

I HVILKEN GRAD BØR DOMSTOLENE OG RETTSVITENSKAPEN UTVIKLE ULOVFESTEDE REGLER PÅ FORMUE- OG IMMATERIALRETTENS OMRÅDE?¹

1 INNLEDNING

Temaet for denne artikkelen er i hvilken grad domstolene og rettsvitenskapen bør utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område. Grunnen til at jeg har sett nærmere på denne problemstilling, er at disse to rettsområdene er nært knyttet til hverandre, samtidig som det er forskjeller i hvilke hensyn som kan begrunne ulovfestet regelutvikling i henholdsvis immaterialretten og den alminnelige formueretten. Artikkelen tar sikte på å belyse ulike hensyn som taler for og mot at domstolene og rettsvitenskapen bør utvikle ulovfestede regler. I hvilken grad de bør gjøre dette, avhenger av om de hensynene som begrunner slik rettsutvikling veier tyngre enn mothensynene. Dette er en vurdering som må gjøres konkret i hvert enkelt tilfelle, men, som jeg skal komme tilbake til senere, er adgangen til ulovfestet rettsdannelse snevrere i immaterialretten enn i formueretten, selv om immaterialretten i mange sammenhenger kan anses som en formuerettslig underdisiplin.

Før artikkelens problemstilling drøftes nærmere, bør det presiseres hva som menes med formuerett og immaterialrett. Formueretten behandler typisk de reglene som gjelder ved overføring av økonomiske verdier ved privatrettslige disposisjoner, og deles tradisjonelt opp i grunnpilarene tingsrett og obligasjonsrett.² Immaterialretten behandler på sin side ulike enerettsposisjoner knyttet til resultatene av intellektuelt skapende virksomhet, og til kjennetegn.³ De mest kjente immaterialrettskategoriene er patent-, opphavs- og varemerkerettigheter, men rettsområdet omfatter også design-, planteforedler- og kretsmønsterrettigheter, samt retten til foretaksnavn og sekundære forretningskjennetegn.

¹ Artikkelen er basert på min prøveforelesning over oppgitt emne til den juridiske doktorgraden 15. november 2019.

² I obligasjonsretten behandles reglene om skyldforhold, særlig skyldforhold som har grunnlag i kontrakt. I tingsretten behandles derimot spørsmål om råderett over ulike formuesgoder, for eksempel fysiske ting som fast eiendom og løsøre, eller ikke-fysiske ting som pengekrav eller immaterialrettigheter. Tingretten omfatter i utgangspunktet både råderetten i omsetningssituasjoner (den dynamiske delen) og råderetten utenfor omsetningssituasjoner (den statiske delen). I denne artikkelen står den dynamiske delen i fokus.

³ Se Are Stenvik, *Patentrett*, 3. utg., Cappelen Damm 2013 (Stenvik), s. 14.

Ettersom immaterialrettighetene representerer økonomiske verdier som i utgangspunktet kan omsettes på samme måte som for eksempel fast eiendom og løsøre, er immaterialrettighetene også en del av formueretten.⁴ Likevel er immaterialrettighetene såpass særegne sammenlignet med andre formuesgoder, at de sjelden behandles i de tradisjonelle formuerettsfagene.⁵ Dette kan det være grunn til å gjøre noe med, ettersom det er vel så viktig med klare og velutviklede omsetningsregler for immaterialrettighetene, som det er for fast eiendom og løsøre.

Immaterialrettigheter omsettes i betydelig utstrekning, og handel med slike rettigheter er en viktig del av det moderne forretningssamfunnet. Avtaler om overdragelse og lisensiering av immaterialrettigheter kan i mange tilfeller utgjøre en del av selve grunnlaget for en næringsvirksomhet.⁶ Verdien av mange selskapers immaterialrettigheter er i dag langt større enn verdien av deres øvrige eiendeler.⁷ Likevel er bakgrunnsretten for overdragelse og lisensiering av immaterialrettigheter noe underutviklet. Spørsmål knyttet til mislighold er for eksempel i svært liten grad regulert i immaterialrettslovgivningen.

Når obligasjonsrettslige spørsmål knyttet til overdragelse av immaterialrettigheter ikke kan løses ut fra immaterialrettslovgivningen, er det i prinsippet kjøpsloven som kommer til anvendelse.⁸ Kjøpsloven er imidlertid utformet med hensyn til løsøregjenstander, og i lovforarbeidene er det fremhevet at det ved anvendelse av lovens bestemmelser på andre formuesgoder må tas hensyn til salgsobjektets spesielle karakter.⁹ Det beskrives ikke nærmere hvordan immaterialrettighetenes spesielle karakter kan påvirke tolkningen av kjøpsloven, og det er langt på vei uklart hvilke modifikasjoner som eventuelt må gjøres når kjøpsloven anvendes på immaterialrettigheter. Kanskje er det rett og slett ikke hensiktsmessig å ta utgangspunkt i kjøpsloven, men heller på ulovfestede regler utledet blant annet fra

⁴ Her står imidlertid retten til foretaksnavn i en særstilling, ettersom slik rett bare kan overdras sammen med den virksomhet som foretaket driver eller med den vesentligste del av denne, jf. lov 21. juni 1985 nr. 79 om enerett til foretaksnavn og andre forretningskjennetegn mv. § 4-1 første ledd.

⁵ Hva som skiller immaterialrettighetene fra tradisjonell eiendomsrett til fysiske ting har jeg beskrevet nærmere i min doktoravhandling, *Pantsettelse av immaterielle rettigheter*, Det juridiske fakultet UiT, 31. mai 2019 (Løtveit), s. 49–69.

⁶ Se Løtveit s. 4–5.

⁷ Se Prop. 101 L (2013–2014) s. 7.

⁸ Jf. lov 23. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven) § 1. Se også Stenvik (2013) s. 436. Kjøpsloven kommer ikke direkte til anvendelse på lisensavtaler som stifter begrensede rettigheter, men kan derimot anvendes på avtaler om overdragelse av lisenser, jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 48.

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 48.

bransjepraksis på immaterialrettens område. Hadde immaterialretten i mindre grad blitt holdt adskilt fra den alminnelige obligasjonsretten, ville nok disse spørsmålene vært mer avklarte.

Også tingsretten og immaterialretten har langt på vei blitt holdt adskilt, til tross for at de to rettsområdene står i et tilknytningsforhold. Dette tilknytningsforholdet har i det siste blitt betydelig sterkere. Da panteloven¹⁰ ble vedtatt i 1980 ble det gitt adgang til å pantsette visse immaterialrettigheter som del av et driftstilbehørspant etter de alminnelige panterettslige reglene i panteloven § 3-4 bokstav b. I 2015 ble det også innført en adgang til særskilt pantsettelse av patenter og planteforedlerrettigheter.¹¹ I den forbindelse ble det gitt nye rettsvernsregler i patent- og planteforedlerloven, basert på tinglysningssystemet for rettighetsregistrering knyttet til fast eiendom.¹² Senere det samme året vedtok EU et nytt varemerkedirektiv, som forplikter medlemsstatene til å gi adgang til særskilt pantsettelse av varemerker.¹³ Direktivet er foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen, men ettersom direktivet i det vesentlige anses EØS-relevant, er det foreslått lovendringer for å bringe norsk rett i tråd med EU-retten på dette området.¹⁴ Forslaget inneholder tilsvarende rettsvernsregler som for patent- og planteforedlerrettigheter.¹⁵ Det har på denne måten skjedd en betydelig utvikling de senere årene med hensyn til lovfesting av tingsrettslige regler på immaterialrettens område.

Utviklingen har imidlertid vært fragmentert og ufullstendig. Ikke alle typer rettsstiftelser kan oppnå rettsvern ved registrering i immaterialrettsregistre. Kjøpsopsjoner, urådighetserklæringer og negative pantsettelseserklæringer kan for eksempel ikke registreres. Dette gjør at immaterialrettsregistre har en mer begrenset negativ troverdighet enn realregistre som Grunnboken, Skipsregisteret og Luftfartøyregisteret.¹⁶ Immaterialrettslovgivningen inneholder heller ikke ekstinksjonsregler for hjemmelsmannskonflikter, noe som gjør at immaterialrettsregistre ikke har noen lovfestet positiv troverdighet.¹⁷

¹⁰ Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

¹¹ Se Løtveit (2019) s. 15–16.

¹² Se lov 15. desember 1967 nr. 9 om patenter (patentloven) § 44 a, som får tilsvarende anvendelse på rettighetsregistrering i Plantesorregisteret, jf. lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett (planteforedlerloven) § 26 andre ledd.

¹³ Se Europaparlamentets og Rådets direktiv (EU) 2015/2436 av 16. desember 2015 om innbyrdes tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker. Mer om dette hos Løtveit s. 21–22.

¹⁴ Se høringsnotat 18/2638 særlig s. 63. Mer om dette hos Løtveit s. 168–170.

¹⁵ Se høringsnotat 18/2638 s. 63–64 og s. 211.

¹⁶ Se Løtveit s. 252–257.

¹⁷ Se Løtveit s. 257–264.

Lovfestingen av tingsrettslige regler på immaterialrettens område har brakt immaterialretten og tingsretten et stykke nærmere hverandre, men har likevel medført uklarheter. Det har bare blitt lovfestet fragmenter av det tingsrettslige systemet. Dette kan være problematisk, ettersom de ulike delene av dette systemet egentlig bør fungere i et samspill med hverandre. For eksempel er enkelte problemer knyttet til Grunnbokens begrensede positive troverdighet forsøkt avhjulpet gjennom en statlig erstatningsordning etter tinglysingsloven § 35.¹⁸ Ingen av immaterialrettsregistrene har lovfestet positiv troverdighet, hvilken kan gjøre det risikabelt å innrette seg etter registrerte opplysninger. Likevel finnes det ikke tilsvarende erstatningsordninger som i tinglysingsloven § 35 til å veie opp for en slik risiko.¹⁹ For å balansere regelverket bedre, og for å gjøre det mer egnet til å regulere virkelighetens problemstillinger, kan det bli nødvendig å supplere med ulovfestede regler, for eksempel regler som tillegger immaterialrettsregistrene en viss positiv troverdighet.

Artikkelen behandler rettsutvikling både hos domstolene og hos rettsvitenskapen, men det er først og fremst domstolsskapt rett som drøftes. Rettsutvikling hos rettsvitenskapen drøftes særskilt mot slutten. Dette skyldes at rettsvitenskapelig rettsutvikling i hovedsak fungerer som et supplement og korrektiv til domstolenes rettsutvikling, og at rettsvitenskapen langt på vei er underlagt de samme rammene som domstolene, ettersom den rettsdogmatiske metoden i utgangspunktet bygger på analyser av domstolspraksis.

Det er mange ulike syn på spørsmålet som skal drøftes. Disse ulike synspunktene har blant annet ført til et skille mellom land som har en rettstradisjon basert på *common law*, og rettstradisjoner basert på *civil law*. Der *common law*-tradisjonene langt på vei anerkjenner domstolenes rettsskapende rolle, og legger stor vekt på tidligere rettspraksis, tar *civil law*-tradisjonene utgangspunkt i det formelle lovverket, og ser på domstolene som rettsanvendere fremfor rettsskapere. Disse ulikhetene har langt på vei oppstått på grunn av ulike syn på prinsippene om folkesuverenitet og maktfordeling, men disse nyanseforskjellene lar jeg ligge i denne omgangen.²⁰

¹⁸ Lov 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing (tinglysingsloven). Mer om dette hos Løtveit s. 262–263.

¹⁹ Nærmere om immaterialrettsregistrenes manglende positive troverdighet hos Løtveit s. 257–264.

²⁰ Tematikken er beskrevet nærmere hos Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Gyldendal 2005 (Sæther Mæhle), s. 33–40.

2 FORFATNINGSMESSIGE RAMMER

Domstolenes rettsutviklende rolle må utspilles innenfor rammene av statsforfatningen. Dette gjelder selvfølgelig også for utviklingen av ulovfestede regler på formue- og immaterialretts område. Statsforfatning bygger for det første på maktfordeling, i den forstand at statsmakten skal være delt i tre: Stortingets gir lover, Regjeringen (i loven kalt Kongen) setter lovene ut i livet, mens domstolene dømmer i tråd med lovene. For det andre bygger forfatningen på folkesuverenitet, i den forstand at rettslig myndighetsutøvelse er legitim i den grad den er uttrykk for folkets vilje.²¹ Ettersom det kun er representantene på Stortinget som er direkte folkevalgte, tilsier dette at domstolene bare lojalt skal etterleve generelle lovvedtak. Slik var også synet på domstolene da Høyesterett for første gang ble satt i 1815. Domstolenes oppgave er først og fremst å avgjøre konkrete saker.²² Maktfordelingsprinsippet krever imidlertid at domstolene er institusjonelt uavhengige av Stortinget, hvilket blant annet innebærer at domstolene ikke bare skal etterleve generelle lovvedtak, men i tillegg må avgjøre rettsspørsmål som Stortinget ikke har tatt stilling til. Domstolene har beslutningsplikt, også for spørsmål som ikke kan løses ut fra loven, jf. Grunnloven § 95 første ledd.²³

Loven kan ikke ta stilling til alle mulige rettsspørsmål, og mange lovbestemmelser åpner for betydelig bruk av skjønn. For å styrke forutberegneligheten på tross av slik uklar lovgivning, har det utviklet seg en tradisjonsbasert prejudikatlære i norsk rett. Prejudikatlæren innebærer at konkrete rettsavgjørelser får generell betydning for forståelsen av rettsstilstanden. Det oppstår et samspill mellom lovgivende og dømmende myndigheter. Rettsavgjørelser danner presedens for hvordan lignende fremtidige saker skal løses, og av likhets- og forutberegnelighetshensyn bør denne presedensen langt på vei følges opp.²⁴ Prejudikatlæren er en forutsetning for at domstolene skal kunne drive rettsutvikling.²⁵

I prejudikatlæren er den vanlige oppfatningen at det bare er avgjørelser fra Høyesterett som har direkte prejudikatvirkninger. Dette har sammenheng med at det er Høyesterett som dømmer i

²¹ Se Sæther Mæhle s. 35.

²² Se Kåre Lilleholt, «Kvifor norsk rett ikkje er case law» i *Rett og toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue, Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Giuditta Cordero Moss* (red.), Gyldendal 2007 (Lilleholt 2007), s. 522–530, på s. 523–524.

²³ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnloven).

²⁴ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget 2018 (Skoghøy 2018), s. 110, som også redegjør for når det kan være grunnlag for å fravike et prejudikat.

²⁵ Se Ola Mestad, «Rettens kilder og anvendelse» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 77–113, på s. 91.

siste instans, jf. Grunnloven § 88 første ledd. For at det skal være noen realitet i ankebehandling hos Høyesterett, kan ikke denne domstolen anse seg som bundet av underrettspraksis. I tillegg er en sak som regel bedre opplyst og utredet når den behandles i Høyesterett, slik at Høyesterett bør ha full adgang til å komme til andre resultater enn underordnede domstoler.

Underordnede domstoler anser seg bundet av Høyesteretts forståelse av rettsstilstanden. Dersom disse domstolene går imot Høyesterett, risikerer de at en eventuell anke får et annet resultat.²⁶ Dette bør de forsøke å unngå. Høyesterett anser seg selv langt på vei også som bundet av tidligere høyesterettsavgjørelser, såfremt disse ikke viser seg å bygge på et sviktende grunnlag, eller samfunnsforholdene har endret seg i så stor grad at rettsstilstanden bør endres.

Etter mitt syn bør avgjørelser fra Høyesterett ikke binde underordnede domstoler i større grad enn de binder Høyesterett selv.²⁷ Det er ingen grunn til at underordnede domstoler skal anvende underutviklede regler, i den tro at en eventuell rettsutvikling må utesettes til ankebehandling i Høyesterett. Ideelt sett bør resultatet i en sak kunne bli det samme i alle instanser.²⁸

3 DOMSTOLENES POLITISKE ROLLE

For at forutberegneligheten skal styrkes, og for at retten skal følge samfunnsutviklingen, bør domstolene ha en viss rettsskapende rolle. Dersom domstolene ikke utvikler retten i tråd med samfunnsutviklingen, kan dette redusere tilliten til domstolene.²⁹ Lovgivende myndigheter har ikke alltid god nok oversikt over konkrete faktiske omstendigheter til å kunne vedta generelle lovregler som er hensiktsmessige på et bestemt livsområde.³⁰ Det kan også være tilfeller der de konkrete omstendighetene i en sak bør tillegges større vekt enn generelle lovfestede løsninger.³¹

Når det anerkjennes at domstolene har en rettsutviklende rolle, anerkjennes det samtidig at domstolene driver en viss politisk virksomhet.³² Rettsanvendelse bør likevel ikke være ren

²⁶ Se Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2004 (Nygaard), s. 75.

²⁷ Tilsvarende Lilleholt (2007) s. 528–530.

²⁸ Annerledes NOU 2001: 32 A s. 128–129.

²⁹ Se Per J. Jordal, «Høgsteretts politiske funksjon – eit tema ved domarutnemningar» i *Lovens Speil – Høyesterett 200 år*, Frode Ulvund og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Fagbokforlaget 2015, s. 191–214 (Jordal), på s. 192, som fremhever et eksempel fra Nederland der nettopp dette skjedde.

³⁰ Se Inge Lorange Backer, «Samspillet mellom lovgivere og domstoler i Norge» *Jussens Venner* 2016, s. 303–323 (Lorange Backer), på s. 310.

³¹ Se for eksempel Rt. 1984 s. 605 A og Rt. 1995 s. 1181 A, som begge gjaldt hvorvidt det kunne ses bort fra uoppfylte rettsvernkrav ved spørsmål om kreditorvern. Mer om disse dommene hos Løtveit 2019 s. 265–271.

³² Se Carsten Smith, «Domstolene og rettsutviklingen» *Lov og Rett* 1975, s. 292–319 (Smith), på s. 298.

politikk. Det er flere grunner til dette. Norske dommere er ikke folkevalgte. De er heller ikke utpekt av folkevalgte representanter. Rent formelt utnevnes riktignok dommere av Kongen i statsråd, men reelt sett er det Innstillingsrådet for dommere som avgjør hvem som blir satt til å dømme i norske domstoler.³³ Etter Innstillingsrådets praksis er det ikke vanlig å spørre søkerne om deres politiske meninger.³⁴ Ettersom lovgiverne er folkevalgte, har lovgiver åpenbart et langt større rom for politiske vurderinger enn det domstolene har.³⁵

Det er også viktige forskjeller mellom den prosessen som ligger bak et lovvedtak, og den prosessen som ligger bak en dom. Domstolene har ikke et tilsvarende utredningsapparat tilgjengelig som det Regjeringen har.³⁶ Selv om særlig Høyesteretts utredningsapparat i de senere årene har blitt styrket, er det langt fra like storstilt som det Regjeringen har til rådighet. Lovforslag sendes i tillegg på høring, noe som gir berørte aktører anledning til å fremme sine synspunkter. Det samme er ikke tilfellet for domstolenes avgjørelser. Her er det som regel bare de involverte partene som gis anledning til å uttale seg. Domstolene har derfor ikke samme mulighet til å skaffe et allsidig overblikk over hvilke ulike hensyn som gjør seg gjeldende på et rettsområde.³⁷

Fordi det er problematisk å beskrive domstolene som utøvere av politikk, sies det i stedet gjerne at dommere anvender reelle hensyn som rettskilde. Rettsanvendelsen blir imidlertid ikke mindre politisk bare ved å kalle politiske vurderinger for reelle hensyn. Det er virkelighetsfjernt å tro at reelle hensyn er noe fundamentalt annet enn politiske vurderinger. Dommere kan derfor ikke stå fritt til å la reelle hensyn påvirke rettsanvendelsen slik de selv finner det hensiktsmessig. Reelle hensyn må også anvendes innenfor et rammeverk. Disse rammene bør trekkes opp slik at de kan løsrive domstolenes politiske rolle fra dommernes eventuelle partipolitiske tilhørighet. I 1975 beskrev Carsten Smith dette slik:

En høyesterettsdommer bør ganske visst ikke være partipolitiker i sin dommergjerning (...). Men en høyesterettsdommer bør utøve den form for politisk

³³ Jf. lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven) § 55 første ledd, jf. Grunnloven § 21, sml. domstolloven § 55 a. Mer om dette hos Jordal s. 199–203.

³⁴ Mer om dette hos Jordal s. 193. Se også Tore Schei, «Har Høyesterett en politisk funksjon?» *Lov og Rett* 2011, s. 319–335, på s. 334.

³⁵ Se Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2001 (Eckhoff), s. 203.

³⁶ Se Eckhoff s. 201 og Lilleholt (2007) s. 524.

³⁷ Se Eckhoff s. 201.

virksomhet at han, innenfor dommerens rammer, søker å fremme de alminnelige politisk aksepterte retningslinjer i landet.³⁸

Det er i dag bred enighet om at domstolene har en slik rolle som Smith beskrev.³⁹ Tilsvarende retningslinjer har også blitt lagt til grunn av Høyesterett selv. I Rt. 2013 s. 116 A skulle Høyesterett ta stilling til om staten kunne kreve erstatning for kostnader til beskyttelse og reparasjon av kulturminner. I dommen uttalte Høyesterett blant annet (avsnitt 50):

Hvorvidt slike kostnader kan kreves erstattet, beror på en rettspolitisk vurdering basert på allmenne verdioppfatninger i samfunnet.

De mer generelle spørsmålene som da oppstår, er forholdsvis åpenbare: Finnes det allmenne rettsoppfatninger i samfunnet, og hva går de i så fall ut på? Svaret på det første spørsmålet er nok utvilsomt ja. Enkelte rettsoppfatninger er så grunnleggende for rettslivet at de klart nok må anses som alminnelig aksepterte retningslinjer. Forretningslivet kolliderer om ikke avtaler lenger skal holdes, og retten mister sin legitimitet dersom den aksepterer at noen får tjene på eget rettsbrudd. I mange tilfeller vil det likevel oppstå vanskelige grensdragninger. Er det for eksempel allmenn politisk aksept for at omsetningsserververe bør tape rett i konflikt med avhenderens kreditorer, såfremt ikke rettsvern er oppnådd til rett tid? Dette er en helt grunnleggende rettsoppfatning i norsk tingsrett, men jeg er svært usikker på om den gjennomsnittlige samfunnsborgeren ville vært enig i at det bør være på denne måten. Man kan da klart nok ikke bygge allmenne rettsoppfatninger på hypotetiske folkeavstemninger. I stedet bør slike rettsoppfatninger bygge på et etterprøvbart grunnlag, og dette grunnlaget bør bidra til demokratisk forankring. Rettsoppfatninger kan gis demokratisk forankring på ulike måter, hvilket blir temaet i det følgende.

4 HVORDAN IDENTIFISERE ALLMENNE RETTSOPPFATNINGER?

4.1 RETTSOPPFATNINGER BYGGET PÅ SEDVANE

Allmenne rettsoppfatninger kan for det første bygge på sedvane. Folkesuverenitetsprinsippet gjør at myndighetene henter sin legitimitet nedenfra. På lignende måte kan det å bygge rett på sedvane, gjøre at rettsreglene henter legitimitet nedenfra. Formuerettslige regler stammer ofte

³⁸ Smith s. 316. Lignende synspunkt har også blitt fremsatt i Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk» *Lov og Rett* 2011, s. 4–24, på s. 14.

³⁹ Se for eksempel Skoghøy (2018) s. 177.

fra praksis i forretningslivet. Når en bestemt sedvane har blitt fulgt over tid, kan dette gi uttrykk for at sedvanen har bred støtte blant berørte aktører. Sedvanen har vært særlig viktig for utviklingen av reglene på obligasjonsrettens område, men også innenfor panteretten finnes det eksempler på at sedvanen har bidratt til utviklingen av ulovfestede regler.⁴⁰

Dersom en eventuell ulovfestet regel vil bryte med den sedvanen som har vært fulgt på et gitt rettsområde, bør domstolene være tilbakeholdne med å oppstille en slik regel. Dette betyr imidlertid ikke at en domstol uten videre bør oppstille ulovfestede regler i tråd med sedvanen. Det som er vanlig i omsetningslivet, er ikke nødvendigvis hensiktsmessig i et bredere samfunnsperspektiv. All sedvane er klart nok ikke god sedvane. En praksis bør alltid avveies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende.

Det kan være vanskelig for en domstol å avdekke aksepterte sedvaner. I forretningslivet holdes ofte detaljene rundt transaksjoner hemmelige, slik at aktørene ikke skal bli møtt med argumenter om tidligere kontraktsvilkår når de forhandler med nye motparter. Videre er det bare partene i en sak som får anledning til å føre bevis for at det foreligger en bestemt sedvane. Andre aktører får ikke anledning til å føre bevis for en eventuell annen sedvane. På denne måten kan det være en risiko for at domstolene legger til grunn en feilaktig sedvane, eller noe som ikke utgjør en sedvane overhodet. Risikoen for dette er mindre ved lovfesting av sedvaner, ettersom ny lovgivning alltid sendes til offentlig høring.

I den grad det kan påvises en omforent sedvane på et gitt livsområde, bør dette kunne gi et tilstrekkelig grunnlag for domstolsutvikling av ulovfestede regler.⁴¹ Dersom sedvanen derimot er uklar, eller det er uklart om det er allmenn enighet om hvilken praksis som bør følges, bør domstolene være særdeles tilbakeholdne med å bygge ulovfestet rett på sedvane.

4.2 RETTSOPPFATNINGER BYGGET PÅ FORMÅLSBETRAKTNINGER

Formålet med en lov kan i noen tilfeller tilføre en viss demokratisk forankring også til ulovfestede regler. Mange lover har formålsparagrafer som gir uttrykk for ulike hensyn som loven bygger på. Andre lover mangler formålsparagrafer. Lovene har selvfølgelig fortsatt et formål, men her må formålet identifiseres på en annen måte. I mange tilfeller fremgår formålet av forarbeidene. I andre tilfeller må formålet avdekkes gjennom nærmere analyser av reglenes

⁴⁰ Se for eksempel Rt. 2009 s. 1502 A, nærmere omtalt hos Løtveit s. 383–384 og s. 387–389.

⁴¹ Eldre rettslitteratur oppstilte mer skjematiske vilkår for at sedvane skulle kunne danne grunnlag for rettsregler, men denne læren er forlatt i nyere metodelitteratur, jf. Skoghøy (2018) s. 201, med ytterligere henvisninger.

innhold, eller ved å sette dem i sammenheng med rettsreglene på andre områder, eller ved å undersøke hvilke samfunnsbehov som ga opphav til lovreguleringen.

Det verdigrunnlaget en lov bygger på, består av hensyn som er tilført demokratisk forankring gjennom vedtakelsen av den aktuelle loven. Disse hensynene får dermed tyngre vekt i rettsanvendelsen sammenlignet med hensyn som mangler tilsvarende demokratisk forankring. I noen tilfeller kan slike hensyn veie tungt nok til å danne et tilstrekkelig grunnlag for ulovfestede regler. For eksempel har obligasjonsrettens gjensidighetsprinsipp hatt betydning for utviklingen av ulovfestet tilbakeholdsrett. Et av formålene med obligasjonsrettslig lovgivning er at det skal være en innbyrdes sammenheng mellom partenes rettigheter og plikter i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold.⁴² I noen tilfeller beskrives dette som et prinsipp om «ytelse mot ytelse».⁴³ For å ivareta dette formålet, har det gjennom sedvane og rettspraksis utviklet seg en generell ulovfestet tilbakeholdsrett: Den som besitter en gjenstand, har tilbakeholdsrett i gjenstanden som sikkerhet for fordringer som står i en naturlig sammenheng med etableringen av besittelsen.⁴⁴ Her har formålet bak obligasjonsrettslig lovgivning dannet en del av grunnlaget for en ulovfestet rettsregel.

4.3 RETTSOPPFATNINGER BYGGET PÅ NÆRLIGGENDE LOVFESTET RETT

I noen tilfeller er det vanskelig å anvende formålsbetraktninger alene. For eksempel er formålet med store deler av formueretten å tilrettelegge for trygg og effektiv omsetning. Omsetningshensynet gir imidlertid liten veiledning til utviklingen av ulovfestede regler. I mange tilfeller kan begge partene i en omsetningskollisjon representere beskyttelsesverdige omsetningsinteresser. Omforente rettsoppfatninger kan på denne måten ikke identifiseres gjennom omsetningshensynet alene.

Veiledning kan da i stedet hentes i de hensynene nærliggende lovregler bygger på.⁴⁵ Dersom slike hensyn gjør seg sterkt gjeldende for et ulovfestet tilfelle, kan det bli snakk om analogisk anvendelse av lovfestet rett. I andre tilfeller er ikke analogi like naturlig. Lignende rettsanvendelse kan da bygge på prinsippargumentasjon, i den forstand at det identifiseres en

⁴² Se Peter Hallsteinsen, *Alminnelig obligasjonsrett*, Gyldendal 2018, s. 132.

⁴³ Se blant annet kjøpsloven § 10 og lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven) § 9.

⁴⁴ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Panterett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 132 og Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utg., Universitetsforlaget 2005, s. 568.

⁴⁵ I samme retning Kåre Lilleholt, «Grunnsetninger i formueretten» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), Universitetsforlaget 2019, s. 334–342 (Lilleholt 2019), på s. 338.

ulovfestet rettsregel på et høyere nivå, som ofte får navnet «prinsipp». Hvorvidt prinsippbegrepet benyttes eller ikke, bør egentlig ikke ha noen betydning. Selv om noe omtales som et prinsipp, forutsettes det at rettsanvenderen har identifisert et tilstrekkelig rettslig grunnlag for, og presisert det nærmere innholdet i, det aktuelle prinsippet. Rettslige slutninger kan aldri bygge på prinsippbegrepet i seg selv.⁴⁶

Det kan være ulike grunner til at en regel ligger på et høyere nivå. For det første kan regelen danne en del av selve grunnlaget for et rettsområde. Et eksempel er prinsippet om at avtaler skal holdes, eller det at rettsstiftelser må ha rettsvern for å være beskyttet i konkurs. Her kan det sies at det er særlig tungtveiende hensyn som ligger bak, ettersom fundamentet for flere rettsområder, herunder kontraktsretten, panteretten, konkursretten og tingsretten, vil bryte sammen dersom disse utgangspunktene ikke lenger skal gjelde. For det andre kan en regel befinne seg på et høyere nivå ved at fragmentert lovfesting anses som kasuistiske utslag av en mer generell ulovfestet regel. Et eksempel er kontraktsrettslige hevingsregler. Ikke alle kontraktstyper er regulert av lovgivningen. For eksempel er lisensavtaler knyttet til immaterialrettigheter i svært liten grad underlagt lovregulering. De aller fleste kontraktslovene inneholder imidlertid regler om at vesentlig mislighold gir rett til å heve en avtale. En slik regel er lovfestet blant annet i kjøpsloven, bustadoppføringsloven⁴⁷ og avhendingsloven.⁴⁸ Ettersom vesentlig mislighold gir grunnlag for heving etter alle disse lovene, blir dette gjerne ansett som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. Dette hevingsprinsippet kan igjen gi grunnlag for en hevingsregel for ulovfestede kontraktstyper, slik at vesentlig mislighold av immaterialrettslisenser kan gi grunnlag for heving, selv om dette hverken er avtalt eller fremgår av immaterialrettslovgivningen.

Tilsvarende prinsippargumentasjon kan benyttes i tingsretten, for eksempel ved rettighetskollisjoner. Både tinglysningsloven, gjeldsbrevloven⁴⁹ og patentloven inneholder ekstinksjonsregler til fordel for erververe som har innrettet seg i tillit til nærmere bestemte legitimerende omstendigheter. Gjennom induksjon kan disse lovbestemmelsene danne grunnlag for et mer generelt prinsipp om at den som i god tro innretter seg etter lovbestemte

⁴⁶ Sml. imidlertid Rt. 1984 s. 497 A (på s. 504) og Rt. 2000 s. 1089 A (på s. 1094) som er eksempler på det motsatte. Dommene er ikke eksempler til etterlevelse.

⁴⁷ Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringsloven).

⁴⁸ Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingsloven).

⁴⁹ Lov 17. februar 1939 nr. 1 om gjeldsbrev (gjeldsbrevloven).

legitimasjonsmomenter, bør vinne rett på bekostning av andre rettighetshavere dersom disse kan anses som mindre beskyttelsesverdige. Dette kan igjen deduseres til en rettsregel om at den som i god tro registrerer sitt erverv av et patent i patentregisteret, kan ek스팅vere eldre opsjoner til det samme patentet.⁵⁰ Denne regelen fremgår ikke av loven, men bør likevel kunne oppstilles på grunnlag av analogi eller prinsippargumentasjon. Det å utlede ulovfestede regler fra allmenne prinsipper forankret i lovverket, kan bidra til sammenheng og konsekvens, som også styrker forutberegneligheten.⁵¹ Som nevnt, bygger slike regler ikke på prinsippbegrepet som sådan, men på de hensynene som ligger bak den spredte lovfestingen, supplert med hensynet til forutberegnelighet, sammenheng og konsekvens.

Denne typen prinsippargumentasjon er forholdsvis vanlig i formueretten, men mer sjelden i immaterialretten. Det er likevel ikke utelukket med lignende prinsippargumentasjon på immaterialrettens område. EU-domstolens tilnærming til det opphavsrettslige kravet om verkshøyde kan nevnes som et eksempel. Verkshøydekravet innebærer at et beskyttet åndsverk må være uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsetts.⁵² I EU finnes det et generelt opphavsrettsdirektiv, som forplikter medlemsstatene til å gi visse regler om opphavsrett.⁵³ Direktivet inneholder imidlertid ikke noe uttrykkelig krav om verkshøyde.⁵⁴ Hvorvidt et slikt krav likevel kan innfortolkes, ble drøftet av EU-domstolen i *Infopaq 1*.⁵⁵ Domstolen fremhevet at et verkshøydekrav fremgikk av flere spesialdirektiver på opphavsrettens område. Både dataprogramdirektivet,⁵⁶ vernetidsdirektivet⁵⁷ og databasedirektivet⁵⁸ inneholdt krav om at beskyttede verk måtte være opphaverens egen intellektuelle frembringelse. Dette ble ansett som et generelt prinsipp i europeisk opphavsrett, og EU-domstolen konkluderte derfor med at en tilsvarende regel måtte innfortolkes i det generelle opphavsrettsdirektivet, selv om det ikke

⁵⁰ Mer om dette hos Løtveit s. 331–334.

⁵¹ Se Lilleholt s. 341.

⁵² Jf. lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven) § 2 andre ledd

⁵³ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF av 22. mai 2001 om harmonisering av visse aspekter av opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonssamfunnet.

⁵⁴ Jf. artikkel 2.

⁵⁵ EU-domstolens dom av 16. juli 2009 [C5], *Infopaq 1*, C-5/08, EU:C:2009:465, avsnitt 30–37.

⁵⁶ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av edb-programmer artikkel 1 nr. 3.

⁵⁷ Europaparlamentets og Rådets direktiv 2006/116/EF av 12. desember 2006 om beskyttelsestiden for opphavsrett og visse beslektede rettigheter artikkel 6.

⁵⁸ Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 96/9/EF av 11. mars 1996 om rettslig beskyttelse av databaser artikkel 3 nr. 1

fremgikk uttrykkelig.⁵⁹ EU-domstolens tilnærming ligner den prinsippargumentasjonen som ofte skjer i formueretten.

5 DOMSTOLENES ADGANG TIL RETTSUTVIKLING I FORMUERETTEN

Innenfor formueretten gjelder det ikke noe generelt legalitetsprinsipp, slik som blant annet gjelder på strafferettens område. Regeldannelse i formueretten er på denne måten ikke betinget av formelle lovvedtak. I Rt. 1986 s. 1210 A (på s. 1217) la for eksempel Høyesterett til grunn at avtaleekstinksjon av fast eiendom kan være aktuelt også utenfor lovfestede ekstinksjonsregler i tinglysingsloven.⁶⁰ Norge har ingen sivillovbok, slik som er vanlig i kontinentaleuropeiske land.⁶¹ Mange grunnprinsipper som i andre land fremgår av lovteksten, er i norsk rett derfor utviklet i domstolene. Det at domstolene allerede har spilt en stor rolle for utviklingen av formueretten, kan tale for at de skal få fortsette med dette.

Formueretten er normalt ikke et politisk stridstema. Med unntak av et fåtall politiske ytterfløypartier, som for eksempel kan ha motforestillinger mot privat eiendomsrett som konsept, er det sjelden politikere lager valgkamp av formuerettslige reformer. Sett bort fra spørsmål om intensiteten av forbrukervernet, er spørsmål knyttet til de tradisjonelle formuerettsfagene sjelden en del av partiprogrammene. Dette er nok også noe av bakgrunnen for den begrensede lovgivningsaktiviteten på formuerettens område.

Der lovgivningen er knapp, kan det ofte bli helt nødvendig for domstolene å danne ulovfestet rett for å ta stilling til et rettsspørsmål. Dersom domstolene da utvikler klare ulovfestede rettsregler, vil dette styrke forutberegneligheten på det aktuelle rettsområdet. Alle disse momentene taler for at domstolene bør ha en ustrakt rolle i rettsutviklingen.

På den annen side bør det tas hensyn til at formueretten omfatter en del komplekse og nyanserte problemstillinger. Slike problemstillinger krever betydelig dybdeforståelse og overblikk. I Norge har vi såkalte generalistdomstoler. Dette innebærer at vi benytter de samme domstolene til alle typer rettsspørsmål.⁶² En konsekvens av dette blir at norske dommere ikke nødvendigvis

⁵⁹ Jf. EU-domstolens dom av 16. juli 2009 [C5], *Infopaq I*, C-5/08, EU:C:2009:465, avsnitt 36–37. Tilsvarende EU-domstolens dom av 22. desember 2010 [C5], *BSA*, C-393/09, EU:C:2010:816, avsnitt 45.

⁶⁰ Synspunktet ble fulgt opp i Rt. 1992 s. 352 A (på s. 355–356) og Rt. 2009 s. 203 A (avsnitt 40).

⁶¹ Se Lilleholt (2019) s. 337.

⁶² Mer om bakgrunnen for dette i NOU 1999: 19 s. 372 og NOU 1999: 22 s. 25–25.

er spesialister på rettsområdene de arbeider med. Det er strafferettslige spørsmål som oftest prosederes for domstolene. Formuerettslige spørsmål er mer sjeldne. Da kan det ikke forventes at dommernes bakgrunnskunnskaper alltid gjør dem egnet til å oppstille ulovfestede rettsregler på formuerettens område.⁶³

Disse momentene taler for at domstolene bør være varsomme med å formulere seg prinsipielt om formuerettslige spørsmål. Dette gjelder særlig for spørsmål der synspunktene fra juridisk teori har vært omfattende.⁶⁴ Dersom en domstol skal sammenfatte slike synspunkter i én bestemt rettsregel, risikerer de at nyansene forsvinner. Vanskelige spørsmål har ikke alltid enkle løsninger, og krever gjerne bredere teoretiske analyser. Teoretiske analyser er imidlertid bedre egnet for lovgiver og rettsvitenskap, som henholdsvis har et bedre utredningsapparat og mer spesialkompetanse, tid og overblikk.

6 DOMSTOLENES ADGANG TIL RETTSUTVIKLING I IMMATERIALRETTE

Immaterialretten er betydelig mer politisk betent enn formueretten. På slutten av 1800-tallet var patentretten et omstridt rettsområde, og det herjet en sterk antipatentbevegelse.⁶⁵ Også i dag føres det en aktiv debatt om patentretten, som blant annet gjelder hvorvidt patentering av legemidler hindrer tilgangen på medisiner i utviklingsland. Da den nye åndsverkloven skulle vedtas i 2018, skapte det også overraskende mye oppstyr. Dette kan tale mot domstolskapt regler på immaterialrettens område.

Et moment som taler i samme retning, er at det er stor lovgivningsaktivitet på området. Regelverket er omfattende, og endres hyppig sammenlignet med andre formuerettslige lover. Omfattende lovgivning gir et detaljert regelverk. Der lovgivningen er omfattende og detaljert, bør domstolene være varsomme med å utvikle regler på ulovfestet grunnlag.⁶⁶ Først og fremst skyldes dette hensynet til lovgiverlojalitet. Når lovgiver har detaljregulert et område, kan det tyde på at reglene på dette området bør være gitt i formell lov. En omfangsrik og detaljert lov

⁶³ Se Kåre Lilleholt, «Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra» *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2002, s. 62–75 (Lilleholt 2002), på s. 72–73.

⁶⁴ Se Lilleholt (2002) s. 74.

⁶⁵ Se Stenvik s. 18–21.

⁶⁶ Se Lorange Backer s. 313.

kan i tillegg gi inntrykk av at den er uttømmende, og det kan da komme som en overraskelse dersom domstolene plutselig supplerer med ulovfestede regler.

Den omfattende og detaljerte lovgivningen i immaterialretten har sammenheng med at immaterialrettighetene har konkurransebegrensende virkninger. Immaterialretten balanserer på en knivegg mellom hensynet til rimelig vern av intellektuelt skapende virksomhet på den ene siden, og samfunnets behov for konkurranse fra tredjemenn på den andre siden.⁶⁷ Immaterialrettsbeskyttelse innebærer at det skapes monopolsituasjoner, noe som til en viss grad hindrer sunn konkurranse, og begrenser videre innovasjon. På grunn av slike konkurransebegrensende virkninger, bør det påvises politisk vilje i form av lovvedtak for å oppstille immaterialrettigheter.⁶⁸ Det gjelder altså et strengere hjemmelskrav her enn i formueretten.

Den omfattende og detaljerte immaterialrettslovgivningen har ført til at rettsområdet har blitt svært komplisert. Kompleksiteten øker ved at immaterialretten er sterkt farget av internasjonale samarbeid, særlig EØS-retten.⁶⁹ På slike rettsområder bør domstolene være forsiktige med å utvikle ulovfestede regler. Ulovfestet rettsutvikling kan lett gripe forstyrrende inn i et samspill av regler som til sammen utgjør en sammenhengende helhet.

Samlet sett er det flere hensyn som taler for at domstolene bør være svært tilbakeholdne med å utvikle ulovfestede regler i immaterialretten. Rommet for ulovfestet regeldannelse er her betydelig mer begrenset enn i formueretten. En rettsanvendelse innen immaterialretten som innebærer ulovfeste regeldannelse kan raskt bli kritisert. Et eksempel er flertallets argumentasjon i Rt. 1999 s. 1725 A. Høyesterett kom her til at en innarbeidet varemerkerett hadde bortfalt ved ikke-bruk, selv om merket i utgangspunktet oppfylte lovens vilkår for innarbeidelsesvern etter den dagjeldende varemerkeloven⁷⁰ § 2, ettersom det fortsatt var godt kjent som særlig kjennetegn for den opprinnelige rettighetshaverens varer. Retten oppstilte et ulovfestet tilleggsvilkår for innarbeidelsesvern, i den forstand at omsetningskretsens kjennskap

⁶⁷ Se Inger Berg Ørstavik, «Ekvivalenslærens innhold som rettsnorm i norsk patentrett» *Nordiskt Immateriellt Rättsskydd* 2010, s. 134–149, på s. 136.

⁶⁸ Tilsvarende Are Stenvik, *Patenters beskyttelsesomfang*, Cappelen Damm 2001, s. 115 og Mads Bryde Andersen, *IT-retten*, 2. Utg., Gjellerup 2005, s. 122–123.

⁶⁹ Se Torger Kielland, Tore Lunde og Knut Martin Tande, «Immaterialrettens europeisering» i *Rett i vest – Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen*, Johan Giertsen, Berte-Elen Reinertsen Konow, Erling Johannes Husabø og Øystein L. Iversen (red.), Fagbokforlaget 2019, s. 395–418, som beskriver særtrekk som følger av «europeiseringens» innvirkning på immaterialretten i Norge de siste 50 årene.

⁷⁰ Lov 3. mars 1961 nr. 4 om varemerker.

til merket måtte knytte seg til eksisterende varer i omsetning, noe retten mente ikke var tilfellt i den aktuelle saken. Dette tilleggsvilkåret var hovedsakelig bygget på hensynet til at andre markedsaktører ikke skal behøve å foreta alt for omfattende forundersøkelser for å kunne avgjøre om de krenker noens innarbeidede varemerkerettigheter eller ikke.⁷¹ Dommen ble kritisert i den såkalte Varemerkeutredningen II:

Varemerkeutredningen II er av den oppfatning at en slik løsning åpner for en adgang til å tilegne seg goodwill som er opparbeidet av andre, som harmonerer dårlig med grunnleggende holdninger innenfor norsk kjennetegn- og markedsføringsrett.⁷²

Denne kritikken førte til at den någjeldende varemerkeloven⁷³ § 3 tredje ledd, som har erstattet den tidligere § 2, uttrykkelig presiserer at innarbeidelsesvernet gjelder «så lenge» et merke er godt kjent som noens særlige kjennetegn.⁷⁴ Lovgiver ønsker tydeligvis ikke ulovfestede unntak fra denne regelen.

Det kan likevel ikke være helt utelukket med ulovfestet regeldannelse i immaterialretten. For eksempel var konsumpsjonsreglene i varemerkeretten opprinnelig ulovfestet. Konsumpsjon innebærer i korte trekk at varer som bærer et beskyttet varemerke kan videreselges uhindret av varemerkebeskyttelsen, såfremt varen ble brakt i omsetning av innehaveren av varemerkeretten eller med dennes samtykke. Slik konsumpsjon er nå lovfestet i varemerkeloven § 6 første ledd, men ble tidligere anvendt på ulovfestet grunnlag, jf. Rt. 2004 s. 904 A (avsnitt 64) og Rt. 2004 s. 1474 A (avsnitt 37–38). Bakgrunnen for dette var imidlertid ikke at varemerkeretten ble ansett som et rettsområde der betydelige deler av rettsutviklingen var overlatt til domstolene. I stedet ble konsumpsjonsreglene bygget på bestemmelser i EUs varemerkedirektiv, som Norge var forpliktet til å følge i henhold til EØS-avtalen.⁷⁵ Konsumpsjonsreglene i varemerkedirektivet var en kodifisering av de prinsippene EU-domstolen hadde utviklet med utgangspunkt i Traktaten om den Europeiske unionens funksjonsområde (TEUF) artikkel 34 og 36, som tilsvarer EØS-avtalens artikkel 11 og 13.⁷⁶ På denne måten hadde regelen et betydelig styrket

⁷¹ Se særlig dommens s. 1734.

⁷² NOU 2001: 8 s. 62.

⁷³ Lov 26. mars 2010 nr. 8 (varemerkeloven).

⁷⁴ Se Ot.prp. nr. 98 (2008–2009) s. 42.

⁷⁵ Rådets første direktiv 89/104/EØF av 21. desember 1988 om innbyrdes tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker.

⁷⁶ Se Birger Stuevold Lassen og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utg., Universitetsforlaget 2011, s. 459.

grunnlag gjennom presumsjonsprinsippet, hvilket ga et visst rom for ulovfestet rettsutvikling selv på immaterialrettens område.

Når rommet for ulovfestet regeldannelse er mindre i immaterialretten enn i formueretten, kan det bli nødvendig å klassifisere et rettsspørsmål som enten immaterialrettslige eller formuerettslige før det tas stilling til hvorvidt en ulovfestet regel kan oppstilles for å løse spørsmålet. Ettersom immaterialretten og formueretten står i et tilknytningsforhold, kan det bli vanskelig å foreta en slik klassifisering. Er for eksempel reglene om immaterialrettighetenes overgang formuerettslige eller immaterialrettslige? Kjernen av immaterialretten omfatter reglene om rettighetenes innhold, tilblivelse og opphør. Det er her rommet for domstolsskapt rett er mest begrenset, ettersom det er her de hensynene som taler mot ulovfestet regeldannelse gjør seg gjeldende i sterkest grad. Reglene om overgang faller utenfor denne kjernen. De kan i første omgang se ut til å være av mer formuerettslig karakter. Likevel har regler om overgang av særlig opphavsrettigheter vist seg å være mer politisk betente enn regler om overgang av andre typer formuesgoder. Da det i 2018 ble foreslått å lovfeste en regel om overgang av opphavsrettigheter i arbeidsforhold, ble dette møtt med så sterk motstand at forslaget ikke lot seg vedta. Hvorvidt domstolene da likevel kan oppstille ulovfestede regler om rettighetsovergang, må avgjøres ved å vurdere konkret om de hensynene som taler for ulovfestet regeldannelse veier tyngre enn de hensynene som taler imot. Jeg overlater til noen andre å ta konkret stilling til spørsmålet om opphavsrettens overgang i arbeidsforhold.

7 RETTSUTVIKLING I RETTSVITENSKAPEN

Innenfor den rettsdogmatiske sjangeren er rettsvitenskapen langt på vei underlagt de samme retningslinjene som domstolene. En viktig forskjell er imidlertid at rettsvitenskapen ikke har noen formell plass i rettslivet. Rettsvitenskapens forskere er hverken tillagt lovgivende eller dømmende myndighet. De standpunktene rettsvitenskapen argumenterer for, avhenger av tilslutning fra domstolene for å kunne få rettsvirkninger i samfunnet. Slutninger fra rettsvitenskapelige arbeider har ikke prejudikatvirkninger. Likevel er det flere hensyn som kan tale for at også rettsvitenskapen bør spille en betydelig rolle i utviklingen av ulovfestede regler i formue- og immaterialretten.

Rettsvitenskapen kan for det første supplere domstolenes rettsutvikling. De dommene som produseres av Høyesterett, er ikke alltid tilstrekkelige til å skape ny rett. Situasjonen er ofte slik at domstolene gir vesentlige bidrag til rettsutviklingen, uten at disse bidragene i seg selv kan

danne grunnlag for en ulovfestet regel.⁷⁷ Her kan rettsvitenskapelig analyse styrke grunnlaget. Regelen kan forankres i sentrale reelle hensyn, og plasseres i et kontekstmessig rammeverk. Når ulovfestede regler utvikles av domstolene over tid, og samtidig blir evaluert og videreutviklet i rettsvitenskapen, tilfører dette en synbarhet og kvalitetssikring til rettsutviklingen.⁷⁸ Det hender at en dom gir uttrykk for en ønsket løsning, men mangler en tilfredsstillende juridisk begrunnelse. I slike tilfeller kan rettsvitenskapen bidra med supplerende grunngivning, som kan styrke dommens prejudikatverdi, selv om denne i utgangspunktet var svekket på grunn av sviktende begrunnelse.

Rettsvitenskapen spiller også en viktig vurderende rolle. Når domstolene utvikler en ny ulovfestet regel, vurderer ofte rettsvitenskapen om dette er en god regel eller ikke. Dersom rettsvitenskapen slutter opp om domsresultatet, bidrar dette til rettsdannelsen.⁷⁹ Motsatt blir det hvis domsresultatet utsettes for kritikk. Berettiget kritikk bør svekke prejudikatverdien av en dom, slik at domstolene får mulighet til å rette opp eventuelle feil i fremtidig rettsanvendelse.

Nok et moment som taler for at rettsvitenskapen bør spille en rolle i rettsutviklingen, er at prejudikatlæren begrenser domstolenes evne til rettsavklaring. Det er som nevnt bare høyesterettspraksis som har direkte prejudikatvirkninger.⁸⁰ Det er først når et tolkningsspørsmål når Høyesterett, at det kan sies å foreligge rettsavklaring. Veien opp til Høyesterett er tidkrevende, kostbar og belagt med vesentlige hindringer. Anke til Høyesterett krever samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken avgjort i Høyesterett.⁸¹ Dette innebærer at en betydelig mengde saker siles ut. Det er strenge krav for å slippe saker inn til Høyesterett, noe som kan føre til at også spørsmål som behøver avklaring, nektes behandling. Rettsvitenskapens supplerende rolle blir særlig viktig for rettsspørsmål som aldri når helt opp til øverste instans i domstolsystemet.

Når domstolsbehandling er nødvendig for rettsavklaring, gjør dette at partene må dekke kostnadene ved å få et tolkningsspørsmål avklart.⁸² Dette har flere ulemper. Først og fremst kan

⁷⁷ Se Rune Sæbø, «Høyesteretts rolle ved utviklingen av formueretten» i *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øie (red.), Universitetsforlaget 2015, s. 743–764, på s. 759.

⁷⁸ I same retning Lorange Backer s. 322.

⁷⁹ Se Eckhoff s. 194.

⁸⁰ Se Nygaard s. 75.

⁸¹ Jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 3-4.

⁸² Se Lorange Backer s. 310.

det virke urettferdig at to tilfeldige parter skal måtte bære rettsutviklingens kostnader. I tillegg kan dette hindre rettsutvikling. Ikke alle parter er like ressurssterke. Et konkursbo har for eksempel ofte svært begrenset med midler, hvilket igjen begrenser muligheten til å gjennomføre rettslige prosesser. Her kan rettsvitenskapens supplerende rolle bli særlig viktig.

Utvikling av ulovfestede regler gjennom rettsvitenskapen forutsetter ikke at reelle tvister prosederes for domstolene. Partene slipper dermed å bære kostnadene for rettsutviklingen. Når rettsvitenskapen allerede har identifisert ulovfestede regler, kan dette også bidra til at det lettere oppnås enighet mellom partene dersom tvister oppstår. På denne måten kan rettsvitenskapen også avlaste domstolsapparatet.

Nok et moment som kan tale for at rettsvitenskapen bør spille en betydelig rolle i rettsutviklingen, er graden av spesialisering og helhetsblikk. Dommere er som nevnt generalister. Rettsvitenskapens forskere er som oftest spesialister. De har betydelig tid og ressurser til å konsentrere seg om sine egne fagområder, og de står fritt til å formulere sine problemstillinger og rettslige utgangspunkter.⁸³ Dette gjør rettsvitenskapen bedre egnet til å plassere rettsspørsmål i større faktiske, historiske og systematiske sammenhenger.⁸⁴

Domstolene er derimot avhengige av at partene tilrettelegger beslutningsgrunnlaget, og er bundet av partenes påstander og påstandsgrunnlag.⁸⁵ I tillegg jobber de under et større tidspress. Dette gjør at domstolene bør ha fokuset rettet mer mot løsningen av konkrete saker enn mot teoretisering. En risiko med domstolskapt rettsutvikling, er at domstolene taper blikket for partenes interessekonflikter i den konkrete saken, og heller fokuserer på hvilke mer overordnede samfunnshensyn som gjør seg gjeldende, samt på teoretisk systematisering. Ettersom domstolenes primære oppgave er å løse tvister, bør det konkrete saksforholdet alltid være i fokus. Det er lite rasjonelt om domstolene skal løse hypotetiske saker.⁸⁶

Rettsvitenskapen har derimot ikke konkrete saksforhold å forholde seg til. Den tvinges over i et mer overordnet og teoretisk perspektiv. Den spesialiseringen som finnes i rettsvitenskapen, gjør den bedre egnet enn domstolene til å identifisere hvilke overordnede samfunnshensyn som bør vektlegges på et rettsområde. Den tiden rettsvitenskapen har til rådighet, gjør den også egnet

⁸³ Se Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» *Jussens Venner* 2004, s. 329–342, på s. 338.

⁸⁴ Se Lilleholt (2007) s. 524–525.

⁸⁵ Se Eckhoff s. 201.

⁸⁶ Se Lilleholt (2007) s. 526.

til å systematisere et regelverk, og avdekke problemstillinger som må løses på ulovfestet grunnlag. Når en rettsforsker allerede har identifisert og systematisert overordnede samfunnshensyn på et rettsområde, danner dette en viktig verktøykasse for utviklingen av ulovfestede rettsregler. Det kan nok forventes at slike verktøykasser er bedre utviklet i rettsvitenskapen enn hos domstolene.

Det at rettsvitenskapen ikke har noen formell plass i rettslivet, representerer også en form for sikkerhetsventil. Slutninger fra rettsvitenskapen får aldri direkte rettsvirkninger. De må alltid vurderes av en domstol først. Det skjer med andre ord en kvalitetssikring i flere ledd. Dette kan tale for at rettsvitenskapen bør ha en aktiv rolle i å foreslå ulovfestede regler, og så blir det opp til domstolene om disse forslagene skal gis rettsvirkninger eller ikke. Her har imidlertid rettsvitenskapen også et ansvar for å påpeke uklarhet. Dersom et rettsspørsmål kan ha flere ulike løsninger, og ulike rettsforskere har ulike syn på hvordan spørsmålet bør løses, bør hver av dem være åpne om at deres forslag ikke er det eneste forsvarlige alternativet.

8 EN «HVILEPUTE» FOR LOVGIVER?

I den grad domstolene og rettsvitenskapen evner å drive rettsutvikling innenfor rammene av allmenne rettsoppfatninger, har dette som nevnt flere fordeler. Slik rettsutvikling har imidlertid også en skyggeside. I noen tilfeller fungerer domstolene og rettsvitenskapen som en slags «hvilepute» for lovgiver. Det hender ikke sjelden at lovgiver uttrykkelig fraskriver seg ansvaret for rettsutviklingen, selv om rettsutvikling er nettopp det statsforfatningen forutsetter at lovgivende myndigheter skal ha hovedansvaret for. Dette har vært særlig fremtredende på formuerettens område. Blant annet står det i dekningslovens⁸⁷ forarbeider at særlige spørsmål kan oppstå i tilfeller hvor et ansvarlig selskap oppløses ved at en av interessentene går ut, men at «den nærmere regulering av disse spørsmål bør overlates til rettspraksis».⁸⁸ I tillegg sier både kjøpslovens og håndverkertjenestelovens⁸⁹ forarbeider at grensedragningen mellom ansvar etter kontraktslovgivningen og produktansvarsloven⁹⁰ bør overlates til rettspraksis.⁹¹

Det er klart nok at lovgiver ikke kan detaljregulere alle problemstillinger som kan oppstå i praksis, men når lovgiver først har identifisert et rettsspørsmål som omfattes av et pågående

⁸⁷ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

⁸⁸ Se NOU 1972: 20 s. 280.

⁸⁹ Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven).

⁹⁰ Lov 23. desember 1988 nr. 104 om produktansvar (produktansvarsloven).

⁹¹ Se Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) s. 26 og Ot.prp. nr. 29 (1988–1989) s. 51.

lovgivningsarbeid, er det etter mitt syn ingen god løsning at lovgiver bevisst unnlater å ta stilling til spørsmålet, og heller overlater det til rettspraksis. Riktignok er de spørsmålene lovgiver overlater til rettspraksis ofte grensedragninger innenfor vage lovbestemmelser som allerede åpner for betydelig bruk av skjønn, men det bør kunne forventes at lovgiver i det minste gir anvisning på hvilke momenter og hensyn som skal vektlegges i slike vurderinger.⁹² De partene som berøres av reglene bør utstyres med de redskapene som er nødvendige for at de skal kunne forutberegne sin rettsstilling. Når lovgiver ikke utstyres samfunnsborgerne med slike redskaper, men heller overlater utviklingen til rettspraksis, er dette etter mitt syn et uheldig biprodukt av domstolenes rettsutviklende virksomhet.

Et lignende biprodukt har også oppstått som følge av rettsvitenskapelig rettsutvikling. Der rettsvitenskapen har utviklet ulovfestede regler, hender det ofte at lovforarbeidene henviser til dette som regler som er «antatt» å gjelde. Hvem som har antatt dette, og i hvilken grad antakelsen skal anses som uttrykk for gjeldende rett, forblir ofte et mysterium. Her finnes det flere eksempler. Blant annet sier forbrukerkjøpslovens forarbeider at en «viss adgang til å tilbakekalle et løfte etter at det er kommet til adressatens kunnskap, er antatt å følge av den såkalte re integra-regelen».⁹³ I tillegg sier pantelovens forarbeider at det «er antatt at det kan tas utlegg i utenlandske immaterialrettigheter, og at slike utlegg kan få rettsvern gjennom registrering i Løsøreregisteret».⁹⁴ Den antatte regelen gis ingen nærmere begrunnelse, dens opphav presiseres ikke nærmere, og det tas heller ikke stilling til om antakelsen gir uttrykk for en god regel, eller om det bør foreslås en lovbestemmelse som regulerer spørsmålet. De samme forarbeidene sier videre at det er «antatt at den som i god tro anmelder en overdragelse eller lisensutstedelse til registrering, vil ekstingvere eldre utlegg som ikke er meldt til registrering».⁹⁵ For rettighetsregistrering i patent- og planteforedlerregisteret ble den antatte regelen lovfestet i patentloven § 44 a første ledd og planteforedlerloven § 26 andre ledd tredje punktum. For rettighetsregistrering i designregisteret må derimot de aktuelle rettsvirkningene fortsatt bygge på en antatt ulovfestet ekstinksjonsregel. Hvorfor det ikke ble foreslått en tilsvarende lovfesting på designrettens område, er ikke lett å forstå.

Denne typen formuleringer i lovforarbeidene bidrar til mer forvirring enn avklaring. Hvis en regel er antatt å gjelde, og slike antakelser ikke anses som problematiske fra et

⁹² I tilsvarende retning Lilleholt (2002) s. 75.

⁹³ Se NOU 1993: 27 s. 52.

⁹⁴ Se Prop. 101 L (2013–2014) s. 8.

⁹⁵ Se Prop. 101 L (2013–2014) s. 9.

lovgiverperspektiv, hvorfor ikke da lovfeste den regelen som er antatt å gjelde? Her svikter dessverre ofte våre lovgivende myndigheter. Dette er etter mitt syn et uheldig biprodukt av rettsvitenskapens rettsutviklende virksomhet.