses som en form for frivillig salg, og slikt salg kan ikke uten særlig grunnlag skje med utslettende virkning for de heftelsene som er knyttet til eiendelene.¹⁷³⁴ Utgangspunktet er derfor at kjøperen av overbeheftede eiendeler må overta de udekkede heftelsene.¹⁷³⁵ Dette medfører at markedsverdien reduseres. Boet er da praktisk talt avskåret fra å realisere konkursdebitors overbeheftede eiendeler etter reglene i konkursloven § 117.¹⁷³⁶ Overbeheftelse kan til en viss grad avverges gjennom urådighets- eller negative pantsettelseserklæringer, men som nevnt i punkt 6.6.3 og 6.9.2, er det tvilsomt om det er mulig å oppnå rettsvern for denne typen rettsstiftelser i immaterialrettigheter.

Det finnes enkelte særlige grunnlag som i visse tilfeller gir boet rett til å realisere overbeheftede eiendeler med utslettende virkning for udekkede heftelser. Ifølge dekningsloven § 8-15 første ledd kan boet når som helst kreve overbeheftede eiendeler solgt gjennom namsmyndighetene. Dette gjelder imidlertid ikke betingelsesløst. Bestemmelsens andre ledd første punktum krever samtykke fra alle øvrige rettighetshavere for tilfeller der «det viser seg at boet ikke vil få noen andel av salgsutbyttet, og når dessuten panthaverne enten ikke har rett til dividende i boet eller uttrykkelig har frafalt denne rett, eller når det er på det rene at boet ikke vil kunne gi noen dividende til panthaverne». Dette vil ofte være situasjonen. Bestemmelsen innebærer derfor vesentlige begrensninger i boets salgsrett etter første ledd. Disse begrensningene er i forarbeidene begrunnet slik:

¹⁷³³ En immaterialrettighet er overbeheftet dersom markedsverdien er lavere enn de samlede heftelsene knyttet til den aktuelle rettigheten, jf. NOU 1993: 16 side 101 og Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 234.

¹⁷³⁴ Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 168–169).

¹⁷³⁵ Jf. panteloven § 1-11 første ledd. Se for øvrig Henriette Nazarian, *Konkursrett*, Oslo 2012 side 259.

¹⁷³⁶ Se Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 98.

«Bakgrunnen for boets ønske om å selge er som nevnt ovenfor enten å få bragt på det rene hva det blir tilbake av pantets verdi etter at pantegjelden blir dekket, eller å få fastslått hvor stor del av pantegjelden som blir udekket og som det følgelig kan kreves dividende av. Hvis det etter de bud som blir avgitt er klart at det ikke blir noe overskudd til boet, bortfaller det førstnevnte motiv. Hvis det dessuten er klart at pantnaverens ikke skal ha dividende, bortfaller også det sistnevnte motiv; det ville da nærmest være sjikanøst om boet insisterte på å selge de pantsatte eiendeler mot pantnavernes ønske.»¹⁷³⁷

Da konkurslovgivningen ble gjennomgått og «etterkontrollert» på begynnelsen av 1990-tallet, var utvalget ikke helt enig i den siterte begrunnelsen fra forarbeidene.¹⁷³⁸ Utvalget var derimot av den oppfatningen at boet i noen tilfeller kan ha interesse av å selge en overbeheftet eiendel, selv om den i seg selv ikke bringer noen del av salgsutbyttet til boet:

«Det kan tenkes at en overbeheftet eiendel, dersom den selges sammen med andre eiendeler, kan bidra til at det oppnås en høyere pris. Det kan også være at en overbeheftet eiendel utgjør en sentral del av virksomheten og at det er en viktig forutsetning for å få til en samlet overdragelse, at også denne eiendelen omfattes av salget.»¹⁷³⁹

Her fremhevet utvalget problemer knyttet til realisasjon av eiendeler hvor verdien avhenger av samtidig utnyttelse av andre eiendeler. Dette er lignende problemer som dem knyttet til realisasjon av overlappende immaterialrettigheter. Dersom én av flere overlappende rettigheter er overbeheftet, vil samlet salg kunne bli umulig hvis ikke bostyrer, pantnaverne og kjøperen blir enige om en rimelig håndtering av de heftelsene som ligger utenfor verdien av den overbeheftede rettsposisjonen.¹⁷⁴⁰ For å bøte på slike problemer ble det innført en ny bestemmelse i konkursloven § 117a. Første ledd har følgende ordlyd:

«Bostyreren kan selge boets overbeheftede eiendeler med utslettende virkning for udekkede heftelser dersom

¹⁷³⁷ NOU 1972: 20 side 342–343.

¹⁷³⁸ Se NOU 1993: 16 side 64.

¹⁷³⁹ NOU 1993: 16 side 64. Departementet sluttet seg til disse uttalelsene i Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 103–104.

¹⁷⁴⁰ Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 170).

- 1) salget skjer sammen med andre av boets eiendeler og et samlet salg forventes å gi større utbytte for boet enn et salg av eiendelene enkeltvis, eller
- 2) salget skjer som ledd i en samlet overdragelse av hele eller deler av virksomheten med sikte på fortsatt drift etter konkursen.»

Alternativ nr. 1 skal fange opp de tilfellene der samlet salg forventes å gi en bedre pris.¹⁷⁴¹ Slikt samlet salg omtales gjerne som koblingssalg.¹⁷⁴² Hvorvidt det foreligger en forventning om at samlet salg gir høyere pris, er opp til bostyrer å avgjøre, eventuelt i samråd med kreditorutvalget.¹⁷⁴³ Forarbeidene har imidlertid presisert at det ofte vil foreligge en presumsjon om at samlet salg av eiendeler med en viss tilknytning til hverandre vil gi bedre pris enn separat salg.¹⁷⁴⁴ Alternativ nr. 1 forutsetter at en del av salgsutbyttet kommer konkursboet til gode. Dette er også presisert i forarbeidene.¹⁷⁴⁵ Dersom samtlige overlappende immaterialrettigheter er overbeheftet, vil samlet salg ikke generere noe utbytte for boet. Konkursboet kan da ikke selge rettighetene samlet med utslettende virkning i medhold av konkursloven § 117a første ledd nr. 1.

Etter et eventuelt koblingssalg oppstår det spørsmål om hvem som overtar aktuelle heftelser, samt øvrig håndtering av disse heftelsene. Konkursloven § 117a andre ledd regulerer dette nærmere:

«Ved salget overtas alle pengeheftelser som ligger innenfor kjøpesummen i den utstrekning heftelsene har rettsvern i forhold til konkursboet. Andre heftelser enn pengeheftelser i vedkommende gjenstand overtas av kjøperen utenfor kjøpesummen i den utstrekning vedkommende heftelse har rettsvern i forhold til konkursboet. Slike heftelser skal likevel settes til side i den utstrekning det er nødvendig for å gi dekning til pengeheftelser med bedre eller lik prioritet.»

¹⁷⁴¹ Se Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 234.

¹⁷⁴² Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 170).

¹⁷⁴³ Jf. konkursloven § 85 andre ledd, samt for øvrig NOU 1993: 16 side 101 og Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 234.

¹⁷⁴⁴ Jf. NOU 1993: 16 side 101 og Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 234.

¹⁷⁴⁵ Se NOU 1993: 16 side 101 og Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 234.

Med «kjøpesum» menes den antatte kjøpesummen ved separat salg.¹⁷⁴⁶ Ved koblingssalg betales det en total kjøpesum for flere eiendeler, og det er opp til bostyrer å vurdere hva de enkelte eiendelene ville utbrakt hver for seg.¹⁷⁴⁷ Bostyrer avgjør således de enkelte eiendelenes «kjøpesum». Han bestemmer da også hvilke eiendeler de ulike delene av totalsummen skal knyttes til. Hver eiendels antatte «kjøpesum» fordeles deretter mellom rettighetshaverne i det aktuelle formuesgodet. For overbeheftede eiendeler vil hele beløpet utbetales til rettighetshaverne i samsvar med deres prioriteter.¹⁷⁴⁸ De pengeheftelsene som ikke dekkes ved fordeling av dette beløpet, faller bort.¹⁷⁴⁹ En panthaver som rammes av slikt bortfall, må nøye seg med dividende for sitt krav.

Salg av overbeheftede eiendeler trenger ikke gjøres opp kontant. Det kan alternativt gjøres opp ved at kjøperen overtar ansvaret for eiendelens pengeheftelser, oppad begrenset til eiendelens antatte verdi.¹⁷⁵⁰ I slike tilfeller betaler kjøperen for ervervet gjennom betaling av renter og avdrag på de underliggende forpliktelsene knyttet til den ervervede eiendelen. Den antatte verdien trekkes da fra den totale kjøpesummen for koblingssalget. En slik løsning forutsetter imidlertid at partene blir enige om hvem som skal utbetale boets legalpantbeløp etter panteloven § 6-4.¹⁷⁵¹

Koblingssalg etter konkursloven § 117a løser deler av overlappsproblematikken, men innebærer samtidig risiko og uforutsigbarhet for panthaverne. For det første innebærer det en risiko for at panthavere på etterstående prioritet kun får dividende for sitt krav, ettersom pengeheftelser som ikke dekkes gjennom koblingssalget faller bort. For det andre innebærer koblingssalg en risiko for feil i verdivurderingen. Fordelingen av totalsummen for koblingssalget baseres på bostyrers vurdering av hvilken verdi de ulike eiendelene ville hatt ved separat salg. Panthavernes dekningsutsikter gjøres dermed i stor grad avhengig av bostyrers mer eller mindre skjønnsmessige vurderinger.¹⁷⁵² Det er ofte svært vanskelig å anslå hvor mye

¹⁷⁴⁶ Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 170), som presiserer at lovens bruk av begrepet «kjøpesummen» ikke er velvalgt, noe jeg er enig i.

¹⁷⁴⁷ Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 171).

¹⁷⁴⁸ Jf. konkursloven § 117a femte ledd andre punktum.

¹⁷⁴⁹ Jf. konkursloven § 117a første ledd.

¹⁷⁵⁰ Se Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 236.

¹⁷⁵¹ Se Ot.prp. nr. 26 (1998–1999) side 236.

¹⁷⁵² Se Thor Falkanger, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183 (på side 171).

en immaterialrettighet er verdt.¹⁷⁵³ Dette gjelder særlig immaterialrettigheter som overlapper med andre rettsposisjoner. Risikoen for feilvurderinger er ofte større for immaterialrettigheter enn for andre formuesgoder. For realregistrerte formuesgoder ligger det en viss beskyttelse i at skifteretten skal stadfeste salget ved kjennelse med mindre alle berørte rettighetshavere samtykker, jf. konkursloven § 117a fjerde ledd. En tilsvarende beskyttelse finnes ikke for immaterialrettighetene. Koblingssalg er i tillegg en såkalt «kan»-regel. Det er ingen automatikk i at koblingssalg blir aktuelt dersom vilkårene for dette er oppfylt.

Disse konkursrettslige mekanismene er heller ikke egnet til å løse alle problemer knyttet til overlapp. Reglene hindrer bare at overlappende rettigheter ender hos ulike rettighetshavere. De løser ikke problemene knyttet til det å avgrense omfanget av en panterett. Etter at samlet realisasjon har funnet sted, kan det oppstå spørsmål om hvordan realisasjonsverdien skal fordeles. I tilfeller der bare én av flere overlappende rettsposisjoner var pantsatt, blir det nødvendig med en nærmere avgrensning av hvilken del av realisasjonsprovenyet som skal gå til dekning av panthaverens sikrede krav. En slik problemstilling oppstod for eksempel i Rt. 1992 side 1629 (kunderegister), der pantsetters driftstilbehør hadde blitt realisert sammen med et kundearkiv, men hvor det var uklart om den delen av realisasjonssummen som knyttet seg til kundearkivet, skulle gå til dekning av panthavers sikrede fordring eller tilfalle konkursboet.¹⁷⁵⁴

7.5 AVTALEFESTEDE LØSNINGER

Gjennom panteavtalen kan det vedtas flere ulike løsninger på overlappsproblemene. Pantsetter kan for eksempel forplikte seg til å selge eller lisensiere bort overlappende rettigheter til den som erverver en pantsatt hovedrettighet etter realisasjon. Dette kan betraktes som en form for avtalt lisens- eller kjøpsopsjon for en potensiell erverver.¹⁷⁵⁵ Opsjonen er først og fremst en ensidig forpliktelse for pantsetter. Den blir ikke bindende for erververen før vedkommende tiltrer opsjonen. Først ved slik tiltredelse transformeres opsjonen til en gjensidig bindende avtale.

¹⁷⁵³ Se punkt 2.3.2 ovenfor, samt Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?» i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, 2002 side 511–548.

¹⁷⁵⁴ Dommen er nærmere omtalt i kapittel 5.3.6 ovenfor.

¹⁷⁵⁵ Generelt om opsjoner knyttet til opphavsrettigheter hos Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 77–78.

Kjøpsopsjoner kan inngå i en realisasjonsavtale. For særskilt pantsatte immaterialrettigheter kan det inngås forhåndsavtaler om realisasjon utenfor namsapparatet, jf. panteloven § 4-17.¹⁷⁵⁶ Slike avtaler kan ifølge forarbeidene blant annet inneholde bestemmelser om realisasjonsmåte.¹⁷⁵⁷ Dersom partene har avtalt at realisasjon skal skje utenfor namsapparatet, og avtalen inneholder bestemmelser om at den pantsatte immaterialrettigheten skal realiseres sammen med eventuelle overlappende rettigheter, vil dette potensielt kunne løse deler av overlappsproblemene. Slike løsninger ble drøftet i Lund-utredningen, men her antydnet utreder at dette kunne bli problematisk med hensyn til lovkravet i panteretten:

«En annen mulighet kan være at det i forbindelse med pantsettelsen av en immaterialrettighet avtales eller forutsettes at immaterialrettigheter som ikke kan pantsettes særskilt, men som utnyttes sammen med rettigheten som pantsettes, skal følge med ved realisasjon av pantet. En fordel med denne løsningen er at man ikke på pantsettelsestidspunktet låser hvilke rettigheter det skal gjelde. Dermed kan man fange opp rettigheter som kommer til etter hvert – f. eks. rettighetene til et kretsmønster som benyttes i styringen av en prosess som er gjenstanden for en patentrett som er blitt pantsatt. En slik ordning vil imidlertid kunne bli ansett som en omgåelse av regelen om at pantsettelse må være hjemlet i lov. Om det som skal følge med er en enerett, vil det åpenbart være det.»¹⁷⁵⁸

Den siste delen av uttalelsen kan nok ikke tas helt på ordet. En avtale om at overlappende rettigheter skal følge med ved realisasjon av en pantsatt hovedrettighet, er ikke uten videre ensbetydende med at panthaver skal ha en særrett til dekning i den delen av realisasjonsprovenyet som relaterer seg til de overlappende rettighetene. Dersom realisasjonsprovenyet av hele rettighetskomplekset går til dekning av den særskilte panthaverens sikrede krav, må avtalen om samlet realisasjon riktignok anses som pantsettelse i strid med lovkravet. Om pant-haver derimot bare får dekning i den delen av realisasjonsprovenyet som stammer fra den særskilt pantsatte immaterialrettigheten, vil realisasjonsavtalen knyttet til de overlappende rettighetene ikke være noen panteavtale, men kun en avtale om fremtidig salg. Realisasjonsavtalen får således karakter av en kjøpsopsjon, i den forstand at pantsetter forplikter seg til å selge overlappende rettigheter til den som erverver en særskilt pantsatt immaterialrettighet

¹⁷⁵⁶ Se punkt 3.7.3 ovenfor.

¹⁷⁵⁷ Jf. Prop. 101 L (2013–2014) side 46.

¹⁷⁵⁸ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 53.

etter realisasjon av pantet. Slike kjøpsopsjoner er ikke problematiske med hensyn til lovkravet i panteloven § 1-2 andre ledd.

Nært opp mot kjøpsopsjoner ligger lisensopsjoner. Forskjellen mellom de to er at rettighetshaveren under en lisensopsjon bare får en rett til å stifte en bruksrett til den aktuelle immaterialrettigheten, mens rettighetshaveren under en kjøpsopsjon får rett til å overta rettsposisjonen som sådan. Lund-utredningen ser ut til å legge opp til at lisensopsjoner kan være den mest egnede løsningen på overlappsproblemene:

«Når det gis adgang til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter, må det uansett være slik at det er en forutsetning for pantsettelsen at pantsetter forplikter seg til å unnlate å benytte andre rettigheter til å hindre at erververen utnytter det realiserede pantet. Når eier som følge av realisasjon av pantet ikke lenger kan utnytte retten som var pantsatt, vil han heller ikke kunne gjøre bruk av gjenværende rettigheter til slik utnyttelse som faller innenfor området av rettighetene som inngikk i pantet. Det gir da liten mening å betrakte det som en omgåelse av reglene om pantsettelse om eieren forplikter seg til å sikre at den som erverver pantet i tilfelle realisasjon, gis en enkel tillatelse til å utnytte andre rettigheter som er nødvendige for utnyttelsen av pantet. Konsekvensen ville være at pantsettelsesadgangen bare vil kunne brukes til pantsettelse av rettigheter som ikke har overlapp med eller kobling til en rettighet som ikke kan pantsettes særskilt, hvilket er et kriterium som vil være vanskelig å forholde seg til i praksis.»¹⁷⁵⁹

Med hensyn til lovkravet, er det ikke noe prinsipielt ulikt mellom en lisens- og en kjøpsopsjon. Så lenge pantshaveren bare får søke særskilt dekning i den pantsatte hovedrettigheten, er det ingenting i veien for å knytte lisensopsjoner til overlappende rettigheter.

Det er flere fordeler knyttet til slike opsjoner som løsning på overlappsproblemene. På samme måte som de konkursrettslige reglene om koblingssalg, kan opsjonene bidra til mer hensiktsmessig ressursutnyttelse. Den enerettsposisjonen som omfattes av en særskilt panterett, vil som oftest sperre for utnyttelse av overlappende rettigheter. Pantsetter og hans kreditorer vil således sjelden ha noen selvstendig økonomisk interesse i overlappende rettighetene etter at pantet i hovedrettigheten er realisert. I Lund-utredningen er det forutsatt at pantsetter skal være avskåret fra selv å utnytte overlappende rettigheter etter realisasjon av en særskilt pant-

¹⁷⁵⁹ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 54.

satt hovedrettighet.¹⁷⁶⁰ For å tilrettelegge for best mulig utnyttelse av den underliggende ressursen, bør de overlappende rettighetene da overdras eller lisensieres til erververen av den pantsatte hovedrettigheten.

Lisens- og kjøpsopsjoner kan også bidra til å gi de usikrede kreditorene økte dekningsmuligheter. Overlappende rettigheter har ikke alltid en selvstendig verdi, men kombinert kan de utgjøre betydelige økonomiske ressurser. Ved å realisere rettighetskomplekser samlet, legges det opp til at ressurspotensialet utnyttes til det fulle. Ettersom realisasjonsavtaler ikke innebærer pantsettelse av overlappende rettigheter, men kun realisasjon av overlappende rettigheter, vil den delen av realisasjonsprovenyet som stammer fra de overlappende rettighetene tilfalle pantsetter, og således inngå i de usikrede kreditorenes dekningsgrunnlag. På grunn av overlapp med en særskilt pantsatt immaterialrettighet er dette en ressurs de usikrede kreditorene vanskelig kan nyttiggjøre seg uten at det skjer i forbindelse med realisasjon av det særskilte pantet. Avtaler om at overlappende immaterialrettigheter skal følge med ved realisasjon av et særskilt pant, kan således være til gunst for pantsetters usikrede kreditorer.

På den annen side er det også betydelige problemer knyttet til lisens- og kjøpsopsjoner som løsning på overlappsproblemene. For det første kan det nok ikke etableres rettsvern for slike opsjoner.¹⁷⁶¹ For det andre kan det oppstå prosessuelle komplikasjoner ved tvangsrealisasjon. Om pantsetter ikke frivillig overholder de avtalte opsjonene, behøves det tvangsgrunnlag for gjennomføring. Det registrerte pantedokumentet vil bare kunne tjene som tvangsgrunnlag for realisasjon av den særskilt pantsatte immaterialrettigheten, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 10-2 første ledd bokstav a. For å kunne tvangsselge overlappende rettigheter, må panthaver normalt skaffe dom for sitt krav før tvangsfullbyrdelse kan begjæres, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-1 andre ledd bokstav a, jf. § 10-2 første ledd. Det hele kan fort bli en komplisert og kostbar realisasjonsprosess.

En ytterligere ulempe med realisasjonsavtaler som løsning på overlappsproblemene, er at de bare er egnet til å løse den delen av problematikken som relaterer seg at overlappende rettigheter havner hos ulike rettighetshavere. De kan ikke løse problemer knyttet til at panthaver kan forvente at hans særskilte panterett har en bestemt selvstendig verdi, mens verdien av panteretten egentlig avhenger av overlappende rettigheter som ikke har vært synlige for pant-

¹⁷⁶⁰ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 54.

¹⁷⁶¹ Jf. punkt 6.6.3 og punkt 6.9.2 ovenfor.

haver. Dersom realisasjonsavtaler skal ta sikte på å løse dette problemet, er de nødt til å inneholde bestemmelser om at realisasjonsprovenyet fra de overlappende rettighetene skal tilfalle den særskilte panthaveren. Slike klausuler vil være i strid med lovkravet i panteloven § 1-2 andre ledd. Den delen av overlappsproblematikken som gjelder panthavers forventning om det særskilte pantets verdi, kan derfor ikke løses ved hjelp av realisasjonsavtaler. Slike problemer kan bare løses gjennom en ulovfestet tilbehørnorm, noe som jeg kommer tilbake til under punkt 7.7. Før jeg kommer inn på dette, ser jeg nærmere på hvordan tvangslisenser kan bidra til å løse overlappsproblemene i tilfeller der opsjoner ikke er avtalt.

7.6 TVANGSLISENSER SOM LØSNING

En tvangslisens innebærer at det uten rettighetshaverens samtykke etableres en rett for en annen til å utnytte en immaterialrettsbeskyttet frembringelse, mot at vedkommende betaler vederlag til rettighetshaveren.¹⁷⁶² Tvangslisenser kan for det første meddeles gjennom vedtak av offentlige myndigheter. De kan også oppstå automatisk i kraft av loven, da i form av en kontraheringsplikt for eieren av den aktuelle immaterialrettigheten. Etter realisasjon av en særskilt pantsatt immaterialrettighet kan erververen unntaksvis meddeles tvangslisens til eventuelle overlappende rettigheter. Dette kan i noen tilfeller bidra til å løse enkelte overlappsproblemer, selv om panteavtalen ikke inneholder kjøps- eller lisensopsjoner. En tvangslisens kan imidlertid ikke følge med ved realisasjonen av pantsatte immaterialrettigheter. På grunn av omsetningsbegrensninger er pantsettelse av tvangslisenser utelukket.¹⁷⁶³ Erververen av en immaterialrettighet må selv oppnå tvangslisens for å kunne utnytte overlappende rettsposisjoner. Han kan ikke overta tvangslisenser som pantsetter tidligere har fått meddelt.

I immaterialrettslovgivningen finnes det en rekke ulike bestemmelser som kan gi grunnlag for tvangslisens. Få av disse er imidlertid egnet til å løse overlappsproblemene. For eksempel har åndsverkloven § 44 regler om tvangslisens for samleverk til bruk i undervisning, og åndsverk-

¹⁷⁶² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 323 og Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 272.

¹⁷⁶³ Jf. punkt 3.6.4 ovenfor. Se for øvrig Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 51.

loven § 45 gir rett til tvangslisens for bruk av åndsverk ved offentlig eksamen.¹⁷⁶⁴ Den som oppfyller lovens vilkår, får uten videre rett til å «låne» åndsverket til nærmere bestemte formål.¹⁷⁶⁵ Disse bestemmelsene regulerer imidlertid bare bestemte former for utnyttelse, og lisensadgangen er gjerne begrenset til visse typer rettssubjekter som biblioteker og museer. Åndsverklovens tvangslisensregler kan ikke løse overlappsspørsmål knyttet til rettsposisjoner utenfor denne loven.

Heller ikke tvangslisens etter patentloven § 47 kan anses som egnet til å løse panterettslige overlappsproblemer. Bestemmelsens første alternativ gir rett til tvangslisens dersom «det finnes påkrevd av hensyn til viktige allmenne interesser», og er ment som en sikkerhetsventil som skal anvendes med betydelig varsomhet.¹⁷⁶⁶ Ifølge forarbeidene kan ikke rent private interesser tilgodeses.¹⁷⁶⁷ Det må være tale om allmenne hensyn med betydelig vekt og uten forbindelse til forretningsmessige synspunkter.¹⁷⁶⁸ Det at noens immaterialrettighet overlapper med en annens patent, kan nok ikke alene være tilstrekkelig til å oppnå tvangslisens etter bestemmelsens første alternativ.

Bestemmelsens andre alternativ gir grunnlag for tvangslisens dersom et patent utnyttes på en måte som «kan begrense konkurransen vesentlig». Det er tilstrekkelig med en mulighet for at konkurransen begrenses.¹⁷⁶⁹ Alternativet overlapper delvis med første alternativ, men her kan også rent konkurransemessige hensyn gi grunnlag for tvangslisens.¹⁷⁷⁰ Dette ble presisert i bestemmelsens forarbeider:

«Det bør klargjøres i patentloven at også rent konkurransemessige hensyn kan gi grunnlag for tvangslisens. (...) For å gi tvangslisens etter den nye bestemmelsen, er det et vilkår at konkurransen begrenses vesentlig. Bestemmelsen skal bare kunne brukes når patentrettigheter misbrukes. Det må dessuten være tale om et misbruk

¹⁷⁶⁴ Åndsverkloven § 56 gir også departementet myndighet til å «bestemme at nærmere angitt organisasjon eller bibliotek for vederlagsfri bruk for personer med nedsatt funksjonsevne skal ha rett til på nærmere fastsatte vilkår å fremstille eksemplar av utgitt litterært verk gjennom opptak på innretning som kan gjengi det». Den opphavsrettslige avtalelisensordningen i åndsverkloven § 63 er det også nærliggende å betrakte som en form for tvangslisens. Her oppstilles det en plikt for rettighetshavere til å tillate bruk som omfattes av avtaler inngått av organisasjoner for kollektiv rettighetsforvaltning, selv for rettighetshavere som ikke representeres av de aktuelle forvaltningsorganisasjonene. Ordningen gir grunnlag for en kontraheringsplikt, men er ikke egnet til å løse overlappsproblemer knyttet til pantsettelse.

¹⁷⁶⁵ Se Jens Hartvig Jacobsen, *Forlagsretten*, København 1951 side 49.

¹⁷⁶⁶ Se NU 1963: 6 side 301.

¹⁷⁶⁷ Se NU 1963: 6 side 301.

¹⁷⁶⁸ Se NU 1963: 6 side 301.

¹⁷⁶⁹ Jf. bestemmelsens ordlyd, samt Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) side 79.

¹⁷⁷⁰ Se Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) side 32.

som rammer allmenne interesser. Det er ikke avgjørende at patenthaverens atferd har skadet den som krever tvangslisens.»¹⁷⁷¹

Som det fremgår av sitatet, kommer bestemmelsen bare til anvendelse når patentrettigheter misbrukes på en måte som kan ramme allmenne interesser. Vurderingstemaet blir om patentutnyttelsen kan hindre samfunnsnyttig variasjon og utvikling av produkttilbudet, vurdert i en kommersiell kontekst.¹⁷⁷² Terskelen for å anvende bestemmelsen blir da så høy at heller ikke dette alternativet kan være særlig godt egnet til å avhjelpe overlappsproblemene.

På den annen side finnes det tvangslisensregler i patentloven § 46 a og planteforedlerloven § 28 som skiller seg ut. Disse kan i noen tilfeller bidra til å løse panterettslige overlappsproblemer.¹⁷⁷³ Patentloven § 46 a første ledd kan gi en sorteier rett til tvangslisens til et patent dersom patentet overlapper med hans planteforedlerrett. Slik overlapp kan for eksempel oppstå dersom en beskyttet plantesort inneholder et patentert genmateriale.¹⁷⁷⁴ På samme måte gir planteforedlerloven § 28 andre ledd på visse vilkår innehaveren av et patent rett til tvangslisens til en planteforedlerrett dersom planteforedlerretten overlapper med patentet.

Overlapp mellom pantsatte patenter og planteforedlerrettigheter kan i noen grad løses gjennom disse reglene. Etter at for eksempel et pantsatt patent er realisert, kan erververen oppnå tvangslisens til en eventuell overlappende planteforedlerrett, såfremt vilkårene for dette er oppfylt. Så lenge den ervervede rettigheten er et patent eller en planteforedlerrett, og kun overlapper med andre rettigheter i disse kategoriene, vil tvangslisensen være tilstrekkelig til å kunne utnytte den ervervede rettigheten som del av det rettighetskomplekset utnyttelsen forutsetter. Retten til tvangslisens er imidlertid subsidiær. Det kan bare meddeles den som har forsøkt å oppnå avtalelisens på rimelige forretningsvilkår uten å ha lyktes med dette innen

¹⁷⁷¹ Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) side 35.

¹⁷⁷² Jf. Inger Berg Ørstavik, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011 side 143, med henvisning til Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) side 32 flg.

¹⁷⁷³ Jf. Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 51.

¹⁷⁷⁴ Se Sanna Wolk, *Arbetstagares immaterialrätter*, 2. opplag, Stockholm 2008 side 187, samt Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 149.

rimelig tid, jf. patentloven § 49 første ledd.¹⁷⁷⁵ Dette har ført til at tvangslisenser meddeles i svært liten utstrekning.¹⁷⁷⁶

Selv om tvangslisensbestemmelsene i patentloven § 46 a og planteforedlerloven § 28 kan bidra til å løse enkelte overlappsproblemer, har de et såpass begrenset anvendelsesområde at de ikke kan anses som noen fullgod løsning. De gjelder for eksempel ikke der et pantsatt patent overlapper med en ikke-pantsatt opphavsrett. Skal tvangslisenser være en pålitelig løsning, må den som erverver en pantsatt immaterialrettighet etter realisasjon kunne meddeles tvangslisens innenfor alle potensielle rettighetskategorier. Det finnes imidlertid ikke uttrykkelig lov hjemmel for dette. Derimot finnes det konkurranserettslige regler som på nærmere vilkår kan gi grunnlag for tvangslisens utenfor de uttrykkelig lovfestede tilfellene.¹⁷⁷⁷

Det å nekte meddelelse av lisens kan i noen tilfeller bli ansett som ulovlig misbruk av dominerende stilling. Konkurranseloven § 11 første ledd et eller flere foretaks «utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt». Bestemmelsen svarer med nasjonale tilpasninger til EØS-avtalens artikkel 54.¹⁷⁷⁸ Tilsvarende bestemmelse finnes også i TFEU artikkel 102.¹⁷⁷⁹ Rettspraksis fra EU og EØS vil derfor være relevant for tolkningen av bestemmelsen, og skal ifølge forarbeidene veie tungt som rettskildefaktor.¹⁷⁸⁰

Forbudet retter seg bare mot foretak som innehar en dominerende stilling. Det siktes her til dominerende markedsstilling, og ikke til dominerende stilling for eksempel på grunn av størrelse.¹⁷⁸¹ Høy markedsandel vil vanligvis indikere dominerende stilling.¹⁷⁸² Forarbeidene til konkurranseloven har beskrevet begrepet slik:

¹⁷⁷⁵ Bestemmelsen anvendes tilsvarende på tvangslisenser i planteforedlerrettigheter, jf. planteforedlerloven § 28 fjerde ledd.

¹⁷⁷⁶ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 323. Situasjonen synes ikke å være unik for Norge, jf. Bengt Domeij, *Patentavtalsrett*, Stockholm 2010 side 42–43, Clement Salung Petersen, Thomas Riis, Jens Schovsbo, «The Unified Patent Court (UPC), Compulsory Licensing and Competition Law» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2014 side 324–339 (på side 326) og Birgit Liin, *Misligholdelse af immaterialretsaftaler*, København 2009 side 186.

¹⁷⁷⁷ Se Ot.prp. nr. 86 (2002–2003) side 35. Se også EU-domstolens avgjørelse i *Huawei* (avsnitt 47), samt Clement Salung Petersen, Thomas Riis, Jens Schovsbo, «The Unified Patent Court (UPC), Compulsory Licensing and Competition Law» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2014 side 324–339 (på side 324).

¹⁷⁷⁸ Se Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 225.

¹⁷⁷⁹ Tidligere artikkel 86 i EEC og deretter artikkel 82 i TEC.

¹⁷⁸⁰ Jf. Ot.prp. nr. 6 (2003–2004) side 225, samt Rt. 2011 side 910 (avsnitt 63). Mer om rettskildesituasjonen for tolkningen av bestemmelsen hos Hans Petter Graver, «Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11» i *Lov og Rett*, 2004 side 340–359 (på side 343–347).

¹⁷⁸¹ Jf. NOU 2003: 12 punkt 4.2.1.3.

¹⁷⁸² Jf. NOU 2003: 12 punkt 4.2.1.3.

«En vanlig definisjon av dominerende stilling er at et foretak på grunn av sin økonomiske posisjon er i stand til å opptre uavhengig av konkurrenter, kunder og forbrukere, og derigjennom hindre at det opprettholdes en effektiv konkurranse på det relevante marked. Et foretak vil aldri kunne opptre helt uavhengig av sine konkurrenter. EF-domstolen har derfor i sine avgjørelser uttalt at et foretak vil kunne ha en dominerende stilling dersom foretaket i ‘merkbar grad’ kan opptre uavhengig av sine konkurrenter.»¹⁷⁸³

Utover dette sier ikke forarbeidene særlig mye konkret om hvordan bestemmelsen skal tolkes.¹⁷⁸⁴ Det finnes heller ikke norsk rettspraksis vedrørende spørsmålet om en lisensnektelse fra en immaterialrettighetshaver kan være i strid med forbudet. Derimot har EU-domstolen behandlet noen slike saker.

I *IMS Health* hadde tyske domstoler anmodet EU-domstolen om en prejudisiell avgjørelse, blant annet for å beskrive vilkårene for at en lisensnektelse til en opphavsrett skulle utgjøre misbruk av rettighetshaverens dominerende stilling.¹⁷⁸⁵ Saken gjaldt en lisensnektelse fra det tyske selskapet IMS, som leverte opplysninger om regionalt salg av legemidler i Tyskland.¹⁷⁸⁶ Opplysningene ble formatert på grunnlag av såkalte blokkstrukturer bestående av et visst antall segmenter.¹⁷⁸⁷ Selskapet PII (senere kjøpt opp av NDC) forsøkte å markedsføre blokkstrukturer med et annet antall segmenter. Kundene i bransjen hadde imidlertid tilpasset sine IT- og distribusjonssystemer til IMS sine blokkstrukturer, og dette gjorde dem motvillige til å akseptere PII (senere NDC) sine strukturer.¹⁷⁸⁸ Blokkstrukturene til IMS var beskyttet av databaserett i henhold til den tyske opphavsrettslovgivningen, og NDC mente nektelse av lisens til databaseretten innebar misbruk av IMS sin dominerende stilling. Med henvisning til tidligere EU-rettspraksis, uttalte EU-domstolen følgende:

«Det fremgår af denne rettspraksis, at det for at der foreligger misbrug, når er virksomhed, der er indehaver af en ophavsret, nægter at give adgang til et produkt

¹⁷⁸³ NOU 2003: 12 punkt 4.2.1.3.

¹⁷⁸⁴ Se Rt. 2011 side 910 (avsnitt 63).

¹⁷⁸⁵ Selv om avgjørelsen gjaldt opphavsrett, må tilsvarende regler antas å få anvendelse også ved lisensnektelser for andre immaterialrettigheter, jf. Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 446, der spørsmålet drøftes i relasjon til patenter. Jf. også Ariel Ezrachi og Mariateresa Maggolino, «European competition law, compulsory licensing, and innovation» i *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, vol. 8 nr. 3, side 595–614 (på side 599–603). Dersom det finnes anvendelige lovbestemmelser om tvangslisens, slik som patentloven §§ 46, 46 a og 47 og planteforedlerloven § 28, er det imidlertid mer naturlig å ta utgangspunkt i disse fremfor misbruksstandarder i konkurranseloven § 11.

¹⁷⁸⁶ Se *IMS Health* (avsnitt 4).

¹⁷⁸⁷ Se *IMS Health* (avsnitt 4).

¹⁷⁸⁸ Se *IMS Health* (avsnitt 7).

eller en tjenesteydelse, der er nødvendig for at udøve en given aktivitet, er tilstrækkeligt, at tre kumulative vilkår er opfyldt, nemlig at nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, at den er ubegrundet, og at den vil udelukke enhver konkurrence på et afledt marked.»¹⁷⁸⁹

EU-domstolen oppstilte her tre vilkår som måtte være oppfylt før det kan gripes inn overfor lisensnektelser. Det første vilkåret var at lisensnektelsen måtte være til hinder for fremkomsten av et nytt produkt som forbrukerne potensielt etterspør.¹⁷⁹⁰ Vilkaåret bygger på en avveining mellom hensynet til immaterialrettighetshaverens frie beføyelsesrett på den ene siden, og hensynet til fri konkurranse på den andre siden.¹⁷⁹¹ Ifølge EU-domstolen kunne sistnevnte hensyn bare vektlegges dersom lisensnektelse var til hinder for utvikling av et sekundærmarked til skade for forbrukere.¹⁷⁹² Lisensnektelse er således ikke ulovlig dersom den som anmoder om lisens i det vesentlige tar sikte på å tilby produkter eller tjenester som allerede tilbys av rettighetshaveren.¹⁷⁹³

Den som anmoder om lisens må ha til hensikt å tilby nye produkter eller tjenester som det potensielt er etterspørsel etter i det aktuelle markedet.¹⁷⁹⁴ Dette vilkåret inneholder også et nødvendighetskrav. De immaterialrettsbeskyttede produktene eller tjenestene må være nødvendige for å tilby det produktet eller de tjenestene som lisensanmoderen tar sikte på å tilby. Her kan EU-domstolens avgjørelse i *Tiercé Ladbroke* fungere som et eksempel. En belgisk «bookmaker» ble indirekte nektet tilgang til franske tv-sendinger av hesteveddeløp som «bookmakeren» ville kringkaste overfor belgiske forbrukere. Dette ble ikke ansett som misbruk av dominerende stilling fordi de aktuelle tv-sendingene ikke var nødvendige for at «bookmakeren» skulle kunne drive sin hovedvirksomhet, som var å formidle veddemål på det belgiske markedet.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁸⁹ *IMS Health* (avsnitt 38), med henvisning til *Bronner* (avsnitt 40), som igjen viste til *Magill* (avsnitt 53–56).

¹⁷⁹⁰ Se også *Huawei* (avsnitt 52), *Tiercé Ladbroke* (avsnitt 130–132), samt *Microsoft* (avsnitt 643–644), med henvisning til *Magill*.

¹⁷⁹¹ Se *IMS Health* (avsnitt 48). Se for øvrig også *Huawei* (avsnitt 42).

¹⁷⁹² Se *IMS Health* (avsnitt 48).

¹⁷⁹³ Se *IMS Health* (avsnitt 49).

¹⁷⁹⁴ Se *IMS Health* (avsnitt 49).

¹⁷⁹⁵ Jf. *Tiercé Ladbroke* (avsnitt 132). Se for øvrig også *Magill* (avsnitt 53), der de omtvistede programoversiktene ble ansett nødvendige for å utøve den aktuelle virksomheten.

Det andre vilkåret i *IMS Health* var at lisensnektelsen måtte være ubegrunnet. Med dette mente EU-domstolen at nektelsen ikke ble begrunnet i såkalte objektive hensyn.¹⁷⁹⁶ Hva som ligger i «objektive hensyn», ble ikke beskrevet nærmere. EU-domstolens avgjørelse i *Magill*-saken kan imidlertid bidra til å presisere innholdet. Det irske selskapet Magill ønsket å utgi en komplett ukentlig oversikt over TV-programmer, men fikk ikke lisens til å utnytte kanalenes opphavsrettsbeskyttede programopplysninger. EU-domstolen kom til at lisensnektelsen var ulovlig, blant annet fordi den ikke var begrunnet i «særlige forhold for radio- og tv-spredningsvirksomheden eller virksomheden med udgivelse af tv-blade».¹⁷⁹⁷ Dette kan tale for at objektive hensyn bare omfatter hensyn med en klar relevans for den typen virksomhet som drives av de aktuelle partene.

Det siste vilkåret i *IMS Health* var at lisensnektelsen måtte utelukke enhver konkurranse på et sekundærmarked. Med henvisning til tidligere rettspraksis mente EU-domstolen det måtte skilles mellom et primærmarked og et sekundærmarked.¹⁷⁹⁸ Primærmarkedet er der rettighetshaveren allerede tilbyr sine varer eller tjenester, og rettighetshaveren har ingen plikt til å slippe konkurrenter inn på dette markedet. Det kan derimot foreligge misbruk dersom rettighetshaveren utnytter en immaterialrettighet på en slik måte at han forbeholder seg monopol på et sekundærmarked der han selv ikke har etablert seg.¹⁷⁹⁹ Noe konkret og aktuelt sekundærmarked behøves ikke påvises. Det er tilstrekkelig å identifisere et potensielt og hypotetisk sekundærmarked.¹⁸⁰⁰

Hvordan disse vilkårene er formulert og vurdert av EU-domstolen, er noe varierende for de ulike avgjørelsene som berører spørsmålet, men jeg går ikke nærmere inn på disse nyanseforskjellene.¹⁸⁰¹ Poenget i denne sammenhengen er å få frem at forbudet mot misbruk av dominerende stilling bare i helt ekstraordinære tilfeller kan gi grunnlag for tvangslisens til en immaterialrettighet.¹⁸⁰² Vilkårene for at lisensnektelse skal representere misbruk er sjelden

¹⁷⁹⁶ Se *IMS Health* (avsnitt 51).

¹⁷⁹⁷ Jf. *Magill* (avsnitt 55).

¹⁷⁹⁸ Se *IMS Health* (avsnitt 42).

¹⁷⁹⁹ Jf. *Magill* (avsnitt 56).

¹⁸⁰⁰ Jf. *IMS Health* (avsnitt 44).

¹⁸⁰¹ For en grundigere beskrivelse av nyanseforskjellene i avgjørelsene, se Ariel Ezrachi og Mariateresa Maggolino, «European competition law, compulsory licensing, and innovation» i *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, vol. 8 nr. 3, side 595–614 (på side 599–603).

¹⁸⁰² Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013 side 446, med ytterligere henvisninger.

oppfylt.¹⁸⁰³ Dette gjør forbudet til en lite egnet løsning på overlappsproblemene. En pantsetter kan ikke regne med at konkurranseloven § 11 vil løse problemet dersom en pantsatt immaterialrettighet overlapper med en annen rettighet som ikke inngår i panteretten.

Videre er tvangslisenser bare egnet til å løse den delen av overlappsproblemene som relaterer seg til at overlappende rettigheter havner hos ulike rettighetshavere. Tvangslisenser kan ikke gi grunnlag for at pantsetter kan søke dekning i et fullstendig rettighetskompleks. Problemer knyttet til at realisasjonsverdien av pantsatte immaterialrettigheter kan bli lavere enn forventet, kan derfor ikke avhjelpes gjennom tvangslisenser. Tvert imot kan behovet for tvangslisens føre til at realisasjonsverdien av en pantsatt immaterialrettighet reduseres. Tvangslisens forutsetter at det betales rimelig vederlag til rettighetshaveren.¹⁸⁰⁴ Dette gjelder uavhengig av om den aktuelle lisensen bygger på uttrykkelige lovbestemmelser, eller på konkurranseloven § 11. Dersom tvangslisens behøves for å utnytte en pantsatt immaterialrettighet etter realisasjon, må den som erverver den aktuelle immaterialrettigheten belage seg på å betale lisensavgift til eieren av den overlappende rettsposisjonen. Er det for eksempel tale om en pantsatt planteforedlerrett som overlapper med et ikke-pantsatt patent, må det ved realisasjon av den pantsatte planteforedlerretten gjøres fradrag for lisenskostnader knyttet til en eventuell tvangslisens når markedsverdien av planteforedlerretten skal fastsettes. Dette vil føre til at verdien av pantet reduseres. Tvangslisenser er således ingen god løsning på overlappsproblemene.

7.7 TILBEHØRSNORMEN SOM LØSNING

7.7.1 Den alminnelige ulovfestede tilbehørnormen

En mulig løsning på overlappsproblematikken kan være at særskilt pantsettelse av en hovedrettighet automatisk også omfatter eventuelle overlappende rettigheter. Dette kan sies å være i samsvar med alminnelige tingsrettslige oppfatninger om at det mellom to eller flere formuesgoder kan være en så nær sammenheng at rettsstiftelser bør omfatte det som fremtrer som en

¹⁸⁰³ Jf. Clement Salung Petersen, Thomas Riis og Jens Schovsbo, «The Unified Patent Court (UPC), Compulsory Licensing and Competition Law» i *Nordiskt Immaterielt Rättskydd*, 2014 side 324–339 (på side 326).

¹⁸⁰⁴ Jf. patentloven § 46 a andre ledd og planteforedlerloven § 28 andre ledd, jf. patentloven § 50 andre ledd, som får tilsvarende anvendelse på planteforedlerrettigheter, jf. planteforedlerloven § 28 fjerde ledd.

enhet.¹⁸⁰⁵ Sjur Brækhus og Axel Hærem har beskrevet disse alminnelige utgangspunktene slik:

«Som tilbehør regnes de ting som vanligvis følger med hovedtingen i handel og vandel. Sedvanen, som kan skifte fra sted til sted og fra tid til tid, er altså avgjørende i første omgang. Til grunn for sedvanen vil som oftest ligge en funksjonell betraktning: Som tilbehør regnes de ting som er slik tilpasset hovedtingen at det ville føre til verditap å skille dem ad. (...) Hvor sedvanen er usikker eller mangler, vil denne funksjonelle betraktningen få selvstendig betydning.»¹⁸⁰⁶

Slike tingsrettslige synspunkter er blitt ansett som tilsvarende anvendelige på panterettens område.¹⁸⁰⁷ Tanken er at omfanget av en panterett ikke bør være mindre enn det som er vanlig når tilsvarende formuesgoder gjøres til gjenstand for alminnelige kjøp og salg, der omfanget bestemmes av bakgrunnsretten og sedvanen for øvrig, såfremt partene ikke har avtalt noe annet. Panteobjektet avgrenses da funksjonelt.¹⁸⁰⁸ Dette kan omtales som en tilbehørsnorm. Begrunnelsen for en slik norm ligger hovedsakelig i panterettens økonomiske formål.¹⁸⁰⁹ Dersom pantet realiseres, bør markedet tilbys et komplett og formålstjenlig formuesgode som kan utnyttes på den måten som gir størst realisasjonsutbytte.¹⁸¹⁰ En hovedgjenstand og dens tilbehør er som oftest mest verdt samlet, og panteretten blir da mer effektiv om dette formueskomplekset pantsettes som en helhet fremfor oppdelt.¹⁸¹¹ Denne funksjonelle tilnærmingen kan også ha retts tekniske fordeler, ettersom det ikke blir nødvendig å trekke noen grense mellom hvilke deler av et formueskompleks som omfattes av en pantsettelse, og hvilke som faller utenfor. Formueskomplekset pantsettes som en funksjonell helhet.

For andre formuesgoder enn immaterialrettigheter finnes det flere lovfestede tilbehørsregler. For eksempel sier panteloven § 2-2 at panterett i fast eiendom ikke bare omfatter grunnen, men også «hus og andre byggverk og anlegg på grunnen som pantsetteren eier eller som han selv eller senere eier lar oppføre der», samt «tilbehør og rettigheter som nevnt i avhendings-

¹⁸⁰⁵ Se for eksempel Thor Falkanger, «Tilbehør til skip: Noen refleksjoner omkring sjølovens § 260» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 139–148 (på side 142).

¹⁸⁰⁶ Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 9.

¹⁸⁰⁷ Jf. Tore Sandvik, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982 side 68.

¹⁸⁰⁸ Se Sjur Brækhus og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964 side 9 og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 217.

¹⁸⁰⁹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 219.

¹⁸¹⁰ Se Erik Røsæg, «Liens and mortgages on the ship – their relation to the charterer's equipment on board» i *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook (Simply)*, 2015 side 9–52 (på side 11).

¹⁸¹¹ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 219.

lova §§ 3-4 til 3-6». ¹⁸¹² Før denne bestemmelsen kom inn i loven, var det antatt at slike regler allerede fulgte på sedvanerettslig grunnlag. ¹⁸¹³

For realregistrert løsøre sier panteloven § 3-3 første ledd at panteretten også omfatter «tilbehør til slikt løsøre». Det siktes her til løsøregjenstander og andre rettsposisjoner som normalt følger hovedgjenstanden ved salg. ¹⁸¹⁴ For registrerte luftfartøy forutsetter luftfartsloven § 3-23 andre ledd at slikt tilbehør omfatter «motorer, propeller, utstyr, instrumenter og annet som hører til fartøyet», ettersom den registrerte hjemmelshaveren også skal ha hjemmel til disse gjenstandene. På lignende måte sier sjøloven § 45 første ledd at panterett i skip ikke bare omfatter skipet som sådan, men også «skipets enkelte deler, samt tilbehør som befinner seg om bord eller midlertidig er fjernet». Ingen av disse tilbehørsbestemmelsene gir imidlertid noen særlig skarp avgrensning av tilbehørsbegrepet. Generelt er det tale om gjenstander som er bestemt til varig bruk sammen med hovedgjenstanden, som ofte er nødvendige for at denne skal kunne brukes til sitt formål og som det vil medføre verdispille å skille ut. ¹⁸¹⁵

Det er på denne måten lovfestet at tilbehør til realregistrerte formuesgoder følger hovedgjenstanden ved pantsettelse. Pantsettelsen av slikt tilbehøret oppnår rettsvern gjennom rettsvernsakten knyttet til den aktuelle hovedgjenstanden. For fast eiendom fremgår dette av panteloven § 2-5 første ledd, mens det for realregistrert løsøre fremgår av § 3-3 første ledd. ¹⁸¹⁶

Lovgivningen om særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter inneholder ingen tilsvarende tilbehørsregler. Det har imidlertid vært alminnelig antatt å gjelde en ulovfestet tilbehørsnorm også utenfor de lovfestede tilfellene. ¹⁸¹⁷ Lovfestede tilbehørsregler kan på denne måten anses som kasuistiske utslag av mer generelle betraktninger. Disse betraktningene hadde opprinnelig grunnlag i sedvanen, men fikk senere et styrket grunnlag gjennom juridisk litteratur og rettspraksis.

¹⁸¹² Mer om avhendingslovens tilbehørsregler hos Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016 side 95–96.

¹⁸¹³ Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 217.

¹⁸¹⁴ Se Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 215–216.

¹⁸¹⁵ Jf. Sjur Brækhus, «Skipsbegrepet. Skibs nasjonalitet. Skibsmåling og -identifisering» i *Marlus*, 1975, nr. 3, side 5–61 (på side 21–22).

¹⁸¹⁶ Jf. for øvrig Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 217.

¹⁸¹⁷ Jf. Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utgave, Oslo 2005 side 218, men som likevel ser ut til å ha et noe annerledes syn på saken på side 147.

I litteraturen har tilbehørnormen blitt lagt til grunn lenge før de ovenfor nevnte lovbestemmelsene ble en del av norsk rett. I 1925 uttalte Francis Hagerup at panteretten i forbindelse med tingen selv alltid omfatter «saadanne akcessorier, som med retsnødvendighed følger hovedtingens skjæbne».¹⁸¹⁸ Dette måtte ifølge Hagerup blant annet omfatte rettigheter som etter sitt innhold var uatskillelig knyttet til tingen.¹⁸¹⁹ I 1942 ga Carl Jacob Arnholm uttrykk for tilsvarende synspunkter:

«Slikt tilbehør som normalt følger en ting i handel og vandel, må uten videre anses innbefattet under en pantssettelse av hovedtingen, enten den er en løsøreting eller en fast eiendom. (...) Det er heller ikke usedvanlig at servitutter og andre rettigheter er knyttet til en eiendom på en slik måte at de i mangel av annen avtale går med under en pantssettelse av eiendommen».¹⁸²⁰

Denne funksjonelle tilnærmingen fikk også støtte i rettspraksis. Et eksempel finnes i Rt. 1926 side 709. Spørsmålet her var om løse spekketanker på et pantsatt selfangstskip kunne anses som tilbehør til skipet, og dermed inngå i panteretten. Høyesterett besvarte dette bekreftende:

«De i saken omhandlede løse spekketanker er vistnok avpasset efter skibets lasterum. Men paa samme maate som træfatene før i tiden lastes de ind, naar skibet drar ut paa fangst, og losses ut med fangstutbyttet, naar skibet kommer tilbake fra fangstfeltet. Brukes skibet i anden fart, følger tankene ikke med. De maa derfor rettest opfattes som en del av det særlige fangstutstyr, som skibet maa ta ombord hver gang det skal brukes til sælfangst.»¹⁸²¹

Den siterte uttalelsen viser at Høyesterett la betydelig vekt på at spekketankene var nødvendige å ha om bord for at skipet skulle kunne drive selfangst. Selv om det ble påpekt at tankene kunne tas ut, og ikke var om bord når skipet drev annen virksomhet enn selfangst, måtte tankene likevel følge med som tilbehør, ettersom skipet var spesialtilpasset for å drive selfangst. Selv om løsningen kanskje ville ha blitt annerledes i dag, etter innføringen av panteloven § 3-10, er dommen likevel et eksempel på at Høyesterett anvendte ulovfestede tilbehørsregler tilsvarende det som ble beskrevet i rettslitteraturen.

¹⁸¹⁸ Se Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 203.

¹⁸¹⁹ Se Francis Hagerup, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925 side 203.

¹⁸²⁰ Carl Jacob Arnholm, *Panteretten*, Oslo 1942 side 70, gjentatt også senere i Carl Jacob Arnholm, *Panteretten*, 3. utgave, Oslo 1962 side 58.

¹⁸²¹ Rt. 1926 side 709 (på side 709–710).

Et lignende eksempel finnes i Rt. 1930 side 1430. Her hadde fem gårdeiere i fellesskap ervervet vannfallsrettigheter og nødvendig grunn til å oppføre et elektrisitetsverk. Det ble ikke foretatt noen skylddeling eller tinglysning av ervervene. Elektrisitetsverket ble antatt opprettet som et interessentskap i sameie, selv om det ikke forelå noen skriftlig interessentskapskontrakt. Det ble tatt utlegg i den ene sameierens andel av interessentskapet. Denne sameieren hadde imidlertid pantsatt sin faste eiendom til en annen kreditor, og det oppstod da tvist mellom denne pantshaveren og utleggstakeren om sameierens andel av interessentskapet inngikk i pantsettelsen eller ikke. Namsretten, som Høyesterett sluttet seg til, hadde følgende syn på saken:

«Saavel interessentenes tanke som de foreliggende faktiske forhold og den stedfunne praksis taler saaledes til fordel for den opfatning, saksøkeren gjør gjeldende, hvorefter andelene i Dalengbækkens Interessentskap baade faktisk og kontraktsmessig maa ansees at være en herlighed til interessentenes faste eiendommer. (...) En eiendoms herligheter antas, naar intet foreligger i motsatt retning, at medfølge ved pantsettelsen av eiendommen, og dette maa saaledes ansees skjedd i nærværende tilfelle.»¹⁸²²

Nok et relevant eksempel finnes i Rt. 1937 side 201, som før øvrig gjaldt odelsløsning og ikke pantsettelse. Spørsmålet her var om naturgjødsel i forbindelse med odelsløsningen skulle anses som tilbehør til den aktuelle eiendommen. Høyesterett uttalte blant annet at det var «naturlig at gjødselen efter sin beskaffenhet, sitt økonomiske formål og sin samhörighet med gårdsdriften betraktes som tilbehør til eiendommen».¹⁸²³ Saken gjaldt som nevnt ikke pantsettelse, men viser likevel at funksjonelle betraktninger fant sted i Høyesterett på lignende måte som i tings- og panterettslig litteratur.

Et langt viktigere, og ikke minst nyere, eksempel finnes i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). Her var spørsmålet om panterett i et fiskefartøy bare omfattet verdien av fartøyet som sådan, eller om panteretten i tillegg omfattet verdien av fisketillatelsene tilknyttet fartøyet. Det eksisterte ingen lovhjemmel for pantsettelse av fisketillatelser, og heller ingen lovbestemmelse om at fisketillatelser skulle følge med som tilbehør til pantsatte skip. Høyesterett kom likevel til at panteretten omfattet fisketillatelsene. Både avtalerettslige og regulatoriske forhold dannet

¹⁸²² Rt. 1930 side 1430 (på side 1435–1436), utdrag fra namsrettens kjennelse, som Høyesterett ga sin tilslutning (på side 1431).

¹⁸²³ Se Rt. 1930 side 1430 (på side 202).

ifølge retten grunnlag for å se forbindelsen mellom fortøy og tillatelse som svært nær.¹⁸²⁴ Det ble også lagt betydelig vekt på at den rådende oppfatningen i kredittpraksis var at fiske-tillatelser var omfattet av panterettigheter i fiskefartøy.¹⁸²⁵ Thor Falkanger har tolket denne dommen «i retning av at rettighetene må anses som et aksessorium til fartøyet».¹⁸²⁶ På lignende måte mener jeg at dommen må anses som et uttrykk for en ulovfestet tilbehørnorm. Dommen er særlig viktig fordi den viser at den ulovfestede tilbehørnormen overlevde selv om det panterettslige lovkravet ble innført i panteloven av 1980.

Her kan det i tillegg nevnes at forslaget om å åpne for særskilt pantsettelse av varemerker inneholder elementer av en ulovfestet tilbehørnorm. Departementet har bare foreslått å åpne for særskilt pantsettelse av registrerte varemerker, og ikke varemerker beskyttet gjennom innarbeidelse eller sekundære forretningskjennetegn.¹⁸²⁷ Likevel har departementet uttalt at dersom «vernet for et registrert varemerke overlapper med vern som innarbeidet varemerke eller vern etter reglene om sekundære forretningskjennetegn i foretaksnavneloven, vil dette vernet automatisk bli omfattet av panteretten på samme måte som vernet i kraft av det registrerte varemerket».¹⁸²⁸ Departementet har ikke foreslått å lovfeste denne regelen på noen måte, og ser derfor ut til å ha forutsatt at det gjelder en ulovfestet tilbehørnorm av den typen jeg her har beskrevet.

Både rettspraksis, juridisk litteratur og reelle hensyn taler dermed for at pantsettelser også kan omfatte tilbehør med en tilstrekkelig funksjonell tilknytning til panteobjektet, selv der dette ikke uttrykkelig fremgår av loven. Det må således gjelde en generell ulovfestet tilbehørnorm om at det ved pantsettelse av en hovedrettighet også følger med rettigheter som normalt ville fulgt hovedrettigheten ved et salg, såfremt ikke noe annet er avtalt. Denne normen kan i prinsippet bidra til å løse problemene knyttet til overlapp mellom ulike immaterialrettigheter.

¹⁸²⁴ Se Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 65).

¹⁸²⁵ Se Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 69).

¹⁸²⁶ Jf. Thor Falkanger, «Fiske og pant – Om pant i verdier som inngår i kommersielt fiske» i *Marlus*, 2017 (489) side 26. Det er mulig dette ikke er et hensiktsmessig system for fisketillatelser, jf. Svein Kristian Arntzen, «Fisketillatelser og pant – lovfesting av den rettslige løsningen i ‘Barents Eagle’?» i *Lov og Rett*, 2019 side 67–81 (på side 73).

¹⁸²⁷ Jf. punkt 4.6.3 ovenfor.

¹⁸²⁸ Se høringsnotat 18/2638 side 189.

7.7.2 Forholdet til lovkravet

Panteloven § 1-2 andre ledd sier avtalepant bare kan stiftes dersom dette er hjemlet i loven.¹⁸²⁹ Dette lovkravet setter noen grenser for hvor langt rettsanvendere kan gå i å la formuesgoder uten pantsettelseshjemmel følge med som tilbehør til en pantsatt hovedrettighet. Lovkravet er likevel ikke noe mer enn en alminnelig lovbestemmelse. Det har ingen rang som *lex superior*, og kan heller ikke betraktes som noe rettskildeprinsipp tilsvarende legalitetsprinsippet i henholdsvis strafferetten og forvaltningsretten.¹⁸³⁰ Kravet om lovhjemmel legger på denne måten ingen særskilte føringer for tolkningen av de ulike pantsettelseshjemlene.¹⁸³¹ Høyesterett har i noen tilfeller akseptert relativt vide tolkninger. Et eksempel finnes i Rt. 1992 side 1629 (kunderegister), som gjaldt rekkevidden av ordlyden «annet utstyr» i panteloven § 3-4 andre ledd bokstav a. Høyesterett kom til at ordlyden ikke bare omfattet fysiske ting, men også måtte omfatte en enerettsposisjon knyttet til et digitalt kundearkiv.¹⁸³² Her beveget retten seg etter mitt syn utenfor det som naturlig fulgte av ordlyden i loven. Det samme var tilfellet i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). Domstolene opptrer således ikke lovpositivistisk, selv om det er nedfelt et formelt lovkrav i panteloven § 1-2 andre ledd. Det bør de heller ikke gjøre. Ren lovpositivisme byr generelt på vesentlige problemer, noe Synne Sæther Mæhle har beskrevet slik:

«Problemet med lovpositivismen er åpenbar: Den bygger på en fiksjon om at rettsanvenderen kan finne svaret på ethvert aktuelt og fremtidig rettsspørsmål i ordene og uttrykkene i den lovteksten som de folkevalgte har vedtatt. Men rettsspørsmål oppstår i større variasjonsrikdom enn det lovteksten kan favne om. I vår moderne diskurs om grensene for rettsanvendelsesskjønnet, er det nødvendig å ta høyde for at rettsanvendere *må* ha en viss materiell autonomi til å gjennomføre en fortolkningsprosess der lovteksten er utgangspunktet og rettsregelen er sluttresultatet. Behovet for *konkretiserende rettsanvendelsesskjønn* er en nødvendig konsekvens av at tolkningen av meningsinnholdet i ord og uttrykk i en lovtekst aldri vil kunne være mer enn et første steg i en rettsanvendelsesprosess.»¹⁸³³

For overlappsspørsmål knyttet til pantsettelse av immaterialrettigheter kan det være særlig viktig med et slikt «konkretiserende rettsanvendelsesskjønn» som Mæhle omtaler. I noen til-

¹⁸²⁹ Generelt om lovkravet i punkt 3.4 ovenfor.

¹⁸³⁰ Generelt om *lex superior*-prinsippet, samt legalitetsprinsippet i straffe- og forvaltningsretten hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 49–58 og 256–258.

¹⁸³¹ Jf. også Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 59.

¹⁸³² Mer om denne dommen i punkt 5.3.6 ovenfor.

¹⁸³³ Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005 side 42 (kursiv i original).

feller vil en immaterialrettighet enkelt kunne kjøpes, selges og pantsettes uavhengig av andre rettsposisjoner, mens det i andre tilfeller foreligger svært sammensatte og uoversiktlige rettighetskomplekser. Det er vanskelig å tilpasse lovgivningen til variasjonsbredden. Faktiske forhold og potensielle overlappsproblemer kan være så komplekse og uforutsigbare at retts-tilstanden vanskelig kan betraktes slik at lovgiver på forhånd har tatt stilling til hvert enkelt rettsspørsmål som kan oppstå.¹⁸³⁴ Panteloven er en forholdsvis kortfattet lov, og de ulike pantsettelseshjemlene er ikke særlig detaljert utformet. Det kan da være større grunn for rettsanvendere til å bevege seg litt utenfor det rent språklige innholdet i de ulike pantsettelseshjemlene, og i større grad legge vekt på andre rettskildefaktorer enn ordlyden som sådan.¹⁸³⁵

Det er store variasjoner i hvordan Høyesterett begrunner at lovkravet kan anses som oppfylt i tilfeller der tilbehør inkluderes i en panterett på ulovfestet grunnlag. En mulighet kunne ha vært å tolke pantsettelseshjemlene utvidende, men domstolene viser sjelden uttrykkelig til utvidende tolkninger for å anse lovkravet som oppfylt. I stedet velges det andre begrunnelser. Et eksempel på en alternativ fremgangsmåte finnes i Rt. 2013 side 129. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om en speditør kunne tilkjennes en utvidet tilbakeholdsrett. Tilbakeholdsretten har flere likhetstrekk med panterettigheter, og i det Nordiske Speditørforbundets alminnelige bestemmelser hadde den aktuelle tilbakeholdsretten blitt beskrevet som en panterett.¹⁸³⁶ Materielt sett er hovedforskjellen mellom de to at tilbakeholdsretten i utgangspunktet ikke gir grunnlag for realisasjon.¹⁸³⁷ Formelt sett er hovedforskjellen at der pantsettelse krever lovhjemmel, finnes det alminnelige ulovfestede sedvanerettsregler om tilbakeholdsrett.¹⁸³⁸ I utgangspunktet kreves det konneksitet mellom besittelsen av de aktuelle varene og det sikrede kravet for å anerkjenne ulovfestet tilbakeholdsrett, men dette forelå ikke i den aktuelle saken. Den utvidede tilbakeholdsretten som speditøren påberopte seg, gikk således ut over det som fulgte av de alminnelige sedvanerettsreglene. I den forbindelse uttalte Høyesterett følgende:

«Det kan reises spørsmål om en slik utvidet sikkerhetsrett er forenlig med panteloven (...). Panteloven § 1-2 andre ledd fastsetter at '[v]ed avtale kan panterett bare stiftes rettsgyldig hvor dette er hjemlet i denne lov eller i annen lovbestemmelse'.

¹⁸³⁴ Se Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» i *Jussens Venner*, 2004 side 61–73 (på side 66).

¹⁸³⁵ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 60.

¹⁸³⁶ Se Rt. 2013 side 129 (avsnitt 33–34).

¹⁸³⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 291.

¹⁸³⁸ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018 side 292–295.

Bestemmelsen er begrenset til panterett stiftet ved avtale. Den rammer således ikke en sikkerhetsrett som er utviklet gjennom sedvanerett.»

De alminnelige ulovfestede tilbehørsreglene ble i utgangspunktet utviklet gjennom sedvanen, på lignende måte som de sedvanerettslige reglene om tilbakeholdsrett. Tilbehørsreglene kan derfor trolig anses som en form for sedvaneutviklet tilleggssikkerhet som kan gå klar av lovkravet på samme måte som andre sikkerhetsrettigheter utviklet gjennom sedvanen. Lovkravet setter på denne måten ingen begrensninger for ulovfestede tilbehørsregler, så lenge sedvanen utgjør en tilstrekkelig del av grunnlaget for disse reglene.

Sedvanen var også et sentralt moment i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). Her valgte imidlertid Høyesterett en langt mer finurlig måte for å anse lovkravet som oppfylt. Høyesterett baserte ikke avgjørelsen på en sedvanerettslig tilbehørsregel eller en utvidende tolkning av hjemmelen for skipspantsettelse. I stedet mente Høyesterett at lovkravet simpelthen ikke kom til anvendelse på de aktuelle fisketillatelsene. Begrunnelsen for dette var følgende:

«Jeg går så over til å se på spørsmålet om den verdi som ligger i en fisketillatelse, kan likestilles med et bestemt formuesgode som det etter panteloven § 1-2 andre ledd kreves lovhjemmel for å kunne pantsette. Jeg er kommet til at fisketillatelsene ikke kan anses som et bestemt formuesgode i pantelovens forstand. For det første fremgår det av regelverket for de ulike typer av fisketillatelser at de er gitt for ett bestemt fartøy, se deltakerloven § 4, § 12 og § 21. For det annet er det for visse tillatelser sagt uttrykkelig at de er uoverdragelige, se strukturvoteforskriften for havfiskeflåten § 7 tredje ledd. Den fleksibilitet som strukturvoteforskriften for havfiskeflåten § 5 om rederisamarbeid etc. gir for selve utnyttelsen av tillatelsen, endrer ikke på grunnprinsippet om tillatelsens tilknytning til et fartøy. Det samme gjelder adgangen etter strukturforskriften for kystfiskeflåten § 8 til å overdra kvote til et eller flere fartøy. Denne adgangen er uløselig knyttet til at selgerens fartøy kondemneres, og at alle rettigheter til deltakeradgang og konsesjoner knyttet til slike fartøy oppgis. En fisketillatelse kan dermed aldri overføres uten at det samtidig disponeres over fartøyet, enten ved at fartøyet som rettigheten er knyttet til, overdras til ny eier, eller ved at selger påtar seg en forpliktelse til å kondemnere fartøyet etter at tillatelsen er overført. Det kan riktignok hevdes at adgangen etter regelverket til å foreta utskifting av fartøy og til å føre fisketillatelsen over på et erstatningsfartøy, se bl.a. forskriften av 13. oktober 2006 nr. 1157 § 1-3, innebærer at fartøy og fisketillatelse ikke kan ses på som uatskillelige. Jeg er likevel kommet

til at den verdi som tillatelsen representerer, i omsetningssammenheng ikke kan skilles fra det formuesgode som tillatelsen knytter seg til, men må anses som en del av dette, se slik også Skoghøy, Panterett 2. utg. side 39–40.»¹⁸³⁹

Denne argumentasjonen kan være noe krevende å følge. Høyesterett kan nok ikke ha ment at fisketillatelsene ikke skulle anses som formuesgoder som sådan.¹⁸⁴⁰ Dette ville vært problematisk av flere årsaker. For det første er grensene for formuesgodebegrepet svært vanskelige å trekke opp. Det ville medført betydelige forklaringsproblemer dersom Høyesterett her skulle begynt å trekke materielle slutninger basert på om noe utgjorde et formuesgode eller ikke. Antakelig ville dette åpnet for omgåelse av preseptoriske tingsrettslige regler, som for eksempel rettsvernsreglene, ved å strukturere ordninger med sikte på å gå klar av formuesgodebegrepets rammer. En slik rettstilstand ville vært lite hensiktsmessig.

For det andre var det ikke prinsipielt umulig å disponere over fisketillatelsene uavhengig av fartøyet. Rent formelt forelå det riktignok en uløselig tilknytning. Tillatelsene var gitt for et bestemt fartøy, og det var uttrykkelig bestemt i forskrift at de skulle være uoverdragelige.¹⁸⁴¹ I utgangspunktet hindrer dette pantsettelse, jf. panteloven § 1-3 andre ledd. Reelt sett hadde likevel tillatelsene flere likhetstrekk med det som tradisjonelt anses som formuesgoder.¹⁸⁴² Fiskerilovgivningen tilrettelegger for samlet omsetning av fartøy og tillatelser.¹⁸⁴³ Det er også tilrettelagt for overgang ved arv.¹⁸⁴⁴ Regelverket inneholdt i tillegg en adgang til å foreta utskifting av fartøy, og til å føre fisketillatelsen over på et erstatningsfartøy.¹⁸⁴⁵ Tillatelser kan også overdras indirekte, ved at opprinnelig rettighetshaver oppgir tillatelsen, og en ny rettighetshaver deretter søker om ny tillatelse. Ettersom det bare er et begrenset antall fisketillatelser som kan meddeles, vil en søker som regel være avhengig av at en eksisterende rettighetshaver oppgir sin tillatelse. Det er dermed ikke uvanlig at en rettighetshaver krever betaling for slik oppgivelse. Dette har ført til at fisketillatelser har fått en betydelig markeds-

¹⁸³⁹ Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle) (avsnitt 61–63) (linjeskift fjernet).

¹⁸⁴⁰ Sml. Rt. 2013 side 1345, særlig de to dissenterende votum (avsnitt 176 og 235).

¹⁸⁴¹ Se Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 62).

¹⁸⁴² Tilsvarende Svein Kristian Arntzen, «Strukturvotetillatelser som formuesgoder» i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.) *Juss i nord – Hav, fisk og urfolk*, Oslo 2012 side 121–135 (på side 130–131) og Thor Falkanger, «Fiske og pant – Om pant i verdier som inngår i kommersielt fiske» i *Marlus*, 2017 (489) side 26–27.

¹⁸⁴³ Se Svein Kristian Arntzen, «Strukturvotetillatelser som formuesgoder» i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.) *Juss i nord – Hav, fisk og urfolk*, Oslo 2012 side 121–135 (på side 129).

¹⁸⁴⁴ Jf. deltakerloven § 7 andre ledd.

¹⁸⁴⁵ Se Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 63).

verdi, på tross av at de formelt sett er uoverdragelige.¹⁸⁴⁶ I tillegg behandles slike tillatelser som formuesgoder etter skatteloven, og anses som eiendom beskyttet av EMK P1-1, såfremt de er sentrale for virksomheten.¹⁸⁴⁷

Etter mitt syn kan resultatet i dommen ikke begrunnes med at fisketillatelsene ikke utgjorde formuesgoder som sådan. Slik jeg tolker dommen, var det i stedet henvisningen til et «bestemt» formuesgode som utgjorde kjernen i rettens begrunnelse. Den nære rettslige tilknytningen mellom fartøyet og fisketillatelsene gjorde at tillatelsene ikke var tilstrekkelig selvstendige til å kunne anses som et «bestemt formuesgode» i henhold til definisjonen av panterettsbegrepet i panteloven § 1-1 første ledd. Ettersom lovkravet i panteloven § 1-2 andre ledd bare knytter seg til stiftelse av «panterett», var det ifølge retten ikke nødvendig å oppfylle lovkravet når det ikke var tale om noe «bestemt formuesgode». En tilstrekkelig nær tilknytning mellom to formuesgoder kan således gi grunnlag for å lempe på lovkravet dersom det ene formuesgodet er pantsatt mens det andre mangler pantsettelseshjemmel. Selv om argumentasjonen til Høyesterett på dette punktet kan fremstå som noe uklar, og til og med kanskje forvirrende, var premissene og resultatet i prinsippet ikke annerledes enn det som allerede fulgte av alminnelige ulovfestede tilbehørsregler: Tilbehør som normalt følger en hovedting i handel og vandel, må uten videre anses innbefattet under en pantsettelse av hovedtingen.

I Lund-utredningen ser det derimot ut til å være forutsatt at ulovfestede tilbehørsregler ikke kan være anvendelige med hensyn til pantsettelse av immaterialrettigheter. Det legges til grunn at eventuelle regler om at overlappende rettigheter skal følge hovedrettighetens rettsforhold må være uttrykkelig hjemlet i lov:

«Én tenkelig løsning er at rettigheter som ikke kan pantsettes særskilt, kan pantsettes sammen med en rettighet som pantsettes særskilt. Hvor det er rettslig avhengighet som følge av overlapp vil dette kunne gi en entydig identifisering også av den ledsagende rettigheten, fordi rettighetene direkte gjelder samme frembringelse, eksempelvis opphavsretten til den designen som designretten som pantsettes gjelder. Er sammenhengen av rent praktisk art, f. eks. et datamaskinprogram

¹⁸⁴⁶ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016 side 73–74.

¹⁸⁴⁷ Jf. Stig H. Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010 side 231–234. Se også Svein Kristian Arntzen, «Strukturkvotetillatelser som formuesgoder» i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.) *Juss i nord – Hav, fisk og urfolk*, Oslo 2012 side 121–135 (på side 129) og Rt. 2013 side 1345 (avsnitt 143–144).

som brukes ved utøvelsen av en patentert oppfinnelse, kan det være vanskeligere å gi en entydig identifikasjon bare ved å angi sammenhengen. Denne løsningen innebærer adgang til aksessorisk pantsettelse som i tilfelle må være hjemlet i lov.»¹⁸⁴⁸

Det har ikke blitt lovfestet noen regler om «aksessorisk pantsettelse» som utredningen nevner. Dette kan tale for at tilbehørsregler ikke er anvendelige ved særskilt pantsettelse av immaterielle rettigheter. Utreder ser imidlertid ikke ut til å ha vært oppmerksom på den ulovfestede tilbehørnormen utviklet gjennom sedvanen og rettslitteraturen. Det ser heller ikke ut til at utreder har vært oppmerksom på dommene i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle), Rt. 1930 side 1430 og Rt. 1937 side 201, som langt på vei støtter opp under tilbehørnormen. Konsekvensen av dette blir et lovkrav som stenger for ulovfestede tilbehørsregler. Etter mitt syn blir denne tolkningen for streng.

Slik jeg ser det, kan ikke utredningens forståelse av lovkravet anses som et uttrykk for gjeldende rett. Utredningen foreslo ingen konkrete regler for å løse overlappsproblemene, og det ble da heller ikke vedtatt noen lovbestemmelser basert på utredningens syn på disse spørsmålene. Tolkningen utredningen presenterer med hensyn til lovkravet og en eventuell tilbehørnorm har således ikke karakter av forarbeider, men må i stedet betraktes som rettsoppfatninger på linje med juridisk litteratur. Oppfatningene i utredningen strider imidlertid mot oppfatningene i den eksisterende og forholdsvis samstemte rettslitteraturen. Løsningsforslagene bygger på vage *de lege ferenda*-betraktninger, og ikke på høyesterettspraksis eller andre autoritative rettskilder. Med en såpass vag og uklar utredning, hvor flere sentrale rettskilder ser ut til å ha blitt oversett, er det etter mitt syn ikke grunnlag for å tillegge den rettskildemessig vekt med hensyn til tilbehørnormens forhold til lovkravet. Den alminnelige ulovfestede tilbehørnormen har støtte i høyesterettspraksis, og det må da være grunnlag for å anvende den ved pantsettelse av immaterialrettigheter, på tross av at Lund-utredningen tilsynelatende har utelukket slik anvendelse.

7.7.3 Tilbehørnormens anvendelse på immaterialrettigheter

7.7.3.1 Problemer med endringer i rettsposisjonenes dominans

Selv om tilbehørnormen trolig kan komme til anvendelse ved særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter, og heller ikke hindres av lovkravet, er ikke dette uten videre uproblematisk. Som Lund-utredningen med rette påpeker, kan overlappende

¹⁸⁴⁸ Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 53.

tilbehørsrettigheter ha bredere nedslagsfelt eller lengre varighet enn en særskilt pantsatt hovedrettighet.¹⁸⁴⁹ I slike tilfeller vil det langt på vei være tilbehørsrettighetene som blir avgjørende for verdien av pantet.

Her kan Tripp Trapp-stolen igjen være egnet som eksempel. En eventuell panterett i patentet ville bare ha omfattet eneretten til festeanordningen som oppfinnelse, og denne eneretten er tidsbegrenset til 20 år, jf. patentloven § 40 første ledd. Opphavsretten til stolens utforming varer derimot i hele 70 år etter opphaverens død, jf. åndsverkloven § 11. Dersom opphavsretten automatisk skulle fulgt med som tilbehør til det pantsatte patentet, ville det mot slutten av patentets gyldighetstid ha vært opphavsretten som utgjorde den reelle verdien av pantet. Det er da ikke lenger like naturlig å betrakte opphavsretten som tilbehør. Eventuelle tilbehørsregler ville her gitt panthaveren er mer tilfeldig fordel, som ville gått lengre enn den pante- retten som opprinnelig ble stiftet. Panthaveren burde ha vært klar over, og innrettet seg etter, tidsbegrensningene i patentloven § 40 første ledd. Dette kan tale for at opphavsretten i et slikt tilfelle ikke bør bli omfattet av panteretten, men i stedet inngå som del av pantsetters frie aktiva som han kan disponere over slik han selv vil, eventuelt som del av et driftstilbehørspant.

Et annet eksempel er forholdet mellom patenter og varemerker. Da det tidligere gjerne var produkter og deres egenskaper som var viktigst for en rettighetshaver, er det i moderne markedsføring ofte kjennetegnsrettighetene som står i sentrum.¹⁸⁵⁰ Ved indirekte overlapp mellom et patent og et varemerke knyttet til ett og samme produkt, kan varemerket typisk være av størst verdi for rettighetshaveren selv om det er patentet som beskytter produktet som sådan. Varemerkerettigheter kan i prinsippet være evig.¹⁸⁵¹ Der et patentbeskyttet produkt er markedsført under et bestemt varemerke, vil patentbeskyttelsen gjerne spille hovedrollen i startfasen, men etter hvert som varemerket markedsføres og patentets beskyttelsesperiode nærmer seg slutten, kan varemerkeretten etter en periode bli viktigst. Hvilken immaterialrettighet som dominerer i rettighetskomplekset, vil dermed endre seg over tid. Det kan bli utfordrende å avgjøre hvilken rettsposisjon som skal betraktes som hovedrettigheten, og hvilke overlappende rettigheter som skal anses som subsidiære.¹⁸⁵² Tilbehørsnormen medfører

¹⁸⁴⁹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsattelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 53.

¹⁸⁵⁰ Se Per Jonas Nordell, «Upphovsrättsligt skydd för kännetecken» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2002 side 103–117 (på side 103).

¹⁸⁵¹ Se punkt 2.2.2.6 ovenfor.

¹⁸⁵² Se også Sanna Wolk, *Arbetstagares immaterialrätter*, 2. opplag, Stockholm 2008 side 191.

derfor vanskelige grensedragninger med hensyn til immaterialrettigheter, og bør av den grunn anvendes med en viss forsiktighet.

En forutsetning for å anvende tilbehørnormen må nok være at den pantsatte rettsposisjonen til en viss grad er dominerende i det aktuelle rettighetskomplekset. Dette innebærer at den pantsatte hovedrettigheten må antas å ha større verdi enn tilbehøret. I noen tilfeller vil den pantsatte rettsposisjonen bare spille en birolle for muligheten til å utføre den aktiviteten rettighetskomplekset gir grunnlag for. Det er da flere hensyn som taler mot anvendelse av tilbehørnormen. Panthaveren bør ikke få en langt bredere sikkerhetsrett enn det han har basert sin kredittytelse på. Dette vil i så fall gjøre et betydelig innhugg i dekningsmulighetene til de usikrede kreditorene. Slike innhugg bør ledsages av tungtveiende rettspolitiske hensyn, for eksempel det å tilrettelegge for tilgjengelig og billig kreditt. Kreditthensynet gjør seg imidlertid ikke gjeldende for panterettigheter med et omfang som går ut over det panthaver forventet da kreditten ble ytet. Det økte omfanget får karakter av en tilfeldig «buffer», uten tilknytning til kredittforholdet for øvrig. Slike mer tilfeldige utvidelser bør unngås av hensyn til de usikrede kreditorene.

I andre tilfeller kan den pantsatte rettsposisjonen være den dominerende delen av et rettighetskompleks. Dette kan bidra til en forventning hos panthaver om at panteobjektet alene er tilstrekkelig til å utføre den aktiviteten rettighetskomplekset gir grunnlag for. I slike tilfeller kan kredittytelsen være basert på dette mer omfattende rettighetskomplekset. Det kan da være større grunn til å anvende tilbehørnormen for å tilkjenne panthaveren den sikkerhetsretten som han forventet, og som lå til grunn for kredittytelsen.

7.7.3.2 *Forholdet til spesialitetsprinsippet i opphavsretten*

Tilbehørnormen kan muligens også bli problematisk med hensyn til spesialitetsprinsippet i opphavsretten. Ved overdragelse av opphavsrettigheter sier åndsverkloven § 67 andre ledd at opphaveren ikke skal anses for å ha overdratt «en mer omfattende rett enn det avtalen klart gir uttrykk for». Før vedtakelsen av åndsverkloven § 67 i 2018 ble det lagt til grunn et tilsvarende spesialitetsprinsipp på til dels ulovfestet grunnlag.¹⁸⁵³ Ifølge Høyesterett skulle dette prinsippet innebære «at uklare avtaler tolkes restriktivt i opphavsmannens favør», jf. Rt. 2001

¹⁸⁵³ Prinsippet ble gjerne bygget på en særdeles utvidende tolkning av den gamle åndsverkloven § 39 a. Mer om dette hos Ingjerd Rønås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 289–291).

side 872 (på side 879).¹⁸⁵⁴ Om avtalen derimot var klar, skulle ikke spesialitetsprinsippet komme til anvendelse, jf. Rt. 2006 side 752 (avsnitt 62). Ifølge forarbeidene skal denne rettstilstanden videreføres etter lovfesting av spesialitetsprinsippet i åndsverkloven § 67 andre ledd.¹⁸⁵⁵

Spesialitetsprinsippet kan kanskje tolkes slik at det stenger for at opphavsrettigheter kan omfattes av en panterett på grunnlag av en ulovfestet tilbehørnorm. Ifølge forarbeidene skal imidlertid åndsverkloven § 67 andre ledd som utgangspunkt ikke gjelde for videreoverdragelser.¹⁸⁵⁶ Det samme må da gjelde pantsettelse av opphavsrettigheter som allerede har gjennomgått et eller flere omsetningsledd, hvilket trolig vil være normalsituasjonen. Som oftest vil nok pantsetter være et selskap eller annen juridisk person som har ervervet opphavsrettigheter fra ulike originale opphavere. Ettersom spesialitetsprinsippet i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse på videreoverdragelser, bør hovedregelen være at det heller ikke kommer til anvendelse ved pantsettelse av ervervede opphavsrettigheter.

Forarbeidene utelukker imidlertid ikke at prinsippet unntaksvis kan komme til anvendelse også ved videreoverdragelse.¹⁸⁵⁷ Spørsmålet må ifølge forarbeidene bero på en vurdering av i hvilken grad de hensynene som begrunner prinsipper gjør seg gjeldende:

«Forutsetningen for spesialitetsprinsippets anvendelse i slike tilfeller, bør være at de samme hensyn som begrunner anvendelsen ved overdragelser fra opprinnelig opphaver gjør seg gjeldende, dvs. der rettighetshaver er den svake part i avtaleforholdet eller opphavers ideelle rettigheter blir berørt. Et eksempel på et tilfelle hvor slike hensyn begrunner anvendelse av spesialitetsprinsippet, er der en opphavers arvinger overdrar opphavsrettigheter. Der opphaver har overlatt forvaltningen av sine rettigheter til for eksempel en forvaltningorganisasjon, vil imidlertid partene gjerne være profesjonelle og likeverdige, slik at begrunnelsen for anvendelse av et særskilt spesialitetsprinsipp ikke slår til.»¹⁸⁵⁸

¹⁸⁵⁴ Dommen er nærmere omtalt hos blant andre Ingjerd Røynås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 291–292).

¹⁸⁵⁵ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 229.

¹⁸⁵⁶ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 334.

¹⁸⁵⁷ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 229. Se også Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 345 og Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 161.

¹⁸⁵⁸ Prop. 104 L (2016–2017) side 229–230.

Som den siterte uttalelsen allerede er inne på, er begrunnelsen for spesialitetsprinsippet todelt. For det første skal det ivareta opphaverens personlige forhold til verket, og for det andre skal det ivareta opphaverens interesser som den presumtvt svakere parten i avtaleforholdet.¹⁸⁵⁹ Disse hensynene kan i noen særegne tilfeller også gjøre seg gjeldende ved videreoverdragelser.¹⁸⁶⁰ Det er på denne måten ikke utelukket at spesialitetsprinsippet begrenser rommet for anvendelse av tilbehørnormen på opphavsrettigheter, selv i tilfeller der pantsetter har ervervet de aktuelle opphavsrettighetene.

Den nærmere vurderingen må gjøres konkret. Generelt har domstolene utvist tilbakeholdenhet med å anvende spesialitetsprinsippet.¹⁸⁶¹ Det skal nok svært mye til før spesialitetsprinsippet hindrer anvendelse av tilbehørnormen med hensyn til ervervede opphavsrettigheter. Er det derimot den originale opphaveren som har pantsatt en annen immaterialrettighet enn den aktuelle opphavsretten, skal det nok særlig mye til for at opphavsretten følger med som tilbehør på ulovfestet grunnlag. Antakelig er dette utelukket, på samme måte som det er utelukket med ulovfestet ekstinksjon av opphavsrettigheter hos den originale opphaveren.¹⁸⁶²

Det var tidligere tvilsomt om spesialitetsprinsippet bare gjaldt når omfanget av en overdragelse var uklar, eller om det også kom til anvendelse på spørsmålet om det i det hele tatt hadde blitt inngått rettslig bindende avtale om overdragelse.¹⁸⁶³ Forarbeidene til den nye lovfestingen av prinsippet avklarer spørsmålet:

«Spesialitetsprinsippet skal imidlertid ikke få anvendelse når det er spørsmål om det i det hele tatt er inngått en bindende avtale om overdragelse av rettigheter.»¹⁸⁶⁴

Spesialitetsprinsippet kommer dermed bare til anvendelse der omfanget av en overdragelse er uklar.¹⁸⁶⁵ Det samme må være tilfellet ved eventuell anvendelse av tilbehørnormen. Som

¹⁸⁵⁹ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 229 og 334. Se for øvrig Ole-Andreas Rognstad, *Opphavsrett*, Oslo 2009 side 345, med ytterligere henvisninger, Ingjerd Røynås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 298–303), som for øvrig også fremhever opphaverens økonomiske interesser som et selvstendig hensyn, samt Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 185–187.

¹⁸⁶⁰ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 229 og 334.

¹⁸⁶¹ Jf. Ingjerd Røynås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 294), med ytterligere henvisninger.

¹⁸⁶² Jf. punkt 6.9.6.3 ovenfor.

¹⁸⁶³ Se Ingjerd Røynås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 298–303), med ytterligere henvisninger.

¹⁸⁶⁴ Prop. 104 L (2016–2017) side 229, gjentatt på side 333.

¹⁸⁶⁵ Jf. Prop. 104 L (2016–2017) side 334.

pantsettelsesgrunnlag påvirkes ikke normen av spesialitetsprinsippet. Omfanget av en eventuell utvidet panterett kan derimot påvirkes. Dersom tilbehørsnormen gir grunnlag for at en opphavsrett følger med som tilbehør til en pantsatt hovedrettighet, vil nok spesialitetsprinsippet innebære at det ikke medfølger en mer omfattende opphavsrett enn det som strengt tatt er nødvendig for å utnytte hovedrettigheten slik panthaveren og den eventuelle erververen har forutsatt. Pantsetter beholder eventuelle restbeføyelser som ikke er nødvendige for slik utnyttelse.

7.7.4 Nærmere om selve vurderingen

Som allerede nevnt, innebærer den alminnelige ulovfestede tilbehørsnormen at det ved pantsettelse av en hovedrettighet også følger med rettigheter som normalt ville fulgt hovedrettigheten ved et salg, såfremt ikke noe annet er avtalt. Når det skal tas stilling til hva som normalt følger med en immaterialrettighet når den selges, kan det være naturlig å ta utgangspunkt i kjøpsloven. Denne loven kommer i prinsippet til anvendelse på overdragelser av immaterialrettigheter, og utgjør således en del av bakgrunnsretten på dette området, jf. kjøpsloven § 1 første ledd.¹⁸⁶⁶

Ifølge kjøpsloven § 17 andre ledd bokstav a skal tingen «passe for de formål som tilsvarende ting vanligvis brukes til». Bestemmelsen oppstiller en generell standard med hensyn til egenskaper.¹⁸⁶⁷ En slik standard forutsetter imidlertid at kjøpsgjenstanden er sammenlignbar med andre ting som omsettes, hvilket ikke alltid er tilfellet for immaterialrettighetene.¹⁸⁶⁸ Særegenheter ved de immaterielle rettighetene gjør at en konkret overdragelse ikke nødvendigvis er sammenlignbar med andre overdragelser av samme type immaterialrettighet. Det kan da være mer nyttig å søke veiledning i kjøpsloven § 17 andre ledd bokstav b, som sier tingen skal «passe for et bestemt formål som selgeren var eller måtte være kjent med da kjøpet ble inngått». Ifølge forarbeidene vil dette ha «særlig betydning der kjøperen mangler forutsetninger for å angi de nødvendige spesifikasjoner av tingen på annen måte enn gjennom

¹⁸⁶⁶ Jf. også Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018 side 80 og 102. Se for øvrig punkt 5.6.2 ovenfor.

¹⁸⁶⁷ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 59. Mer om denne generelle standarden hos Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018 side 178.

¹⁸⁶⁸ Se punkt 2.3.2 ovenfor.

å angi formålet med kjøpet». ¹⁸⁶⁹ Det oppstilles her en plikt for selgeren til å påpeke og avklare eventuelle misforståelser knyttet til forventningene kjøperen har til den aktuelle tingen. ¹⁸⁷⁰

Immaterialrettigheter erverves som oftest for å sette erververen i stand til å utføre en nærmere bestemt aktivitet, for eksempel det å produsere og selge et konkret produkt. Dersom produktet består av en patentbeskyttet oppfinnelse, blir det først og fremst nødvendig å erverve en rett til dette patentet. Andre deler av det samme produktet kan imidlertid være beskyttet av opphavsrett eller designrett, på lignende måte som Tripp Trapp-stolen i Rt. 2012 side 1062. Erververen har ikke nødvendigvis forutsetninger for å definere alle de nødvendige rettsposisjonene som må erverves. Dersom han i stedet beskriver formålet med kjøpet, for eksempel det å produsere og selge et bestemt produkt, vil selgerens ytelse normalt ha en mangel dersom den ikke omfatter alle de immaterialrettsposisjonene som var nødvendige for å produsere og selge dette produktet. Ytelsen blir på denne måten ikke rettighetsbestemt, i den forstand at den defineres ut fra rammene for de ulike immaterialrettsposisjonene. Den blir i stedet formålsbestemt, i den forstand at den defineres ut fra hvilken aktivitet kjøperen ønsket å bli i stand til å utføre. Slike formålsbetraktninger samsvarer i stor grad med alminnelige avtalerettslige regler om tolking og utfylling. ¹⁸⁷¹ Her er det imidlertid viktig å understreke at rent avtalerettslige løsninger ikke alene kan danne grunnlag for tilbehørsregler. ¹⁸⁷² Tilbehørsvurderingen må alltid ha en viss forankring i sedvanen, eller i bakgrunnsretten for øvrig. Ettersom kjøpsloven som bakgrunnsrett kun gir begrensede bidrag, kan det være hensiktsmessig å undersøke sedvanen nærmere. Jørgen Blomqvist har beskrevet dette slik:

«Fra hensynet til deklarasjonsbestemmelser og til baggrunnsretten iøvrigt er der en glidning mod et parallelt hensyn til praksis, sædvane, skik og brug. Hvis ellers denne praksis m.v. er i overensstemmelse med almindelige krav til god forretningsmæssig handlemåde, vil man tilstræbe fortolkningsresultater, som er i overensstemmelse hermed og altså dermed også med det normale og sædvanlige.» ¹⁸⁷³

¹⁸⁶⁹ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) side 59–60.

¹⁸⁷⁰ Se Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018 side 178–179, med ytterligere henvisninger.

¹⁸⁷¹ Generelt om formålsbetraktninger ved avtaletolkning hos Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014 side 125–126. Om formålsbetraktninger ved tolking og utfylling av opphavsrettsavtaler spesielt, se Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 209–211.

¹⁸⁷² Dette ville ha uthullet lovkravet i panteloven § 1-2 andre ledd i så stor grad at bestemmelsen ville blitt illusorisk.

¹⁸⁷³ Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 218.

Med «sedvane» menes i utgangspunktet en etablert praksis for hvordan et bestemt retts-spørsmål skal løses.¹⁸⁷⁴ Sedvanen stod helt sentralt i Høyesteretts tilbehørvurdering i Rt. 1930 side 1430. I tillegg var bransjepraksis et særlig fremtredende moment i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). Da Høyesterett vurderte hvorvidt fisketillatelsene skulle omfattes av panteretten til skipet, ble det blant annet uttalt følgende:

«Det må med utgangspunkt i forskriften kunne legges til grunn at den rådende oppfatning er at pantlover ikke bare skal kunne nyttiggjøre seg fartøyets skrogverdi, men også skal ha separatistrett for den verdi som fisketillatelsen utgjør i dekningsomgangen. Ankende part har ikke bestridt at en slik rådende oppfatning gjør seg gjeldende i kredittpraksis. Ettersom vi befinner oss på et område med betydelig kredittgivning, må bransjepraksis etter min oppfatning tillegges vekt ved tolkningen av hva fartøypantet omfatter etter loven.»¹⁸⁷⁵

Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter er forholdsvis nytt i norsk rett. Det foreligger derfor ingen etablert bransjepraksis for hvordan eventuelle overlappsproblemer skal løses. Likevel har de immaterielle rettighetene i lang tid vært gjenstand for overdragelse og lisensiering. Bransjepraksis for slike overdragelser vil kunne bidra til å avklare når det kan sies at to eller flere immaterialrettigheter normalt følger hverandre «i handel og vandel». I overdragelsestilfellene vil også overlappsproblemer kunne gjøre seg gjeldende, og praksis fra dette området kan derfor ha betydning for hvordan overlappsproblemer bør løses i pantsettelsessituasjoner.

Ved avtalte overdragelser av immaterialrettigheter listes det ofte opp en eller flere bestemte immaterialrettsposisjoner. Slike opplister tolkes imidlertid gjerne som uttømmende fremfor eksemplifiserende.¹⁸⁷⁶ For å unngå slike restriktive tolkninger, har det blitt vanlig med bredere, vagere og mer fleksible definisjoner av hvilke rettsposisjoner som omfattes av en overdragelse.¹⁸⁷⁷ Bengt Domeij har beskrevet dette slik:

«Om ett företag vill försäkra sig om att alla eventuella rättigheter till följd av utvecklingsarbetet övergår, är det lämpligt att ange i upplåtelsen just att 'alla immaterialrättigheter' omfattas. Inte sällan leder ett tekniskt utvecklingsuppdrag

¹⁸⁷⁴ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 41.

¹⁸⁷⁵ Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 69).

¹⁸⁷⁶ Se Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 136. Se for øvrig også Petra Sund-Norrgård, *Lojalitet i licensavtal*, Helsingfors 2011 side 120–121.

¹⁸⁷⁷ Se Stojan Arnerstål, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019 side 76–78.

fram till ett resultat som är möjligt att skydda med patent, mönster, upphovsrätt och kanske även som ett varukännetecken.»¹⁸⁷⁸

Slike vide og generelle beskrivelser er også å finne i offentlig tilgjengelige standardavtaler. Innovasjon Norge har for eksempel fått utarbeidet et forslag til mal for lisensavtaler til oppfinnelser.¹⁸⁷⁹ I avtalen legges det opp til at den oppfinnelsen lisensen knytter seg til, defineres som en eller flere registrerte patenter, eventuelt også andre registrerte immaterialrettigheter. Videre legges det opp til at lisensen ikke bare knytter seg til oppfinnelsen som sådan, men også til nærmere bestemte produkter (varer eller tjenester) som er basert på denne oppfinnelsen. Ved at det stiftes lisens til et produkt i tillegg til en oppfinnelse, blir også eventuelle overlappende rettigheter fanget opp av lisensavtalen, i den grad de er nødvendige for å produsere, videreutvikle, markedsføre og selge dette produktet. Dette synes også klart forutsatt ved at lisenstaker pålegges å forsvare det aktuelle produktet mot inngrep ikke bare i patentretten, men også i eventuell designrett, opphavsrett, varemerkerett eller andre materielle eller immaterielle rettigheter til hele eller deler av produktet.¹⁸⁸⁰

Denne praksisen synes å stemme overens med utenlandsk pantsettelsespraksis. En amerikansk standardavtale for pantsettelse av immaterialrettigheter, sier at panteretten ikke bare skal omfatte nærmere bestemte immaterialrettigheter, men også tilknyttede rettigheter («related property»)¹⁸⁸¹ Dette kan anses som en form for kontraktsfestet tilbehørnorm, som skal fange opp eventuelle overlappende rettsposisjoner som ikke uttrykkelig er beskrevet i avtalen for øvrig. UCC artikkel 9 godtar som nevnt slike vage beskrivelser av panteobjektet.¹⁸⁸²

Ut over dette har jeg ikke klart å avdekke noen nærmere bestemt generell praksis for hvordan overlapp løses ved overdragelse og lisensiering. Praktikere på området ser ikke ut til å kunne gi noen helt klare og entydige svar. Avtalene er ofte teknisk kompliserte og vanskelige å danne seg noe generelt inntrykk av.¹⁸⁸³ Den bransjepraksisen jeg har undersøkt taler imidlertid i retning av at immaterialrettigheter i mange tilfeller overdras samlet som deler av større

¹⁸⁷⁸ Bengt Domeij, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010 side 136.

¹⁸⁷⁹ Tilgjengelig på www.innovasjon Norge.no/no/bygg-en-bedrift/har-du-beskyttet-dine-immaterielle-verdier/ipr/Beskytt-ideen-din/slik-kan-du-tjene-pa-dine-immaterielle-rettigheter---les-vare-tips/Lisensiering/ (sist lest 7. januar 2019).

¹⁸⁸⁰ Se avtalens punkt 11.3.

¹⁸⁸¹ Se for eksempel punkt 1.6 (a) (iii) i «Intellectual Property Security Agreement» hos www.contractstandards.com/public/contracts/intellectual-property-security-agreement (sist lest 9. februar 2018).

¹⁸⁸² Se punkt 7.2 ovenfor.

¹⁸⁸³ Se Ingjerd Røynås, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320 (på side 300).

rettighetskomplekser, og at omfanget av et rettighetskompleks ikke nødvendigvis bestemmes ut fra hvilke konkrete rettsposisjoner som er listet opp, men ut fra hvilken aktivitet erververen eller lisenstakeren forventer å kunne utøve på grunnlag av den aktuelle avtalen. Dette er også i tråd med bakgrunnsretten, jf. kjøpsloven § 17 andre ledd bokstav b. På denne måten kan sedvanen gi en viss veiledning for rettsanvendere som skal vurdere om tilbehørnormen kommer til anvendelse. Vurderingen bør imidlertid suppleres av andre momenter i tillegg.

Et supplerende moment i en tilbehørvurdering kan være hensynet til panterettens effektivitet. Det at panteretten skal fungere som et effektivt middel for kredittsikring, er et hensyn av bredere samfunnsmessige karakter, som bør ivaretas for å sikre et effektivt og sunt kredittliv. Slike samfunnsmessige hensyn har imidlertid også berøringsflater mot sedvanen, noe Jørgen Blomqvist har beskrevet slik:

«Hensynet til praksis, sædvane, skik og brug inddrager mere generelle samfundsmæssige interesser i fortolkningsprocessen, idet der kan siges at være sådanne interesser forbundet med, at gode generelle sædvaner m.v. finder bred anvendelse (...). Samfundets interesser spiller også en rolle, når man tilstræber fortolkningsresultater, som samfundsøkonomisk set har den gunstigste virkning, og som iøvrigt i videst muligt omfang tilgodeser fællesskabets interesser.»¹⁸⁸⁴

Panterettens effektivitet var et sentralt moment i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). Her ble det blant annet vist til et foredrag til den kongelige resolusjonen om fastsettelse av forskrift om behandling av fisketillatelse ved konkurs og tvangssalg. Selv om dette formelt hverken knyttet seg til deltakerloven, eller var forarbeider til panteloven, mente retten uttalelsene hadde stor relevans for bedømmelsen av hva panterett i et fiskefartøy naturlig måtte omfatte.¹⁸⁸⁵ Fra dette foredraget ble følgende uttalelser trukket fram:

«For fiskerne vil det først og fremst være et spørsmål om å få en hensiktsmessig tilgang til kreditt, både i forhold til pris og grad av egenkapital. Det er helt nødvendig med god tilgang på lånekapital dersom en skal ha en fiskeflåte som er moderne både med tanke på fangseffektivitet, sikkerhet og for å få gjennomført den vedvarende strukturtilpasningen av flåten. Det ligger videre klart innenfor deltakerlovens formål å vektlegge fiskeflåtens finansieringsbehov og behov for kreditt, for å kunne drive et lønnsomt fiske og derigjennom bidra til økt verdiskapning (...)

¹⁸⁸⁴ Jørgen Blomqvist, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986 side 219.

¹⁸⁸⁵ Se Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 71).

Departementet ser det således slik at det er nødvendig med regler som skaper forutberegnelighet og trygghet for kredittyttere som igjen vil forbedre tilgangen på finansieringen for fiskerinæringen.»¹⁸⁸⁶

Forskning og utvikling kan være svært kostnadskreven, og vil i de fleste tilfeller ha et lignende behov for lånefinansiering som fiskeflåtene omtalt i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). For at pantsettelse av immaterialrettigheter skal kunne forbedre kapitaltilgangen, er det nødvendig at kredittyttere kan forutberegne sin rettsstilling og være trygge på at de kan oppnå en effektiv og verdifull panterett. Dersom verdien av en særskilt pantsatt immaterialrettighet langt på vei avhenger av overlappende rettigheter, og panthaver har hatt en forventning om panterett i en ressurs som i realiteten består av et mer omfattende rettighetskompleks, kan tilbehørnormen bidra til at panthaveren tilkjennes en effektiv kredittsikkerhet med det omfanget han forventet. Uten tilbehørnormen blir det nødvendig med omfattende forundersøkelser for å avdekke alle rettsposisjoner i et rettighetskompleks, hvilket kan være ressurskrevende og kostbart. Slike undersøkelser kan også avdekke overlappende rettsposisjoner hvor det ikke eksisterer hjemler for særskilt pantsettelse. Kredittyttere kan i slike tilfeller velge å trekke seg fra hele arrangementet. Uten tilbehørnormen kan det bli vanskelig å oppnå tilstrekkelig effektive panterettigheter. Tilbehørnormen kan på denne måten være et nødvendig redskap for at panteretten skal oppnå sitt kredittskapende formål.

Ut over dette er det vanskelig å gi noen fullstendig generell beskrivelse av hva som normalt følger med de ulike immaterialrettighetene når de selges.¹⁸⁸⁷ En slik vurdering må ofte gjøres konkret, der det tas hensyn både til den aktuelle rettsposisjonens unike karakter, og til karakteren av det formueskomplekset rettigheten inngår som en del av. Ettersom tilbehørnormen er noe underutviklet for immaterialrettighetene, blir en del av oppgaven til en rettsanvender som står overfor et panterettslige overlappsspørsmål, å videreutvikle og tilpasse normen slik at den passer for de immaterialrettighetene som er involvert i den konkrete pantsettelsessituasjonen. Etter mitt syn var det en slik form for videreutvikling og tilpasning som skjedde i Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle), der Høyesterett tilpasset tilbehørnormen slik at den kunne anvendes på fisketillatelser. Denne formen for videreutvikling og tilpasning kan sies å være en av de viktigste oppgavene ved rettsanvendelsen, noe Jan Fridthjof Bernt har beskrevet slik:

¹⁸⁸⁶ Rt. 2009 side 1502 (avsnitt 70).

¹⁸⁸⁷ Tilsvarende Kåre Lilleholt, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018 side 118 og William Edler von Eyben, *Panterettigheder*, København 1959 side 185.

«Dette betyr at rettsanvenderen og rettsforskeren har et *normativt oppdrag* som går ut på å utvikle og vedlikeholde retten og det verdigrunnlag denne bygger på, ved pragmatiske tilpasninger av rettens innhold på grunnlaget av skjønnsmessige vurderinger innenfor de rammer som – pragmatisk sett – kan aksepteres for rettsanvendelsesskjønnet uten at det truer rettens integritet som et autonomt inter-subjektivt tilgjengelig normsystem.»¹⁸⁸⁸

En slik pragmatisme har klare likhetstrekk med det konkretiserende rettsanvendelsesskjønnet som Synne Sæther Mæhle har beskrevet, hvilket kan være særlig hensiktsmessig for å løse overlappsproblemer knyttet til pantsattelse av immaterialrettigheter.¹⁸⁸⁹ Fra et pragmatisk perspektiv er ikke gjeldende rett uten videre det som følger av skriftlige autoritative rettskilder, men i stedet noe som må passe inn med rettsanvenderens øvrige oppfatninger, og som må gi hensiktsmessige resultater i det samfunnet retten skal fungere i.¹⁸⁹⁰ Konkrete pragmatiske vurderinger inngår på denne måten alltid som del av rettsanvendelsen i større eller mindre grad.¹⁸⁹¹ Når det skal tas stilling til hva som «normalt» følger med en immaterialrettighet når den selges, kan det langt på vei være nødvendig å basere rettsanvendelsen på et pragmatisk hensiktsmessighetsskjønn. Her bør rettsanvenderen imidlertid være oppmerksom på at den konkrete skjønnsutøvelsen også bør være egnet til å gi retningslinjer for vurderingen i fremtidige saker av samme karakter. Dette kan bidra til at det utvikles fastere utgangspunkter for tilbehørsvurderingen, hvilket igjen kan klargjøre normens innhold, og således styrke forutberegneligheten på området.¹⁸⁹²

7.7.5 Rettsvernsspørsmål

Dersom tilbehørsnormen kommer til anvendelse, kan det oppstå rettsvernsspørsmål med hensyn til de overlappende tilbehørsrettighetene. Utgangspunktet må nok være at tilbehørsrettighetene oppnår rettsvern gjennom rettsvernsakten for hovedrettigheten. Som beskrevet i punkt 6.7.2, er det antakelig tilstrekkelig å oppfylle bare ett rettsvernskrav i tilfeller der flere formuesgoder med en klar funksjonell sammenheng er pantsatt samlet, og rettsvern bare er etablert for panteretten i det ene formuesgodet, jf. Rt. 1984 side 605 og Rt. 1995 side 1181.

¹⁸⁸⁸ Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» i *Jussens Venner*, 2004 side 61–73 (på side 73) (kursiv i original).

¹⁸⁸⁹ Jf. punkt 7.7.2 ovenfor.

¹⁸⁹⁰ Se Sverre Blandhol, «Hva er pragmatisme?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2005 side 491–522 (på side 498).

¹⁸⁹¹ Se Jan Fridthjof Bernt, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» i *Jussens Venner*, 2004 side 61–73 (på side 67).

¹⁸⁹² Se Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005 side 40.

Dersom for eksempel en designrett følger med som tilbehør til et pantsatt patent, bør rettsvernet som oppnås ved registrering i Patentregisteret også gi rettsvern for panteretten i den overlappende designretten.

At rettsvernet følger hovedpanteobjektet, samsvarer også med Rt. 1930 side 1430, der blant annet følgende ble uttalt:

«Retten kan ikke anta, at tinglysning skulde være paakrevet for at interessentskapsandelens samhörighet med de faste eiendommer skal være sikret i enhver henseende. Er det først saa, at andelene er en herlighet til vedkommende eiendom, hvis behov de har til opgave at tilgodese, og ikke er et løseaktivum for interessenten personlig, maa dette forhold respekteres av tredjemann, selv om der ikke er tinglyst noget om det. Retten kan ikke dele den opfatning, at det skulde ansees nødvendig at tinglyse en fast eiendoms rettigheter og herligheter paa dens folium for at avholde eierens personlige kreditorer fra at løsrive dem fra eiendommen.»¹⁸⁹³

En annen løsning ville vært vanskelig å praktisere. Pantsettelse kan ikke registreres i Designregisteret, og dersom det skulle kreves en særskilt rettsvernsakt når en designrett følger med som tilbehør til et pantsatt patent, ville ikke kravet vært mulig å oppfylle. Dette gjelder også for eventuelle overlappende opphavsrettigheter, der det overhodet ikke eksisterer noen særskilt rettsvernsakt for frivillige rettsstiftelser.

Det rettsvernet som oppnås for overlappende rettigheter, er antakelig begrenset til å beskytte mot kreditorstinksjon. En slik løsning samsvarer med de lovfestede tilbehørsreglene for fast eiendom og realregistrert løse, ettersom slikt tilbehør kan godtroerverves etter godtroervervsloven uhindret av rettsvernet som er etablert for panteretten i hovedgjenstanden, jf. panteloven § 1-2 fjerde ledd. Løsningen støttes også av publisitetshensyn. Det rettsvernet som etableres for hovedrettigheten, gir ingen publisitet med hensyn til rettsstiftelsen som tilbehørsnormen etablerer i de overlappende rettighetene. Eventuelle erververe har derfor ikke mulighet til å undersøke om de blir nødt til å respektere eldre panterettigheter som i utgangspunktet er stiftet i andre immaterialrettigheter. Et av hovedargumentene for å oppstille rettsvernsregler er publisitetshensyn. Når det etableres rettsvern for panterett i en hovedrettighet, oppnås det bare publisitet for rettsstiftelsen i hovedrettigheten. Det oppnås ingen publisitet knyttet til den

¹⁸⁹³ Rt. 1930 side 1430 (på side 1436), utdrag fra namsrettens kjennelse, som Høyesterett ga sin tilslutning (på side 1431).

rettsstiftelsen tilbehørsnormen etablerer i overlappende rettigheter. Dette kan kanskje være et argument mot ulovfestede tilbehørsregler som sådan, men dersom det først er slik at tilbehørsnormen kan komme til anvendelse, bør rettsvernets virkninger begrenses til beskyttelse mot kreditorekstinksjon. Omsetningsserververe bør kunne ekstingvere eldre panterrettigheter som ikke har oppnådd noen form for publisitet. I praksis vil nok som oftest overlappssituasjonen være såpass synlig for en tilstrekkelig aktsom erverver at han også vil ha interesse av å undersøke rettighetsforholdene knyttet til hovedrettigheten. Problemstillingen knyttet til ekstinktive godtroerverv er nok derfor ikke særlig praktisk.

7.8 SÆRLIG OM FORHOLDET TIL DOMENENAVN

Varemerker og sekundære forretningskjennetegn kan overlappe domenenavn. Dette er brukervennlige adresser til nettsider på internett.¹⁸⁹⁴ Retten til disse adressene kan ha en betydelig omsetningsverdi, men reguleres ikke av immaterialrettslovgivningen. I stedet har det utviklet seg et sedvanebasert regelverk, som i stor grad bygger på privat autonomi fremfor lovgivermyndighet.

En nettside befinner seg alltid på en bestemt IP-adresse. Disse IP-adressene består av relativt lange tallrekker, som det kan være vanskelig å huske.¹⁸⁹⁵ Et system med domenenavn ble derfor etablert for å gjøre internett mer brukervennlig.¹⁸⁹⁶ Systemet er hierarkisk oppbygd. De enkelte domenenavnene må alltid knyttes til et toppdomene, for eksempel «.com» eller «.no».¹⁸⁹⁷

Et domenenavn må registreres for å kunne benyttes. Overordnet registreringsmyndighet er ICANN, men deres rett til å administrere de enkelte toppdomenene er delegert til statlige eller private registreringsenheter i ulike land.¹⁸⁹⁸ NORID har ansvaret for å tildele domenenavn under toppdomenet «.no».¹⁸⁹⁹ Dette er det eneste aktive toppdomenet som administreres fra

¹⁸⁹⁴ Se *.no eller aldri*, rapport fra arbeidsgruppe om domenenavn, 2002 side 15–16, samt Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 219.

¹⁸⁹⁵ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 530.

¹⁸⁹⁶ Se Torsten Bettinger, «Structure and Organization of the Domain Name System» i Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005 side 3–54 (på side 4).

¹⁸⁹⁷ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 220.

¹⁸⁹⁸ For en redegjørelse av bakgrunnshistorien for opprettelsen av ICANN, se Torsten Bettinger, «Structure and Organization of the Domain Name System» i Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005 side 3–54 (på side 6–11). Se for øvrig også Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 222.

¹⁸⁹⁹ For en redegjørelse av registreringsprosessen, se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 222–226.

Norge.¹⁹⁰⁰ NORID er underlagt offentligrettslige rammebetingelser gjennom domeneforskriften.¹⁹⁰¹ Forskriftens § 3 første ledd sier registerenhetene skal fastsette egne regler for tildeling av domenenavn. Slike regler er gitt gjennom NORIDs såkalte navnepolitikk.¹⁹⁰² Selv om domeneforskriften krever at det fastsettes en navnepolitikk, utgjør ikke navnepolitikken noe offentligrettslig regelverk. NORID er ikke en del av den offentlige forvaltningen, jf. domeneforskriften § 3 første ledd.¹⁹⁰³ Tildeling av domenenavn skjer ifølge forskriftens § 3 første ledd etter privatrettslige regler, og navnepolitikken må derfor anses som kontraktsrettslige standardvilkår. En viktig forskjell fra alminnelige standardvilkår er imidlertid at forskriftens § 3 siste ledd forutsetter at navnepolitikken ikke skal kunne fravikes gjennom individuelle avtaler mellom NORID og de enkelte rettighetshaverne. Det kan da være naturlig å behandle standardvilkårene mer som lovgivning enn som avtale, slik Høyesterett behandlet Norsk Sjøforsikringsplan i Rt. 1998 side 1032 (på side 1038 og 1040).¹⁹⁰⁴

Registrering av et domenenavn gir ingen immaterialrettslig enerettsposisjon. Det finnes ingen særegen rettslig beskyttelse av domenenavn i norsk rett.¹⁹⁰⁵ På denne måten kan det sies at domenenavn ennå ikke helt har funnet sin rettslige status.¹⁹⁰⁶ Registrering gjør ikke rettighetshaveren til eier av det aktuelle domenenavnet.¹⁹⁰⁷ Det oppstår således ikke noen varemerkerett eller lignende kjennetegnsrettighet når et domenenavn registreres.¹⁹⁰⁸ Videre medfører registrering ingen innskrenkning i rettigheter andre måtte ha til å bruke domenenavnet.¹⁹⁰⁹ For eksempel oppnår rettighetshaveren ingen rett til å nekte andre å registrere samme domenenavn under et annet toppdomene.¹⁹¹⁰ Det rettighetshaveren oppnår ved registrering, er en

¹⁹⁰⁰ NORID administrerer også toppdomenene «.sj», som er toppdomenet for Svalbard og Jan Mayen, og «.bv», som er toppdomenet for Bouvetøya, jf. Jostein Solberg, «Norway» i Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005 side 577–611 (på side 582). Disse toppdomenene har imidlertid aldri vært åpnet for registrering av domenenavn, og det er opp til NORID å åpne for slik registrering. Se mer om dette på NORIDs nettsider www.norid.no.

¹⁹⁰¹ Domeneforskriften er gitt i medhold av ekomloven §§ 7-1 og 10-1.

¹⁹⁰² Navnepolitikken er tilgjengelig på NORIDs nettsider www.norid.no.

¹⁹⁰³ Jf. også navnepolitikken punkt 1.2.

¹⁹⁰⁴ Dommen er nærmere omtalt hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 101. Mer om dette også hos Hans Jacob Bull, «Avtalte standardvilkår som privat lovgivning» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 99–114.

¹⁹⁰⁵ Se Jostein Solberg, «Norway» i Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005 side 577–611 (på side 579) og Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 221

¹⁹⁰⁶ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 533.

¹⁹⁰⁷ Jf. navnepolitikken punkt 1.4.

¹⁹⁰⁸ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 533–534.

¹⁹⁰⁹ Jf. navnepolitikken punkt 14.2.

¹⁹¹⁰ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 221.

bruksrett knyttet til det aktuelle domenenavnet.¹⁹¹¹ Rettighetshaveren er også beskyttet mot at andre får registrert et identisk domenenavn under samme toppdomene.¹⁹¹²

Bruksretten som oppnås ved registrering av domenenavn hos NORID, må anses som en form for kontraktsrettighet.¹⁹¹³ Rettighetshaveren inngår en kontrakt med NORID om registrering av det aktuelle domenenavnet. Denne kontrakten blir underlagt norsk rett.¹⁹¹⁴ Kanskje kunne det ha vært aktuelt å gi adgang til å pantsette domenenavn på lignende måte som fordringer, med melding til den forpliktete (NORID) som rettsvernsakt.¹⁹¹⁵ I Norge finnes det imidlertid ingen hjemmel for slik pantsettelse. For domenenavn under toppdomener administrert fra utlandet, må lovvalgsspørsmålet i første omgang løses ut fra en tolkning av registreringsreglene (standardvilkårene) for den registreringsenheten som administrerer det aktuelle toppdomenet.¹⁹¹⁶ Etter at lovvalgsspørsmålet er avgjort, må panterettslige spørsmål løses ut fra en tolkning av rettsreglene i det aktuelle landet. De fleste registreringsenhetene rundt omkring i verden opererer på privatrettslig grunnlag, på lignende måte som NORID.¹⁹¹⁷

Bakgrunnen for at det ikke finnes hjemmel for pantsettelse av domenenavn i Norge, er forbundet med rettighetenes begrensede overdragelighet. Dersom retten til et domenenavn skal overføres fra en rettighetshaver til en annen, må det søkes om bytte av abonnent til NORID.¹⁹¹⁸ Selve overføringen skjer ved sletting og ny registrering, og det foregår dermed ikke en ordentlig overdragelse.¹⁹¹⁹ Erververen (den nye søkeren) må i tillegg oppfylle vilkårene for søkere om nyregistrering for å kunne få et domenenavn overført til seg.¹⁹²⁰

Navnepolitikkenes krav til søkere er ikke omfattende. For organisasjoner kreves det at søkeren er registrert i Enhetsregisteret, i tillegg til at organisasjonen «må drive reell virksomhet og/eller ha aktivitet og realitet i henhold til opplysninger oppgitt i Enhetsregisteret, og må

¹⁹¹¹ Jf. navnepolitikken punkt 1.4 og 14.2.

¹⁹¹² Jf. navnepolitikken punkt 14.1.

¹⁹¹³ Se også Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 534, med henvisning blant annet til amerikansk rettspraksis.

¹⁹¹⁴ Jf. navnepolitikken punkt 1.5. I kontraktsforhold er hovedregelen partsautonomi for lovvalgsspørsmålet, jf. Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013 side 204.

¹⁹¹⁵ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 576.

¹⁹¹⁶ For en oversikt over en rekke ulike lands regelverk knyttet til domenenavn, se Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005.

¹⁹¹⁷ Jf. Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 536.

¹⁹¹⁸ Jf. navnepolitikken punkt 11.1

¹⁹¹⁹ Se navnepolitikken punkt 11.1, samt Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 13.

¹⁹²⁰ Jf. navnepolitikken punkt 11.1.

dokumentere sin reelle eksistens dersom Norid krever slik dokumentasjon».¹⁹²¹ Den aktuelle organisasjonen må også ha norsk postadresse. For privatpersoner kreves det at søkeren er «over 18 år, registrert i det norske Folkeregisteret med norsk fødselsnummer, samt ha norsk postadresse».¹⁹²² Det er også begrensninger i hvor mange domenenavn hver søker kan registrere under toppdomenet «.no».

For domenenavnenes omsettelighet innebærer disse kravene ikke noe annet enn at omsetningskretsen begrenses til dem som oppfyller vilkårene. Begrensningene er minimale, og reelt sett representerer ikke disse noe hinder for omsetning. I praksis omsettes domenenavn i stor utstrekning, og ofte til svært store summer.¹⁹²³ Likevel mente Lund-utredningen at kravene representerte en omsetningsbegrensning som gjorde pantsettelse problematisk.¹⁹²⁴ Domenenavn kan derfor ikke pantsettes særskilt, og kan i utgangspunktet heller ikke inngå som del av et driftstilbehørspant.

Domenenavn har ikke bare en teknisk funksjon for å lokalisere nettsteder, men har også en kjennetegnfunksjon.¹⁹²⁵ Selv om registrering av domenenavn i utgangspunktet ikke gir noen immaterialrettslig enerettsposisjon, utelukker ikke dette at et domenenavnet innarbeides som varemerke eller sekundært forretningskjennetegn.¹⁹²⁶ I prinsippet er det heller ingenting i veien for å registrere et domenenavn som varemerke, jf. varemerkeloven § 14, jf. § 2.¹⁹²⁷ Det er derfor svært vanlig at varemerker også opptrer som domenenavn.¹⁹²⁸

Overlappsproblemer kan oppstå der et domenenavn er underlagt immaterialrettslig beskyttelse som varemerke eller sekundært forretningskjennetegn, og den aktuelle immaterialrettigheten er pantsatt. Problemene bør kanskje ikke overdrives. I praksis vil nok pantsetter, hans konkursbo eller konkurrerende rettighetshavere langt på vei akseptere at et varemerkebeskyttet domenenavn blir omfattet av en panterett i varemerket. Lund-utredningen har uttrykt

¹⁹²¹ Jf. navnepolitikken punkt 5.1.

¹⁹²² Jf. navnepolitikken punkt 5.3.

¹⁹²³ Se Tord Steffensen Sortland, *.no@. Forholdet mellom varemerke og overlappende domenenavn ved overdraging og pantsettelse*, (studentavhandling) Bergen 2019 side 26, med ytterligere henvisninger.

¹⁹²⁴ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 84 med henvisning til side 13. Denne delen av utredningen er kritisert hos Tord Steffensen Sortland, *.no@. Forholdet mellom varemerke og overlappende domenenavn ved overdraging og pantsettelse*, (studentavhandling) Bergen 2019 side 28–29.

¹⁹²⁵ Se *.no eller aldri*, rapport fra arbeidsgruppe om domenenavn 2002 side 24, samt Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 220–221.

¹⁹²⁶ Jf. NOU 2001: 08 side 47 og Rt. 2004 side 1474 (avsnitt 32).

¹⁹²⁷ Se Tonje Røste Gulliksen, «Internet domain names and trademarks» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2000 side 470–496 (punkt 4.1.3).

¹⁹²⁸ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 517.

en mistanke om at alle kjennetegn som en virksomhet bruker, normalt følger med ved realisasjon av et driftstilbehørspant, uten at det reflekteres nærmere over deres immaterialrettslige status.¹⁹²⁹ Så snart noen protesterer mot en slik praksis, vil imidlertid problemene komme på spissen.

Kanskje kan domenenavn bli omfattet av en pantssettelse gjennom den ulovfestede tilbehørsnormen.¹⁹³⁰ Alternativt kan problemene knyttet til overlapp mellom domenenavn og pantsatte varemerker et stykke på vei løses etter varemerkeloven § 59 første ledd første punktum:

«For å hindre inngrep kan retten i den utstrekning det finnes rimelig, gi pålegg om forebyggende tiltak for produkter som utgjør inngrep i en varemerkerett og for materialer og hjelpemidler som hovedsakelig er brukt, eller tilsiktet brukt, til å fremstille slike produkter.»

Her gis domstolene et nærmest fritt spillerom til å bestemme hvilke preventive tiltak som skal besluttes, og hva tiltakene skal gå ut på.¹⁹³¹ Bestemmelsens første ledd andre punktum bokstav d sier at slike tiltak blant annet kan innebære pålegg om at produkter og materialer og hjelpemidler «utleveres til rettighetshaveren». Frem til 2013 hadde lovbestemmelsen en ordlyd som uttrykkelig ga retten adgang til å gi inngriperen pålegg om å sørge for sletting eller overdragelse til den forurettede av domenenavn brukt i strid med varemerkeretten. I forbindelse med endringen av bestemmelsen ble det i forarbeidene fremhevet at det ikke skulle skje noen realitetsendring på dette punktet:

«Selv om disse alternativene ikke lenger er nevnt, vil det fremdeles være rom for å gi pålegg om sletting eller overføring av domenenavn. Når det er bruk av domenenavn som utgjør inngrep, vil som regel sletting eller overføring være de mest hensiktsmessige forebyggende tiltakene som kan besluttes.»¹⁹³²

Det er klart at en domstol kan beslutte at et domenenavn der bruk utgjør et varemerkeinngrep, skal slettes eller overføres til varemerke innehaveren.¹⁹³³ I henhold til navnepolitikken punkt 12.3 a vil NORID da være forpliktet til å overføre domenenavnet uten samtykke fra tidligere

¹⁹²⁹ Se Astri M. Lund, *Særskilt pantssettelse av immaterialrettigheter*, (utredning) Oslo 2011 side 22.

¹⁹³⁰ Se punkt 7.7.1 ovenfor.

¹⁹³¹ Jf. Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) side 83. Se også Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 453.

¹⁹³² Prop. 81 L (2012–2013) side 121.

¹⁹³³ Jf. Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) side 83. Se også Rt. 2004 side 1474.

rettighetshaver, såfremt ny rettighetshaver oppfyller de kravene navnepolitikken stiller for å få det aktuelle domenenavnet registrert.

Det er imidlertid en forutsetning for å anvende bestemmelsen at det er begått et varemerke-inngrep.¹⁹³⁴ I juridisk litteratur er det hevdet at det neppe er tilstrekkelig til å konstatere krenkelse at det kun er registrert et domenenavn som er identisk med et varemerke.¹⁹³⁵ Det finnes imidlertid en tingrettsdom der bestemmelsen er tolket annerledes. I TAHER-2010-180212 hadde selskapet KLC representert det tyske selskapet Webasto som eneforhandler i Norge, og hadde i den forbindelse registrert domenenavnet «webasto.no» med KLC som rettighetshaver. Da Webasto sa opp avtalen med KLC, nektet KLC å overføre domenenavnet før Webasto hadde betalt et krav KLC mente de hadde rett til. I stedet ble domenenavnet «parkert», det vil si at registrering ble opprettholdt uten at domenenavnet ble brukt. Navnet «Webasto» var imidlertid beskyttet av varemerkerett. Webasto mente parkeringen av domenenavnet representerte en krenkelse av denne varemerkeretten, og at domenenavnet derfor måtte overføres eller slettes. Tingretten hadde følgende syn på saken:

«Etter rettens syn bryter KCL varemerkeretten til Webasto når de nøyer seg med å parkere domenet. 'Parkeringen' forhindrer Webasto i å opprette en egen nettside lydende på varemerket, hvilket ellers ville være naturlig. 'Parkeringen' innebærer således en bruk i strid med den eneretten som følger av varemerkeloven § 1. Grunnvilkåret for å beslutte sletting eller overdragelse etter § 59 annet ledd anses dermed oppfylt.»¹⁹³⁶

Avgjørelsen er fra tingretten, og underordnede domstolers avgjørelser har ikke i seg selv rettsnormerende kraft.¹⁹³⁷ Kvaliteten på argumentasjonen i slike avgjørelser kan likevel tilsi at argumentene som sådan kanskje bør tillegges vekt.¹⁹³⁸ Det er derfor nødvendig med en nærmere analyse av rettens argumentasjon.

¹⁹³⁴ Jf. Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) side 83.

¹⁹³⁵ Se Per Helset, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009, side 244.

¹⁹³⁶ Dommen ble anket til Borgarting lagmannsrett, men anken omfattet ikke spørsmålet om sletting av domenenavnet, jf. LB-2011-176315.

¹⁹³⁷ Jf. HR-2017-2429 (avsnitt 14), samt Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 227.

¹⁹³⁸ Jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018 side 227 og Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574 (på side 566–567).

En del av begrunnelsen bak varemerkeloven § 59 er å sikre varemerkerettens effektivitet.¹⁹³⁹ For å gjennomføre dette bør ikke bare aktiv bruk, men også handlinger som hindrer rettighetshaveren fra selv å bruke sitt varemerke på en hensiktsmessig måte, anses som bruk i henhold til varemerkeloven § 59. Den ikke-bruk som parkering innebærer, vil rent faktisk få skadevirkninger for varemerkehaveren.¹⁹⁴⁰ Det kan derfor sies å foreligge bruk i strid med varemerkeretten så snart noen andre enn varemerkeinnhaveren uten dennes samtykke er rettighetshaver til et domenenavn som ikke kan benyttes uten å krenke varemerkeretten. Denne løsningen underbygges av at varemerkeloven § 59 første ledd skal gjelde tilsvarende for tilfeller som nevnt i lovens § 57 andre punktum, jf. § 59 tredje ledd. Lovens § 57 andre punktum taler om tilfeller der noen har gjort «vesentlige forberedelsestiltak med sikte på å utføre en handling som vil utgjøre inngrep», eller tilfeller der noen «på annen måte har opptrådt slik at det er særlig grunn til å frykte at vedkommende vil gjøre inngrep». Det å inneha et domenenavn som ikke kan benyttes uten å krenke en annens varemerkerett, bør nok anses som en aktuell trussel om inngrep som omfattes av bestemmelsen.

På den annen side er det argumenter som taler mot det resultatet tingretten kom til. For det første innebærer synspunktet at det til en viss grad etableres en positiv rett for innehaveren av et varemerke til å utnytte det aktuelle merket. Dette samsvarer ikke særlig godt med betraktninger om at immaterialrettighetene er forbudsrettigheter. Dommen etterlater i tillegg en rekke uklare spørsmål i de tilfellene der et domenenavn dekker over flere forskjellige gyldige varemerker innenfor ulike klasser av varer og tjenester.¹⁹⁴¹ En varemerkerett gjelder i utgangspunktet bare innenfor en eller flere bestemte vareklasser.¹⁹⁴² Det er ingenting i veien for at flere rettighetshavere registrerer identiske varemerker, så lenge vareklassene er ulike. Bruken av ett varemerke vil da som hovedregel ikke representere noe inngrep i et annet varemerke, selv om merkene er identiske.¹⁹⁴³ Domenenavn er derimot ikke knyttet til vareklasser. Flere identiske domenenavn knyttet til ulike vareklasser kan ikke eksistere under samme toppdomene.¹⁹⁴⁴ Det kan derfor bli svært vanskelig å avgjøre hvilken rettighetshaver som har krav på et parkert domenenavn i tilfeller der det aktuelle domenenavnet er identisk eller for-

¹⁹³⁹ Se NU 1963: 6 side 344. Utredningen gjelder en lignende bestemmelse i patentloven, men patentlovens bestemmelse var forbildet for utformingen av varemerkeloven § 59, slik at utredningen også er relevant for denne bestemmelsen, jf. Ot.prp. nr. 68 (1959–1960) side 14.

¹⁹⁴⁰ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 518.

¹⁹⁴¹ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 518 og 531.

¹⁹⁴² Jf. varemerkeloven § 1 første ledd, § 3 tredje ledd andre punktum og § 18.

¹⁹⁴³ Det kan imidlertid likevel bli tale om inngrep etter kodakregelen i varemerkeloven § 4 andre ledd, jf. punkt 2.2.3 ovenfor.

¹⁹⁴⁴ Se Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005 side 530.

vekselbart med flere gyldige varemerker innenfor ulike vareklasser. Dermed er det noe tvilsomt hvorvidt resultatet retten kom til i TAHER-2010-180212, kan anses som et uttrykk for gjeldende rett. I tilfeller der et domenenavn bare er identisk eller forvekselbart med ett gyldig varemerke, må det imidlertid etter mitt syn være klart at standpunktet til tingretten var det riktige.

Varemerkeloven § 59 gjelder ikke for sekundære forretningskjennetegn. Her finnes det i stedet en lignende bestemmelse i foretaksnavneloven § 5-2:

«Retten kan i tilknytning til søksmål etter §§ 5-1, 6-2 eller 6-3, eller etter selvstendig søksmål, treffe slike forholdsregler at fortsatt bruk av foretaksnavnet i uforandret form hindres. Således kan det bestemmes at skilter, reklamemateriell o.l. skal endres, tilintetgjøres, eller etter påstand fra den krenkede, overleveres ham uten eller mot vederlag etter rettens skjønn.»

Bestemmelsen nevner kun foretaksnavn, men får tilsvarende anvendelse på sekundære forretningskjennetegn, jf. foretaksnavneloven § 1-1 tredje ledd. Reglene i foretaksnavneloven § 5-2 gir mulighet for den som erverver et pantsatt sekundært forretningskjennetegn til å kreve et identisk eller forvekselbart domenenavn overført til seg. På samme måte som varemerkeloven § 59 forutsetter også denne bestemmelsen at kjennetegnet blir brukt i strid med loven, jf. foretaksnavneloven § 5-1. Det er imidlertid ingen grunner til at dette vilkåret skal tolkes annerledes i foretaksnavneloven § 5-2 enn i varemerkeloven § 59. Bestemmelsen bør således kunne anvendes ikke bare på domenenavn som brukes aktivt, men også på parkerte domenenavn.

Problemer knyttet til overlapp mellom domenenavn og kjennetegnsrettigheter kan muligens også løses i panteavtalen gjennom opsjoner. Det kan tenkes at pantsetter i panteavtalen forplikter seg til å godkjenne overdragelse av et domenenavn beskyttet av en pantsatt immaterialrettighet, til den som eventuelt erverver immaterialrettigheten i forbindelse med realisasjon. Såfremt erververen oppfylder NORIDs krav til søkere, vil slik overdragelse være uproblematisk med hensyn til navnepolitikken.

Denne typen avtale er imidlertid en personlig forpliktelse som panthaver bare kan gjøre gjeldende overfor pantsetter. Avtalen kan ikke gjøres gjeldende overfor pantsetters konkursbo, og panthaver er heller ikke beskyttet mot at pantsetter i sikringsperioden godkjenner at det aktuelle domenenavnet overføres til en tredjeperson. Domenenavn som

overlapper med en annens varemerke eller forretningskjennetegn, vil imidlertid sjelden ha noen verdi for hverken et konkursbo eller en tredjeperson, ettersom rettighetshaveren til varemerket eller forretningskjennetegnet kan nekte bruk av navnet, jf. varemerkeloven § 4 og foretaksnavneloven § 3-2. Rettighetshaver kan også her kreve overføring eller sletting av domenenavnet i henhold til varemerkeloven § 59 eller foretaksnavneloven § 5-2.

8 AVSLUTTENDE REFLEKSONER

Avhandlingens analyser har avdekket flere problemstillinger av varierende kompleksitet. Løsningene på enkelte av problemstillingene er forholdsvis klare, mens andre preges av betydelig usikkerhet. Mye av usikkerheten synes å oppstå når problemstillingene opererer i et spenningsforhold mellom hensynet til panterettens kredittskapende formål på den ene siden, og hensynet til usikrede kreditorer og forsvarlig bobehandling på den andre siden. Hensynet til panterettens kredittskapende formål vil normalt tale for liberale og fleksible tolkninger, og utpeker gjerne tolkningsresultater som beskytter panthavers interesser. På den andre siden vil hensynet til usikrede kreditorer og forsvarlig bobehandling normalt tale for restriktive tolkninger, der panthavers særrettigheter begrenses til det som uttrykkelig fremgår av lovens ordlyd. Det er en krevende øvelse for rettsanvendere å balansere disse hensynene.

Tendensen i høyesterettspraksis synes å være at retten går forholdsvis langt i å ivareta pant-havers berettigede forventninger i tilfeller der panthaver har en gyldig panterett med rettsvern. Den rettspraksisen som ligger til grunn for tilbehørnormen er nok det mest tydelige eksempelet, særlig Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle). Også Rt. 1992 side 1629 (kunderegister) er et eksempel på at Høyesterett strakk seg langt for å ivareta panthavers interesser. Beskyttelse av en rettsserververs berettigede forventninger står også sentralt i høyesterettspraksis knyttet til ulovfestet avtaleekstinksjon. Internasjonale utviklingstrender indikerer i tillegg et sterkt fokus mot panterettens kredittskapende formål, med den konsekvens at andre hensyn havner litt i bakgrunnen. anbefalingene fra UNCITRAL står særlig sentralt her.

Norge har en restriktiv pantsettelsesadgang sammenlignet med mange andre land. Selv om de fleste immaterialrettighetene kan pantsettes som del av et driftstilbehørspant, er adgangen til særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter svært begrenset. Dette gjør regelverket lite fleksibelt, og ikke uten videre tilpasset mangfoldet av ulike virksomhetstyper i det moderne forretningssamfunnet. Ulike virksomheter har verdier bundet opp i ulike formuesgoder. Bedriftenes potensielle kredittgrunnlag varierer derfor betydelig i karakter. Særlig gjelder dette for dem som i stor grad produserer og utnytter immaterialrettigheter. Objektene for immaterialrettighetene er som oftest unike i sin natur, og ulike immaterialrettigheter har iboende særegenheter som kan gjøre det nødvendig med særskilte tilpasninger for at de skal kunne utnyttes til kredittsikringsformål på en hensiktsmessig måte. Norsk rett gir i liten grad rom for slike tilpasninger.

Det panterettslige lovkravet begrenser også pantsettelsesadgangen til forhåndsdefinerte formuesgoder. Formuesgodekonseptet er imidlertid ikke en fastlåst konstruksjon. Informasjon kan ha formuesverdi selv uten å være beskyttet av formelle immaterialrettsposisjoner. De immaterielle rettighetene er ikke alltid godt nok tilpasset dagens økonomiske forhold, der informasjons- og kommunikasjonsteknologi spiller en stadig større rolle. Utviklingen går for raskt til at lovgivningen klarer å holde følge. De praktiske behovene hos markedsaktørene blir derfor ikke uten videre ordentlig dekket gjennom immaterialrettslovgivningen. Mogens Kocktvedgaard har beskrevet dette slik:

«Aktørerne i den nye økonomi er hurtige og konkurrenceprægede. De efterspørger ikke langvarige eneretspositioner, som det tager flere år at opnå, og som man derefter kan hvile på gennem lang tid. Det skal tværtimod gå stærkt med at få rettighederne, og de behøver ikke at gælde i mere end nogle forholdsvis få år. Billedet skifter hurtigt. Samtidig er man fortrinsvis interesseret i at få rettigheder til ideer, principper og koncepter, medens de konkrete, detaljerede udformninger er mindre væsentlige. Det ser man både indenfor softwareindustrien og vedrørende beskyttelsen af business methods.»¹⁹⁴⁵

For å unngå bryssomme formaliteter knyttet til det å oppnå immaterialrettslige eneretsposisjoner, kan det i noen tilfeller være mer hensiktsmessig å holde ideer, konsepter, teknologi og strategier hemmelig, og heller belage seg på beskyttelse gjennom konfidensialitetsklausuler og bestemmelser i markedsføringsloven. Den beskyttelsen som da reelt sett oppnås, vil kunne spesialtilpasses i større grad enn immaterialrettighetene. For eksempel kan rene ideer oppnå et visst vern, selv om formell immaterialrettsbeskyttelse er utelukket for ideer som sådan.¹⁹⁴⁶

Et eksempel på verdifull informasjon som ikke uten videre beskyttes av immaterialrettigheter, er informasjon om brukeratferd fra digitale sosiale plattformer som Facebook, Instagram og Snapchat, selv om slik informasjon kanskje kan bli beskyttet av databaserett etter åndsverkloven § 24. Et annet eksempel er bedriftshemmeligheter. I mange tilfeller kan en virksomhets bedriftshemmeligheter representere større verdier enn virksomhetens immaterielle rettigheter.¹⁹⁴⁷ UNCITRAL anbefaler at også bedriftshemmeligheter burde

¹⁹⁴⁵ Mogens Kocktvedgaard, «Den nye økonomis krav til Immaterialretten» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2000 side 536–541 (på side 537).

¹⁹⁴⁶ Jf. punkt 2.2.3 ovenfor.

¹⁹⁴⁷ Jf. COM(2013) 813 final side 3.

kunne pantsettes.¹⁹⁴⁸ Kanskje burde det samme vært tilfellet for informasjon om brukeratferd og andre immaterielle formuesgoder som etter hvert måtte utvikle seg.

Det er forhold det ikke tas hensyn til i dagens panterettslige lovgivning. Immaterialrettslignende formuesgoder i form av for eksempel bedriftshemmeligheter og annen «knowhow» har ingen pantsettelsehjæmme i norsk rett. Lovkravet hindrer at pantsettelsesregelverket kan utvikle seg i tråd med at det utvikles nye typer formuesgoder. Store verdier kan på denne måten bli holdt utenfor virksomhetens potensielle kredittgrunnlag.

UNCITRAL anbefaler langt mer liberale og fleksible pantsettelsesregler enn det som gjelder i norsk rett. Det eksisterer imidlertid lite empirisk materiale som kan underbygge at liberale og fleksible ordninger øker tilgangen på rimelig kreditt. Dette blir i stedet forutsatt som en slags vedtatt sannhet. Før norsk panterett eventuelt liberaliseres i tråd med anbefalingene fra UNCITRAL bør det i større grad gjøres empiriske undersøkelser av virkningene ved ulike pantsettelsessystemer. Liberale og fleksible ordninger har ikke bare fordeler. De kan også ha skadevirkninger for pantsetter selv, for usikrede kreditorer og for forsvarligheten av konkursbehandlinger. I tillegg kan en for stor fleksibilitet føre til bredere samfunnsmessige skadevirkninger. Fleksible regler gir rom for kreativitet i finansbransjen, hvilket kan gi opphav til sikringsarrangementer med så komplekse strukturer at risiko blir skjult fremfor håndtert. Dersom engasjementer blir vurdert som risikofrie, men viser seg å være tapsutsatte, kan dette forsterke virkningene av økonomiske nedgangstider. Før norsk panterett eventuelt liberaliseres bør det foreligge et sterkere empirisk grunnlag som tilsier at liberale og fleksible pantsettelsesregler har større fordeler enn ulemper.

Med hensyn til rettsvernsreglene synes disse å være noe underutviklet på immaterialrettens område, sammenlignet med rettsvernsreglene for andre formuesgoder. Det mest tydelige eksempelet er at lovgivningen ikke regulerer hjemmelsmannskonflikter. Dette ser ikke ut til å ha vært et resultat av en veloverveid beslutning, men snarere et resultat av mer eller mindre tilfeldige omstendigheter som ga grunnlag for ubegrunnede synspunkter som over tid fikk et godt fotfeste. Et annet problem er at immaterialrettens lovfestede rettsvernsregler bare gjelder visse typer rettsstiftelser. Enkelte rettsstiftelser faller utenfor reglens anvendelsesområde, og

¹⁹⁴⁸ Jf. UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011 side 7 og UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side 10.

det blir dermed uklart hva som da skal gjelde. Dette er en konsekvens lovgiver ikke synes å ha vært oppmerksom på.

Uklarhet i rettsvernsreglene svekker forutberegneligheten. For at panteretten skal kunne oppnå sitt kredittskapende formål, er det helt nødvendig med forutberegnelige rettsvernsregler. Når lovgiver på immaterialrettens område har vært tilbakeholden med å oppstille rettsvernsregler, og i tillegg har gitt de få lovfestede rettsvernsreglene et betydelig innsnevret anvendelsesområde sammenlignet med rettsvernsreglene for andre formuesgoder, skapes det unødvendig usikkerhet. Denne usikkerheten gjør at lovgivningen i begrenset grad har evnet å bidra til en pantsettelsesadgang som kan gjøre det lettere for innovasjons-, teknologi- og kulturvirksomheter å få tilgang til rimelig kreditt. En pantsettelsesadgang er i seg selv av liten betydning dersom ikke reglene om panterettens omfang, rettsvern og prioritet er tilstrekkelig forutberegnelige. Lovgiver har fortsatt en jobb å gjøre på dette området.

SUMMARY IN ENGLISH

This thesis concerns security rights in intellectual property. The term “security right” refers to a right, similar to a property right, that is created by agreement and secures payment or other performance of an obligation. The term “intellectual property” refers to exclusive rights provided by law over the results of intellectual creative works, as well as trademarks. The main categories of intellectual property rights are patents, copyrights and trademarks, although the legal protection of designs, circuit patterns and new varieties of plants are also included. Trade secrets, however, are not considered intellectual property under Norwegian law, although some questions related to trade secrets are relevant in connection with the creation of security rights over intellectual property.

The main issues discussed in this thesis are how to create valid and enforceable security rights over intellectual property under Norwegian law, how to determine the scope of such security rights, and how to perfect such security rights in terms of creating third party effectiveness. In addition, the thesis deals with issues related to priority, including issues relating to a secured creditor’s extinguishing of older rights of third parties, enforcement issues, and issues related to the choice of law.

The United Nation’s sustainable development goals establishes a clear link between innovation, technology and affordable credit. This link forms the basis for the topic of this thesis. Sound secured transactions laws related to intellectual property can have significant economic benefits, promoting the development and growth of knowledge-based businesses and generally increasing trade. Secured transactions are considered one of the most effective ways of gaining access to affordable loans. In an increasingly knowledge and technology driven economy, traditional industry is being replaced by enterprises producing and making use of intellectual property rather than real property and movable objects. In order for such enterprises to gain access to the same sources of financing as traditional industry, secured transactions law needs to take into account the special circumstances related to the use of intellectual property to secure credit.

Under Norwegian law, all of the intellectual property rights mentioned above can be made subject to a security right under a floating charge related to an enterprise’s operating assets. Such a floating charge will basically include all the enterprise’s machines, equipment, goods and intellectual property, provided these assets are determined to be used in the course of

business. The parties may not decide to exclude some of these assets from a floating charge, except where a separate department of the enterprise is excluded as a whole. If the grantor acquires any new assets included in the law's definition of operating assets, the floating charge will automatically extend to include these assets. The grantor may freely dispose of any assets included in a floating charge during the security period, provided that this is in accordance with the ordinary course of business and does not significantly reduce the secured creditor's security interest. In such cases, the secured creditor's right will cease to include the disposed intellectual property.

Patents and plant variety rights can also be made subject to a security right as a fixed charge. This is an alternative system to the floating charge in operating assets. The fixed charge provides for a security right to be created in a patent or plant variety right independently of other assets. The grantor may freely dispose of a patent or plant variety right subject to a fixed charge, however, the charge will continue to encumber the disposed intellectual property, and the disposal will not affect the priority or legal position of the secured creditor.

Third party effectiveness of a floating charge is created by registration in the general register for movable property. Registration provides for priority over subsequent competing secured creditors and the grantor's bankrupt estate in insolvency proceedings. However, registration in the general register for movable property will basically not protect the secured creditor in the event that an intellectual property right included in the floating charge is transferred or licensed to a third party.

Third party effectiveness of a fixed charge is created by registration in the patent register or in the plant variety register. Such registration provides for the same protection as registration of a floating charge, but registration of a fixed charge will also provide for priority over subsequent transfers or licenses. Registration of a security right in any register may also extinguish older unregistered competing rights, provided that the secured creditor registered the security right in good faith. One significant finding in this study has been an additional possibility for a secured creditor to, under certain extraordinary conditions, extinguish older competing rights, even when not provided by statutory law. Such competing rights may for example include rights that are not derived from the same grantor as the security right in question.

Intellectual property overlaps raises several questions with respect to security rights, as Norwegian secured transaction law does not inhabit the flexibility needed to create security rights over packages of interdependent intellectual property. Norwegian secured transaction law is generally more restricted than that of other countries. However, one significant finding in this study has been a non-statutory rule of law, allowing for a security right relating to a specific intellectual property right to include any overlapping intellectual property, provided that such rights would normally be included in an ordinary transaction.

KILDELISTE

NORSKE LOVER OG FORSKRIFTER

Lover

Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper
Akvakulturloven	Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur
Allmennaksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper
Arbeidstakeroppfinnelsesloven	Lov 17. april 1970 nr. 21 om retten til oppfinnelser som er gjort av arbeidstakere
Avhendingsloven	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Borettslagsloven	Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag
Dekningsloven	Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
Deltakerloven	Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst
Designloven	Lov 14. mars 2003 nr. 15 om beskyttelse av design
Ekomloven	Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon
Finansavtaleloven	Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag
Finansforetaksloven	Lov 10. april 2015 nr. 17 om finansforetak og finanskonsern
Foreldelsesloven	Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer
Foretaksnavneloven	Lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv.
Foretaksregisterloven	Lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak
Forsikringsavtaleloven	Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler
Gjeldsbrevloven	Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev

Godtroervervsloven	Lov 2. juni 1978 nr. 37 om godtroerverv av løsøre
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov
Hevdsloven	Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Konkurranseloven	Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger
Konkursloven	Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs
Kretsmønsterloven	Lov 15. juni 1990 nr. 27 om vern av kretsmønstre for integrerte kretser
Legemiddeloven	Lov 4. desember 1992 nr. 132 om legemidler m.v.
Lov om endringer i tinglysningsloven	Lov 20. juni 2014 nr. 45 om endringer i tinglysningsloven mv. (elektronisk tinglysning)
Lov om finansiell sikkerhetsstillelse	Lov 26. mars 2004 nr. 17 om finansiell sikkerhetsstillelse
Luftfartsloven	Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart
Markedsføringsloven	Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.
Matloven	Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Panteloven	Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant
Patentloven	Lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter
Petroleumsloven	Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet
Plan- og bygningsloven	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling

Planteforedlerloven	Lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett
Produktkontrollloven	Lov 11. juni 1976 nr. 79 om kontroll med produkter og forbrukertjenester
Regnskapsloven	Lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v.
Revisorloven	Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer
Sameieloven	Lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige
Selskapsloven	Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper
Sjøloven	Lov 24. juni 1994 nr. 39 om sjøfart
Skatteloven	Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt
Straffeloven	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff
Tinglysingsloven	Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing
Tobakksskadeloven	Lov 9. mars 1973 nr. 14 om vern mot tobakkskader
Tvangsfullbyrdelsesloven	Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Varemerkeloven	Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker
Verdipapirregisterloven	Lov 5. juli 2002 nr. 64 om registrering av finansielle instrumenter
Åndsverkloven	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.

Forskrifter

Domeneforskriften	Forskrift 1. august 2003 nr. 990 om domenenavn under norske landkodetoppdomener
Forskrift om betalinger mv. til Patentstyret og KFIR	Forskrift 23. mars 2014 nr. 333 om betalinger mv. til Patentstyret og Klagenemnda for industrielle rettigheter.
Forskrift om ernærings- og helsepåstander	Forskrift 17. februar 2010 nr. 187 om ernærings- og helsepåstander om næringsmidler
Forskrift om innhold i og merking og utforming av tobakksvarer mv	Forskrift 6. februar 2003 nr. 141 om innhold i og merking og utforming av tobakksvarer mv
Forskrift om konkurransereglene i EØS-avtalen	Forskrift 21. desember 2011 nr. 1518 om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv
Forskrift til åndsverkloven	Forskrift 21. desember 2001 nr. 1563 til åndsverkloven
Pantelovforskriften	Forskrift 21. november 1980 nr. 14 til lov om pant
Patentforskriften	Forskrift 14. desember 2007 nr. 1417 til patentloven
Planteforedlerforskriften	Forskrift 6. august 1993 nr. 832 om planteforedlerrett
Tinglysingsforskriften	Forskrift 3. november 1995 nr. 875 om tinglysing

KONVENSJONER OG TRAKTATER

Bernkonvensjonen	Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Bern 1886)
EMK	Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (Roma 1950)
EPC	Den europeiske patentkonvensjonen (München 2000)
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (Porto 1992)
Pariskonvensjonen	Paris Convention for the Protection of Industrial Property (Paris 1883)
PCT	Patentsamarbeidskonvensjonen (Washington 1970)
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union (Lisboa 2007)
TRIPS-avtalen	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Marrakesh 1994)
UPOV-konvensjonen	Internasjonal konvensjon om vern av nye plantesorter (Geneve 1978)
WTO-avtalen	Agreement Establishing the World Trade Organization (Marrakesh 1994)

EU-DIREKTIVER OG -FORORDNINGER

Direktiver

Designdirektivet	1998/71EF
Direktiv om finansiell sikkerhetsstillelse	2002/47/EF
Direktiv om forretningshemmeligheter	2016/943
Varemerkedirektivet	2015/2436

Forordninger

Designforordningen	6/2002
Forordning om supplerende beskyttelsessertifikat for legemidler	1768/92
Forordning om teknologioverføringsavtaler	316/2014
Påstandsforordningen	1924/2006
Roma I-forordningen	593/2008
Roma II-forordningen	864/2007

LOVFORARBEIDER

Innstillinger

Innstilling til Lov om mønster 1967

Innst. 258 L (2017–2018)

Innst. O. nr. 19 (1979–1980)

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 6 (1908)

Ot.prp. nr. 42 (1997–1998)

Ot.prp. nr. 26 (1959–1960)

Ot.prp. nr. 85 (1997–1998)

Ot.prp. nr. 68 (1959–1960)

Ot.prp. nr. 26 (1998–1999)

Ot.prp. nr. 36 (1965–1966)

Ot.prp. nr. 41 (1998–1999)

Ot.prp. nr. 40 (1969–1970)

Ot.prp. nr. 2 (2002–2003)

Ot.prp. nr. 57 (1971–1972)

Ot.prp. nr. 86 (2002–2003)

Ot.prp. nr. 39 (1977–1978)

Ot.prp. nr. 22 (2003–2004)

Ot.prp. nr. 41 (1980–1981)

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)

Ot.prp. nr. 34 (1989–1990)

Ot.prp. nr. 55 (2007–2008)

Ot.prp. nr. 65 (1990–1991)

Ot.prp. nr. 98 (2008–2009)

Ot.prp. nr. 15 (1992–1993)

Prop. 101 L (2013–2014)

Ot.prp. nr. 15 (1994–1995)

Prop. 104 L (2016–2017)

Ot.prp. nr. 73 (1995–1996)

Prop. 10 LS (2018–2019)

Offentlige utredninger

NU 1963: 6

NOU 1995: 30

NUT 1970: 2

NOU 2001: 8

NOU 1972: 20

NOU 2001: 23

NOU 1976: 49

NOU 2001: 32 A

NOU 1985: 6

NOU 2003: 12

NOU 1993: 16

NOU 2011: 8 B

NOU 1994: 19

NOU 2018: 5

Private utredninger

Husabø, Erling Johannes og Annika Suominen, *Forholdet mellom straffeprosesslovens og utlendingslovens regler om fengsling og andre tvangsmidler*, Oslo 2011

Lund, Astri M., *Særskilt pantsettelse av immaterialrettigheter*, Oslo 2011

.no eller aldri, rapport fra arbeidsgruppe om domenenavn, Oslo 2002

Høringsnotater

18/2638

18/6167

NORSK RETTSPRAKSIS

Avgjørelser fra Norges Høyesterett

Rt. 1917 side 193	Rt. 1986 side 1210 (Fjellhus)
Rt. 1918 side 403	Rt. 1988 side 1078
Rt. 1923 II side 58	Rt. 1989 side 1209
Rt. 1925 side 501	Rt. 1990 side 500
Rt. 1926 side 709	Rt. 1991 side 352
Rt. 1928 side 826	Rt. 1992 side 352 (Sigdal)
Rt. 1930 side 1210	Rt. 1992 side 1629 (kunderegister)
Rt. 1930 side 1430	Rt. 1994 side 775
Rt. 1931 side 598	Rt. 1994 side 1584
Rt. 1931 side 1185	Rt. 1995 side 1181
Rt. 1933 side 529	Rt. 1995 side 1415
Rt. 1933 side 897	Rt. 1995 side 1460
Rt. 1935 side 981	Rt. 1995 side 1908
Rt. 1937 side 201	Rt. 1997 side 199
Rt. 1937 side 888	Rt. 1997 side 645
Rt. 1940 side 327	Rt. 1997 side 1050
Rt. 1940 side 519	Rt. 1997 side 1438
Rt. 1952 side 989	Rt. 1998 side 186
Rt. 1953 side 1132	Rt. 1998 side 268
Rt. 1956 side 1219	Rt. 1998 side 1032
Rt. 1957 side 246	Rt. 1998 side 1315
Rt. 1960 side 388	Rt. 1998 side 1988
Rt. 1962 side 964	Rt. 1999 side 192
Rt. 1964 side 238	Rt. 1999 side 199
Rt. 1968 side 1202	Rt. 1999 side 247
Rt. 1981 side 228	Rt. 1999 side 1725
Rt. 1984 side 28	Rt. 2000 side 604
Rt. 1984 side 605	Rt. 2000 side 996
Rt. 1985 side 1054	Rt. 2001 side 872
Rt. 1986 side 164	Rt. 2001 side 1006

Rt. 2002 side 1484

Rt. 2003 side 359

Rt. 2004 side 1474

Rt. 2006 side 752

Rt. 2007 side 1329

Rt. 2008 side 586

Rt. 2008 side 705

Rt. 2008 side 969

Rt. 2008 side 1170

Rt. 2008 side 1268

Rt. 2009 side 203

Rt. 2009 side 1055

Rt. 2009 side 1357

Rt. 2009 side 1502 (Barents Eagle)

Rt. 2009 side 1537

Rt. 2010 side 527

Rt. 2010 side 1197

Rt. 2011 side 531

Rt. 2011 side 910

Rt. 2012 side 1062

Rt. 2013 side 129

Rt. 2013 side 822

Rt. 2013 side 1345

Rt. 2015 side 421

Rt. 2015 side 979

Rt. 2015 side 1040

Rt. 2015 side 1132

Rt. 2015 side 1157 (Fårøya)

Rt. 2016 side 1993

HR-2017-33

HR-2017-1297

HR-2017-2165

HR-2018-110

Avgjørelser fra lagmannsrettene

NIR 1991 side 413

RG 1994 side 142 (Eidsivating)

RG 1997 side 1269 (Borgarting)

RG 2001 side 82 (Frostating)

LB-2011-176315

Avgjørelser fra tingretten

TAHER-2010-180212

Voldgiftspraksis

RG 1987 side 140

Avgjørelser fra Klagenemnda for industrielle rettigheter

KFIR-2016-172

UTENLANDSK OG INTERNASJONAL RETTSPRAKSIS

Avgjørelser fra Högsta Domstolen i Sverige

NJA 2009 side 695

NJA 2010 side 617

Avgjørelser fra Højesteret i Danmark

UfR 1919 side 638

Avgjørelser fra EMD

<i>Goodwin</i>	<i>Goodwin mot Storbritannia</i> (17488/90) storkammerdom 27. mars 1996
<i>Carbonara</i>	<i>Carbonara and Ventura mot Italia</i> (24638/94) dom 30. mai 2000
<i>Daron</i>	<i>Daron mot Frankrike</i> (1513/03) storkammerdom 6. oktober 2005
<i>Maurice</i>	<i>Maurice mot Frankrike</i> (11910/03) storkammerdom 6. oktober 2005
<i>Pye (dom)</i>	<i>J.A. Pye (Oxford) Ltd. m.fl. mot Storbritannia</i> (44302/02) dom 15. november 2005
<i>Hutten-Czapska</i>	<i>Hutten-Czapska mot Polen</i> (35014/97) storkammerdom 19. juni 2006
<i>Anheuser-Busch</i>	<i>Anheuser-Busch Inc. mot Portugal</i> (73049/01) storkammerdom 11. januar 2007
<i>Pye (storkammer)</i>	<i>J.A. Pye (Oxford) Ltd. m.fl. mot Storbritannia</i> (44302/02) storkammerdom 30. august 2007
<i>Balan</i>	<i>Balan mot Moldova</i> (19247/03) dom 29. januar 2008
<i>Lindheim</i>	<i>Lindheim m.fl. mot Norge</i> (13221/08 og 2139/10) dom 12. juni 2012

Avgjørelser fra EU-domstolen

<i>Magill</i>	<i>Radio Telefis Eireann m.fl. mot Europakommisjonen</i> (forente saker C-241/91 P og C-242-91 P) dom 6. april 1995
<i>Tiercé Ladbroke</i>	<i>Tiercé Ladbroke SA mot Europakommisjonen</i> (T-504/93) dom (annen utvidet avdeling) 12. juni 1997
<i>Bronner</i>	<i>Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG m.fl.</i> (C-7/97) dom (sjette avdeling) 26. november 1998
<i>Lloyd</i>	<i>Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH mot Klijsen Handel BV</i> (C-342/97) dom 22. juni 1999
<i>IMS Health</i>	<i>IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG</i> (C-418/01) dom (femte avdeling) 29. april 2004
<i>Microsoft</i>	<i>Microsoft Corp. mot Europakommisjonen</i> (T-201/04) storkammerdom 17. september 2007
<i>Football Dataco II</i>	<i>Football Dataco Ltd m.fl. mot Sportradar GmbH m.fl.</i> (C- 173/11) dom (tredje avdeling) 18. oktober 2012
<i>Hauck</i>	<i>Hauck GmbH & Co. KG mot Stokke A/S m.fl.</i> (C-205/13) dom (annen avdeling) 18. september 2014
<i>Huawei</i>	<i>Huawei Technologies Co. Ltd mot ZTE Corp. m.fl.</i> (C- 170/13) dom (femte avdeling) 16. juli 2015
<i>Private Equity Insurance Group</i>	<i>Private Equity Insurance Group mot Swedbank</i> (C-156/15) dom (fjerde avdeling) 10. november 2016
<i>Doceram</i>	<i>DOCERAM GmbH mot CeramTec GmbH</i> (C-395/16) dom (annen avdeling) 8. mars 2018

ANDRE NASJONALE KILDER

Stortingsmeldinger

Meld. St. 28 (2014–2015)

Meld. St. 27 (2016–2017)

Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling

JDLOV-1988-486

JDLOV-1983-3998

G-2000-9001, *Lovteknikk og lovforberedelse – Veiledning om lov og forskriftsarbeid*, 2000

Standardavtaler

Innovasjon Norges mal for lisensavtaler til oppfinnelser (tilgjengelig på

www.innovasjon norge.no/no/Bygg-en-bedrift/har-du-beskyttet-dine-immaterielle-verdier/ipr/Beskytt-ideen-din/Slik-kan-du-tjene-pa-ipr/Lisensiering/)

NORIDs navnepolitikk (tilgjengelig på www.norid.no)

ANDRE UTENLANDSKE OG INTERNASJONALE KILDER

Anbefaliner fra UNCITRAL

UNCITRAL, *Generalforsamlingens resolusjon 71/136*, 13. desember 2016

UNCITRAL, *Guide on the Implementation of a Security Rights Registry*, Wien 2014

UNCITRAL, *Legislative Guide on Secured Transactions*, New York 2010 side

UNCITRAL, *Legislative Guide: Supplement on Security Rights in Intellectual Property*, New York 2011

UNCITRAL, *Model Law on Secured Transactions*, Wien 2016

Fra amerikansk rett

«Intellectual Property Security Agreement» hos

www.contractstandards.com/public/contracts/intellectual-property-security-agreement

(sist lest 9. februar 2018)

UCC artikkel 9

Model Intellectual Property Security Agreement (tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 883–928)

Task Force Introductory Report and Background Considerations: Model Intellectual Property Security Agreement (tilgjengelig i *The Business Lawyer*, 2016, vol. 71 nr. 3, side 849–882)

Fra svensk rett

Patentlagen

Patentlag 1967: 837

Uttalelser fra EU-kommisjonen

COM(2008) 465/3

COM(2013) 162

COM(2013) 813 final

LITTERATUR

A

- Aamo, Bjørn Skogstad, *Læring fra kriser*, Bergen 2016
- Aas, Jon Wessel og Magnus Ødegaard, *Personvern*, Oslo 2018
- Aasland, Gunnar, «Noen betraktninger om rettskildespørsmål i Høyesteretts praksis» i *Jussens Venner*, 2000 side 157–179
- Aasland, Gunnar, «Noen synspunkter på Høyesteretts bruk av rettslitteraturen» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2007 side 667–678
- AIPPI, *Summary Report – Security interests over intellectual property*, Milano 2016
- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009
- Andersen, Mads Bryde, «Immaterialret og marked – et innlegg i diskussionen om ophavsrettens forhold til den almindelige konkurreret» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 402–414
- Andersen, Mads Bryde, *IT-retten*, 2. utgave, København 2005
- Andreassen, Jens Edvin, *Factoringpant*, Oslo 1990
- Andreasson, Jens, *Intellektuelle resurser som kredittsikkerhet*, Gøteborg 2010
- Arnerstål, Stojan, *Licensavtalets anatomi*, Stockholm 2019
- Arnholm, Carl Jacob, *Panteretten*, Oslo 1942
- Arnholm, Carl Jacob, *Panteretten*, 3. utgave, Oslo 1962
- Arntzen, Svein Kristian, «Fisketillatelse og pant – lovfesting av den rettslige løsningen i ‘Barents Eagle’?» i *Lov og Rett*, 2019 side 67–81
- Arntzen, Svein Kristian, «Strukturkvotetillatelse som formuesgoder» i Tore Henriksen og Øyvind Ravna (red.) *Juss i nord – Hav, fisk og urfolk*, Oslo 2012 side 121–135
- Askeland, Bjarte, «Om analogi og abduksjon» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004 side 499–547
- Asland, John, «Passivitetsutløst bortfall av sameierett i hytte – Rt-2015-1157» i *Nytt i privatretten*, 2016, nr. 1
- Austenå, Torgeir, «Grunnbøkens positive troverdighet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976 side 464–484

B

- Bailey, Andrew, «Trade mark functions and protection for marks with a reputation» i *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2013, vol. 8 nr. 11, side 868–875

- Baldersheim, Erlend, *Reglar om fast eigedom*, Oslo 2010
- Baldersheim, Erlend, *Til tingsrettens teori*, Oslo 2017
- Baldwin, Shawn K., «To Promote the Progress of Science and Useful Arts: A Role for Federal Regulation of Intellectual Property as Collateral» i *University of Pennsylvania Law Review*, 1995, vol. 143 nr. 5, side 1701–1738
- Benkler, Yochai, «Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain» i *New York University Law Review*, 1999, vol. 74, side 354–446
- Bently, Lionel, «Trade secrets» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 60–93
- Berg, Borgar Høgetveit, «Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon)?» i *Jussens Venner*, 1999 side 1–30
- Berg, Borgar Høgetveit og Henning Harborg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eigedom» i *Jussens Venner*, 2003 side 312–339
- Bergo, Knut, *Høyesteretts forarbeidsbruk*, Oslo 2000
- Bergström, Svante, *Uteslutande rätt att förfoga över verket*, Uppsala 1954
- Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utgave, Oslo 2015
- Bernitz, Ulf, «Om dubbelupplåtelse av oppføranderätt» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1959 side 39–48
- Bernt, Jan Fridthjof og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen 1998
- Bernt, Jan Fridthjof og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten» i Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet – Festskrift til Torstein Eckhoff*, side 86–124
- Bernt, Jan Fridthjof, «Den dynamiske dimensjon i rettskildelæren» i Kai Krüger, Kåre Lilleholt og Gudrun Holgersen (red.), *Nybrott og Odling – Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, Bergen 2002 side 259–272
- Bernt, Jan Fridthjof, «Normativisme og pragmatisme i rettsvitenskapen» i *Jussens Venner*, 2004 side 61–73
- Bettinger, Torsten, «Structure and Organization of the Domain Name System» i Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005 side 3–54
- Bing, Jon, «Kretsmønstervern – En nordisk oversikt» i *Nordisk årbok i rettsinformatikk*, 1991 side 115–145
- Blandhol, Sverre, *De beste grunner*, Oslo 2013
- Blandhol, Sverre, «Hva er pragmatisme?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2005 side 491–522

Bleken, Håkon, «Ekvivalens i norsk patentrett» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2010 side 108–133

Blomqvist, Jørgen, *Overdragelse af ophavsrettigheder*, København 1986

Bogdan, Michael, *Komparativ Rättskunnskap*, 2. opplag, Stockholm 2003

Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, Oslo 1964

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2*, 3. utgave, Oslo 2005

Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 3 og 4*, Oslo 1998

Brækhus, Sjur, «Skibsbegrepet. Skibs nasjonalitet. Skibsmåling og -identifisering» i *MarIus*, 1975, nr. 3, side 5–61

Bråthen, Tore, «Eierformer» i Tore Bråthen (red.) *Foretaksrett*, Oslo 2001 side 63–146

Bråthen, Tore, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2017

Bull, Hans Jacob, «Avtalte standardvilkår som privat lovgivning» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 99–114

C

Cordero-Moss, Giuditta, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Oslo 2013

D

Davies, Iwan R., *Financing of Welsh SMEs & the Commodification of IP Rights*, Swansea 2004

Davies, Iwan R., «Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Security Law» i *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26 nr. 3, side 559–583

Derclaye, Estelle og Matthias Leistner, *Intellectual Property Overlaps*, Oxford 2011

Domeij, Bengt, *Patentavtalsrätt*, Stockholm 2010

E

Eberstein, Gösta, «Om konflikter mellom inbördes självständiga immaterialrättigheter» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1964 side 93–101

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001

Eftestøl-Wilhelmsson, Ellen, «Rettsvitenskapens oppgaver i dagens samfunn» i *Lov og Rett*, 2006 side 83–97

Elgesem, Frode, «Tolking av EMK – Menneskerettsdomstolens metode» i *Lov og Rett*, 2003 side 203–230

Eriksen, Gunnar, *Alders tids bruk*, Bergen 2008

Eriksen, Gunnar, «Omsettelighet som vilkår for gyldig pant» i Jon Petter Rui (red.), *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Oslo 2009 side 115–128

Eyben, William Edler von, *Panterrettigheter*, København 1959

Ezrachi, Ariel og Mariateresa Maggolino, «European competition law, compulsory licensing, and innovation» i *Journal of Competition Law and Economics*, 2012, vol. 8 nr. 3, side 595–614

F

Falkanger, Aage Thor, *God tro*, Oslo 1999

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave, Oslo 2016

Falkanger, Thor, Hans Flock og Thorleif Waaler, *Tvangsfullbyrdelsesloven*, 5. utgave, Oslo 2018

Falkanger, Thor, «Fiske og pant – Om pant i verdier som inngår i kommersielt fiske» i *Marlus*, 2017 (489).

Falkanger, Thor, *Introduksjon til panteretten*, 2. utgave, Oslo 2013

Falkanger, Thor, «Konkurs og realisasjon av sterkt beheftede eiendeler» i *Lov og Rett*, 2001 side 166–183

Falkanger, Thor, «Tilbehør til skip: Noen refleksjoner omkring sjølovens § 260» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 139–148

Fauchald, Ole Kristian, «Patenter og allmenningens tragedie» i *Lov og Rett*, 2001 side 399–412

Fleischer, Carl August, «Tinglysning» i *Jussens Venner*, 1968 side 269–321

Frøberg, Thomas, *Rettslig prinsippargumentasjon*, Oslo 2014

G

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014

Godenhielm, Berndt, «Internasjonelt privatrettslige spørsmål innen patenträtten» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1956 side 53–71

Graasvold, Hans Maris, Eirik Djønnø og Jon Bing, *Norsk Skribentrett*, Oslo 2006

Graver, Hans Petter, «Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11» i *Lov og Rett*, 2004 side 340–359

Graver, Hans Petter, «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2006 side 189–221

Gulliksen, Tonje Røste, «Internet domain names and trademarks» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2000 side 470–496

H

Hagelin, Ted, «A New Method to Value Intellectual Property» i *American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal*, 2002

Hagerup, Francis, *Den norske panteret*, 4. utgave, Oslo 1925

Hall, Bronwyn H., «The Financing of Research and Development» i *Oxford Review of Economic Policy*, 2002, vol. 18 nr. 1, side 35–51

Hallsteinsen, Peter, *Alminnelig obligasjonsrett*, Oslo 2018

Hellner, Jan, *Metodproblem i rettsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm 2001 side 22–23

Hellstadius, Åsa, «Sakrättsliga aspekter på växtförädlarrätt» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 103–117

Helset, Per, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett*, Oslo 2009

Henriksson, Per, «Översikt över det sakrättsliga skyddet för upphovsrätt» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 136–153

Hurlen, Pål Standnes, «Kodakvern i varemerkeretten» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 148–194

Høgberg, Alf Petter og Jo Hov, *Obligasjonsrett*, Oslo 2016

Høgberg, Alf Petter, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter som strukturell forklaringsmodell» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 100–110

I

Irgens-Jensen, Harald, «Ansattes oppfinnsomhet – bedrifters hemmelighold» i *Lov og Rett*, 2018 side 3–18

Irgens-Jensen, Harald, *Bedriftens hemmelighet – og rettighet?*, Oslo 2010

Irgens-Jensen, Harald, «Forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2006 side 568–582

Irgens-Jensen, Harald, «Ny norsk lovgivning om vern av forretningshemmeligheter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2018 side 516–538

Irgens-Jensen, Harald, «Ugyldighetssøksmål i patentretten» i *Nordisk Immaterialt Rättsskydd*, 2016 side 344–389

J

Jacobs, Brian W., «Using Intellectual Property to Secure Financing After the Worst Financial Crisis Since the Great Depression» i *Marquette Intellectual Property Law Review*, 2011, vol. 15 nr. 2, side 449–463

Jacobsen, Jens Hartvig, *Forlagsretten*, København 1951

Jensen, Jens Bjørn, «Selvstendig underpantsætning af immaterialret i Norge og Danmark – betydning af sikringsakter» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2015 side 523–534

K

Kamiyama, Shigeki, Jerry Sheehan og Catalina Martinez, «Valuation and Exploitation of Intellectual Property», i *OECD Science, Technology and Industry Working Paper Series*, 2006, nr. 5

Karnell, Gunnar, «Verksbegrepp och upphovsrätt» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1968 side 401–444

Kielland, Torger, *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Oslo 2017

Kinander, Morten, «Ekstinksjon av aksjer? Om prinsipper for ekstinksjon og vindikasjon av uregistrerte aksjer» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2011 side 193–120

Kinander, Morten, «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen» i *Kritisk Juss*, 2000 side 109–127

Kinander, Morten, «Sondringen mellom tinglige og obligatoriske rettigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2003 side 673–685

Kinander, Morten, «Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? – To betydninger, noen problemer» i *Lov og Rett*, 2002 side 224–241

Kjelstrup, Carl-Bernhard, «Kanskje litt generalpant?» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 277–290

Knoph, Ragnar, *Åndsretten*, Oslo 1936

Koktvedgaard, Mogens, «Den nye økonomis krav til Immaterialretten» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2000 side 536–541

Koktvedgaard, Mogens, *Immaterialretspositioner*, København 1965

Koktvedgaard, Mogens, «Om købelovgivningens anvendelse på overdragelse af immaterialrettigheder» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 571–586

- Konow, Berte-Elen Reinertsen, *Løsørepart over landegrensar*, Bergen 2005
- Krüger, Kai, «Transfer of technology in contracts for the delivery of objects to be produced», i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 349–366
- Kruse, Frederik Vinding, *Ejendomsretten II*, 2. utgave, København 1945

L

- Larsen, Torsten Bjørn, «Hvilket lands lovgivning finder anvendelse, når ophavsrettigheder krænkes på Internettet?» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2011 side 222–229
- Larsen, Torsten Bjørn, «Trademark infringements on the Internet in a jurisdictional perspective» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2007 side 28–45
- Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik, *Designrett*, Oslo 2006
- Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo 2011
- Lassen, Birger Stuevold, «Bern, Trips, EØS og Phil Collins – om utenlandske opphavsmenns og fotografers vern etter norsk rett» i David R. Doublet, Kai Krüger og Asbjørn Strandbakken (red.), *Stat, politikk og folkestyre – Festskrift til Per Stavang*, Bergen 1998 side 455–466
- Lassen, Birger Stuevold, *Internasjonal opphavsrett. En innføring*, Oslo 1995
- Lassen, Birger Stuevold, «Know-how – noen aktuelle rettsspørsmål» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1966 side 310–328
- Lassen, Birger Stuevold, «Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1996 side 35–43
- Lassen, Birger Stuevold, «Norske domstolars kompetanse ved opphavsrettsinngrep utenfor norsk territorium» i Åke Frändberg og Ulf Göranson (red.), *Festskrift till Stig Strömholm II*, Uppsala 1997 side 585–592
- Lassen, Birger Stuevold, «Opphavsretten mot tusenårsskiftet – Hvor står vi, hvor går vi hen – hvem bestemmer?» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 1997 side 454–467
- Lassen, Birger Stuevold, «Oversikt over immaterialrettighetene» i *Lov og Rett*, 1994 side 451–469
- Lassen, Birger Stuevold, «Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige naboretter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1983 side 324–428
- Levin, Marianne, «Immaterialrätten – en intruduktion» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 17–39

- Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, Stockholm 2011
- Liin, Birgit, *Misligholdelse af immaterialretsaftaler*, København 2009
- Lilleholt, Kåre, *Allmenn formuerett*, 2. utgave, Oslo 2018
- Lilleholt, Kåre, «Legitimasjon, publisitet og notoritet» i *Jussens Venner*, 1996 side 69–97
- Lilleholt, Kåre, «Pantebrev i ny form» i *Lov og Rett*, 2002 side 416–425
- Lilleholt, Kåre, «Ulovfesta ekstinksjon – Norske Fjellhus- og Sigdal-dommane» i *Jussens Venner*, 1994 side 279–290
- Lilleholt, Kåre, «Utlegg i burettslagsandel» i *Lov og Rett*, 1996 side 59–64
- Lindskoug, Patrik, «Avtalsprincippet eller traditionsprincippet» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2015 side 184–221
- Lund, Astri M., «Tripp trapp terningskast – Om opphavsrettens gjenstand» i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 461–476
- Lund, Maria Veia, *Passivitet*, Oslo 2017
- Lunde, Tore, *God forretningskikk næringsdrivende imellom*, Bergen 2001
- Løvold, Vibeke Irene, *Tvangsfullbyrdelse, gjeldsforhandling og konkurs*, Oslo 2015
- M**
- Magnussen, Roger Stelander, *Ulovfestede ekstinktive godtroerverv*, (upublisert doktoravhandling) Tromsø 2015
- Marthinussen, Hans Fredrik, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Oslo 2010
- Marthinussen, Hans Fredrik, «Om europeiseringen av tingsretten» i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2008 side 179–207
- Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene*, 2. utgave, Oslo 2019
- Marthinussen, Hans Fredrik, «Ulovfestet ekstinksjon» i *Jussens Venner*, 2006 side 1–29
- Martinson, Claes, «Sakrätt avseende annat än egendom» i Göran Lambertz, Stefan Lindskog og Mikael Möller (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala 2011 side 529–569
- Martinson, Claes, «The Scandinavian Approach to Property Law, Described through Six Common Legal Concepts» i *Juridica International*, 2014, vol. 22, side 16–26
- Meyer, Johannes Hygen, «Sameie i oppfinnelser etter norsk rett» i *Nordisk Immateriellt Rättsskydd*, 2013 side 152–179
- Mortensen, Peter, *Indledning til tingsretten*, 2. utgave, København 2009
- Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» i *Jussens Venner*, 2004 side 329–342

Mæhle, Synne Sæther, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005

N

Nazarian, Henriette, *Konkursrett*, Oslo 2012

Nguyen, Xuan-Thao, «Collateralizing Intellectual Property» i *Georgia Law Review*, 2007, vol. 42 nr. 1, side 3–45

Nordell, Per Jonas, «Upphovsrättsligt skydd för kännetecken» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2002 side 103–117

Nordell, Per Jonas, «Tolkningsprinsipper i opphovsrättsavtal» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2008 side 307–338

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Oslo 2004

O

Olsson, Agne Henry, «Förhållandet mellan olika immaterialrättigheter» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1980 side 233–251

Olsson, Henry, «The Revolution in International Intellectual Property Law; The World Trade Organization» i Lars Gorton, Johnny Herre, Erik Nerep, Per Jonas Nordell og Jan Rosén (red.), *Festskrift till Gunnar Karnell*, Stockholm 1999 side 523–545

Opperud, Haakon, *Negative pantsettelsesklausuler*, Oslo 1994

Owens-Richards, Marilee, *The Collateralisation and Securitisation of Intellectual Property*, London 2016

P

Persson, Annina H., «Om pantsättning av patent och varumärke» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 68–102

Petersen, Clement Salung, Thomas Riis, Jens Schovsbo, «The Unified Patent Court (UPC), Compulsory Licensing and Competition Law» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2014 side 324–339

Platou, Oscar, *Forelæsninger over udvalgte emner af privatrettens almindelige del*, Kristiania 1914

Plesner, Mogens, «Know-how og erhvervshemmeligheder» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1965 side 6–41

Poltorak, Alexander I. og Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, 2. utgave, Hoboken 2014

Pottage, Alain og Brad Sherman, «On the prehistory of intellectual property» i Helena Howe og Jonathan Griffiths (red.), *Concepts of Property in Intellectual Property Law*, side 11–28

R

Rahmatian, Andreas, *Copyright and Creativity*, Cheltenham 2011

Raymond, Anjanetta H., «Use of Intellectual Property as Collateral in Secured Financing: Practical Concerns» i Dennis Campbell (red.), *The Comparative Law Yearbook of International Business*, 2010, vol. 31, side 525–542

Reiersen, Hedvig Bugge, *Aksjelovenes utdelingsbegrep*, Oslo 2015

Robbé, Jan Job de Vries, *Securitization Law and Practice – In the Face of the Credit Crunch*, Alphen aan den Rijn 2008

Rognstad, Ole-Andreas, «Avtalelisenser» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2004 side 151–159

Rognstad, Ole-Andreas og Are Stenvik, «Hva er immaterialretten verd?» i Kirsti Strøm Bull, Viggo Hagstrøm og Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, 2002 side 511–548

Rognstad, Ole-Andreas, «Immaterialrettigheter som objekts- eller subjeksrelaterte rettigheter?» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2016 side 518–538

Rognstad, Ole-Andreas, *Opphavsrett*, Oslo 2009

Rognstad, Ole-Andreas, «Opphavsrettens balanse. Avtale eller lovregler?» i Antonina Bakardjieva Engelbrekt (red.), *Festskrift till Marianne Levin*, Stockholm 2008 side 521–545

Rognstad, Ole-Andreas, «Opphavsrett: Opphavsrett til brukskunst. Etterligning av TRIPP TRAPP-stolen, Varemerkerett - Rt-2012-1062» i *Nytt i privatretten*, 2012, nr. 3

Rognstad, Ole-Andreas, *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge 2018

Rognstad, Ole-Andreas, «Rettsvalget i opphavsrettslige tvister» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 411–422

Rognstad, Ole-Andreas, *Spredning av verkseksemplar*, Oslo 1999

Rognstad, Ole-Andreas, «Stedet for opphavsrettslige handlinger ved internasjonale transaksjoner» i *Nytt i privatretten*, 2012, nr. 4

Rosén, Karl, «Lov om finansiell sikkerhetsstillelse – en innføring» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 side 160–186

- Rosenmeier, Morten, *Værkslæren i ophavsretten*, København 2001
- Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed*, 2. utgave, København 2013
- Ross, Alf, «Ophavsrettens grundbegreber» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1945 side 321–353
- Ross, Alf, *Virkelighed og gyldighed i retslæren*, København 1934
- Røsæg, Erik, «Fire kjetterske tanker om kreditorekstinksjon av avtaler om fast eiendom» i Gudmund Knudsen, Kristin Normann og Geir Woxholth (red.), *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder – Festskrift til Mads Henry Andenæs*, Oslo 2010 side 253–265
- Røsæg, Erik, «Liens and mortgages on the ship – their relation to the charterer's equipment on board» i *Scandinavian Institute of Maritime Law Yearbook (Simply)*, 2015 side 9–52
- Røynås, Ingjerd, «Spesialitetsprinsippet i opphavsretten – et relativt prinsipp» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 289–320

S

- Salvesen, Sverre Magnus Bergslid, «Selvstendig rettsvernshevd i lys av HR-2017-33-A» i *Jussens Venner*, 2018 side 205–226
- Sandvik, Espen, «'Sum av viten' som rettslig vernet bedriftshemmelighet» i *Nordiskt Immaterialt Rättsskydd*, 2018 side 88–108
- Sandvik, Tore, Kai Krüger og Ole Johan Giertsen, *Norsk panterett*, 2. utgave, Bergen 1982
- Schovsbo, Jens, Morten Rosenmeier og Clement Salung Petersen, *Immaterialret*, 4. utgave, København 2015
- Schovsbo, Jens, *Immaterialretsaftaler*, København 2001
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 564–574
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ('reelle hensyn')» i *Jussens Venner*, 2015 side 287–309
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Panteloven*, 3. utgave, Oslo 2016
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 4. utgave, Oslo 2018
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Pantsettelse av immaterielle rettigheter» i Viggo Hagstrøm, Peter Lødrup og Magnus Aarbakke (red.), *Ånd og rett – Festskrift til Birger Stuevold Lassen*, Oslo 1997 side 935–945
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og Rettsanvendelse*, Oslo 2018
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017

- Smith, Henry E. og Thomas W. Merrill, «What Happenend to Property in Law and Economics?» i *Yale Law Journal*, 2001, vol. 111, side 357–398
- Smith, Henry E., «Property as the Law of Things» i *Harvard Law Review*, 2012 side 1691–1726
- Solberg, Jostein, «Norway» i Torsten Bettinger (red.), *Domain Name Law and Practice*, New York 2005 side 577–611
- Solheim, Stig H., *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Oslo 2010
- Solheim, Stig H., «Eiendomsrettsbegrepet – refleksjoner fra fagseminar i Tromsø» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 105–108
- Solheim, Stig H., «EMDs avgjørelse i tomtefestedaken: Revolusjonerende eller justerende?» i *Lov og Rett*, 2013 side 295–310
- Solheim, Stig H., «Fra bot til bedring – Høyesteretts behandling av EMK P1-1» i Gunnar Bergby, Magnus Matningsdal, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, Oslo 2016 side 387–418
- Solheim, Stig H., «Konsesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon» i *Tidsskrift for Eiendomsrett*, 2006 side 22–42
- Somby, Ånde, *Juss som retorikk*, Tromsø 1999
- Solomon, Dov og Miriam Bitton, «Intellectual Property Securitization» i *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2015, vol. 33 nr. 1, side 125–179
- Sortland, Tord Steffensen, *.no®. Forholdet mellom varemerke og overlappende domenenavn ved overdraging og pantsetjing*, (studentavhandling) Bergen 2019
- Stenvik, Are, *Patenters beskyttelsesomfang*, Oslo 2001
- Stenvik, Are, *Patentrett*, 3. utgave, Oslo 2013
- Stenvik, Are, «Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2002 side 483–523
- Strömholm, Stig, *Upphovsrätt och internationell privaträtt*, Stockholm 2001
- Strömholm, Stig, *Upphovsrättens verksbegrepp*, Stockholm 1970
- Sund-Norrgård, Petra, *Lojalitet i licensavtal*, Helsingfors 2011
- Sunde, Jørn Øyrehagen, «Det relasjonelle eideomsrettsomgrepet - eit essay om eideomsrettsomgrepet, eideomsrett og eideom» i Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse – Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007 side 575–592

Svensson, Eva-Maria, «De lege interpreta – om behovet av metodologisk refleksjon» i *Juridisk Publikation*, 2014 side 211–226

T

Thaulow, Jon Christian, «Opphavsrett til datamaskinprogrammer – nærmere om vilkårene for opphavsrettsbeskyttelse og rettighetsfordelingen mellom flere opphavsmenn» i Aase Gundersen og Are Stenvik (red.), *Aktuell immaterialrett*, Oslo 2008 side 390–417

Thommessen, Gunnar, «Rettsvern for avtaler om immaterielle rettigheter» i Marianne Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 side 313–330

Thue, Helge Johan, «Irma-Mignon-formelen – En konfliktskapende regel» i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1965 side 587–610

Torvund, Olav, «Omsetning og kreditt i informasjonssamfunnet» i Thor Falkanger (red.), *Lov, dom og bok – Festskrift til Sjur Brækhus*, Oslo 1988 side 557–565

Torvund, Olav, «Opphavsrett i oppdragsforhold» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 1999 side 123–139

Tosato, Andrea, «Security interests over intellectual property» i *Journal of Intellectual Property & Practice*, 2011, vol. 6 nr. 2, side 93–104

V

Venkatachalam, Venky, *Use of Patents in Securing Financing: A Survey of New England Firms*, Durham 2007

Viken, Monica, «Etterligningsbeskyttelse etter markedsføringsloven når patenttiden er utløpt» i *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2007 side 254–268

W

Wainikka, Christina, «Sakrättsliga aspekter på företagshemligheter» i Annina H. Persson, Marianne Levin og Sanna Wolk (red.), *Immaterialrätt & sakrätt*, Stockholm 2002 side 245–260

Wallin, Gösta, *Panträtt*, 2. opplag, Stockholm 1998

Weise, Steven O., «Personal property secured transactions» i *Business Lawyer*, 2011, vol. 66 nr. 4, side 1165–1185

WIPO, *Information Paper on Intellectual Property Financing*, Geneve 2009

Wold, Erik, «Betydningen av subjektiv skyld i immaterial- og markedsføringsretten» i *Lov og Rett*, 2010 side 128–143

Wold, Erik, «Immaterialrettigheter som dekningsobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 272–297 (på side 287)

Wold, Erik, «Immaterialrettigheter som panteobjekt» i *Lov og Rett*, 2006 side 613–627

Wolk, Sanna, *Arbetstagares immaterialrätter*, 2. opplag, Stockholm 2008

Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 5. utgave, Oslo 2014

Z

Zahle, Henrik, *At forske ret*, København 2007

Ø

Ørstavik, Inger Berg, «Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett» i *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd*, 2010 side 134–149

Ørstavik, Inger Berg, *Innovasjonsspiralen*, Oslo 2011

Ørstavik, Inger Berg, «TRIPP-TRAPP stolen som tredimensjonalt varemerke» i *Nytt i privatretten*, 2015, nr. 1