

Professor dr. juris
Ole-Andreas Rognstad
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo
Pb. 6706 St. Olavs Plass
0130 Oslo

Post- og teletilsynet
Att.: Johannes Vallesverd
Postboks 93
4791 Lillesand

Uttalelse om visse aspekter ved domeneklageordningen

Det vises til Post- og teletilsynets (PT) brev av 27. september 2006, der det bes om en vurdering av følgende to spørsmål:

- 1) Om Domeneklagenemndas (DOKs) virkeområde er i strid med norsk rett, og
- 2) Plasseringen i norsk rett av kravet i Vedlegg H til navnepolitikk for .no om at domeneinnehaveren må ha vært i ond tro.

Bakgrunnen for oppdraget opplyses i brevet å være den evalueringen PT gjennomførte høsten 2005. Under høringen fremkom for det første uttalelser fra Patentstyret og Justisdepartementet om at kravet om god tro ikke var i samsvar med kjennetegnsrettslige regler, idet det bl.a. ble vist til Høyesteretts dom i Rt. 2004 s. 1474 (Volvoimport). Videre var det ulike reaksjoner på spørsmålet fra PT om kravet om ond tro burde erstattes med et krav om alminnelig uaktsomhet. På denne bakgrunn ønsket PT utført en betenkning der de ovennevnte spørsmål ble belyst.

En kort oppsummering av hovedkonklusjonene:

- Det er lite treffende å si at kravet om ond tro i Vedlegg H til navnepolitikk for .no er *i strid med* norsk rett. Om kravet bør oppheves er et hensiktsmessighetsspørsmål. Etter min mening er det ingen *tvingende* hensyn som tilsier at kravet bør oppheves.
- Krav om god/ond tro er en velkjent rettsfigur i norsk rett som vilkår for erverv eller ikke erverv av privatrettslige rettigheter, om enn ikke så mye brukt i immaterialretten. Begrepene har intet enhetlig innhold, men kan omfatte alt fra krav til god forretningsskikk til forskjellige aktsomhetsgrader. Selv ikke den ”ondtrovarianten” som følger av Vedlegg H i navnepolitikken for .no kan sies å være særlig fremmed i norsk rett. Dette argumentet taler derfor etter mitt syn ikke i seg selv for en opphevelse. Om man bør legge om kriteriets innhold til et krav om alminnelig aktsomhet eller et krav om god forretningsskikk, blir på samme måte som spørsmålet om ondtkravet helt bør oppheves, et hensiktsmessighetsspørsmål.

1 Om Domeneklagenemndas virkeområde «er i strid med» norsk rett

1.1 Problemet – ”motstrid” eller hensiktsmessighet?

Ifølge vedlegg H i navnepolitikk for .no pkt. 1.2 må den som klager en sak inn for DOK dokumentere at han har rettigheter til et navn eller merke som er identisk med eller forvekselbart med domenenavnet, og at at abonnentens registrering eller bruk av domenenavnet er foretatt i ond tro. Dersom domeneklagenemnda finner at klager har rettigheter til et navn eller merke som er identisk med eller forvekselbart med domenenavnet og at domenenavnet er registrert eller brukt i ond tro, kan nemnda treffe avgjørelse om at navnet skal slettes eller overføres til klager, jf. pkt. 1.3.

I Patentstyrets høringsuttalelse av 9. september 2005 gis det uttrykk for den oppfatning at kravet om ”ond tro” ikke er forenelig med alminnelige prinsipper for behandling av kjennetegnrettslige konflikter. Det vises til at «registreringer av domenenavn som kommer i strid med rettigheter som følger av alminnelige kjennetegnrettslige regler skal ... kunne slettes eller overføres», jf. Rt. 2004 s. 1474 (Volvoimport). Det bemerkes at ”ond tro” kan være tilstrekkelig i seg selv for at registrering nektes, jf. varemerkeloven (vml.) § 14 nr. 7,

men at det ikke er forenelig med prinsippene i lovens system å oppstille krav om dokumentasjon for dette ved siden av kravet om at «et domenenavn gjør inngrep i en kjennetegnsrettslig vernet rettighet for å beslutte sletting eller overføring». Etter Patentstyrets oppfatning er det ikke «grunnlag for å operere med et annet krav hos Domeneklagenemnda enn det domstolene og Patentstyret følger. Reglene må derfor harmoniseres.»

Tilsvarende bemerker Justisdepartementet 22. september 2005, at det ikke er tillatt å bruke et domenenavn som krenker en kjennetegnsrett, og at dette gjelder uavhengig av om domenenavnet er registrert eller brukt i ond tro. Departementet anser det ikke formålstjenlig at det i saker for DOK skal gjelde «et tilleggskrav om ond tro for at en varemerkeinnhaver e.l. skal få medhold i at den domenenavnregistrering skal slettes eller overføres til klageren når det ikke vil gjelde noe slikt krav dersom saken i stedet bringes inn for domstolene». Departementet fremhever at et slikt krav også vil «kunne kanalisere saker vekk fra Domeneklagenemnda og inn i domstolene fordi det vil være lettere å få medhold der hvor det ikke gjelder noe krav om at domenenavnet må være registrert eller bruk (sic!) i ond tro».

Påstandene om at det etter alminnelige kjennetegnsrettslige regler ikke gjelder noe *tilleggskrav* om ond tro, og at domstolene kan kreve sletting eller overføring av domenenavnet i fall bruk av dem er i strid med slike regler, er utvilsomt riktige og behøver ingen nærmere diskusjon. Derimot kan Patentstyrets karakteristikk av kravet om ond tro som ”uforenelig” med kjennetegnsrettslige regler diskuteres. En slik karakteristikk gir inntrykk av at det foreligger en *normkonflikt*. Noen normkonflikt i egentlig forstand er det imidlertid ikke tale om. I utgangspunktet er det tale om to helt forskjellige rettsposisjoner. Retten til domenenavn er i realiteten, iallfall slik det norske systemet fortsatt er, en rett til å bruke en adresse på Internett, som er utledet av en privatrettslig avtale (mellom NORID og domeneinnehaveren). Rettigheter til kjennetegn er rettigheter gitt av rettsordenen til i næringsvirksomhet å bruke et foretaksnavn eller et varemerke som kjennetegn for varer og tjenester. En annen sak er at utnyttelsen av den rettsposisjonen som avtalen med NORID gir, kan komme i konflikt med kjennetegninnhaverens enerett. Men i så fall er det *den næringsdrivendes bruk* av domenenavnet som kjennetegn som skaper konflikten. Selve registreringen av et domenenavn i NORID, og opprettholdelsen av en slik registrering, krenker ikke i seg selv kjennetegnrettslige regler eller for den saks skyld reglene etter markedsføringsloven. Å hevde at *navnepolitikken* er i strid, eller uforenelig, med slike regler, blir derfor i beste fall upresist. En mer presis angivelse av problemstillingen er etter min

oppfatning om det er hensiktsmessig å stille andre krav til sletting av domenenavnregistrering enn de som følger av kjennetegnsrettslige regler, når det ses hen til den fare som registreringen medfører for at domenenavninnehaveren handler i strid med disse reglene.

Om problemstillingen stilles slik, er ikke svaret på spørsmålet like opplagt som det Patentstyret og Justisdepartementet gir uttrykk for. ”Tilleggskravet” om ond tro er, som det fremgår av PTs brev av 27. september 2006, inspirert av andre tvisteløsningsmekanismer på domenenavnområdet, og da spesielt ICANNs Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP). Bakgrunnen for et slikt krav finnes i tvisteløsningsmekanismenes primære formål om å motvirke såkalt ”domenenavnpirateri” (”cybersquatting”), dvs. registrering av andre personers eller foretaks navn eller kjennetegn som domenenavn, med tanke på salg av domenenavnet.¹ Det er med andre ord kvalifiserte tilfeller av kjennetegns- (og navne-)misbruk som tvisteløsningsmekanismene har tatt sikte på å fange opp. De kjennetegnsrettslige problemene knyttet til bruk av domenenavn har selvsagt vært velkjente. Like fullt har det vært tatt til orde for at UDRP-modellen, med sine begrensede ambisjoner og ressursbruk, bør opprettholdes.² Den underliggende tanke er at tvisteløsningsmekanismene for domenenavn ikke kan løse alle kjennetegnrettslige problemer – de må løses på av de organer som har kompetanse til å løse slike problemer (alminnelige domstoler, særdomstoler, særlige forvaltningsorganer etc.).

For å ta stilling til hensiktsmessigheten av å opprettholde kravet til ond tro i navnepolitikken for toppdomenet .no, må det ses nærmere på eventuelle grunner som kan tilsi dette. Slike grunner må avveies mot ulempene av at vilkårene for slettelse av domenenavn etter regelverket for DOK og etter kjennetegnrettslige regler er innholdsmessig inkongruente.

1.2 Harmoniseringshensyn

Én grunn til å opprettholde kravet om ond tro er hensynet til å ha likeartede ordninger for registrering og opprettholdelse av domenenavn i Norge. Mange personer og foretak med

¹ Se f.eks. Petra Sund *Norrgard*: Ond tro och UDRP-förfarandet, NIR 2002 s. 509–522 på s. 512, som dog samtidig påpeker at det faktiske anvendelsesområdet for UDRP i dag er videre.

² Se David W. *Maher*: The UDRP: The Globalization of Trademark Rights, IIC 2002 s. 924–940, særlig konklusjonen på s. 940: «Despite the difficulty of pinning down a meaning for the phrase ”bad faith”, the UDRP has made an enormous contribution to a wide-spread problem of resolving trademark-domain name disputes on the Internet. The original goals of a contract based system that would be global, non-governmental and non-judicial, inexpensive and expeditious are being met ... Pending the development of an engineering solution – an Internet address system that is truly independent of trademarks, the UDRP answers the needs of the global Internet community, including its engineering and legal components.»

tilknytning til Norge har registrerte domenenavn under andre toppdomener enn .no. Ikke minst gjelder at næringsdrivende registrerer domenenavn under toppdomenet .com, som er underlagt UDRP. Det betyr at man langt fra løser alle eventuelle problemer som oppstår som følge av inkongruente vilkår for slettelse av domenenavn ved å fjerne kravet om ond tro i navnepolitikken for .no. Det kan også tenkes at en slik fjerning vil medføre at domenenavnnnehavere skifter toppdomene fra .no til f.eks. .com eller andre toppdomener som oppstiller krav om ond tro for sletting ved tvisteløsningsprosedyrer for domenenavn. Et slikt skifte er neppe i NORIDs interesse. Men i det hele tatt kan det hevdes at noenlunde likeartede regimer for tvisteløsning av domenenavn skaper større forutberegnelighet for aktører på Internett, og at det i seg selv er et aspekt som må tas i betraktning. Hvor tungtveiende det er i forhold til ulempene med inkongruente vilkår, er en annen sak.

Det kan også hevdes at tyngden i argumentet svekkes ved at kravet til ond tro ikke synes å ha et enhetlig innhold, ei heller i forhold til UDRP. I Navnepolitikken Vedlegg H pkt. 1.2 b) annet avsnitt skal ond tro «anses for å foreligge dersom [domene]navnet er brukt på en måte som drar urettmessig fordel av klagers rettigheter eller på en måte som er ødeleggende for klagers rettigheter, eller registreringen er foretatt for å hindre klager i å utnytte sine rettigheter eller for å tilby klager eller andre å overta navnet mot vederlag». Av tredje avsnitt følger det at «[b]egrepet ond tro skal tolkes slik at det betyr at abonnenten må ha kjent klagers rettigheter, eller vært grov uaktsom». I UDRP art. 4a sies det bare at man er underlagt en klageprosedyre, hvoretter en tredjemann kan hevde, og skal bevise, bl.a. at domenenavnet har vært registrert i ond tro ("bad faith") (jf. pkt. (iii)), uten at det nærmere innholdet i uttrykket defineres. Riktignok inneholder art. 4b nærmere bestemmelser om hvilke omstendigheter som særlig skal anses som *bevis* for ond tro, og disse omstendighetene er delvis de samme som de som er nevnt i Navnepolitikken Vedlegg H pkt. 1.2 b. Av praksis følger det imidlertid at ond tro kan foreligge ved tilfeller av alminnelig uaktsomhet.³ Slik ses det at Navnepolitikken og UDRP skiller seg fra hverandre. En annen sak er at praksis i DOK kan tyde på variasjoner i kravet til dokumentasjon for ond tro. For eksempel legges det i sak DOK 53/04 (Automegler) til grunn at «det *ikke kan utelukkes* at klagemotparten var kjent med Automegler AS' konkurrerende virksomhet» (min uth.). Sett i lys av at klageren i henhold til regelverket (Vedlegg H pkt. 1.2) må dokumentere ond tro, kan det hevdes at det her stilles svært

³ Se *Sund Norrgard* (ovenfor i note 1) s. 513–515. Se også samme forfatters lisensiatavhandling *Domännamnsvister och ond tro. En analys av UDRP, särskilt med tanke på begreppet ond tro i artikel 4.a.iii, tilgjengelig på <http://brunnen.shh.fi/portals/pubmanager/pdf/56-951-555-739-9.pdf> (26.06.07).*

lempelige dokumentasjonskrav ("ikke utelukkes"), som i praksis kan ha tilsvarende virkning som et materielt krav om simpel uaktsomhet.⁴

For å oppsummere, kan "harmonisering" med andre toppdomener, og særlig UDRP, være et argument for å opprettholde kravet om ond tro i Navnepolitikken for .no. Men argumentet svekkes i noen grad av ulikhetene regelsettene imellom. Ulikhetene er dog neppe større enn at argumentet kan ha noe for seg.

1.3 Inkongruens mellom navnepolitikken og kjennetegnsretten

Et annet forhold med relevans for sammenhengen er at ordningen med DOK ikke under noen omstendigheter gir klageorganet muligheter for å foreta en reell kjennetegnrettslig vurdering.

En reell kjennetegnrettslig vurdering av om domenenavnet gjør inngrep i bestående kjennetegnsretter, forutsetter at det tas stilling til a) om det foreligger en gyldig kjennetegnsrett, og b) at vilkårene for inngrep er oppfylt. Vurderingstemaet i Navnepolitikken vedlegg H pkt. 1.2 gir i og for seg et langt stykke på vei anvisning på en slik vurdering når det heter seg at klager må dokumentere at rettigheter til et navn eller merke som er identisk med eller forvekselbart med domenenavnet. Men de praktiske mulighetene for å foreta en reell vurdering innenfor rammen av DOKs mandat er svært begrensede. En reell vurdering f.eks. av om et varemerke har vern etter innarbeidelse forutsetter et dokumentasjonsgrunnlag som DOK nødvendigvis ikke vil ha. Tilsvarende vil forvekselbarhetsvurderingen måtte bli nokså summarisk, selv i de saker DOK ikke avviser som følge av sakens kompleksitet. Til dette kommer nettopp DOKs kompetanse til å avvise komplekse saker.

Kravet om ond tro kan, i tillegg til avvisningskompetansen, bidra til å forhindre at det skjer uriktige kjennetegnrettslige vurderinger i domeneinnehaverens disfavør. I og med at det er tilstrekkelig å konstatere at ond tro ikke anses for å foreligge, vil det i slike situasjoner ikke være nødvendig å gå inn på om domenenavnet er identisk eller forvekselbart med en eksisterende kjennetegnsrett. Selvsagt kan kravet om ond tro på den annen side medføre at man opprettholder registreringer av domenenavn som brukes i strid med kjennetegnrettslige

⁴ Det må bemerkes at innklagde i denne saken ikke hadde inngitt tilsvaret. Også under UDRP viser praksis at beviskravene i disse situasjoner er små, se Sund Norrgard i NIR 2002 på s. 519 og nærmere i lisensiatavhandlingen s. 30 flg.

regler. Poenget i denne sammenhengen er å understreke at dagens navnepolitikk kan slå begge veier, og at man ikke fjerner problemet med inkongruens mellom navnepolitikken og kjennetegnsretten ved å bringe den vurderingsnorm DOK skal anvende i samsvar med de kjennetegnrettslige reglene. Om det skulle oppnås, måtte DOK omgjøres til et domstolsliknende organ, hvilket vil være i strid med målsettingene og forutsetningene bak opprettelsen av klageorganet (se nedenfor i 1.4).⁵

En annen sak er at det finnes andre måter å forebygge at det skjer reelt sett uriktige kjennetegnrettslige vurderinger i domeneinnehaverens disfavør enn å oppstille et krav om at domenenavnet skal være registrert eller brukt i ond tro. En nærliggende mulighet er å stille strenge beviskrav for at registreringen eller bruken er identisk eller forvekselbart med en eksisterende kjennetegnsrett. Et problem med en slik løsning er at det innebærer en risiko for at klageren inngir omfattende dokumentasjon, med de kapasitetsproblemer det vil medføre for DOK. Om løsningen synes å stå i bedre sammenheng til det man ønsker å oppnå enn ”ondtrokravet”, kan den komme i et visst spenningsforhold til formålet med DOK (se nedenfor i 1.4).

1.4 Forholdet mellom kravet og ond tro og formålet bak DOK

Dette leder til et siste spørsmål, nemlig forholdet mellom kravet om ond tro og formålet bak opprettelsen av DOK. I grunnlagsrapporten for opprettelsen av DOK pekes det på tre grunner for opprettelsen av et særskilt tvisteløsningsorgan. For det første anses det rimelig og i tråd med rettsikkerhetsprinsipper at myndighetene legger til rette for at parter som hevder sine rettigheter krenket får prøvet sin sak, og at dette tilsier en rask og enkel tvisteløsningsordning. For det andre fremheves hensynet til å belaste et allerede presset rettsapparat. Og for det tredje antas det at et særskilt tvisteløsningsorgan vil bli oppfattet som mer tilgjengelig for de fleste brukere enn de alminnelige domstoler, slik at terskelen blir lavere for å føre en sak for organet.⁶ Som hensyn som anses viktig å vektlegge ved valg av tvisteløsningsmodell, fremheves for det første forholdsmessighet mellom omfanget av tredjepartskonflikter og størrelsen på tvisteløsningsordningen. Av dette utledes det at det er rimelig at det ikke nedlegges altfor store ressurser i en slik løsning, at kostnadene ved en tvisteløsning ikke skal

⁵ Se i samme retning Sund Norrgård: Domännamnsvister och ond tro, jf. ovenfor i note 3, som uttaler følgende om UDRP-prosessen: «Förfarandet, åtminstone i dets nuvarande form, torde inte vara lämpligt för lösandet av tvister i god tro, eftersom det inte finns utrymme för och möjligheter att på ett adekvat sätt utröna ett ärendes fakta och bevisning».

⁶ Jf. .no eller aldri. Forvaltningsmodell og tvisteløsning under norsk domenenavsadministrasjon, rapport fra Arbeidsgruppe om domenenavn, 21. mars 2002 s. 56.

være høyere enn ved domstolsbehandling og at partene ikke må være avhengige av juridisk bistand. For det andre fremheves som et hovedhensyn kravet til hurtig behandling. For det tredje er man på den annen side opptatt av rettssikkerhetshensyn og at det i så henseende er viktig at tvisteløsningsorganet innehar stor ekspertise. I nær sammenheng med dette fremheves det kontradiktoriske prinsipp. For det fjerde anses det avgjørende for tvisteløsningsorganets berettigelse at det har den nødvendige tillit i markedet. Og endelig fremheves viktigheten av at organet er nøytralt og i like stor grad varetar begge parters interesser.⁷

Oppsummeringsvis kan det ut fra disse hensyn utledes at tvisteløsningsorganet skal være et raskt og rimelig alternativ til alminnelig domstolsbehandling, som ut fra disse forutsetninger varetar rettssikkerheten og partenes interesser på best mulig, og på en tillitvekkende, måte. De kryssende hensyn som gjør seg gjeldende kan imidlertid tilsi at det i første rekke er de tilsynelatende *eklatante* rettsbruddene som skal fanges opp. Ambisjoner ut over dette vil nødvendigvis måtte representere en fare for at tvisteløsningsorganet ikke kan fylle sin funksjon som et *alternativ* til domstolsbehandling, idet en nyansert kjennetegnrettslig vurdering som samtidig varetar rettssikkerhetshensyn vil forutsette større tids- og kostnadsbruk enn hva som er tilfellet med dagens ordning. Kravet om ond tro fyller slik sett en sentral funksjon med dagens ordning, slik jeg ser det.⁸

Et spørsmål som kan reises er likevel om kravet om ond tro varetar de sentrale hensynene med ordningen. Det har vært reist kritikk mot kravet, ikke minst internasjonalt, for at det er vagt, uklart og forutsetter vanskelige bevisvurderinger. I den utstrekning så er tilfellet vil det tale mot at kriteriet varetar de sentrale formål med tvisteløsningsordningen. Kritikken burde imidlertid i liten grad ramme kriteriet slik det er definert i dagens norske navnepolitikk, idet kravene om bevisst kunnskap om en eksisterende rettighet eller grov uaktsomhet angir et klart og avgrenset vurderingstema. At det kan være vanskelig å bevise faktisk kunnskap, og at kriteriet i det perspektivet kan hevdes å være for strengt, er en annen sak. En omlegging til et krav om alminnelig uaktsomhet, i tråd med hva som må antas å være normen under UDRP, vil medføre et vanskeligere vurderingstema med den fare det representerer for økt ressursbruk. Dette illustrerer for så vidt det sentrale dilemmaet med tvisteløsningsordningen,

⁷ Jf. .no eller aldri s. 57–58.

⁸ Jf. også *Maier*, ovenfor i note 2.

og som det her er pekt på flere steder – hensynet til ”riktige” avgjørelser opp mot hensynet til rask og effektiv saksavvikling.

1.5 Oppsummering – Er kravet om ond tro hensiktsmessig?

Det er lite treffende å si at kravet i navnepolitikken vedlegg H om at et domenenavn må være registrert eller brukt i ond tro for å kunne slettes etter avgjørelse i DOK, er *i strid* med kjennetegnrettslige regler, idet det ikke foreligger noen egentlig normkonflikt. Ettersom bruken av et registrert domenenavn likevel kan komme i konflikt med kjennetegnrettslige regler, er hovedformålet med DOK å sikre at innehavere av kjennetegnretter får prøvet sin sak på en rask og enkel måte, som et alternativ til alminnelig domstolsbehandling. I det perspektivet blir det et hensiktsmessighetsspørsmål om de materielle vilkår for DOKs beslutningskompetanse i størst mulig grad skal samsvare med kjennetegnrettslige regler, eller om avvik bør kunne forekomme. Kravet om ond tro er et avvik i så henseende. Det kan anføres grunner både for og mot opprettholdelsen av et slikt krav. Til fordel for kravet taler hensynet til harmonisering med tvisteløsningsregler for andre toppdomener, samt at hensynene bak opprettelsen av DOK som alternativt tvisteløsningsorgan tilsier at tvisteløsningsmekanismen forbeholdes tilfeller av eklatante rettsbrudd. Mot et slikt krav taler i første rekke hensynet til å få avgjørelser som er ”riktige” i kjennetegnrettslig forstand. Argumentets styrke svekkes imidlertid av at hensynet vanskelig kan oppfylles fullt ut innenfor rammen av DOK, så lenge formålet er å opprette et organ som kan tjene som et alternativ til, men ikke som erstatning for, alminnelig domstolsbehandling. Innen for rammen av dagens tvisteløsningsordning er det ikke gitt at avgjørelsene blir ”riktigere” sett fra et kjennetegnrettslig synspunkt dersom kravet oppheves. Gitt at erfaringene med DOK hittil synes å være gode, er det etter min oppfatning ingen *tvingende* grunner som tilsier at kravet om ond tro bør oppheves. Et annet spørsmål er hvilket nærmere innhold et slikt krav bør ha. Det kommer vi inn på under punkt 2.

2 Kravet om ond tro – rettslig plassering og innhold

I Post- og Teletilsynets brev av 27. september 2006 ber man om å få belyst plasseringen av kravet til ond tro i norsk rett. Bakgrunnen er at PT i sitt høringsbrev stilte spørsmål til høringsinstansene om DOKs virkeområde burde utvides til å omfatte alminnelig uaktsomhet, idet begrepet ”ond tro” ble ansett som lite anvendt og vanskelig tilgjengelig i norsk rett.

Enkelte høringsinstanser gikk inn for en utvidelse av virkeområdet, idet det ble vist til at DOK i så fall kunne betjene et mer kjent begrep i norsk rett, slik som kravet til god skikk næringsdrivende imellom. Andre gikk imot en slik utvidelse, bl.a. under henvisning til at den kan medføre en fare for kravene til rask og effektiv behandling og at tvisteløsningsmekanismen ville fjerne seg fra den internasjonale normen.

2.1 Krav om ond tro i norsk rett

Dikotomien god tro/ond tro er en velkjent rettsfigur i norsk rett som vilkår for erverv (god tro) eller ikke erverv (ond tro) av privatrettslige rettigheter. Særlig er rettsfiguren mye brukt i avtaleretten (fullmaktsregler, ugyldighetsregler) og reglene om tredjemannsvern (godtroekstinksjon). Godtrokravet kan variere i innhold. Det vanligste innholdet av uttrykket ”god tro” i norsk rett er *aktsom god tro*, dvs. at en person skal ha utvist alminnelig aktsomhet. En slik godtrostandard benevnes da også i rettslitteraturen som «*det alminnelige godtrokravet*».⁹ Men terskelen for den gode tro kan også være lavere, typisk ved at god tro foreligger så lenge man ikke har *kjennskap* til en relevant omstendighet, eventuelt at man måtte vite eller på annen måte har utvist kvalifisert (grov) uaktsomhet. Slike avvikende godtrostandarder kan omtales som «*godtrovarianter*».¹⁰ Uttrykket *ond tro* benyttes sedvanlig i norsk rett som motsetningen til *god tro*.¹¹ Så lenge det alminnelige godtrokravet er krav om aktsom god tro, vil den alminnelige bruk av uttrykket ”ond tro” omfatte tilfeller av alminnelig uaktsomhet. Tilfeller av positiv kunnskap eller kvalifisert uaktsomhet vil slik sett kunne benevnes som ondtrovarianter, eventuelt kvalifisert ond tro. Terminologien er her noe avvikende f.eks. fra engelsk rett, der uttrykket ”bad faith” visstnok bare omfatter positiv kunnskap om den relevante omstendighet.¹²

I immaterialretten og markedsretten, som er de rettsområdene som domenenavnene klarest kommer i berøring med, er krav om god/ond tro for rettserverv/rettstap ikke så utbredt. Dette har bl.a. sammenheng med at immaterialrettigheter i sin alminnelighet ikke er gjenstand for godtroekstinksjon. Likevel finnes det eksempler på immaterialrettsregler der subjektive forhold får betydning for rettservervet. Det nærliggende eksemplet her er regelen i

⁹ Se Aage Thor *Falkanger*: God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter, Oslo 1999 s. 21.

¹⁰ Falkanger s. 22.

¹¹ Falkanger s. 23.

¹² Falkanger s. 24.

varemerkelovens § 14 nr. 7, som utelukker registrering av et varemerke i situasjoner der merket er egnet til å forveksles med et varemerke som er tatt i bruk før søkerens, og søkeren *var vitende* om denne bruken da søknaden om registrering ble inngitt. Dette er, i henhold til terminologien ovenfor, en ondtrovariant, som etter sin ordlyd ligger nokså nær kravet i Navnepolitikken Vedlegg H om at abonnenten må ha kjent klagers rettigheter, eller vært grov uaktsom – den lille forskjellen ligger i alternativet grov uaktsomhet som tillegg til positiv kunnskap. En annen sak er – som fremhevet ovenfor i pkt. 1 – at ond tro etter navnepolitikken er et absolutt vilkår for tap av domenenavnet, mens et varemerke kan nektes registrert også i andre situasjoner enn de som er nevnt i § 14 nr 7. Utover dette ligger det åpenbart subjektive elementer også i markedsføringslovens krav om at næringsdrivende må opptre i overensstemmelse med *god forretningsskikk* (mfl. § 1).

Høyesteretts dom i Rt. 2006 s. 1473 (Vesta) illustrerer den nære sammenhengen mellom krav om god/ond tro og krav om god forretningsskikk, idet bestemmelsen i vml. § 14 nr. 7 i denne saken ble tolket som ensbetydende med et krav om lojal opptreden. Saken gjaldt forsikringsselskapene Trygg-Hansas og Vestas bruk av livbøyer som varemerker for sine virksomheter. Begge selskapene hevdet i saken at det andre selskapets registrerte varemerke var i strid med deres rettigheter og måtte kjønnnes ugyldig. Vestas registrerte varemerke hadde utvilsomt bedre prioritet enn Trygg-Hansas, men på den annen side fant Høyesterett at Trygg-Hansa hadde tatt i bruk sitt merke på et tidligere tidspunkt enn Vesta. Spørsmålet som da oppsto var om Vestas registrerte merke måtte kjønnnes ugyldig etter § 14 nr. 7. Høyesterett konstaterte at det var på det rene at Vesta på registreringstidspunktet hadde vært klar over at Trygg-Hansa hadde tatt i bruk livbøyen som sitt varemerke. Etter *ordlyden* i § 14 nr. 7 var derfor betingelsene for å nekte Vesta registrering til stede da registreringene fant sted.¹³ Men retten sluttet seg samtidig til Vestas anførsel om at bestemmelsen måtte tolkes innskrenkende slik at den bare fikk anvendelse når søkeren hadde handlet illojalt. Grunnlaget for den innskrenkende tolkningen fant man i EFs varemerkedirektiv art. 4 nr. 4 g, hvoretter en medlemsstat *kan* fastsette at et varemerke skal nektes registrert når varemerket kan forveksles med en prioritert varemerkerett, så lenge søkeren handlet i ond tro ("bad faith") da det ble søkt.¹⁴ På grunnlag av praksis hos registreringsmyndigheten i EU, OHIM, fant Høyesterett at uttrykket ond tro i direktivet måtte forstås som en henvisning til "dishonest intention" (uærlig

¹³ Se dommens avsnitt 40.

¹⁴ Avsnitt 45–47.

hensikt).¹⁵ Ut fra målsettingen om rettsenhet ble § 14 nr. 7 tolket i samsvar med OHIMs praksis. Høyesterett uttalte: «I tråd med den forståelse som har utviklet seg i EU-praksis, må også vår bestemmelse leses med den presisering at dens anvendelse forutsetter at registreringen med søkers kunnskap om den andres bruk, *vil representere et brudd på god forretningskikk*» (uth. her).¹⁶ Høyesterett vedkjente seg at en slik tolkning var i strid med tidligere høyesterettspraksis (Rt. 1998 s. 1809, BUD), men fant altså at den var den riktige i lys av rettsutviklingen. Konsekvensen i saken var at Vestas registrering ikke ble kjent ugyldig, idet Høyesterett konstaterte at utviklingen av bruken av livbøyen som varemerke var skjedd under full åpenhet og med gjensidig forståelse mellom selskapene, og at det ikke var noen holdepunkter for å si at det ene selskapet forsøkte å ”stjele” ideen fra den andre, eller forsøkte å utnytte den annens goodwill. Vestas registrering av livbøyen som varemerke på 1980-tallet kunne derfor verken anses som illojal eller i strid med god forretningskikk.¹⁷

Det kan stilles spørsmål ved Høyesteretts tolkning av § 14 nr. 7 i Vesta-saken, ikke minst den sterke vektleggingen av administrativ praksis (OHIM). Det er imidlertid liten grunn til å gå inn på dette i denne sammenhengen. Det interessante her er at lovens krav om kunnskap tolkes i lys av det som oppfattes som direktivets krav om ond tro, og at dette utlegges som et krav om god forretningskikk. I det perspektivet blir kravet om god forretningskikk nok en ”godtrovariant”. I saken medførte det et enda lempeligere krav enn et krav om positiv kunnskap, idet man i tillegg til kunnskapen krevde en illojal opptreden. I andre sammenhenger kan nok et krav om god forretningskikk omfatte situasjoner der man ikke har hatt positiv kunnskap om de relevante omstendighetene, men der opptreden like fullt må anses som illojal.¹⁸ Det er med andre ord tale om en bredere vurderingsnorm enn de vanlige godtrostandardene.

Hovedpoenget i denne sammenhengen er i alle tilfeller at kravet om ond tro ikke har et enhetlig innhold, og at det kan dekke alt fra brudd på god forretningskikk til aktsomhetsnormer av ulik grad. I det perspektivet blir det neppe riktig å si at et slikt krav er fremmedartet i norsk rett. Heller ikke ”ondtrovarianten” i Navnepolitikken vedlegg H pkt. 1.2. om at abonnenten må ha kjent klagers rettigheter, eller vært grov uaktsom kan sies å være

¹⁵ Avsnitt 48–53.

¹⁶ Avsnitt 61.

¹⁷ Avsnitt 42.

¹⁸ For en fremstilling av det nærmere innholdet i «god forretningskikk» som rettslig kriterium, se Tore Lunde: God forretningskikk næringsdrivande imellom, Oslo 2001, kap. 5 (s. 161–201).

spesielt fremmed – kravet om positiv kunnskap er jo det samme som det som følger av ordlyden i vml. § 14 nr. 7, og uttrykket grov uaktsomhet burde være velkjent for de fleste norske jurister iallfall. Hvorvidt kravets innhold bør endres, til et krav om alminnelig uaktsomhet eller et krav om at handlingen ikke må være i strid med god forretningsskikk, blir et rent hensiktsmessighetsspørsmål, slik jeg ser det.

2.2 Valget av ”ondtro-standard”

Det finnes utvilsomt argumenter for å omdefinere kravet om ond tro med den følge at DOKs kompetanse utvides. Ett argument er at dagens definisjon neppe er helt i samsvar med UDRP-reglene, idet klagepraksis der viser at alminnelig uaktsomhet er tilstrekkelig (jf. ovenfor i 1.2). Det betyr samtidig at enkelte av høringsinstansenes argument om at en endring vil innebære at tvisteløsningsmekanismen fjerner seg fra den internasjonale normen, ikke er helt treffende. Et annet argument er – som fremhevet ovenfor – at en utvidelse av DOKs kompetanse kan øke mulighetene for å treffe ”riktige avgjørelser” fra et kjennetegnrettslig synspunkt. Men argumentet kan som nevnt slå begge veier. Motsatt kan hensynet til klarhet og rask/effektiv saksbehandling tilsi at dagens definisjon opprettholdes. Post- og teletilsynet bør selv foreta vurderingen av hvordan hensynene best bør avveies. Men igjen kan de tilsynelatende gode erfaringene med DOK tilsi forsiktighet med å endre dagens regler.

Et alternativ til å endre dagens krav om og definisjon av ond tro, er å lempe på beviskravene for at ond tro foreligger. Ikke minst bør en slik lemping vurderes for det tilfellet at domeneinnehaveren ikke leverer rettidig tilsvarende i klagesaken. Som nevnt ovenfor kan det, iallfall i enkelte saker, virke som DOK allerede praktiserer en slags snudd bevisbyrde i disse tilfellene.¹⁹ I den grad en slik praksis anses som hensiktsmessig, bør den imidlertid – av hensyn til domeneinnehaverne, komme til uttrykk i navnepolitikken.

.....

Oslo, 26. juni 2007

Ole-Andreas Rognstad

¹⁹ Se ovenfor ved note 4, også med en påpekning av at den samme tendensen kan spores i praksis under UDRP.

