



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Sagt: 15.04.2021

Saksnr.: 19-036567ASD-BORG/02

Dommarar:

Lagdommar	Halvard Leirvik
Lagdommar	Trine Christin Riiber
Sorenskrivar, tilkalt dommar	Kari Johanne Bjørnøy

Ankande part	Brabank ASA	Advokat Gunnar Meyer Advokatfullmektig Tove Marie Øymo
Ankande part	Ikano Bank Ab (publ), Norway Branch	Advokat Gunnar Meyer Advokatfullmektig Tove Marie Øymo
Ankande part	Komplett Bank ASA	Advokat Gunnar Meyer Advokatfullmektig Tove Marie Øymo
Partshjelpar	Hovedorganisasjonen Virke	Advokat Anders Aasland Kittelsen
Ankemoøtpart	Bank Norwegian ASA	Advokat Jan Magne Langseth Advokat Christian Henrik Prahls Reusch
Partshjelpar	Google LLC	Advokat Knut Glad Advokat Beatrice Ignacius

Saka gjeld spørsmål om bruk av kjenneteiknet til ein konkurrent som betalt søkeord ved annonsering på ein søkemotor på internett er i strid med kravet om «god forretningsskikk» i marknadsføringslova § 25.

Partane i saka er alle bankar som tilbyr tenester til norske forbrukarar, blant anna lån utan at banken krev at det blir stilt pant – gjerne omtalt som forbrukslån.

Internett er ein viktig kanal for partane når det gjeld å koma i kontakt med kundar. Google LLC er ei føretak med hovudkontor i USA, som tilbyr søkemotoren Google på internett. Det er gratis å bruka søkemotoren, men Google LLC tilbyr mot betaling at annonsar blir viste i tilknytning til trefflista etter eit utført søk. Treff i form av slik annonse blir gjerne omtalt som eit betalt treff eller eit sponsa treff, i motsetnad til eit ordinært søketreff som gjerne blir omtalt som eit organisk treff. Detaljane i denne samanhengen blir omtalte nærare seinare i dommen under merknadene til lagmannsretten.

Samtlege av partane betaler Google LLC for annonsar. Det er semje om at partane har ulik praksis ved slik annonsering. Det er ikkje omstridd at Bank Norwegian AS betaler Google LLC for å auka sjansen for at selskapet sine annonsar blir viste på trefflista når personar søker på kjenneteiknet (namnet), eller deler av kjenneteiknet, til dei andre partane i saka – Ikano Bank AB (publ) Norway Branch, BRABank ASA og Komplett Bank ASA. Dei sistnemnde partane meiner at praksisen til Bank Norwegian AS er i strid med marknadsføringslova § 25, og dei kravde i 2017 – saman med Santander Consumer Bank AS – at spørsmålet blei prøvd av Næringslivets Konkurransesutvalg. I uttale 28. august 2017 kom Næringslivets Konkurransesutvalg til at annonsepraksisen er i strid med marknadsføringslova § 25. Uttalen er ikkje rettsleg bindande for Bank Norwegian AS, og selskapet har ikkje endra praksis.

Ved stemning 28. februar 2018 til Asker og Bærum tingrett tok Ikano Bank AB (publ) Norway Branch, Monobank ASA og Komplett Bank ASA ut søksmål mot Bank Norwegian AS. Monobank ASA har som ledd i ein fusjon seinare endra namn til BRABank ASA. I stemninga blei det kravd dom for at Bank Norwegian AS «forbys å benytte som søkeord for Bank Norwegian AS' egne tjenester, de foretaksnavn og varemerker/kjennetegn» som tilhøyrrer saksøklarane og som «er omhandlet i saken». Den same påstanden blei lagt ned under hovudforhandlinga i tingretten. Bank Norwegian AS kravde å blir frifunne og å få erstatta sakskostnadene.

Asker og Bærum tingrett sa 4. januar 2019 dom med slik domsslutning:

1. Bank Norwegian AS frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Saksøklarane har anka dommen til Borgarting lagmannsrett. Anken gjeld bevisvurderinga og rettsbruken.

I prosesskriv 27. august 2019 til lagmannsretten gav Hovedorganisasjonen Virke (seinare omtalt som Virke) fråsegn om partshjelp til fordel for dei ankande partane.

I prosesskriv 1. november 2019 gav Google LLC fråsegn om partshjelp til fordel for Bank Norwegian AS. Dei ankande partane gjorde gjeldande at vilkåra for partshjelp ikkje var til stades, men i orskurd 22. januar 2020 godtok lagmannsretten partshjelpa.

Under saksførebuinga i lagmannsretten kravde Bank Norwegian AS at spørsmål knytt til rekkevidda av EØS-reglane samanhalde med bruken av marknadsføringslova § 25 skulle bli lagde fram for EFTA-domstolen, jf. domstollova § 51 a. I vedtak 10. februar 2020 avslo lagmannsretten kravet.

Tidspunktet for ankeforhandling var først fastsett til 24. – 27. mars 2020. Forhandlingane blei utsette på grunn av omsynet til smittevern som følgje av koronapandemien.

Ankeforhandling blei halde i Oslo 9. – 12. mars 2021. Ti vitne forklarte seg. Nærare detaljar om bevisføringa går fram av rettsboka.

Ankande partar, **Ikano Bank AB (publ) Norway Branch, BRABank ASA og Komplett Bank ASA**, har i korte trekk argumentert slik:

Bank Norwegian AS sin praksis med å bruka kjenneteikna til konkurrentane som betalt søkeord ved annonsering på søkemotoren Google, og på tilsvarende søkemotorar, er i strid med marknadsføringslova § 25. Kjenneteikna til dei ankande partane har ein verdi som følgje av den innsatsen som desse partane har lagt ned for å byggja opp eige renommé, blant anna gjennom aktiv marknadsføring mot moglege kundar. Når kjenneteikna deira blir brukte som betalte søkeord av andre, utgjør dette ei snylting på den innsatsen som dei har lagt ned.

At det er tale om snylting, er dokumentert gjennom bevisføringa under ankeforhandlinga. Det er ført bevis for at det er ein klar samanheng mellom ressursar som dei ankande partane bruker på TV-reklame og på omfanget av søk som moglege kundar i etterkant gjer på internett på kjenneteikna til dei ankande partane. Det blir vist til statistikk for Komplett Bank ASA. Bank Norwegian AS satsar for sin del ikkje på TV-reklame, men bruker i staden store midlar på å kjøpa «Komplett Bank» og andre kjenneteikn til konkurrentar som søkeord ved annonsering på søketenesta til Google. Dette er snylting.

Ved kjøp av dei omtalte søkeorda sørgjer Bank Norwegian AS for at selskapet sine annonsar dukkar opp øvst på lista over søketreff. Fleire sakkunnige vitne har forklart at det

har høg verdi å koma øvst fordi toppreffet blir lagt mest merke til. Alle partane har heimesider på internett som er relevante når potensielle kundar gjer søk på *ein* av partane sitt kjenneteikn. Det er liten skilnad på dei produkta som partane tilbyr, utover at det kan vera ulike lånevilkår. At alle partane har relevante heimesider, gjer at det i praksis blir den aktøren som byr den høgaste prisen til Google på kjenneteiknet som oppnår å få best plassering ved visninga av trefflista. Den som har best plassering, har størst sjanse til å oppnå ein ny kunde.

Ved tolkinga og bruken av marknadsføringslova § 25 må det leggjast vekt på etablert praksis i bransjen. Blant bankane i Noreg er Bank Norwegian AS tilnærma aleine om annonsepraksisen. I andre bransjar er praksisen svært uvanleg, truleg fordi dei aller fleste oppfattar denne som uetisk.

Det må leggjast særleg vekt på vurderingane til Næringslivets Konkurransutvalg, som har etablert ein fast og eintydig praksis om at slik annonsering er i strid med marknadsføringslova § 25. Næringslivets Konkurransutvalg har i ulike saker konsekvent uttalt dette over ein periode på 15 år. Utvalet har ei brei samansetting med ulike representantar for næringslivet, og blir leia av høgt kvalifiserte juristar som er ekspertar på rettsfeltet.

Det er ikkje omsyn som tilseier at det er noko reelt behov for at konkurrentar sine kjenneteikn skal brukast som søkeord ved annonsering. Det er ikkje slik at annonsepraksisen fremjar konkurransen. Av partane i saka er Bank Norwegian AS den desidert største aktøren i Noreg. Ved sin praksis tvingar Bank Norwegian AS partane inn i ein priskrig om å bli synleg på internett når moglege kundar brukar kjenneteikn ved søk. Aktørane blir tvungne til å betala for sine egne kjenneteikn som søkeord. Eit slikt system er berre til gagn for den aktøren som har størst midlar til disposisjon. Omsynet til forbrukarane tilseier at praksisen er i strid med «god forretningsskikk». Ein stor del av forbrukarane oppfattar ikkje skilnaden mellom betalte treff og organiske treff. Slike forbrukarar vil bli villeia. For dei forbrukarane som oppfattar skilnaden, er det ein ulempe å måtta leita lengre ned i trefflista etter det relevante treffet.

I Danmark er det ikkje vanleg at aktørar betaler for kjenneteiknet til konkurrentar som søkeord. Bank Norwegian AS gjer heller ikkje dette i Danmark. Det er ingen grunn til at praksisen skal vera annleis i Noreg. I Sverige har Marknadsdomstolen i ei avgjerd godtatt bruk av slike kjenneteikn som betalte søkeord, men den rettslege reguleringa i Sverige skil seg frå reguleringa i Noreg. Dette er dessutan ei avgjerd i første instans.

Det blir ikkje gjort gjeldande som eit eige påstandsgrunnlag at praksisen til Bank Norwegian AS er i strid med varemerkeretten. Det følgjer av avgjerder frå EU-domstolen at annonsepraksisen utgjer eit inngrep i varemerkeretten, så sant det også er risiko for å skada interessene til den som eig varemerket knytt til varemerket sine ulike funksjonar.

Under saksførebuinga i lagmannsretten hevda dei ankande partane først at det låg føre slikt inngrep. Bank Norwegian AS endra seinare utforminga av annonsetekstane sine hos Google, slik at det gjekk tydelegare fram kven som stod bak annonsane. Dette førte til at faren for forveksling blei mindre, og dei ankande partane gav difor avkall på dette påstandsgrunnlaget.

Marknadsføringslova § 25 varetar andre og breiare omsyn enn varemerkelova. Det følgjer av Rt-1998-1315 at marknadsføringslova § 25 gjeld sjølv om sakstilhøvet også blir regulert av spesialreglar i marknadsføringslova, varemerkelova eller av andre reglar med konkurranserettsleg relevans. I varemerkedirektivet er det slått fast at den harmoniserte EU-varemerkeretten ikkje utelukkar at varemerkelovgjevinga blir supplert av nasjonale reglar som rammar urettferdig konkurranse. Marknadsføringslova § 25 vernar om lojaliteten i næringslivet, og både subjektive og objektive omstende er relevante. Regelen skal sikra sunn konkurranse i næringslivet. Det skal ikkje vera mogleg å hausta av goodwill som ein konkurrent har opparbeidd.

Bank Norwegian AS sin argumentasjon om at eit forbod i medhald av marknadsføringslova § 25 vil vera ein ulovleg restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 36, kan ikkje føra fram. Det er ikkje tale om nokon restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 36. EU-domstolen har slått fast at nasjonale reglar som avgrensar eller forbyr bestemte former for sal ikkje utgjer nokon restriksjon så lenge reglane er ikkje-diskriminerande og påverkar omsetnaden av varer og tenester levert innanlands og frå utlandet på same måte. For det tilfellet at eit forbod blir vurdert som ein restriksjon etter EØS-avtalen artikkel 36, er den uansett rettferdiggjort ved at den forfølgjer eit legitimt føremål. Eit forbod er også i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet.

Argumentasjonen til Bank Norwegian AS om at konkurranselova § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 er relevante for vurderinga etter marknadsføringslova § 25, kan ikkje føra fram. Dei ankande partane har gått til sak for å få avslutta den rettsstridige praksisen til Bank Norwegian AS. Utover det er det ikkje tale om at dei ankande partane opptre på nokon samordna måte.

Det er lagt ned slik påstand:

Prinsipalt:

Bank Norwegian AS forbys å benytte i betalt søkeordsannonsering på Google eller annen tilsvarende søkemotor for Bank Norwegian AS' egne tjenester søkeord og -fraser inneholdende ordene "Ikano", "Ikano Bank", "Monobank", "BRABank" og "Komplett Bank", uansett skrivemåte, herunder om det deles opp i to ord eller ikke, samt søkeord og -fraser inneholdende ordene "Komplett" og "BRA" i kombinasjon med beskrivende søkeord og -fraser for banktjenester.

Subsidiært:

Det å benytte i betalt søkeordsannonsering på Google eller annen tilsvarende søkemotor for Bank Norwegian AS' egne tjenester søkeord og -fraser inneholdende ordene "Ikano", "Ikano Bank", "Monobank", "BRABank" og "Komplett Bank", uansett skrivemåte, herunder om det deles opp i to ord eller ikke, samt søkeord og -fraser inneholdende ordene "Komplett" og "BRA" i kombinasjon med beskrivende søkeord og -fraser for banktjenester, alt med søkeresultat av den art som fremkommer av skjermdumper 15. januar 2021 (vist på nettbrett), 20. januar 2021 (vist på mobil) og 26. januar 2021 (vist på PC) og inntatt i sakens dokumenter, er rettsstridig.

I alle tilfelle:

Bank Norwegian AS og Google LLC dømmes in solidum til å erstatte Ikano Bank AB (publ) Norway Branch, BRABank ASA og Komplett Bank ASA's sakskostnader for tingretten (med unntak for Google LLC) og lagmannsretten.

Partshjelpar, **Hovedorgansiasjonen Virke**, har i korte trekk argumentert slik:

Bank Norwegian AS sin bruk av konkurrentar sitt kjenneteikn som betalt søkeord er i strid med marknadsføringslova § 25. Det same gjeld for alle andre næringsdrivande som gjer bruk av konkurrentar sitt kjenneteikn på denne måten.

Den aktuelle bruken er lite berekraftig fordi verksemdene må bruka ressursar på å verna si eiga nettside, utan at det gjev noka tilsvarende vinst for samfunnet. Det er betre at dei næringsdrivande brukar ressursane sine til å utvikla si eiga verksemd til fordel for kundane, framfor å betala til dømes Google for å halda oppe verdien av sitt eige namn. Desse kostnadene må bli pulverisert gjennom høgare prisar for forbrukarane. Praksisen er såleis skadeleg for forbrukarane.

Sentralt i saka står om det skal vera mogleg å kjøpa seg til topptreffet i søkemotoren når det blir søkt på kjenneteiknet til ein konkurrent. Det bør det ikkje vera. Sidan det hos Google kan vera inntil fire betalte treff på toppen av trefflista, risikerer ein aktør også å falla heilt utanfor den øvste delen av trefflista dersom aktøren ikkje betaler for sitt eige kjenneteikn som søkeord.

Ved vurderinga etter marknadsføringslova § 25 skal det leggjast vekt både på omsynet til næringslivet, omsynet til forbrukarane, etikk og moral. Det skal ikkje leggjast til rette for usunn konkurranse. Det er ei utbreidd oppfatning i næringslivet at praksisen til Bank Norwegian AS ikkje er «god». Det blir vist til vitneforklaringar frå representantar for medlemmene til Virke, og til praksis frå Næringslivets Konkurranssutvalg. Mange forbrukarar blir forvirra av dei søketreffa som dukkar opp ved bruk av annonsepraksisen til Bank Norwegian AS. Dei forbrukarane som ikkje blir forvirra, blir irriterte over at topptreffa ikkje samsvarer med søket.

Virke har ikkje lagt ned påstand for lagmannsretten, og har såleis heller ikkje kravd erstatning for eigne sakskostnader.

Ankemetaparten, **Bank Norwegian AS**, har i korte trekk argumentert slik:

Dommen til tingretten er rett, både når det gjeld resultatet og grunngevinga. Det er ikkje tale om brot på marknadsføringslova § 25.

Annonsering på søkemotorar på internett inneber at det blir vist tilbod om alternative tenester til forbrukarane. Framgangsmåten til Bank Norwegian AS er ikkje illojal. Den inneber ikkje noka form for urettmessig snylting. Annonserane er ikkje utforma slik at det oppstår nokon fare for forveksling med namna eller tenestene til dei ankande partane. Dette har dei ankande partane også vedgått, i alle fall slik at dei ankande partane ikkje lenger hevdar at det ligg føre brot på varemerkelova. Dei betalte annonsane er tydeleg merkte. Ein opplyst forbrukar ser klart skilnaden på ei betalt annonse og eit organisk søketreff.

Dei ankande partane har ikkje hevda at det er kritikkverdige omstende når det gjeld ordlyden i annonsane til Bank Norwegian AS, eller ved den visuelle utforminga av desse. Dei ankande partane har heller ikkje hevda at det er urettmessig at Google tilbyr sal av annonsar som blir plasserte øvst på trefflista, over dei organiske treffa. Annonserane til Bank Norwegian AS omtaler aleine selskapet sine eigne tenester. Det blir ikkje vist til namna til dei ankande partane eller til deira varemerke.

Argumentasjonen til dei ankande partane må oppfattast slik at det berande synspunktet er at kjøp av konkurrentar sine kjenneteikn som søkeord ved denne typen marknadsføring, blant anna gjennom tenesta Google Ads, *i seg sjølv* utgjer eit brot på marknadsføringslova § 25. Dette kan ikkje føra fram. For at det skal vera snakk om ei handling i strid med «god forretningskikk» etter marknadsføringslova § 25 må det krevjast noko meir enn at eit kjenneteikn har blitt brukt som betalt søkeord.

Dei tekniske løysingane til Google er slik at ein annonse for ein konkurrent kan bli vist ved søk på eit kjenneteikn, sjølv om den aktuelle konkurrenten *ikkje* har betalt for kjenneteiknet som søkeord. Fordelen med ein praksis der det blir betalt for søkeordet, er at utforminga av den konkrete annonsen kan bli tilpassa søkeordet. Det blir på denne måten lettare å ha kontroll på kva annonse som blir vist ved kvart einskilt søkeord, slik at ein blir endå tryggare på å unngå forvekslingsfare.

Annonsering i Google inneber ikkje at dei organiske treffa blir borte frå søkeresultatet. At verksemder må betala for å bli vist øvst på trefflista, er ein ordinær kostnad til marknadsføring i moderne tid. Kvar einskild aktør må avgjera om vedkomande vil betala for annonsering knytt til sitt eige kjenneteikn. Fordelen er at aktøren då oppnår å bli endå

meir synleg. Framgangsmåten skil seg i prinsippet ikkje frå at det tidlegare var mogleg å be om spesiell plassering av annonsar på Gule sider i telefonkatalogen. Det var mogleg å få plassert ei annonse både der aktøren sjølv stod oppført i lista over telefonnummer, i tillegg til å ha annonse der ein konkurrent stod oppført.

Det kan ikkje leggjast vekt på avgjerdene til Næringslivets Konkurransautvalg. Utvalet tok eit feilaktig standpunkt i den første avgjerda for fleire år sidan, og har seinare halde fast på dette synet. Det er med urette bygd på at bruken av betalte søkeord inneber ein skjult døropnar. Dette er ei misvisande skildring. Det er tale om tydeleg merkte annonsar, som forbrukaren aktivt må velja å trykka på for at forbrukaren skal koma vidare til heimesida til annonsøren. Det er ingen forvekslings- eller assosiasjonsfare. Vurderingane til Næringslivets Konkurransautvalg er mangelfulle ved at praksis frå EU-domstolen knytt til varemerkeretten og konkurranseretten ikkje har blitt trekte inn. Sidan Næringslivets Konkurransautvalg vurderer sakene aleine basert på marknadsføringslova kapittel 6, blir ikkje problemstillinga sett inn i den samanhengen som det er påkravd å gjera.

Praksis frå EU-domstolen støttar synet til Bank Norwegian AS. I avgjerd 22. september 2011 (Interflora-dommen) er det bygd på at annonsepraksisen i seg sjølv ikkje er til skade for eit varemerke sitt særpreg eller renommé. Så lenge det ikkje skjer noka krenking av varemerket sin funksjon, er det tale om sunn og lojal konkurranse. Ankande partar sitt syn om at kjøp av konkurrentar sitt kjenneteikn i seg sjølv er i strid med «god forretningsskikk» etter marknadsføringslova § 25, er ikkje mogleg å sameina med vurderinga til EU-domstolen.

Dei omsyn som er verna etter marknadsføringslova §§ 25 og 30 og etter varemerkelova § 4, er heilt samanfallande i denne saka. Det er ikkje grunnlag for å konkludera med noko brot på generalklausulen i marknadsføringslova § 25 når dei aktuelle omsyna er fanga opp av spesialreglane. Det talar også imot å nytta generalklausulen at marknadsføringslova § 26, med tilhøyrande forskrift, går svært langt i å tillata bruk av varemerkene til konkurrentar så lenge bruken ikkje drar ein urimeleg fordel av det positive omdømmet som er knytt til varemerket.

Det må gjelda ein høg terskel for å byggja på at ei handling er i strid med god forretningsskikk så lenge varemerket eller kjenneteiknet ikkje har blitt krenkt. Det må skje ei vurdering av om det er omstende som ikkje blir fanga opp av spesialreglane, og dessutan av om omsynet til sunn konkurranse tilseier at det bør gjelda eit vern som går lengre enn det som følgjer av spesialreglane, jf. Rt-1998-1315.

Bank Norwegian AS meiner at samtlege relevante element her blir fanga opp av spesialreglane i varemerkelova og marknadsføringslova. I tillegg er det slik at annonsepraksisen er med på å styrka den sunne konkurransen i marknaden.

Dersom det likevel blir bygd på at marknadsføringslova § 25 inneber skrankar for annonsepraksisen, utgjer dette ein sjølvstendig restriksjon etter EØS-retten, jf. EØS-avtalen artikkel 36. Bruk av varemerke som betalte søkeord er i seg sjølv ikkje noka krenking av varemerkedirektivet (direktiv 2015/2436). Dette følgjer både av rettspraksis og juridisk teori. Sidan annonseringspraksisen til Bank Norwegian AS ikkje inneber nokon forvekslingsfare, er det ikkje mogleg å konkludera med at det ligg føre brot på marknadsføringslova § 25, utan at ein bryt med dei EØS-rettslege pliktene til Noreg. Dei EØS-rettslege pliktene har høgare rettskjeldemessig rang, jf. EØS-lova § 2.

Konkurranselova § 10 og EØS-avtalen artikkel 53 forbyr at aktørar opptre samordna når føremålet, eller verknaden, er at konkurransen blir innskrenka. Eventuelle avtalar mellom partane i saka om korleis marknadsføring skal skje på søkemotorar på internett, vil såleis ikkje vera lovlege. Dette må ha relevans for vurderinga av kva rekkevidde det er rimeleg å gje generalklausulen i marknadsføringslova § 25.

Det er lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. De ankende parter og Hovedorganisasjonen Virke erstatter in solidum Bank Norwegian AS' sakskostnader for lagmannsretten.
3. De ankende parter erstatter in solidum Bank Norwegian AS' sakskostnader for tingretten med tillegg av avsavnsrente.

Partshjelpar, **Google LLC**, har i korte trekk argumentert slik:

Annonsepraksisen er ikkje i strid med marknadsføringslova § 25. Praksisen fremjar konkurranse, og er ein fordel både for verksemdene og forbrukarane.

Det står sentralt at EU-domstolen i Interflora-dommen har slått fast at annonsepraksisen ikkje krenker varemerkeretten, og at bruken av varemerket som søkeord i den aktuelle saka var eit uttrykk for sunn og lojal konkurranse.

Marknadsføringslova § 25 kan ikkje tolkast slik at den gjev eit utvida vern samanhalde med varemerkelova og annan spesiallovgeving, utan at det ligg føre særskilte haldepunkt for ei slik tolking. Det er ikkje tilfellet i denne saka. Det er ikkje tale om etterlikning eller forvekslingsfare, og såleis heller ikkje snylting eller urimeleg utnytting av dei ankande partane sin goodwill. Domstolen bør vera varsam med å bruka marknadsføringslova § 25 i eit tilfelle som sakleg sett fell inn under spesiallovgevinga.

Annonsane til Bank Norwegian AS er tydeleg merkte som annonsar. Dei inneheld ikkje varemerkene til nokon av dei ankande partane. Teksten i annonsane er tydeleg på kven

som står bak, og det er ei lenkje til heimesida til annonsøren. Nettlesaren er utforma slik at på høgre side er eit felt som straks gjev brukaren informasjon om den aktøren som har det aktuelle varemerket.

Dersom annonsepraksisen blir vurdert å vera ulovleg, inneber det at konkurransen i marknaden blir svakare. Det blir vanskelegare for små aktørar å koma inn i marknaden. Dette vil vera ei ulempe for forbrukarane. Forbrukarane er i dag van med å sjå annonsar for alternative produkt ved søk på internett. At det blir søkt på eit kjenneteikn, inneber ikkje nødvendigvis at brukaren berre er ute etter produkta til den som har kjenneteiknet. Søkeordet kan bli brukt som innfallsport for treff knytt til den aktuelle produkttypen. Annonsane blir berre viste dersom dei blir vurderte som relevante for det aktuelle søket. Google har retningsliner som sikrar dette, og som skal unngå misbruk av varemerke. Google har i Noreg godtatt den aktuelle annonsepraksisen sidan 2010, og globalt har praksisen vore følgd sidan 2013.

Google LLC har påstått at den subsidiære påstanden til dei ankande partane skal bli avvist. Det er vist til at påstanden blei utvida etter at saksførebuinga for lagmannsretten var avslutta, jf. tvistelova § 9-16 første ledd.

Google LLC har ikkje lagt ned påstand om å få erstatta sakskostnader.

Lagmannsretten sine merknader:

Resultatet til lagmannsretten og disposisjonen for dommen

Lagmannsretten har kome til at anken skal bli forkasta.

Lagmannsretten meiner at dei ankande partane ikkje har gjort truleg at annonsepraksisen til Bank Norwegian AS, korkje heilt eller delvis, er i strid med marknadsføringslova § 25. Det er difor ikkje grunnlag for å ta til følge den prinsipale påstanden om fullbyrdingsdom for at selskapet skal avstå frå praksisen i framtida.

Lagmannsretten meiner at det heller ikkje er gjort truleg at Bank Norwegian AS ved noko konkret tilfelle har annonsert på ein søkemotor på rettsstridig måte, eller at selskapet sin praksis inneber at framtidig annonsering heilt eller delvis vil vera rettsstridig. På dette grunnlaget kan heller ikkje den subsidiære påstanden til dei ankande partane om fastsettingsdom føra fram.

Dommen er disponert på denne måten: Lagmannsretten tar først stilling til tilhøve av faktisk karakter på eit meir overordna plan, inkludert korleis annonsering på ein søkemotor skjer. Lagmannsretten tar i neste punkt stilling til den prinsipale påstanden til dei ankande

partane. I det neste hovudpunktet drøftar lagmannsretten den subsidiære påstanden til dei ankande partane, inkludert kravet frå Google LLC om avvising. Til slutt i dommen tar lagmannsretten stilling til spørsmålet om sakskostnader.

Tilhøve av overordna, faktisk karakter – annonsering i søkemotoren Google

Partane er i hovudsak samde om dei faktiske omstenda. Lagmannsretten meiner likevel at det er påkravd å gå ganske detaljert inn på korleis annonsering skjer i ein søkemotor på internett. Dette fordi det ikkje er mogleg å omtala dei rettslege spørsmåla utan at dei faktiske omstenda er skildra nærare.

Lagmannsretten peiker først på at påstanden til dei ankande partane i tingretten var utforma slik at den retta seg mot bruk av så vel «foretaksnavn» som «varemerker/kjennetegn». I drøftinga til tingretten er termen «varemerke» stort sett brukt, sjølv om det påstandsgrunnlaget som tingretten tok stilling til, *ikkje* var knytt til varemerkeretten. I lagmannsretten har dei ankande partane endra påstanden, slik at det er vist til bestemte ord og frasar, utan at det i påstanden er brukt ein rettsleg term om desse. I argumentasjonen har alle partane i lagmannsretten brukt omgrepet «kjenneteikn». Lagmannsretten følgjer det same opplegget, slik at omgrepet «kjenneteikn» blir brukt for å skildra samtlege ord/frasar som er omfatta av argumentasjonen til dei ankande partane. Det er ikkje naudsynt for lagmannsretten å gå nærare inn på kva som er føretaksnamn og kva som sekundære forretningskjenneteikn, jf. føretaksnamnelova § 1-1 andre og tredje ledd. Det er heller ikkje naudsynt for lagmannsretten å gå inn på om samtlege ord/frasar også har vern som varemerke, jf. varemerkelova § 3 om stifting av varemerkerett. Det er på det reine at i alle fall nokre av orda også har vern som varemerke. Dette gjeld til dømes for «Monobank».

Saka gjeld annonsering på søkemotorar på internett. Internett er eit internasjonalt datanettverk som gjer det mogleg å utveksla informasjon digitalt. Partane bruker internett i kontakt med eksisterande kundar og med moglege, nye kundar. Utgangspunktet for kommunikasjonen er at partane har ei heimeside med ei adresse – eit domene – som parten har einerett på. Ein person kan oppnå kontakt med heimesida ved å skriva inn adressa til denne direkte i adressefeltet i nettlesaren, eller alternativt ved å bruka ein søkemotor på internett. Det har i lagmannsretten vore lite bevisføring om bruken av slike søkemotorar i Noreg, men lagmannsretten legg til grunn at partane er samde om at norske privatpersonar i stor grad baserer seg på søkemotorar for raskt å koma vidare til andre sider. Dette heng saman med at det i mange tilfelle er effektivt å søkja på eit kort ord eller uttrykk, for så å få opp ei liste med lenkjer til relevante sider. Ved å klikka på ei lenkje på trefflista, kjem brukaren direkte til den sida som det er lenkja til. Dette vil ofte ta kortare tid enn å skriva adressa i adressefeltet i nettlesaren, i tillegg til at brukaren kan vera usikker på kva som er rett adresse og/eller skrivemåte. Som illustrasjon nemner lagmannsretten at direktør Steffen Ryengen i Komplett Bank ASA forklarte at det ikkje er uvanleg at personar som skal bruka sin eigen nettbank søkjer på namnet til banken i Google framfor å skriva inn

bankens nettadresse. Dersom personen, etter å ha fått opp ei treffliste hos Google, klikkar på ein annonse for banken – i staden for å klikka på ei lenkje til heimesida i lista over organiske treff, vil dette i utgangspunktet utløysa ei plikt for banken til å betala til Google for annonsen.

Slik påstanden til dei ankande partane er utforma, omfattar den søkemotoren Google og «annen tilsvarende søkemotor». Ut frå det resultatet som lagmannsretten har kome til, er det ikkje naudsynt å gå nærmare inn på denne avgrensinga – eller mangelen på klar avgrensing. Partane er samde om at Google er den heilt dominerande aktøren. I tillegg til Google, blei søkemotoren Bing nemnd under ankeforhandlinga, men all bevisføring når det gjeld utforming av søketreff og annonsar var knytt til Google. Vurderingane til lagmannsretten må skje basert på dei bevisa som blei førte under ankeforhandlinga, jf. tvistelova § 11-1 tredje ledd. Konsekvensen av dette er at vurderingane til lagmannsretten blir knytte til Bank Norwegian AS si annonsering på søkemotoren Google, sjølv om kravet til dei ankande partane har ei større rekkevidde. Når lagmannsretten har kome til at kravet ikkje kan føra fram basert på bevisføringa opp mot Google, blir konsekvensen at kravet heller ikkje kan føra fram vurdert opp mot andre søkemotorar.

Lagmannsretten finn grunn til å gå detaljert inn på korleis annonsering skjer på søkemotoren Google. Som nemnt innleiingsvis, er det gratis å bruka Google. Sjølv om kvar einskild brukar opplever det som ei gratisteneste – og kan hende i liten grad tenkjer over skilnaden mellom å skriva ei adresse direkte i nettlesaren og å gjera søk i Google – er det utvilsamt slik at Google er ein kommersiell tilbydar av søketenester. Inntektene kjem frå sal av annonsar.

Korleis annonseringa fungerer i praksis, var tema i ei rekkje sakkunnige vitneforklaringar under ankeforhandlinga. Lagmannsretten oppfattar at det ikkje var nokon reell motstrid, i alle fall ikkje når det gjeld hovudtrekka, om korleis annonseringa fungerer.

Søkemotoren Google viser ikkje annonsar på skjermen når brukaren skriv inn søkeordet. Annonsane blir først synlege i tilknytning til trefflista etter at søket har blitt utført. Det er vesentleg at ein annonsør *ikkje* betaler for sjølve visninga av annonsen. Betalingsplikta blir utløyyst av at ein brukar klikkar på ei lenkje i annonsen. Det er difor vanleg å seia at annonsen har ein pris per klikk. Denne prisen varierer. Det er i utgangspunktet ikkje Google som fastset prisen, men annonsøren som fastset ein maksimal pris for kva annonsøren er villig til å betala per klikk. I bransjen blir dette gjerne omtalt som ein «auksjon». Lagmannsretten nyttar ikkje denne termen då den etter lagmannsretten sitt syn ikkje er treffande for korleis prisen blir fastsett. Dess høgare pris annonsøren er villig til å betala for eit søkjeord, dess større sjanse har annonsøren for å oppnå at annonsen blir vist fram på ein fordelaktig måte. Prisinga blir omtalt meir detaljert nedanfor.

Den visuelle utforminga av trefflistene og annonsane i Google har endra seg over tid. For vurderinga av den prinsipale påstanden er utforminga i dag avgjerande, all den tid det ikkje er gjort gjeldande at det er planlagt endringar i utforminga som påverkar vurderinga av kravet om fullbyrdingsdom. Når det gjeld den subsidiære påstanden, kan utforminga tilbake i tid i prinsippet ha interesse, men dette har ikkje blitt gjort til eit poeng av dei ankande partane. Lagmannsretten finn difor ikkje grunn til å gå nærare inn på dette. Det er derimot eit poeng at den visuelle utforminga er ulik ved søk på datamaskin (pc), nettbrett og mobiltelefon, noko det har vore bevisføring om. Lagmannsretten oppfattar at skilnaden i utforming heng saman med at skjermen til ein mobiltelefon gjennomgåande er vesentleg mindre enn skjermen til ein datamaskin og eit nettbrett. Ved søk på datamaskin og nettbrett vil høgre del av skjermen ha eit felt som Google LLC under ankeforhandlinga omtalte som eit «kunnskapsvindaue». Lagmannsretten legg til grunn at når eit føretaksnamn blir brukt som søkeord, til dømes «Komplett Bank», vil kunnskapsvindaugget konsekvent visa nøkkelinformasjon om føretaket. Den venstre delen av skjermen vil visa sjølve trefflista for søket. Øvst på trefflista vil det kunna vera sponsa treff, det vil seia annonsar. Det er opplyst at søkemotoren Google i dag er utforma slik at det maksimalt kan vera fire annonsar før visning av det første organiske treffet. Ved eit sponsa treff står det i første linje ordet «Annonse» med noko feitare skrift enn bokstavane elles. Bortsett frå dette er det svært lite som skil annonsane frå dei organiske treffa. Ved søk på ein mobiltelefon får brukaren opp ei treffliste utan noko kunnskapsvindaue. På same måte som på ein datamaskin og eit nettbrett, vil sponsa treff (annonsar) koma øvst på trefflista og med ei markering i første line med ordet «Annonse» med noko feitare skrift. Storleiken på skjermen til mobiltelefonen vil avgjera kor mange treff som straks er synlege for brukaren, men det vil gjennomgåande vera færre treff som straks er synlege enn ved visning på datamaskin. Brukaren av mobiltelefonen vil lett kunna koma nedover trefflista ved å sveipa over skjermen. Felles for utforminga på datamaskin, nettbrett og mobiltelefon er at Google ikkje påverkar ordlyden i den teksten som blir vist i søketreff, anten det er tale om sponsa treff (annonsar) eller organiske treff. Teksten blir bestemt av den som har den heimesida som lenkja viser til. For eit sponsa treff (annonse), vil det seia annonsøren.

Lagmannsretten går etter dette over til å omtala nærare mekanismene som avgjer når ein annonse blir vist fram for brukaren, og kva som avgjer prisen på eit klikk på lenkja i annonsen. Dette var blant anna tema i forklaringane til digital marknadsfører i Komplett Group, Christian Linnestad, og til konsulent Jan Grønbech, som tidlegare hadde ei sentral rolle i leiinga av Google i Noreg. Lagmannsretten legg til grunn at ein næringsdrivande annonsør til ei kvar tid kan styra annonseringa gjennom ei sjølvbetjent nettside, omtalt som Google Ads. Ein skjermdump av nettsida blei gjennomgått i lagmannsretten. Det er uråd for lagmannsretten å gå inn på alle detaljane, men lagmannsretten meiner at det utvilsamt er slik at annonsøren i stor grad kan påverka kriteria for når ein annonse blir synleg i Google – samstundes som Google sine eigne kriterium, av partane gjerne omtalt som algoritmane til Google, også har eit avgjerande ord med i laget. Dei konkrete detaljane i desse kriteria (algoritmane) er ukjende for alle andre aktørar enn Google LLC.

Lagmannsretten legg til grunn at ein annonsør kan velja å overlata meir eller mindre fullstendig til Google å definera kva søkeord eller søketermar som skal utløyse at annonsen blir vist. Lagmannsretten oppfattar at definisjonen av søkeord då skjer gjennom ein automatisert prosess hos Google, og at den generelle betalingsviljen til annonsøren vil vera styrande for talet på visningar. Lagmannsretten oppfattar vidare at systemet til Google i ein slik situasjon vil vera innretta på at annonsen skal bli vist ved søk der sjansen er størst for at brukaren faktisk går vidare og klikkar på ei lenkje i ein annonse, nettopp fordi det er dette som utløyser ei betaling til Google. Basert på bevisføringa legg lagmannsretten til grunn at også ei slik tilnærma automatisert bestilling kan føra til at annonsen til ein aktør blir vist som følgje av søk på kjenneteiknet til ein konkurrent. Til dømes kan eit søk på «Komplett Bank» føra til at ein annonse for Bank Norwegian AS blir vist høgt oppe i trefflista. Partane var usamde om i kva grad dette har vist seg å vera tilfellet ved annonsering i Danmark, der Bank Norwegian AS har opplyst at selskapet ikkje betaler for kjenneteikna til konkurrentar som søkeord. Det blei hevda at ved søk på kjenneteikna til dei ankande partane i Danmark, så kan annonsar frå Bank Norwegian AS koma høgt opp i trefflista. Lagmannsretten oppfattar at det er semje om at automatikken til Google kan føra til eit slikt resultat, særleg fordi termen «Bank» i «Komplett Bank» eller «Ikano Bank» tilseier at ein annonse frå Bank Norwegian AS blir oppfatta som relevant av søkemotoren. I tillegg til dette meiner lagmannsretten at det er sannsynleggjort at ein automatisert prosess *kan* føra til at Bank Norwegian AS sine annonsar blir viste ved søk på kjenneteikna til konkurrentane aleine fordi systemet til Google oppfattar at det er tale om aktørar i same bransje, og som såleis alle har eit potensial for å vera relevante for den som utfører søket.

Den automatiserte prosessen for fastsetting av søkeord som er omtalt ovanfor, er ikkje tema for søksmålet frå dei ankande partane. Søksmålet rettar seg mot at Bank Norwegian AS i Google Ads i Noreg følgjer ein praksis der selskapet sjølv går inn og betaler for bruk av kjenneteikna til dei ankande partane som søkeord. I Google Ads kan ein aktør sjølv definera akkurat kva søkeord aktøren vil betala for, og om det skal vera tale om nøyaktige termar eller inkludera synonym m.m. Det mest vanlege er at det blir brukt søkeord av generisk karakter. Uttrykket «forbrukslån» er eit døme på eit generisk søkeord. Google Ads er utforma slik at kvar aktør legg inn ein maksimal pris som vedkomande er villig til å betala for eit søkeord for det tilfellet at annonsen blir vist fram for eit søk som inkluderer dette ordet, og der brukaren faktisk klikkar på lenkja i annonsen. Det er semje om at søkemotoren Google er bygd opp slik at betalingsviljen for eit søkeord ikkje aleine er avgjerande for om ein annonse blir vist fram, eller for kor langt opp på lista over dei sponsa treffa den aktuelle annonsen kjem. Google vil også tildela annonsen det som av partane har blitt omtalt som eit kvalitetspoeng, noko lagmannsretten oppfattar som eit uttrykk for kor relevant systemet til Google oppfattar at annonsen faktisk er, samanhalde med Google sin automatiserte vurdering av kvaliteten til den sida som det er lenkja til i annonsen.

I Google Ads er det også mogleg å leggja inn det som blir omtalt som negativlista søkeord. Dette betyr at annonsen uansett *ikkje* blir vist når søket inkluderer det definerte søkeordet, eventuelt også variantar av søkeordet. Som døme på ei vanleg form for negativlisting er trekt fram at eit flyselskap typisk vil negativlista «flystyrt» (inkludert synonym), slik at ei annonse for selskapet ikkje blir synleg ved slike søk. Ordninga med negativlisting inneber at det er teknisk mogleg for ein aktør å leggja inn kjenneteikna til konkurrentane på negativlista, og såleis aktivt hindra at eigen annonse dukkar opp ved søk på slike kjenneteikn. Dei ankande partane har ikkje hevda at Bank Norwegian AS har plikt til å føreta slik negativlisting, og dette fell såleis utanfor ramma for saka.

Ei spissformulering som blei brukt under ankeforhandlinga var om det er mogleg for ein annonsør å «kjøpa seg til topps» i ei treffliste. Bank Norwegian AS og partshjelparen Google LLC hevda at dette ikkje er ei dekkjande formulering. Lagmannsretten meiner at dei ankande partane gjennom bevisføringa har sannsynleggjort at Bank Norwegian AS gjennom å betala for kjenneteikna til konkurrentane som søkeord kan sørge for at eigen annonse blir vist ved søk på slike kjenneteikn, og at det er stor sjanse for at annonsen også får god plassering dersom betalingsviljen til Bank Norwegian AS er høg. For det tilfellet at dei ankande partane ikkje sjølv betaler for eigne kjenneteikn som søkeord, vil ei visning av annonsen til Bank Norwegian AS alltid koma høgare opp på trefflista enn det treffet som tilhøyrer den som sjølv innehar kjenneteiknet. Dette fordi sponsa treff (annonser) kjem høgare opp enn organiske søketreff. For det tilfellet at dei ankande partane *sjølv betaler* for eigne kjenneteikn, er det ut frå bevisføringa meir uklart i kva grad Bank Norwegian AS gjennom høg betalingsvilje kan oppnå å koma høgare opp på lista over sponsa treff enn den aktøren (av dei ankande partane) som faktisk innehar kjenneteiknet. På dette punktet var ikkje dei sakkunnige vitna samde. Rekkjefølgja i trefflista er etter lagmannsrettens sitt syn uansett ikkje avgjerande. Sjølv om Bank Norwegian AS i slike tilfelle eventuelt hamnar lengre ned på lista over sponsa treff (annonser), vil Bank Norwegian AS framleis oppnå at eigen annonse blir synleg gjennom betaling av konkurrenten sitt kjenneteikn som søkeord.

Den meir konkrete bevisvurderinga til lagmannsretten går fram seinare i dommen, knytt til subsumsjonen under drøftinga av den prinsipale og den subsidiære påstanden.

Den prinsipale påstanden – krav om fullbyrdingsdom for å avstå frå annonsepraksisen

Spørsmålet er om annonsepraksisen til Bank Norwegian AS i søkemotoren Google, slik denne er skildra ovanfor med kjøp av kjenneteikn som søkeord, er i strid med marknadsføringslova § 25, med den følgje at selskapet heilt eller delvis skal bli dømd til å avstå frå praksisen.

Marknadsføringslova § 25 har slik ordlyd:

I næringsvirksomhet må det ikke foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom.

Det går fram av ordlyden at det er tale om ein rettsleg standard. Kva som er «god forretningsskikk» vil kunna endra seg over tid, i takt med utviklinga i næringslivet og elles i samfunnet. Det rettsstridige er definert som ei handling i strid med «god» forretningsskikk. I dette ligg at ei handling kan vera lovleg sjølv om handlinga ikkje blir vurdert som optimal eller i samsvar med beste praksis av næringslivet.

Marknadsføringslova § 25 er ei vidareføring av tilsvarande regel i marknadsføringslova av 1972 § 1 første ledd første alternativ. Dette inneber at rettspraksis etter regelen i 1972-lova er relevant for tolkinga, og det same gjeld forarbeida til 1972-lova, jf. Ot.prp. nr. 55 (2007-2008) side 206.

Kravet om «god forretningsskikk» mellom næringsdrivande var tema i Rt-1998-1315 (Iskrem-dommen). Partar var Norges-Is AS og Norsk Iskrem BA. Problemstillinga var blant anna om Norges-Is AS sin bruk av «Norges-Is» som firmanamn/varekjenneteikn var i strid med «god forretningsskikk» andsynes Norsk Iskrem BA fordi sistnemnde hadde innarbeidd slagordet «Hele Norges iskrem». Om vilkåret «god forretningsskikk» i marknadsføringslova § 1 i 1972-lova uttalte førstvoterande:

Markedsføringsloven § 1 første ledd forbyr i næringsvirksomhet å foreta handling som strider mot "god forretningsskikk næringsdrivende imellom". Denne generalklausulen supplerer spesialbestemmelsene i markedsføringsloven og andre lover av konkurranserettslig betydning. Generalklausulen kan anvendes uavhengig av om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse.

Dette reiser spørsmålet om når generalklausulen kan anvendes i slike tilfeller. Etter min vurdering må dette avgjøres konkret. Vurderingstemaet vil primært være om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse, og som hensynet til sunn konkurranse tilsier bør gis et vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen. I denne sammenheng er det et sentralt moment i hvilken utstrekning spesialbestemmelsen kan anses uttømmende å regulere den aktuelle situasjonen, jf Innstilling fra Konkurranselovkomiteen, avgitt 1966 side 23-24. Dette illustreres for øvrig av Rt-1994-1584.

"God forretningsskikk" verner i likhet med de aktuelle spesialbestemmelsene om lojaliteten i næringslivet, og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering. Ved denne vurderingen kan både forhold av subjektiv karakter og de objektive kriteriene i saken være relevante.

Som det går fram av sitatet, skal kravet om «god forretningsskikk» sjåast i samanheng med spesialreglane både i marknadsføringslova og i andre lover som har konkurranserettsleg relevans. Det skal skje ei konkret vurdering av i kva grad kravet om «god forretningsskikk» i marknadsføringslova set skrankar utover det som følgjer av

spesialreglane. Førstvoterande tok utgangspunkt i at generalklausulen i marknadsføringslova har ei rolle ved at den «supplerer» dei andre reglane. Sentralt står om omsynet til sunn konkurranse tilseier at det skal skje slik supplering.

Dei ankande partane har ikkje gjort gjeldande som påstandsgrunnlag nokon av spesialreglane i marknadsføringslova. Bank Norwegian AS har på si side trekt inn tilhøvet til spesialreglane i marknadsføringslova, og dessutan tilhøvet til varemerkeretten. Bank Norwegian AS har hevda at terskelen for å slå fast rettsstrid etter marknadsføringslova § 25 må vera høg når dei interessene som motpartane hevdar at skal vera krenkt, har eit vern etter spesialreglane i marknadsføringslova og varemerkeretten.

Lagmannsretten meiner at den ved vurderinga av marknadsføringslova § 25 må trekkja inn rettstilstanden basert på ei varemerkerettsleg vurdering av den same problemstillinga, sjølv om dei ankande partane ikkje lenger har gjort gjeldande varemerkeretten som påstandsgrunnlag. Lagmannsretten oppfattar at dei siterte avsnitta frå Rt-1998-1315 gjev støtte for dette. Den varemerkerettslege vurderinga er ikkje avgjerande, men kva som følgjer av varemerkeretten er relevant når det skal bli slått fast kva rettslege skrankar som ligg i marknadsføringslova § 25.

Det konkrete spørsmålet – bruk av kjenneteiknet til konkurrentar som betalt søkeord i Google – har blitt prøvd på eit varemerkerettsleg grunnlag av EU-domstolen. Lagmannsretten peiker på at varemerkeretten er eit rettsområde der EØS-rettslege plikter gjer seg gjeldande for Noreg. Omsynet til rettseining gjer at når ein skal ta stilling til ei varemerkerettsleg problemstilling, så må ein ta omsyn til kjelder av EØS-rettsleg relevans, inkludert avgjerder frå EU-domstolen. Avgjerder frå EU-domstolen har relevans sjølv om dei gjeld tolking av direktiv eller forordningar som ikkje er gjort til ein del av EØS-avtalen, jf. blant anna HR-2016-2239-A avsnitt 31. Lagmannsretten viser også til Halvor Manshaus sine innleiande merknader til varemerkelova i elektronisk kommentarutgåve på Rettsdata.no, der det er uttalt at praksis frå EU-domstolen om tolking av EU sitt varemerkedirektiv av 1988 (89/104/EØF), ikkje er formelt bindande for Noreg etter EØS-avtalen. Praksisen er likevel «tillagt betydelig vekt ved tolkning av norsk lov», med vidare referanse til Rt-1997-1954 og Rt-2002-391.

Det går fram av praksisen til EU-domstolen at ein annonsør i Google som legg inn konkurrentar sitt varemerke som betalt søkeord ved annonsering, gjennom dette *gjer bruk av* varemerket til konkurrenten, slik at det kan vera tale om ei krenking, jf. Tore Lunde m.fl.: Markedsføringsloven med kommentarer (3. utgåve, 2019) side 299–300. På den andre sida er det like klart at EU-domstolen har bygd på at ikkje ei kvar form for bruk av konkurrenten sitt varemerke som betalt søkeord, inneber ei krenking. EU-domstolen har slått fast at sjølve framgangsmåten aleine – annonsepraksisen – ikkje er i strid med varemerkeretten. Lagmannsretten meiner at dette blei slått fast av EU-domstolen i dom 22. september 2011 (Interflora), C-323/09 . Saka gjaldt blant anna tolking av EU sitt

varemerkedirektiv av 1988 (89/104/EØF). Dommen har stått sentralt i argumentasjonen til Bank Norwegian AS, og lagmannsretten meiner at dommen er relevant som tolkingsmoment for marknadsføringslova § 25.

Som det går fram av den seinare drøftinga, tolkar lagmannsretten marknadsføringslova § 25 på ein måte som gjer at det ikkje er naudsynt å ta stilling til kva som gjeld dersom ein norsk domstol meiner at marknadsføringslova § 25 isolert sett rammar ei handling som ut frå EØS-retten ikkje blir ramma på varemerkerettsleg grunnlag, jf. Bank Norwegian AS sin subsidiære argumentasjon om at det i slike tilfelle er ein motstrid som må løysast i favør av EØS-retten.

Bakgrunnen for Interflora-dommen var ein tvist for ein engelsk domstol mellom to selskap som begge selte blomar i forbrukarmarknaden. Den engelske domstolen la fleire spørsmål fram for EU-domstolen for å få ei prejudisiell avgjerd. Det var ikkje omstridd at det eine selskapet (Marks & Spencer) brukte det andre selskapet (Interflora) sitt varemerke/kjenneteikn som betalt søkeord ved annonsering i Google. Lagmannsretten meiner at den annonsepraksisen som blei følgd, var tilsvarende praksisen til Bank Norwegian AS, noko som går fram av Interflora-dommen premiss 9–13 og 18. EU-domstolen bygde på at det var tale om bruk av varemerket (Interflora) til konkurrenten, men at dette i seg sjølv ikkje var tilstrekkeleg til å konstatere ei krenking. Dei ulike funksjonane til eit varemerke, og på kva vilkår ein annonse vist på grunnlag av varemerket som betalt søkeord kan tenkjast å utgjera ei krenking opp mot dei respektive funksjonane, er detaljert drøfta i Interflora-dommen. Lagmannsretten ser ikkje grunn til å gå gjennom alle underpunkta i dommen, men meiner at premissane 84–95, som i den danske oversettinga har overskrifta «Uretmæssigt opnået fortjeneste på grundlag av varemærkets særpræg eller renommé (snylting)», har særleg interesse. Det går fram at EU-domstolen bygde på at annonsepraksisen utvilsamt har som føremål å dra fordel av varemerket sitt særpreg og renommé. EU-domstolen peikte vidare på at der brukaren av internett etter eit slikt søk faktisk *kjøper* ei vare basert på annonsen, så er situasjonen at annonsøren drar ein reell fordel av varemerket sitt særpreg og renommé. Det vil vera ei utilbørleg utnytting av varemerket dersom annonsøren til dømes tilbyr ei etterlikning av varene til den som har varemerket. I andre tilfelle vil det i utgangspunktet ikkje vera tale om ei krenking, jf. premiss 91 der det i den danske oversettinga heiter:

Når derimod den reklame, der vises på internettet ved anvendelse af et søgeord, som svarer til et velkendt varemærke, foreslår et alternativ til varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser, uden at tilbyde en simpel efterligning af varemærkeindehaverens varer eller tjenesteydelser, uden at forårsage en udvanding eller en tilsmudsning og uden i øvrigt at krænke varemærkets funktioner, skal det fastslås, at en sådan brug i princippet vedrører en sund og loyal konkurrence inden for sektoren for de omhandlede varer eller tjenesteydelser og derfor har en »skellig grund«/»rimelig grund« som omhandlet i artikel 5, stk. 2, i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 1, litra c), i forordning nr. 40/94.

Lagmannsretten meiner at dette inneber at EU-domstolen knytt til varemerkeretten har bygd på at annonsepraksisen til Bank Norwegian AS er uttrykk for sunn og lojal konkurranse, så sant det ikkje ligg føre ei krenking av funksjonane til varemerket. Om det ligg føre slik krenking, skal etter Interflora-dommen bli vurdert konkret opp mot utforminga av den aktuelle annonsen og det produktet som annonsøren tilbyr.

Slik dei ankande partane og Virke har argumentert i lagmannsretten, er det berande synspunktet at sjølv annonsepraksisen er illojal og inneber snylting, og at den difor er i strid med marknadsføringslova § 25. Lagmannsretten meiner at det er eit klart spenningsforhold mellom denne argumentasjonen og det faktum at Høgsterett i Rt-1998-1315 har slått fast at marknadsføringslova § 25 må tolkast og brukast ut frå at den *supplerer* andre lover av «konkurranserettslig betydning». I tillegg til dette kjem at Høgsterett har trekt fram at det sentrale vurderingstemaet nettopp er om omsynet til «sunn konkurranse» tilseier at marknadsføringslova § 25 set skrankar som ikkje følgjer av dei andre reglane.

At det i ein varemerkerettsleg samanheng er bygd på at annonsepraksisen i seg sjølv er uttrykk for sunn konkurranse, meiner lagmannsretten trekkjer i retning av at det ikkje er rom for å gje marknadsføringslova § 25 ei rekkjevidde der den same praksisen etter sin art blir vurdert som rettsstridig. Lagmannsretten meiner at det er eit argument at ei slik tolking vil gje dårleg samanheng i dei ulike reglane som har relevans konkurranserettsleg, i strid med dei retningslinene som Høgsterett har trekt opp i Rt-1998-1315.

Også andre argument støttar at annonsepraksisen ikkje er i strid med «god forretningsskikk» i marknadsføringslova § 25. Lagmannsretten meiner at det ikkje er treffande å omtala bruk av konkurrentar sine kjenneteikn som betalte søkeord som ein «skjult» døropnar ved annonsering. Det er eit grunnleggjande skilje mellom sponsa søketreff og organiske søketreff, og i søkemotoren Google har det i mange år blitt vist begge typar treff. Så sant skiljet mellom annonsar og organiske treff er tilstrekkeleg tydeleg, vil det etter lagmannsretten sitt syn ikkje vera fare for forveksling. Dersom det ikkje er forvekslingsfare, vil annonsøren heller ikkje oppnå annan fordel enn å bli meir synleg som eit alternativ til den som innehar kjenneteiknet. For forbrukaren kan dette vera ein fordel ved at fleire tilbydarar av same teneste/produkt normalt skjerpar konkurransen. I prinsippet kan det tenkjast at annonsepraksisen kan vera eit rimeleg alternativ for nye, mindre aktørar for å oppnå å bli synlege i ein marknad der det er mangel på konkurranse. Dei ankande partane og Virke har derimot hevda at annonsepraksisen konsekvent styrkar posisjonen til dei største aktørane og på sikt svekkjer konkurransen. Det har i lagmannsretten vore lite bevisføring om dette, og lagmannsretten vil for sin del tru at begge mekanismar – både skjerpa og svekkja konkurranse – kan tenkjast å bli utfallet på sikt, alt avhengig av korleis den konkrete marknadssituasjonen er. Dette tilseier at det ikkje er grunnlag for å konkludera med at den aktuelle annonsepraksisen på generell basis er i

strid med marknadsføringslova § 25, men at det i staden må skje ei konkret vurdering av kvar annonse opp mot standarden «god forretningsskikk».

Slik lagmannsretten ser det, vil ein vanleg, aktsam brukar av internett forstå at det er ein samanheng mellom dei søkeorda som blir tasta inn og kva annonsar som blir viste i trefflista. At annonsørane gjennom betaling har oppnådd å bli synlege nettopp ved slike søk, er ein mekansime som det er grunn til å tru at ein slik brukar er klar over, noko som gjer at mekanismen vanskeleg kan kallast «skjult» – sjølv om brukaren ikkje nødvendigvis kjenner til at det er betalt for det konkrete kjenneteiknet som søkeord. I forlenginga av dette meiner lagmannsretten at det er eit moment at bevisføringa har sannsynleggjort at annonsane til ein aktør kan bli viste ved søk på kjenneteiknet til ein konkurrent, sjølv om annonsøren ikkje har betalt for det bestemte kjenneteiknet som søkeord. At det er slik, er etter lagmannsretten sitt syn naturleg i tilfelle der det er tale om marknader med sal av nokså standardiserte produkt/tenester og der talet på leverandørar er relativt lite. I slike marknader vil det vera ein lite rimeleg rettstilstand dersom bruk av andre sitt kjenneteikn som betalte søkeord alltid skulle vera i strid med marknadsføringslova § 25, medan det ikkje skulle gjelda noka plikt til såkalla negativlisting, som er omtalt ovanfor i dommen. Lagmannsretten meiner i staden at ei avveging mellom dei motstridande interessene må skje basert på ei vurdering av kvar einskilt annonse, ved at vurderingstemaet er om verknaden av annonsen er at konkurransen blir illojal og i strid med «god forretningsskikk». Den konkrete faren for forveksling vil her stå sentralt. Lagmannsretten meiner at dette harmonerer med at EU-domstolen på varemerkeretten sitt område har fastsett at det må skje ei konkret vurdering av om kvar einskilt annonse krenker varemerkeretten.

På den andre sida er lagmannsretten einig med dei ankande partane og Virke i at bruk av kjenneteiknet til ein konkurrent som betalt søkeord inneber at annonsøren gjer bruk av særpreg og renommé som konkurrenten har opparbeidd. Lagmannsretten er også einig i at «snylting» er ein treffande karakterstikk for det som skjer, men meiner samstundes at elementet av snylting ikkje er så sterkt at annonsepraksisen etter sin art alltid vil vera i strid med «god forretningsskikk». Etter lagmannsretten sitt syn må det skje ei breiare vurdering av om ein konkret annonse er uttrykk for illojal konkurranse.

Dei ankande partane og Virke har til støtte for sitt syn også vist til bransjepraksis. Det er hevda at dei fleste næringsdrivande i Noreg tar avstand frå annonsepraksisen. Lagmannsretten meiner at det er gjort truleg at dei aller fleste næringsdrivande i Noreg *ikkje* gjer bruk av annonsepraksisen. Det er fleire grunnar til dette. Fleire av dei sakkunnige vitna trekte fram at det for mange næringsdrivande ikkje er eit eigna verkemiddel å betala for konkurrentar sitt kjenneteikn som søkeord. Mange næringsdrivande er betre tente med å byggja opp eigne produkt og kjenneteikn, og avstå frå å knyta eiga marknadsføring opp mot andre sine kjenneteikn. At annonsepraksisen i liten grad blir brukt, er såleis ikkje utan vidare det same som at næringsdrivande oppfattar at metoden er i strid med «god

forretningsskikk». Lagmannsretten meiner likevel at det må leggjast til grunn at eit klart fleirtal av næringsdrivande i Noreg meiner at annonsepraksisen er uheldig. Lagmannsretten viser til vitneforklaringane til Bror William Stende og Gunnar Hammersmark, som er bransjedirektørar for ulike avdelingar i Virke. I forklaringa til sistnemnde blei det trekt fram eit døme frå gravferdsbransjen der ein forbrukar på grunnlag av søk på internett valte ein annan leverandør enn den forbrukaren oppfatta at han sjølv hadde oppsøkt. Lagmannsretten peiker på at dette er eit døme på utslag av konkret forvekslingsfare. Graden av forvekslingsfare vil som nemnt vera avhengig av den konkrete utforminga av annonsen og teksten i denne. Det er nærliggjande å tenkja seg at der det ligg føre konkret forvekslingsfare, så er terskelen markert lågare for å konstatera brot på marknadsføringslova § 25. Det er etter lagmannsretten sitt syn noko anna enn at annonsepraksisen i seg sjølv inneber ei snylting som gjer at metoden skal bli vurdert som rettsstridig etter marknadsføringslova § 25.

Dei ankande partane og Virke har trekt fram praksis frå Næringslivets Konkurranseutvalg til støtte for den prinsipale påstanden. Lagmannsretten er einig i at denne praksisen isolert sett tilseier at den prinsipale påstanden skal føra fram. Det er fleire avgjerder frå Næringslivets Konkurranseutvalg som er basert på eit synspunkt om at annonsepraksisen er i strid med marknadsføringslova § 25. Lagmannsretten oppfattar at den mest utførlege vurderinga er gjort i ein uttale 29. januar 2013 (NKU-2012-12 Teppeland). Partane i saka var to ulike selskap som dreiv med sal av tepper m.m. Det eine selskapet hadde brukt kjenneteiknet til det andre selskapet som betalt søkeord i Google. Sakstilhøvet var såleis tilsvarande som i Interflora-dommen. Næringslivets Konkurranseutvalg har ut frå vedtektene sine ikkje høve til å uttala seg om varemerkerettslege tvistar. I Teppeland-saka presiserte utvalet dette, men gjorde samstundes innleiingsvis greie for praksisen til EU-domstolen innan varemerkeretten, blant anna Interflora-dommen. Næringslivets Konkurranseutvalg peikte på at deira sak måtte løysast ut frå reglane i marknadsføringslova, og at reglane om marknadsføring ikkje er harmoniserte innan EØS-området. Utvalet konkluderte med at annonsepraksisen var i strid med marknadsføringslova § 25 med følgjande grunngjeving:

Det er imidlertid konkurranseutvalgets oppfatning at bruk av en annens innarbeidede kjennetegn som skjult døråpner for nettrafikk til egne sider er en urimelig utnyttelse av en annens innsats og resultater som rammes av det generelle forbudet i markedsføringslovens § 25 mot handlinger i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Selv om annonsøren betaler leverandøren av søketjenesten for bruken av konkurrentens kjennetegn, er verdien av søkeordet i det vesentlige konkurrentens fortjeneste. Det er den goodwill som konkurrenten har opparbeidet for kjennetegnet som tilskynder internettbrukeren til å taste inn kjennetegnet som søkeord. Denne utnyttelse av kjennetegnets goodwill har innehaveren av kjennetegnet hverken gitt samtykke til eller mottatt noen godtgjørelse for.

Det forhold at Tepeabo som innehaver av kjennetegnet selv kan by en høy pris og derved øke sine muligheter for å komme høyere opp på annonsørplass i trefflisten, er

ingen fullgod reparasjon. Innehaveren av kjennetegnet blir på dette vis nødt til å overby den som uten innarbeidelseskostnader i markedet snylter på det aktuelle kjennetegnets verdi som trekkplaster for nettkundene. Fordi Teppeland kun betaler for søketjenesten, og ikke for den goodwill som er knyttet til kjennetegnet «teppeabo» og som skyldes Tepeabos investeringer, oppnår Teppeland et urettmessig fortrinn i konkurransen. At Tepeabos sider vil fremkomme som et naturlig søkeresultat lenger ned på siden, avhjelper ikke at Teppelands annonse oppnår en god plassering grunnet bruk av Tepeabos kjennetegn uten samtykke.

Lagmannsretten har kome til at praksisen til Næringslivets Konkurranseutvalg, og den siterte grunngjevinga, ikkje kan ha større vekt enn dei momenta i motsett retning som lagmannsretten har vist til ovanfor. Grunngjevinga til Næringslivets Konkurranseutvalg er einsidig basert på at det skjer ein bruk av goodwill opparbeidd av konkurrenten, og at det såleis er tale om snylting. Lagmannsretten meiner at grunngjevinga manglar ei nærare drøfting av om dette i seg sjølv alltid er tilstrekkeleg til å konstatere at det ligg føre eit brot på den rettslege terskelen for at noko er i strid med «god forretningsskikk» etter marknadsføringslova § 25. Basert på vurderingane til EU-domstolen i Interflora-dommen av kva som er sunn og lojal konkurranse i ein varemerkerettsleg samanheng, meiner lagmannsretten at det hadde vore naturleg å gjennomføra ei breiare vurdering av kva som er sunn og lojal konkurranse innan ramma av marknadsføringslova, inkludert behovet for å sjå reglane i samanheng, jf. Rt-1998-1313. Dette gjeld sjølv om det fell utanom kompetansen til Næringslivets Konkurranseutvalg å ta stilling til varemerkerettslege spørsmål.

Som nemnt innleiingsvis, har Næringslivets Konkurranseutvalg også uttalt seg om tvisten som står for lagmannsretten, jf. NKU-2017-6. I uttalen er det vist til grunngjevinga i NKU-2012-12 (Teppeland) og uttalt at «markedsføringslovens generalklausul retter seg mot andre hensyn enn det som fremholdes som varemerkets funksjoner i varemerkerettslig forstand i EU-avgjørelser om det samme spørsmål, [...]». Kva konkrete skilnader det er tale om blei ikkje utdjupa av utvalet, og lagmannsretten meiner at dette er ein mangel ved grunngjevinga, særleg ut frå premiss 91 i Interflora-dommen, som er sitert ovanfor.

Lagmannsretten har kome til at argumentasjonen til dei ankande partane om at det skal gjevast dom for at Bank Norwegian AS skal avstå frå ei kvar form for framtidig bruk av deira kjenneteikn som betalte søkeord, jf. ordlyden i den prinsipale påstanden, ikkje kan føra fram. Lagmannsretten meiner at annonsepraksisen etter sin art ikkje er i strid med kravet om «god forretningsskikk» i marknadsføringslova § 25.

I ein sivil tvist utgjer påstanden ytterpunktet for det som blir kravd. Lagmannsretten oppfattar argumentasjonen til dei ankande partane som uklar med tanke på om det alternativt blir kravd fullbyrdingsdom med ei meir avgrensa rekkevidde enn det som følgjer av ordlyden i den prinsipale påstanden, det vil seia ein dom for ei delvis plikt til å avstå frå annonsering. Dei ankande partar og Virke har ikkje konkretisert kva avgrensing

som i så fall skal gjelda, noko som klart talar imot at ein slik avgrensa dom i det heile tatt er tema i saka. Lagmannsretten meiner at det uansett ikkje er grunnlag for ein fullbyrdingsdom med ei meir avgrensa rekkevidde. Dette fordi det ikkje er sannsynleggjort konkrete tilfelle der Bank Norwegian AS har annonsert i strid med marknadsføringslova § 25. Dei konkrete utslaga av annonsepraksisen til Bank Norwegian AS kan difor heller ikkje gje grunnlag for ein fullbyrdingsdom med meir avgrensa rekkevidde. Når det gjeld grunngevinga for dette, viser lagmannsretten til drøftinga nedanfor av den subsidiære påstanden. Når den subsidiære påstanden ikkje fører fram, er det heller ikkje grunnlag for ein fullbyrdingsdom med meir avgrensa rekkevidde innanfor den prinsipale påstanden.

Den subsidiære påstanden – krav om fastsettingsdom for rettsstrid

Google LLC krev at den subsidiære påstanden til dei ankande partane skal bli avvist. Det er vist til tvistelova § 9-16, og det er hevda at påstanden har blitt utvida etter at saksførebuinga for lagmannsretten var avslutta.

Lagmannsretten nemner først at Google LLC som partshjelpar ikkje kan gjera prosesshandlingar som er i strid med prosesshandlingane til Bank Norwegian AS, jf. tvistelova § 15-7 tredje ledd tredje punktum. Bank Norwegian AS har ikkje påstått at den prinsipale påstanden heilt eller delvis skal bli avvist, men har lagt ned påstand om å bli frifunnen. Bank Norwegian AS har samstundes argumentert med at det ikkje ligg føre motstrid mellom selskapet sine prosesshandlingar og kravet til Google LLC om avvising. Lagmannsretten legg dette til grunn, og problemstillinga kjem uansett ikkje på spissen slik lagmannsretten vurderer kravet om avvising.

I tingretten sette dei ankande partane ikkje fram nokon subsidiær påstand. Den subsidiære påstanden blei første gong lagt ned i prosesskriv 17. desember 2019 til lagmannsretten. I prosesskrivet var den subsidiære påstanden utforma slik:

Det å benytte i betalt søkeordsannonsering for Bank Norwegian AS' egne tjenester søkeord inneheldende ordene "Ikano", "Ikano Bank", "Monobank", "BRABank", og "Komplett Bank", uansett skrivemåte, herunder om det deles opp i to ord eller ikke, er i strid med Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår 9. januar 2009 § 25.

I prosesskrivet punkt 3.2 blei den subsidiære påstanden grunnngjeven med at dei ankande partane, for det tilfellet at lagmannsretten ikkje skulle koma til at annonsepraksisen til Bank Norwegian AS på domstidspunktet var rettsstridig, framleis hadde eit reelt behov for å få fastslått at ein *tidlegare* praksis – der Bank Norwegian AS sitt namn ikkje gjekk fram av annonseteksten – var rettsstridig. Det blei vist til at dette hadde relevans opp mot eit eventuelt erstatningskrav frå dei ankande partane mot Bank Norwegian AS.

Lagmannsretten kan ikkje sjå at Bank Norwegian AS eller Google LLC i seinare prosesskriv fremja motsegner til den subsidiære påstanden, inkludert dei ankande partane si grunngjeving når det gjaldt behovet for påstanden. Førebuande dommar i lagmannsretten synest heller ikkje på noko tidspunkt å ha tatt opp utforminga av den subsidiære påstanden.

Slik den dømmende lagmannsretten ser det, var det i prosesskrivet 17. desember 2019 manglande samsvar mellom utforminga av ordlyden i den subsidiære påstanden og grunngjevinga for den same påstanden. Ut frå *grunngjevinga* meiner lagmannsretten at det reelt sett *ikkje* var tale om ein påstand av *subsidiær* karakter, og at det naturlege for dei ankande partane hadde vore å utforma den subsidiære påstanden som eit sjølvstendig krav om fastsettingsdom for at fortidige, identifiserte annonser i søkemotoren Google for Bank Norwegian AS med ein bestemt tekst, var rettsstridige. Slik påstanden blei grunngjeven i prosesskrivet punkt 3.2, meiner lagmannsretten at det var tale om eit nytt krav samanhalde med det kravet som var behandla i tingretten, jf. tvistelova § 29-4. Lagmannsretten viser til at det er skilnad i rettsfølgjene mellom ein fullbyrdingsdom for at Bank Norwegian AS skal avstå frå ein annonsepraksis, og rettsfølgjene av ein fastsettingsdom for at ei eller fleire fortidige handlingar i form av konkret annonser, er rettsstridige. At det er skilnad i rettsfølgjer, blir illustrert av argumentasjonen til dei ankande partane i prosesskrivet punkt 3.2 om behovet for ein dom i samsvar med den subsidiære påstanden.

Sidan Bank Norwegian AS eller Google LLC ikkje sette fram prosessuelle motsegner til den subsidiære påstanden under saksførebuinga, meiner lagmannsretten at situasjonen må oppfattast slik at desse gav *samtykke* til at det nye kravet blei behandla, og at slik behandling då heller ikkje kravde noka prosessuell avgjerd frå lagmannsretten si side, jf. tvistelova § 29-4 fjerde ledd, jf. § 29-4 andre ledd bokstav c og Schei m.fl.: Tvisteloven, kommentarutgåve (Juridika), note 7 til § 29-4.

I sluttinnlegget 1. mars 2021 la dei ankande partane ned den same subsidiære påstanden som i prosesskrivet 17. desember 2019. Ved oppstart av ankeforhandlinga kommenterte rettens leiar utforminga av den subsidiære påstanden, jf. tvistelova § 29-18 andre ledd, jf. § 9-15 første ledd. Merknadene til rettens leiar var baserte på ordlyden i den subsidiære påstanden i sluttinnlegget sidan medlemmene av lagmannsretten på dette tidspunktet var ukjende med den konkrete argumentasjonen i punkt 3.2 i prosesskrivet 17. desember 2019. Ingen av medlemmene i lagmannsretten hadde vore saksførebuande dommar i saka. Rettens leiar reiste ved oppstart av ankeforhandlinga spørsmål ved om den subsidiære påstanden burde utformast på ein annan måte slik at det gjekk klarare fram at det var tale om dom for fastsetting av rettar og plikter mellom partane – ikkje dom for tolking av ein bestemt paragraf i marknadsføringslova. Rettens leiar tok også opp at det ut frå ordlyden var uklart kva som var skilnaden i rettsverknad mellom den prinsipale og den subsidiære påstanden, sett bort frå at den prinsipale påstanden var utforma som krav om fullbyrdingsdom, og at den subsidiære var utforma som krav om fastsettingsdom. Prosessfullmektigen til dei ankande partane viste ikkje på dette tidspunktet – og heller

ikkje på noko seinare tidspunkt under ankeforhandlinga – til ordlyden i prosesskrivet 17. desember 2019 punkt 3.2. Prosessfullmektigen nemnde derimot at det for dei ankande partane kunne vera behov for ein fastsettingsdom knytt til eit mogleg erstatningskrav.

Seinare under ankeforhandlinga – i tidsrommet før bevisføringa blei avslutta – var utforminga av den subsidiære påstanden ikkje tema, bortsett frå at prosessfullmektigen til dei ankande partane på eit tidspunkt signaliserte at dei ankande partane vurderte å gje avkall på den subsidiære påstanden.

Etter at bevisføringa var avslutta om ettermiddagen tredje rettsdag, tok retten sin leiar på ny opp utforminga av påstanden til dei ankande partane. Retten sin leiar viste til at dei ankande partane prinsipalt kravde fullbyrdingsdom for at Bank Norwegian AS på generelt grunnlag skal avstå frå ein annonsepraksis med bruk av konkrete forretningskjenneteikn som søkeord, medan Bank Norwegian AS på si side kravde å bli frifunnen basert på at bruken av søkeord i seg sjølv ikkje er rettsstridig. Rettens leiar tok opp at det var eit visst spenningsforhold mellom at påstandsgrunnlaget til dei ankande partane var knytt til *annonsepraksisen*, og at det under ankeforhandlinga var brukt mykje tid på bevisføring om konkret utforming av ulike annonser i Google og til dels spørsmål om fare for forveksling. Retten sin leiar tok også opp at påstanden utgjer ytterpunktet i saka, og at det var uklart for lagmannsretten i kva grad dei ankande partane meinte – for det tilfellet at den prinsipale argumentasjonen ikkje førte fram – at det var grunnlag for dom for eit mindre omfattande alternativ til det som låg i ordlyden i påstanden. Retten sin leiar viste til at ein mogleg variant hadde vore å krevja dom for at ein bestemt annonse var rettsstridig, men at lagmannsretten ikkje oppfatta at dette var kravd.

Etter at rettsmøtet var avslutta tredje rettsdag lasta dei ankande partane opp eit påstandsskriv i Aktørportalen. I påstandsskrivet var blant anna den subsidiære påstanden endra. Etter innspel frå rettens leiar siste dag av ankeforhandlingane blei også denne siste påstanden noko endra, ved at siste leddsetning blei endra frå «er i strid med Lov om kontroll med marknadsføring og avtalevilkår 9. januar 2009 § 25» til «er rettsstridig». Knytt til denne endringa tok rettens leiar særskilt opp bruken av ordet «er» kontra det alternative ordet «var». Dei ankande partane stod fast på formuleringa «er» i påstanden. Den endelege subsidiære påstanden blei etter dette slik som det går fram ovanfor under omtalen av argumentasjonen til dei ankande partane.

Slik lagmannsretten ser det, har den subsidiære påstanden til dei ankande partane fått ei uklar utforming, til trass for forsøk på rettleiing frå lagmannsretten si side under ankeforhandlinga.

Ut frå ordlyden rettar den subsidiære påstanden, på same måte som den prinsipale, seg mot at annonsepraksisen til Bank Norwegian AS er rettsstridig fordi bestemte forretningskjenneteikn blir brukte som betalte søkeord. At det blir vist til tre konkrete

annonsar på tre ulike digitale plattformer i januar 2021 tilseier ikkje i seg sjølv at det blir kravd fastsettingsdom for at desse tre var rettsstridige, så lenge påstanden er knytt til «søkeresultat av den art som» desse annonsane viser, og den subsidiære påstanden dessutan knyt seg til ein praksis som det blir hevda at «er» rettsstridig.

Lagmannsretten har vore i sterk tvil om behandlinga av den subsidiære påstanden, men har falle ned på at den subsidiære påstanden – til trass for ordlyden – må tolkast slik at dei ankande partane også krev dom for at fortidige handlingar frå Bank Norwegian AS, i form av tidlegare annonsar, er rettsstridige andsynes dei ankande partane. Som det går fram ovanfor, meiner lagmannsretten at dette er eit krav som blei sett fram allereie i prosesskriv 17. desember 2019 – og at det då var eit nytt krav i ankeinstansen – men at Bank Norwegian AS må reknast for å ha akseptert behandlinga. Det er difor ikkje grunnlag for avvising. Det er ut frå dette heller ikkje grunnlag for at argumentasjonen til Google LLC om avvising skal føra fram. Google LLC har vist til tvistelova § 9-16 første ledd, som står i tvistelova sitt kapittel om hovudforhandling. Regelen gjeld også ved ankeforhandling, jf. tvistelova § 29-18 første ledd, i tillegg til reguleringa i tvistelova § 29-4. Etter at saksførebuinga i lagmannsretten var avslutta, blei den subsidiære påstanden endra ved at det blei trekt inn ein referanse til annonsar frå januar 2021. Slik referansen er utforma, meiner lagmannsretten under tvil at det ikkje er naturleg å sjå dette som ei utviding av påstanden. Lagmannsretten har difor konkludert med at den endringa som dei ankande partane gjorde av ordlyden i den subsidiære påstanden før prosedyren, ikkje reelt sett innebar noko nytt krav eller utviding av påstanden samanhalde med grunngjevinga i prosesskrivet 17. desember 2019 punkt 3.2.

Lagmannsretten meiner derimot at dei ankande partane sitt krav etter den subsidiære påstanden materielt sett ikkje kan føra fram. Ved den materielle vurderinga kan lagmannsretten berre ta omsyn til bevis som har vore tema under ankeforhandlinga, og som partane har hatt grunn til å uttala seg om, jf. tvistelova § 11-1 første og tredje ledd. Dette er eit utslag av prinsippet om munnleg behandling.

I den subsidiære påstanden, slik denne til slutt blei utforma, har dei ankande partane vist til skjermdumpar av ulike annonsar i januar 2021. Desse skjermdumpane/annonsane blei lagde fram som vedlegg 1–9 til prosesskriv 2. februar 2021. Når det gjeld annonsar vist på nettbrett 15. januar 2021, blei desse annonsane *aldri omtalt* under bevisføringa i lagmannsretten. Lagmannsretten kan difor ikkje leggja vekt på desse. Når det gjeld annonsar 20. januar 2021 vist på mobil, blei det under ankeforhandlinga dokumentert annonsar etter utførte søk på «Ikano bank» og på «Brabank». Andre søkeresultat denne datoen blei ikkje viste. Når det gjeld annonsar 26. januar 2021 vist på datamaskin (PC), blei det dokumentert annonsar etter utført søk på «Brabank». Andre søkeresultat denne datoen blei ikkje viste.

For dei annonsane i januar 2021 som dei ankande partane viste til, og for annonsar lengre tilbake i tid, blei det av dei ankande partane ikkje på noko punkt under bevisføringa vist til at *teksten* i annonsen var problematisk, eller at teksten måtte bli tillagt vekt av lagmannsretten ved vurderinga av utfallet av saka. Som nemnt ovanfor, kan lagmannsretten ikkje leggja vekt på faktiske omstende som ikkje blei gjort til tema under sjølvve ankeforhandlinga. Ved vurderinga av om det ligg føre rettsstridige annonsar ser lagmannsretten såleis heilt bort frå teksten i annonsane til Bank Norwegian AS.

Det vurderingstemaet som lagmannsretten etter dette sit igjen med, er om den visuelle utforminga av søketreff og annonsar i Google, på dei respektive digitale plattformene som det har vore bevisføring om, inneber at det har skjedd brot på marknadsføringslova § 25, sjølv om annonsepraksisen med bruk av søkeord ikkje i seg sjølv utgjer eit brot. Dette er ei problemstilling som har relevans også for den prinsipale påstanden om fullbyrdingsdom, og som lagmannsretten til dels har vurdert allereie. Vurderingane nedanfor utfyller difor drøftinga under den prinsipale påstanden.

Lagmannsretten meiner at det for annonsar knytt til trefflistar på datamaskin (PC) og nettbrett klart ikkje ligg føre noko brot på «god forretningsskikk». Basert på bevisføringa legg lagmannsretten til grunn at organiske søketreff til ei kvar tid har fått ei svært god eksponering på desse plattformene i tillegg til dei sponsa søketreffa. Lagmannsretten viser til omtalen ovanfor av utforminga med eit «kunnskapsvindaug» på høgre del av skjermen. Dei ankande partane har i liten grad argumentert med konkret forvekslingsfare, medan partshjelpar Virke til dels har argumentert slik. Lagmannsretten meiner at det uansett ikkje er gjort truleg nokon konkret forvekslingsfare.

Når det gjeld visning av annonsar knytt til trefflistar på plattformar for mobiltelefonar, meiner lagmannsretten at vurderinga i større grad byr på tvil. Dette fordi den som innehar kjenneteiknet i mindre grad er synleg fordi det her ikkje er noko «kunnskapsvindaug». Når lagmannsretten likevel har kome til at det ikkje er sannsynleggjort annonsering i strid med marknadsføringslova § 25, er det fordi samtlege annonsar har vore merkte som annonsar, og at det ikkje er vist til tilhøve ved konkrete annonsar som aukar faren for forveksling utover den generelle faren som eksisterer for samanblanding av organiske og sponsa søketreff. I denne situasjonen meiner lagmannsretten at det ikkje er sannsynleggjort at Bank Norwegian AS i noko konkret tilfelle har annonsert med bruk av betalte søkeord på ein måte som var rettsstridig. Det er heller ikkje hevda at Bank Norwegian AS har planar om å endra utforminga av annonsane, eller at Google LLC har planar om å endra den visuelle utforminga. På denne bakgrunnen kan heller ikkje den subsidiære påstanden føra fram relatert til framtidige handlingar.

Sakskostnader

Bank Norwegian AS har vunne ankesaka, og har etter hovudregelen i tvistelova § 20-2 første og andre ledd krav på å få erstatta sakskostnadene av dei ankande partane og Virke. Lagmannsretten meiner at det er tungtvegande grunnar som gjer det rimeleg å frita ankande partar og Virke fullstendig for kostnadsansvaret, jf. tvistelova § 20-2 tredje ledd. Lagmannsretten har vore i noko tvil om resultatet, og saka gjeld eit spørsmål som ikkje tidlegare har blitt prøvd av norske domstolar. Særleg på bakgrunn av praksisen til Næringslivets Konkurranssutvalg var det rimeleg grunn til å få saka prøvd. Det var av dei same grunnane også rimeleg grunn til å anka dommen frå tingretten. Sakskostnader for lagmannsretten blir etter dette ikkje tilkjende.

Lagmannsretten skal også ta stilling til sakskostnadene for tingretten, og skal då leggja resultatet sitt til grunn, jf. tvistelova § 20-9 første og andre ledd. Av dei same grunnar som omtalt i avsnittet ovanfor blir sakskostnader heller ikkje tilkjende for tingretten.

Dommen er ikkje sagt innan fristen i lova. Dette skuldast påskeferie.

Dommen er samrøystes.

DOMSSLUTNING

1. Anken blir forkasta.
2. Sakskostnader blir ikkje tilkjende, korkje for tingretten eller lagmannsretten.

Halvard Leirvik

Trine Christin Riiber

Kari Johanne Bjørnøy

Dokument i samsvar med undertegnet original:

Ingerid Helene Sandberg (signert elektronisk)