



OSLO TINGRETT

DOM

Avsagt: Den 8. desember 2017 i Oslo tingrett

Saksnr.: 17-088009TVI-OTIR/02

Dommer: Dommerfullmektig Kaspar Nygaard Thommessen

Saken gjelder: Gyldigheten av avgjørelse fra Klagenemnda for industrielle rettigheter vedrørende slettelse av foretaksnavnet Humana

Humana AS

Advokat Steinar Lie og
advokatfullmektig Jens Herman Ruge

mot

Staten v/Klagenemnda for industrielle
rettigheter

Advokat Ingvill Matre Meinich

DOM

Saken gjelder krav om opphevelse av vedtak fra Klagenemnda for industrielle rettigheter.

Framstilling av saken

Selskapet Inom - Innovativ Omsorg i Norge AS ble stiftet 13. januar 2012. Selskapet ble i 2014 kjøpt opp av det svenske selskapet Humana AB, og fikk navnet Humana AS 25. september 2014. Selskapet har organisasjonsnummer 997 915 038.

Humana AB har gjort oppkjøp av flere andre norske selskaper. Selskapene som har blitt ervervet har da blitt innsatt som datterselskaper av Humana AS, som har fungert som Humana AB sitt norske eierselskap. Som følge av oppkjøpene til Humana AB har Humana AS hatt iallfall følgende datterselskaper: Tiltak For Ungdom - Agder AS, Birkelund Barnevernsenter AS, Løft AS, Våre Hjem AS, Tiltaksgruppen AS, Human Care Assistanse AS og Kvæfjord Opplevelse og Avlastning AS. I 2017 ble alle disse selskapene innfusjonert i Humana AS, kun med unntak av det sistnevnte selskapet. Et annet selskap i denne selskapsfæren er KOA Psykisk Helse AS. I dag har Humana AS cirka 1300 ansatte, tilsvarende om lag 800 årsverk. Selskapet er delt inn i flere regionale avdelinger, som lyder navnet «Humana AS avdeling [sted]».

Etter at foretaksnavnet Humana AS i september 2014 hadde blitt meldt inn og registrert, krevde Humana Sandvika AS at foretaksnavnregistreringen ble slettet ved administrativ overprøving av Patentstyret. Begrunnelsen var at selskapet mente foretaksnavnet Humana AS var egnet til å forveksles med flere av rettighetene til Humana Sandvika AS, herunder foretaksnavnet Humana Sandvika AS (organisasjonsnummer 940 413 451), det registrerte ordmerket «Humana» (registreringsnummer 130236) og det kombinerte merket til Humana Sandvika Medisinske Senter (registreringsnummer 202080). Humana Sandvika AS ble opprettet tilbake i 1986, og har dermed kjennetegnsrettslig prioritet foran Humana AS. Humana Sandvika AS anførte at foretaksnavnregistreringen til Humana AS var i strid med foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4.

Patentstyret tok stilling til spørsmålet i avgjørelse 3. mars 2016. Kravet fra Humana Sandvika AS ble her tatt til følge. Humana AS påklaget deretter vedtaket til Klagenemnda for industrielle rettigheter (KFIR). KFIR avsa avgjørelse 27. mars 2017. Avgjørelsen gikk ut på at klagen ble forkastet, og at registreringen av foretaksnavnet Humana AS skulle slettes.

Humana AS tok ut stevning mot KFIR 29. mai 2017. KFIR tok til motmæle i tilsvarende 27. juni 2017. Hovedforhandling ble avholdt 27. november 2017.

Det har vært flere andre saker i det samme sakskomplekset. I 2015 fremsatte Humana AB krav om administrativ overprøving av varemerkene til Humana Sandvika AS. Patentstyret avgjorde 19. februar 2016 at Humana Sandvika AS sine varemerker skulle slettes for flere klasser, men ikke alle de registrerte klassene. Humana Sandvika AS kom på sin side med innsigelser til Humana AB sine varemerkeregistreringer. I den saken kom Patentstyret til at det i henhold til varemerkeloven § 4 første ledd bokstav b ikke forelå forvekslingsfare mellom varemerkeregistreringene, på grunn av manglende tjenestelikhet. Patentstyret forkastet derfor innsigelsen til Humana Sandvika AS.

Saksøkerens påstandsgrunnlag

Humana AS bestrider ikke at det foreligger kjennetegnslikhet, eller at Humana Sandvika har en kjennetegnsmessig prioritet overfor saksøker, jf. foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 jf. § 3-2 andre ledd. Det må imidlertid også foreligge et minimum av bransjelikhet for at det skal kunne oppstå fare for forveksling og dermed et kjennetegnssinngrep, jf. loven § 3-3 første ledd.

Slik bransjelikhet foreligger ikke.

Kjennetegnet «Humana» er ikke spesielt fantasifullt og har heller ikke særlig sterkt vern for tjenester knyttet til håndtering av mennesker. Den lave graden av særpreg må, på samme måte som i den underliggende varemerkeretten ellers, få følger for graden av bransjelikhet som innehaver av den eldste retten må akseptere. Den som velger et kjennetegn som ligger tett opp mot det beskrivende, må akseptere temmelig nærgående navnebruk. Humana Sandvikas valg av foretaksnavn og varemerke gir dem derfor et svakt vern mot andres bruk av slikt kjennetegn i nærliggende bransjer.

Når det gjelder bransjelikheten skal vurderingen bygge på «foretakets reelle virksomhet i dag» jf. Ot.prp. nr. 43 (2002-2003). Virksomheten til KOA Psykisk Helse AS skal ikke tas med i vurderingen av bransjelikhet, da selskapet ligger utenfor Humana AS. Humana AS driver en omsorgsvirksomhet, og opererer ikke i samme bransje som Humana Sandvika AS. Humana AS retter sitt tilbud mot det offentlige, og ikke mot enhver privatperson, slik Humana Sandvika AS gjør. Omsetningskretsene er forskjellige. Dette illustreres også av at det i anbudskonkurransene Humana AS deltar i stilles strenge krav til selskapet. Dette er krav som ikke er relevante for Humana Sandvika AS, ettersom kundegruppen er en annen.

En anvendelse av rettssetningene Høyesteretts oppstilte i HR-2016-01993-A, hvor det ble konstatert at det ikke forelå bransjelikhet, leder til samme resultat i denne saken.

Saksøkerens påstand

1. *KFIRS avgjørelse av 27. mars 2017, sak 16/00100 kjennes ugyldig.*
2. *Humana AS tilkjennes sakskostnader.*

Saksøktes påstandsgrunnlag

Forvekslingsfare etter foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 beror på en konkret skjønnsmessig vurdering, hvor de sentrale momentene er kjennetegnslighet og bransjelikhet. I denne saken foreligger stor grad av kjennetegnslighet. Kjennetegnet «Humana» har alminnelig sterkt særpreg. Dette danner utgangspunktet for vurderingen av bransjelikhet.

Forvekslingsfaren skal vurderes fra perspektivet til «den alminnelige omsetning», jf. foretaksnavneloven § 3-2 andre ledd jf. § 3-3 første ledd. Dersom omsetningskretsen består av flere ledd, skal alle ledd tas med i vurderingen. Omsetningskretsen til Humana AS er forbrukere av helse- og omsorgstjenester i Østlandsområdet, samt offentlig ansatte tilknyttet slike tjenester. Det er ikke grunnlag for å begrense omsetningskretsen til kun de offentlige kundene, slik Humana AS fremholder. Dette gjør at de to foretakene skal anses å ha en overlappende omsetningskrets.

Humana Sandvika AS og Humana AS tilbyr likeartede tjenester, iallfall fra perspektivet til en forbruker. Forbrukere vil tro at Humana AS og Humana Sandvika AS har samme kommersielle forbindelse. De to foretakene tilbyr tjenester som supplerer hverandre, og som ofte vil kunne ha samme kommersielle forbindelse. Minimumskravet til bransjelikhet er oppfylt.

Faktum adskiller seg fra saksforholdet i HR-2016-01993-A. Konsekvensen er at resultatet blir det motsatte i denne saken.

Det foreligger forvekslingsfare etter foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4. KFIRs vedtak skal derfor ikke oppheves.

Saksøktes påstand

- 1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.*
- 2. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter tilkjennes sakens omkostninger.*

Rettsens vurdering

Saken gjelder spørsmålet om foretaksnavnet Humana AS krenker rettighetene til Humana Sandvika AS, jf. foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 sammenholdt med § 3-2 og § 3-3. Klagenemndas avgjørelse 27. mars 2017, som tok stilling til dette spørsmålet, er et lovbundet forvaltningsvedtak som kan prøves fullt ut av domstolene.

Foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 slår fast at et foretaksnavn ikke uten samtykke skal være «egnet til å forveksles» med et varekjennetegn som etter varemerkeloven har vern med eldre rett, eller med foretaksnavn som har vern etter foretaksnavneloven. Det er på det rene at de kjennetegnsrettslige rettighetene til Humana Sandvika AS har prioritet foran

foretaksnavnet Humana AS. Prioriteten gjelder både foretaksnavnet Humana Sandvika AS, ordmerket Humana og det kombinerte merket til Humana Sandvika Medisinsk Senter AS. Det er etter rettens syn ikke grunn til å foreta en selvstendig vurdering av forvekslingsfaren opp mot hver enkelt av disse rettighetene, ettersom verken ordmerket eller det kombinerte merket gir noen selvstendige rettigheter ut over foretaksnavnet med det identiske elementet «Humana». Det som skal vurderes med tanke på forvekslingsfaren er dermed foretaksnavnet Humana AS mot foretaksnavnet Humana Sandvika AS. Partene synes å være enige om dette utgangspunktet.

Spørsmålet om forvekslingsfare etter foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 beror på en helhetsvurdering. Bestemmelsen må likevel anses som å oppstille to kumulative minimumsvilkår, jf. HR-2016-1993-A (Pangeadommen) avsnitt 52. For det første må det foreligge kjennetegnslikhet, jf. foretaksnavneloven § 3-2 annet ledd. For det andre må det foreligge bransjelikhet, jf. foretaksnavneloven § 3-3 første ledd. Det vil være et innbyrdes avhengighetsforhold mellom disse to momentene, jf. HR-2008-1686-A avsnitt 40 vedrørende det tilsvarende vurderingstemaet etter den daværende varemerkeloven § 14 første ledd nr. 6. Avhengighetsforholdet innebærer at selv om begge vilkårene må være oppfylt for at det skal kunne foreligge forvekslingsfare, kan en lav grad av kjennetegnslikhet veies opp av høy grad av bransjelikhet. Denne elastisiteten gjelder naturlig nok også motsatt vei.

Kjennetegnslikhet

Det er enighet mellom partene at det foreligger kjennetegnslikhet, jf. foretaksnavneloven § 3-2 annet ledd. Likheten er åpenbar. Partene er derimot uenige om hvilken grad av særpreg foretaksnavnet Humana Sandvika skal anses å ha. Kjennetegnets særpreg – eller mangel på sådan – må tillegges vekt ved vurderingen av om det foreligger bransjelikhet, jf. Lassen/Stenvik side 325.

Om kjennetegnslikheten uttalte KFIR følgende i sin avgjørelse 27. mars 2017, i avsnitt 15:

«Når det gjelder kjennetegnslikheten kan Klagenemnda kort konstatere at det foreligger et identisk element i begge merkene, HUMANA. Klager bestrider heller ikke dette, men viser til at merket har lav grad av særpreg. Klagenemnda viser til at det ifølge foretaksnavneloven § 3-2 første ledd bare er kjennetegn som oppfyller varemerkeloven § 14 sitt krav til særpreg som skal ha vern mot lignende foretaksnavn eller varekjennetegn. Etter Klagenemndas oppfatning vil kjennetegnet oppfattes som suggestivt ved at det leder tankene mot at tjenestene retter seg mot mennesker (henspieler på ordet "human") eller at behandlingen foregår på en menneskelig måte. Klagenemnda er av den oppfatning at HUMANA har en relativt lav grad av iboende særpreg for de aktuelle tjenestene, men kjennetegnet har

beskyttelse mot identiske og lignende kjennetegn. Foretaksnavnelovens vilkår om at må det foreligge kjennetegnslikhet er dermed oppfylt, jf. foretaksnavneloven § 3-2 andre ledd.» (rettens understrekning)

Retten er på dette punkt enig med KFIRs vurdering, og tiltrer nemndas begrunnelse. Især innenfor behandling av mennesker må det kunne fastslås at «Humana» har et relativt svakt særpreg, fordi det indirekte benevner hva som behandles. Retten tar denne konstateringen med inn i vurderingen av vilkåret om bransjelikhet.

Bransjelikhet

Partene er uenige om hvorvidt vilkåret i foretaksnavneloven § 3-3 første ledd er oppfylt. I henhold til bestemmelsen er foretaksnavn etter foretaksnavneloven «bare egnet til å forveksles hvis de brukes eller ventes brukt for virksomhet av samme eller lignende slag (bransjelikhet)».

Vilkårets nærmere innhold ble forholdsvis utførlig behandlet av Høyesterett i Pangeadommen. Saken dreide seg om hvorvidt foretaksnavnet Pangea Property Partners AS krenket foretaksnavnet til Pangea AS, som hadde prioritet. Begge foretakene drev med finansielle tjenester, men der førstnevnte tilbød tjenester innenfor megling og corporate finance i markedet for næringseiendom, tilbød Pangea AS kredittkorttjenester i markedet for forbrukerkreditt. Partene var enige om både at det forelå kjennetegnslikhet, og at dominanten «Pangea» var et sterkt og særpreget kjennetegn. Vurderingstemaet for Høyesterett var av den grunn begrenset til om kriteriet om bransjelikhet i foretaksnavneloven § 3-3 første ledd var oppfylt. Høyesterett fant at tjenestene var så vidt forskjellige at det ikke forelå bransjelikhet. Utfallet ble derfor at det i henhold til foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 ikke forelå forvekslingsfare og at foretaksnavnet til Pangea AS ikke var krenket.

Det overordnede vurderingstemaet etter foretaksnavneloven § 3-3 første ledd er som nevnt om foretaksnavnet Humana AS brukes for virksomhet av samme eller «lignende slag» som Humana Sandvika AS. Det fremgår av forarbeidene at det er «foretakets reelle virksomhet i dag» som skal ligge til grunn for denne vurderingen, jf. Ot.prp.nr. 43 (2002-2003) side 18. Spørsmålet blir i første omgang om «partenes respektive tjenester oppfyller kravet til et minimum av likhet», slik problemstillingen ble knesatt i Pangeadommen avsnitt 64-65. Dette kravet er ikke veldig strengt. Sentrale vurderingstemaer er om tjenestene «alternativt er av samme art, har felles formål, anvendelse, distribusjonskanaler eller omsetningskrets, eller supplerer eller står i et konkurranseforhold til hverandre», jf. samme dom avsnitt 61.

På samme vis som at begge de to selskapene i Pangeadommen tilbød finansielle tjenester, kan det i denne saken konstateres at tjenestene til både Humana AS og Humana Sandvika AS faller inn under overbegrepet helse- og omsorgstjenester. Ved likhetsvurderingen kan det imidlertid ikke anlegges en såpass overordnet synsvinkel. Sammenligningen av

partenes respektive virksomheter må skje på et relevant abstraksjonsnivå, jf. Pangeadommen i avsnittene 62-63 og 66. Valg av abstraksjonsnivå har en side til vurderingen av foretakenes omsetningskretser, hvilket retten vil gjennomgå lenger ned. Her vil det først foretas en konkret vurdering av hvilke tjenester de to foretakene faktisk tilbyr.

Humana Sandvika AS driver et legesenter med fastleger og legespesialister. Selskapet tilbyr legetjenester. Basert på forklaringen til Sindre Stavnes – en av legene i selskapet – legger retten til grunn at selskapet for tiden har inne 12-15 leger og et omtrent like stort antall andre ansatte. Blant legene er om lag halvparten allmennleger og halvparten spesialister. Blant spesialistene er to revmatologer, én indremedisiner, én pediater, to nevrologer og én kardiolog.

Pasientene til allmennlegene i Humana Sandvika AS kommer stort sett fra de to nærliggende kommunene. Spesialistene har et noe større geografisk nedslagsfelt. Disse får henvist pasienter fra allmennleger i regionen, samt av og til fra offentlige sykehus. Det hender også at NAV sender dem bestilling på spesialistuttalelser. Felles for både allmennlegene og spesialistene er at den største andelen av pasientenes betaling skjer via Helfo (tidligere Helseøkonomiforvaltningen), som sørger for at behandlingene helt eller delvis blir dekket av det offentlige.

Basert på bevisførselen kan tjenestene som tilbys av det langt større selskapet Humana AS spaltes ned i fem:

1. Brukerstyrt personlig assistanse (BPA)
2. Barnevern
3. Tilsyn og veiledning til barn og familier
4. Helse og omsorg (HOT)
5. Rusbehandling/psykisk helse (som ikke leveres av Humana AS, men av KOA Psykisk Helse AS)

Tjenesten beskrevet i punkt 1 – brukerstyrt personlig assistanse (BPA) – har sin bakgrunn i en offentligstyrt ordning om tilretteleggelse for mennesker med til dels omfattende funksjonsnedsettelse. Formålet er at brukeren skal få et mest mulig aktivt og uavhengig liv til tross for funksjonsnedsettelsen. Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1d gir under nærmere omstendigheter borgere rett til å kreve slik assistanse.

Tjenestene beskrevet i punkt 2 og 3 henger sammen. Barnevernstjenestene går ut på å tilby hjelpetiltak, familiehjem, omsorgssentre og andre institusjonelle rammeverk for barn og ungdom. Så vidt retten kan forstå er Humana AS sine kontraktparter her utelukkende kommuner eller Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet (Bufdir). Begge har i henhold til barnevernloven kapittel 2 et ansvar for barnevernstjenestene i Norge. Tjenesten beskrevet i punkt 3 er av tilknyttet art. Tilknytningen illustreres av et konkurransegrunnlag fra BTV

innkjøp datert 10. november 2016. BTV innkjøp er felles innkjøpsenhet for Buskerud, Telemark og Vestfold fylkeskommuner. I konkurransegrunnlaget beskrives anskaffelsens formål og omfang på denne måten:

«Deltakende kommuner har behov for bistand til utførelse av følgende tiltak innen barnevernstjenesten:

- veiledning av familier og fosterfamilier, og veiledning av barn og ungdom, herunder endringsarbeid og miljøterapi for samtlige det skal gis veiledning for*
- tilsyn i hjemmet/kontrolltiltak*
- tilsyn under samvær (ikke tilsynsfører i fosterhjem)*
- miljøarbeid; praktisk bistand/midlertidig kompenserende tiltak» (rettens understrekninger)*

Tjenesten beskrevet i punkt 4 – helse og omsorg (HOT) – er et bo- og omsorgstilbud til mennesker med omfattende hjelpebehov. Administrerende direktør i Humana AS, Mona Gunhild Vangsnes Lien, fremhevet personer med atferdsproblemer, hjerneskade eller reduserte kognitive evner som eksempler på potensielle brukere. Innenfor denne tjenesten tilbyr Humana AS tre ulike boformer: Enetiltak, bofellesskap og satelittleiligheter. Også her er det det offentlige som har ansvar for å sørge for et adekvat tilbud, slik som for eksempel Velferdsetaten i Oslo for hovedstadens vedkommende.

En fellesnevner for disse fire første tjenestene er at de er av oppfølgende art, og at oppfølgingen formodentlig opererer med forholdsvis lange tidshorisonter. Tjenestene er myntet på det som kanskje best kan kalles for brukere, og ikke det man i dagligtalen kan kalle for pasienter. En annen fellesnevner er at tjenestene utelukkende skjer via det offentlige, og er av offentligrettslig art: Det er det offentlige som både handler inn tjenestene (om det er fra Humana AS eller andre), og bestemmer og velger ut hvem som kvalifiserer til å være brukere av de innkjøpte tjenestene. Etter bevisførselen legger retten til grunn at en forutsetning for brukernes benyttelse av tjenestene fra Humana AS er at de har fått en henvisning fra rette offentlige myndighetsorgan, basert på de kriterier som ligger til grunn for tjenesten. Det gis dermed ingen direkteadgang for privatpersoner, til tross for at privatpersonene ofte vil ha mulighet til å påvirke eller bestemme hvilken tjenestetilbyder de skal ende opp hos. I forlengelsen av dette legger retten til grunn at det ikke eksisterer et rendyrket kommersielt marked for tjenestene Humana AS tilbyr, og at dersom Humana AS mister sine kontrakter med det offentlige, faller markedet etter sin art fullstendig bort for selskapet. Slik retten ser det ville det da ha vært en omstendelig affære å omvende virksomheten til en virksomhet som kan selge tjenester direkte til privatpersoner. Det ville i tilfelle måtte ytes andre tjenester enn de som tilbys i dag.

Denne avhengigheten til det offentlige står i kontrast til tjenestene Humana Sandvika AS tilbyr. Selv om legene i Humana Sandvika AS mottar refusjon fra det offentlige, hvilket gjør at den enkelte pasient betaler mindre fra egen lomme og legene dermed oppnår en

gunstig konkurransesituasjon sammenlignet med rent kommersielle aktører, er det i prinsippet intet til hinder for at legene i Humana Sandvika AS fristiller seg fra offentlige refusjonsregimer og lar pasientene fullt ut betale behandlingene sine selv. I et slik hypotetisk tilfelle ville foretaket ha tilbudt de samme tjenestene som tilbys i dag. Tilknytningen til det offentlige dreier seg med andre ord om det økonomiske, og ikke til tjenestene som sådan.

Retten skal ikke gi seg i kast med et forsøk på å definere hva som naturlig bør anses som helsetjenester og hva som heller bør anses som omsorgstjenester, men legger til grunn at dersom overbegrepet helse- og omsorgstjenester skulle spaltes ned i to, hører tjenestene Humana AS tilbyr klart mest hjemme i kategorien for (sosial- og) omsorgstjenester. Dette i motsetning til tjenestene Humana Sandvika AS tilbyr, som i omtrent like entydig grad kan sies å tilhøre den andre enden av skalaen, altså helsetjenester.

Når det gjelder tjenesten beskrevet i det femte og siste punktet – rusbehandling/psykisk helse – bestrider Humana AS at denne tjenesten skal være med i likhetsvurderingen. Årsaken er at tjenesten ikke leveres av Humana AS, men av KOA Psykisk Helse AS. Dette er et selskap som befinner seg i den samme selskapsgruppen. Administrerende direktør Lien forklarte at hun er (og før innfusjoneringene var) daglig leder i alle de norske selskapene eid av Humana AB, herunder KOA Psykisk Helse AS. Hun ga ingen bestemt forklaring på hvorfor KOA Psykisk Helse AS ikke har blitt innfusjonert i Humana AS, i motsetning til de øvrige norske selskapene Humana AB har overtatt. At eieren har valgt å ikke innfusjonere akkurat dette selskapet i Humana AS, kan etter rettens syn ikke få avgjørende betydning med hensyn til om selskapets tjenester skal bli med i likhetsvurderingen. Retten viser til at det ved likhetsvurderingen vil «være av betydning å se på et foretaks ekspansjonsplaner/-muligheter på nærliggende områder», jf. Ot.prp.nr. 43 (2002-2003) side 18. I dette tilfellet synes ekspansjonsmuligheten særlig nærliggende, ettersom KOA Psykisk Helse AS allerede befinner seg i den samme selskapsfæren og har det samme bakenforliggende eierforholdet. Satt på spissen kan en innfusjonering derfor i prinsippet kunne skje ved et pennestrøk. Retten mener derfor at også tjenestene til KOA Psykisk Helse AS skal tas med i likhetsvurderingen.

Tjenesten KOA Psykisk Helse AS tilbyr skiller seg noe ut fra de fire første tjenestegruppene. Så vidt retten kan forstå er det også her en nødvendig betingelse for brukeradgang at det ligger til grunn en beslutning fra det offentlige, men disse tjenestene synes å ha et mer medisinsk preg. Det er imidlertid også her tale om institusjonelle og oppfølgende tjenester, med klare likhetstrekk til de fire førstnevnte tjenestene. Rusbehandling er ikke noe Humana Sandvika AS tilbyr, og de tilbyr heller ikke noe som likner. Etter rettens syn endrer dette derfor ikke drøftelsen av likhetene mellom tjenestene foretakene tilbyr, slik den har blitt gjennomgått ovenfor.

Staten v/KFIR har påpekt at iallfall enkelte av tjenestene Humana AS tilbyr forutsetter relevant helse- og sosialfaglig utdanning på bachelornivå. Dette tas til inntekt for at det er et minimum av likhet mellom tjenestene som tilbys.

Administrerende direktør Lien opplyste at de fleste ansatte hos Humana AS ikke har utdanning, og bærer tittelen miljøarbeidere. Hun forklarte også at det ikke finnes leger blant de ansatte i Humana AS, og at de ansatte som har medisinskfaglig bakgrunn har (kun) treårig vernepleier- eller sykepleierutdanning. De ansatte med slik utdanning bærer tittelen miljøterapeuter, og ikke vernepleiere eller sykepleiere. Etter rettens syn kan det kun ha begrenset betydning i likhetsvurderingen at det blant Humana AS sine ansatte finnes mennesker med den beskrevne bachelorutdannelsen. Det sentrale er fortsatt hvilke tjenester som tilbys. Når en av brukerne hos Humana AS for eksempel får behov for utskrivning av medisiner – som er en ytelse som ville ha falt inn under legetjenestene Humana Sandvika AS tilbyr – skjer dette via det offentlige og dermed utenfor virksomheten til Humana AS.

Etter dette er det rettens syn at tjenestenes *art, formål og anvendelse* må bedømmes som forskjellige.

Også *distribusjonskanalene* må anses som forskjellige. Gitt tjenestenes art må Humana AS forholde seg til offentlige aktører. Det er anbudskonkurranser som utgjør inngangsporten til nye oppdrag. Dette gjelder ikke for Humana Sandvika AS, som kan henvende seg direkte til enhver privatperson som kan tenkes å ha behov innenfor tjenestene de tilbyr. At Helfo helt eller delvis sørger for refusjon kan ikke anses å ha betydning for denne vurderingen.

Vedrørende *omsetningskretsen* uttales det i forarbeidene at hvem foretakene retter seg mot kan være «et viktig argument» ved vurderingen av bransjelikhet, og at det i tvilstilfeller lettere vil kunne konstateres bransjelikhet «dersom foretakene retter seg mot de samme kundene», jf. Ot.prp.nr 43 side 18. I juridisk teori fremholdes at man ikke bare må se «på de endelige avtagere av varene, men også på *hvert enkelt mellomledd* mellom produsent og endelig avtager», jf. Lassen/Stenvik, Kjenneregnsrett (3. utgave 2011) på side 318. De to forfatterne nevner forhandlere som et eksempel på mellomledd.

Humana Sandvika AS sine kunder er først og fremst forbrukere i lokalområdet. Humana AS sine kunder er i utgangspunktet kun offentlige aktører. Også Humana Sandvika AS har enkelte kunder fra det offentlige. Ut fra bevisførselen legges det til grunn at det er tale om andre offentlige aktører enn dem Humana AS forholder seg til. Fremhevede eksempler har vært de tidligere nevnte spesialistuttalelsene som innhentes av NAV, samt Helse Sør-Øst sine kortfristede anbudskonkurranser om hele pasientgrupper som har blitt utsatt for ventelistebrudd. At også Humana Sandvika AS har offentlige aktører som kunder innebærer ikke i seg selv at Humana Sandvika AS og Humana AS kan anses å ha overlappende omsetningskrets. Ved vurderingen av likhetene mellom omsetningskretsene

ville det ha båret for langt om alle landets offentlige aktører – som til sammen handler inn for mange hundre milliarder kroner i året – skulle bli vurdert som å være innen én og samme omsetningskrets.

Vurderingen av likhetene mellom de to aktørenes omsetningskretser stopper imidlertid ikke her. Etter rettens syn blir det for snevert å vurdere Humana AS sin omsetningskrets kun ut fra selskapets offentlige kunder, all den tid det til syvende og sist er forbrukere som benytter seg av tjenestene selskapet leverer. Slikt sett kan de offentlige aktørene – hva omsetningskretsen angår – anses som kun å være et mellomledd, på et vis som ligger tett opp mot det en alminnelig forhandler ville ha vært. Selv om det er det offentlige som står for oppgjøret, er det forbrukerne som genererer inntektene til selskapet. Rent økonomisk ligger situasjonen derfor ikke så langt unna refusjonsregimet Humana Sandvika AS opererer under. Ved vurderingen av omsetningskretsens yttergrenser er det av sentral betydning at brukeren ofte helt eller delvis har en valgfrihet ved sitt valg av leverandør, slik nevnt lenger opp. Dette er formodentlig årsaken til at Humana AS i sin markedsføring på firmaets nettsider henvender seg til nettopp sluttbrukere. Dersom forbrukerne ikke velger Humana AS som leverandør, bortfaller selskapets inntekter, i prinsippet på lik linje som om det var kontraktene med de offentlige kundene som hadde forsvunnet.

Omsetningskretsen til Humana AS må derfor anses som også å omfatte privatpersoner over hele Norge, om enn i en noe avledet form, da utvekslingen skjer innenfor rammene til den offentlige aktøren som har ansvar for tjenesten og forbrukernes valgfrihet derfor kun består av en ikke ubegrenset «leverandørmeny». Dette innebærer likevel at det er en regional overlapp når det gjelder kretsen av endelige avtagere. Sett innenfor den aktuelle regionen er den potensielle kundegruppen til Humana Sandvika AS temmelig stor, da folk flest kan ha bruk for legetjenester. Humana AS tilbyr mindre bredtfaunende tjenester, og selskapets potensielle kundegruppe må derfor antas å være noe mindre. Det er like fullt tale om en delvis overlapp av omsetningskretsene.

Spørsmålet blir da om det må regnes med at en «ikke ubetydelig del» av den felles omsetningskretsen vil kunne ta feil mellom Humana AS og Human Sandvika AS, jf. Lassen/Stensvik side 320 og HR-1998-63-A (Cosmica). Dette spørsmålet hører tradisjonelt hjemme i vurderingen av forvekselbarhet etter foretaksnavneloven § 3-2 annet ledd, slik poengtert i Ørstaviks artikkel i NiP 2016-4 om Pangeadommen. Retten legger likevel til grunn at problemstillingen er relevant også ved vurderingen av bransjelikhet etter foretaksnavneloven § 3-3 første ledd, jf. Pangeadommen avsnitt 61 og 70-71. Det er ved å stille dette spørsmålet man vil kunne se virksomhetene gjennom de mulige kundenes «briller». Spørsmålet har for øvrig en side til det relevante abstraksjonsnivået ved vurderingen av foretakenes tjenester, gjennomgått lenger opp. Etter rettens syn er det i samsvar med Pangeadommens rettssetninger at de mulige kundenes briller først ikles ved vurderingen av omsetningskretsen, og ikke allerede ved vurderingen av selve tjenestelikheten. Retten viser her til Høyesteretts uttalelser om mulige subjektive oppfatninger i nevnte avsnitt 71, tilsynelatende i tilknytning til sin vurdering av omsetningskretsen, og motsetningsvis

uttalelsen i dommens avsnitt 69 om at det vedrørende tjenestelikheden derimot «ikke [kan] være av betydning om publikum kjenner til» et bestemt forhold som objektivt sett stenger for at partene kan utføre de samme tjenestene. At man ved vurderingen av om vilkårene i foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4 er oppfylte må ta veien innom perspektivet til de mulige kundene, er uansett på det rene.

Vilkåret om at en ikke ubetydelig del av omsetningskretsen vil kunne ta feil mellom Humana og Humana Sandvika AS, må oppfattes relativt, og som nevnt knyttes opp mot den felles regionale omsetningskretsen. Om det absolutte tall på kunder som man må kunne regne med vil ta feil er stort eller lite, spiller normalt ingen rolle, men det er ikke nok om det bare må regnes med at én kunde vil kunne ta feil, jf. Borgarting lagmannsretts dom i RG 1997 s. 258. Retten legger til grunn at spørsmålet må besvares ut fra betraktningen til en gjennomsnittlig opplyst og oppmerksom forbruker. Ettersom gjennomsnittsforbrukeren neppe har stor interesse eller evne til å skille mellom ulike foretak, kan ikke forventningene til oppmerksomheten være særlig høye. Det er videre tilstrekkelig at den aktuelle feilen knytter seg til en indirekte forvekslingsfare, altså at forbrukeren vil kunne få en forestilling om at det foreligger en kommersiell forbindelse mellom partene, jf. HR-2008-1686-A (Søtt + Salt) avsnitt 43. Det er derimot ikke tilstrekkelig at forbrukeren i sitt møte med det ene foretaksnavnet gjenkaller i sin erindring det andre foretaksnavnet eller får assosiasjoner til dette, jf. samme dom.

Det er fremlagt dokumentasjon på at Humana Sandvika AS har mottatt brev som formodentlig har vært myntet på Humana AS. Brevene, som tilsynelatende er fra samme avsender, er adressert til «Humana Norge AB» med en adresse i Sandvika. Det er opplyst at dette er et foretaksnavn som aldri har eksistert. Avsenderen kan dermed ikke sies å ha vært særlig oppmerksom i forbindelse med utsendelsen. Faktisk forveksling er dessuten et svært beskjedent bevismoment, jf. Lassen/Stenvik side 321-322. Retten finner ikke grunn til å legge vekt på de feilsendte brevene som er fremlagt i saken.

Kjennetegnets særpreg – eller mangel på sådan – må som nevnt tillegges vekt ved vurderingen av om det foreligger bransjelikhet. Dette kommer til utslag i vurderingen retten nå er inne i. Man må gjennomgående regne med at publikum langt lettere vil tro at to like foretaksnavn med sterkt særpreg viser til den samme leverandøren, enn at to like foretaksnavn med svakt særpreg gjør det, slik påpekt i Lassen/Stenvik side 325. Forfatterne uttaler også at det særpregede merke må beskyttes for et bredere tjenestespektrum enn det mindre særpregede, iallfall når det er tale om identiske eller praktisk talt identiske kjennetegn.

I denne saken foreligger det praktisk talt identiske foretaksnavn, men de har et svakt særpreg. Retten tar derfor utgangspunkt i at forbrukere ikke uten videre vil kunne tro at det foreligger en kommersiell forbindelse mellom de to selskapene. Utgangspunktet er dermed

det motsatte av hva tilfellet ville vært dersom kjennetegnet «Humana» hadde hatt et sterkt særpreg.

Som tidligere redegjort for er tjenestenes art, formål og anvendelse forskjellige. I utgangspunktet, sett objektivt og isolert, er dette naturligvis velegnet til svekke – og i ytterste konsekvens eliminere – forvekslingsfaren. Sett fra de mulige kundenes perspektiv er det imidlertid langt fra sikkert at forskjellene mellom tjenestene til Humana AS og Humana Sandvika AS fremstår som like klare. Som antydnet lenger opp kan retten ikke se at det går noe distinkt skille mellom helsetjenester på ene siden, og sosial- og omsorgstjenester på den andre. Tjenestene er nært beslektet med hverandre. Gjennom øynene til en gjennomsnittlig opplyst og oppmerksom forbruker må det antas at tjenestene langt på vei fremstår som temmelig like eller iallfall overlappende. For en forbruker har det neppe mye å si om to virksomheter hver for seg driver for eksempel enten et legesenter, barnevernsenter, eldresenter, rusbehandlingssenter eller rekonvalesenthjem: Så fremt kjennetegnslikheten er tilstede, vil det trolig være nærliggende å tenke at det er en kommersiell forbindelse dem imellom, til tross for at det ikke er tale om identiske typer virksomheter. Tilsvarende betraktninger gjør seg gjeldende i denne saken, selv om det altså er tale om et foretaksnavn med lavt særpreg.

I forlengelsen av dette er det nærliggende å anta at en ikke ubetydelig andel av den felles omsetningskretsen vil kunne ta feil mellom Humana AS og Human Sandvika AS, til tross for det lave særpreg. Det oppfattes neppe som uvanlig at foretak innenfor dette spektrumet leverer flere typer tjenester. Det er i denne forbindelse illustrerende at det finnes iallfall ett eksempel på en stor og kjent leverandør i det norske markedet som – uavhengig av hvordan man måtte definere de ulike undergruppene av tjenester – utvilsomt driver med både helse-, sosial- og omsorgstjenester. Dette er Aleris, som riktignok er en langt større aktør enn partene i denne saken. Retten legger ikke til grunn at Aleris er så pass tilstede i folks bevissthet at konsernets eksistens i seg selv medfører at forbrukere vil kunne tro det er en kommersiell forbindelse mellom Humana AS og Humanas Sandvika AS. Etter rettens syn tjener Aleris derimot som et praktisk eksempel på at det generelt er en forbindelse mellom helse-, sosial- og omsorgstjenester. Som nevnt er dette av betydning for hvordan Humana AS og Humana Sandvika vil kunne oppfattes. Ei heller er det grunn til å tro at det oppfattes som uvanlig at selskaper innen helse-, sosial- og omsorgstjenester har flere lokale filialer, hvor det regionale stedsnavnet legges til i foretaksnavnet. Humana AS er selv et eksempel på dette.

Slik retten ser det avviker saken derfor på dette punkt fra saksforholdet i Pangeadommen. I dommen uttalte Høyesterett at finanshusbetraktninger ikke kunne endre Høyesteretts konklusjon, da en slik betraktning vil medføre en sammenligning på et for høyt abstraksjonsnivå «dersom det ikke er noen forbindelse mellom de aktuelle tjenestene», jf. dommens avsnitt 73. Høyesterett mente at det ikke forelå noen relevant forbindelse mellom kredittgivning og eiendomsmegling. Som det vil ha fremgått mener retten at det i denne

saken foreligger en forbindelse mellom tjenestene til Humana AS og Humana Sandvika AS. Etter rettens syn er konsernbetraktninger derfor relevante, altså når man anlegger perspektivet til de mulige kundene.

Etter rettens syn må det regnes med at en ikke ubetydelig del av den felles regionale omsetningskretsen vil kunne ta feil av Humana AS og Humana Sandvika AS, ved å kunne få en forestilling om at det foreligger en kommersiell forbindelse mellom partene.

Det er på det rene at Humana AS og Humana Sandvika AS ikke står i et *konkurransforhold* med hverandre. Slik retten ser det kan tjenestene til Humana AS anses som et *supplement* til tjenestene Humana Sandvika AS tilbyr, iallfall såfremt man har forbrukernes briller på. Dette i forlengelsen av konklusjonen ovenfor vedrørende omsetningskretsen.

Etter dette er det rettens oppfatning at foretaksnavnet Humana AS brukes eller ventes brukt for virksomhet av lignende slag som Humana Sandvika AS. Vilkåret om bransjelikhet anses dermed oppfylt, jf. foretaksnavneloven § 3-3 første ledd.

Samlet vurdering

Retten har kommet frem til at det foreligger bransjelikhet, og dermed at begge vilkårene for å konstatere forvekselbarhet er oppfylt, jf. foretaksnavneloven § 3-2 andre ledd og § 3-3 første ledd. Foretaksnavnene er meget like, men har lav grad av særpreg. Sett fra perspektivet til de mulige kundene er bransjelikheten stor. Etter en helhetsvurdering finner retten at foretaksnavnet Humana AS er egnet til å forveksles med foretaksnavnet Humana Sandvika AS med bedre prioritet, og dermed er i strid med foretaksnavneloven § 2-6 nr. 4.

Det er ikke grunnlag for å oppheve KFIRs vedtak som ugyldig.

Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.

Sakskostnader

Humana AS må i henhold til hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd idømmes sakskostnader. Retten har vurdert unntaksbestemmelsene i tvistelovens kapittel 20, og funnet at de ikke kommer til anvendelse. Advokat Meinich har levert sakskostnadsoppgave på kr 67.500 eks. mva, som i det alt vesentlige utgjør salærer. Merverdiavgift er ikke krevd. Det har ikke kommet innvendinger til sakskostnadskravet. Retten anser sakskostnadene som rimelige og nødvendige, og sakskostnader idømmes i samsvar med oppgaven.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter frifinnes.
2. I sakskostnader dømmes Human AS til å betale til staten v/Klagenemnda for industrielle rettigheter 67.500 – sekstisyv tusenfemhundre – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

Retten hevet

Dokument i samsvar med undertegnet original

Oslo tingrett 8. desember 2017

Elin A. Krogstad

Kaspar Nygaard

Thommessen

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner
Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling. Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.
