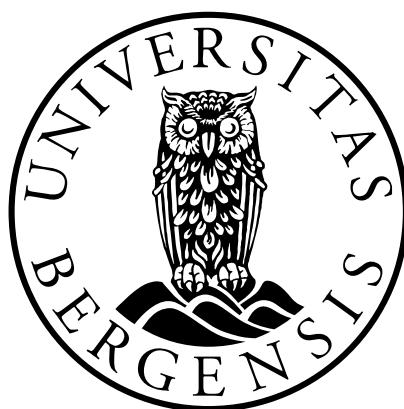


# Bruk av andres varemerker som søkeord i forbindelse med søkemotorannonsering

Kandidatnummer: 32

Antall ord: 14 795



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. mai 2020

# Innholdsfortegnelse

<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>1</b>
<b>1 Innledning .....</b>	<b>3</b>
1.1 Oppgavens tema .....	3
1.2 Aktualitet .....	4
1.3 Forholdet mellom varemerkeloven og markedsføringsloven.....	5
1.4 Rettskildebildet.....	7
1.4.1 Norsk rett.....	7
1.4.1.1 Lov og forarbeider.....	7
1.4.1.2 Rettspraksis .....	8
1.4.1.3 Juridisk teori.....	9
1.4.2 Utenlandsk rett .....	10
1.4.3 EU-domstolens betydning .....	10
1.5 Avgrensninger og presiseringer .....	12
<b>2 Varemerkerett .....</b>	<b>14</b>
2.1 Introduksjon .....	14
2.2 Varemerkeloven § 4 .....	14
2.2.1 Varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a .....	14
2.2.2 “Bruks-vilkåret” .....	15
2.2.3 Varemerkets funksjoner .....	16
2.2.3.1 Opprinnelsesgarantifunksjonen .....	16
2.2.3.2 Reklamefunksjonen .....	22
2.2.3.3 Investeringsfunksjonen.....	25
2.2.4 Oppsummering .....	28
<b>3 Markedsføringsrett .....</b>	<b>29</b>
3.1 Introduksjon .....	29
3.2 Forholdet mellom markedsføringsloven §§ 25 og 30 .....	30
3.3 Markedsføringsloven § 30.....	31
3.3.1 Generelt .....	31
3.3.2 Nærmere om vilkårene .....	31
3.3.2.1 Etterligningsvilkåret.....	31
3.4 Er varemerkebruken uttømmende regulert i varemerkeretten?.....	34

3.5	Markedsføringsloven § 25.....	37
3.5.1	Generelt .....	37
3.5.2	Nærmere om Næringslivets Konkurranssutvalg (NKU).....	37
3.5.3	“God forretningsskikk” .....	38
3.5.3.1	Snylting .....	39
3.5.3.2	Kanalisering av trafikk .....	41
3.5.3.5	Økte kostnader.....	45
3.5.3.6	Oppsummering: Taler sunn konkurranse for vern etter generalklausulen i markedsføringsloven § 25? .....	48
<b>4</b>	<b>Konklusjon.....</b>	<b>49</b>
<b>5</b>	<b>Litteraturliste.....</b>	<b>50</b>
5.1	Bøker .....	50
5.2	Artikler .....	51
5.3	Norske lover .....	53
5.4	Norske forarbeider.....	53
5.5	Europaparlamentets og rådets direktiver .....	54
5.6	Forordninger.....	55
5.7	Avgjørelser .....	55
5.7.1	Norske domstolsavgjørelser .....	55
5.7.2	EU-domstolen.....	56
5.7.3	Næringslivets konkurranseutvalg (NKU).....	56
5.7.4	Utenlandske domstolsavgjørelser.....	56
5.8	Elektroniske oppslagsverk.....	57
	<b>Liste over figurer .....</b>	<b>59</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Temaet for masteroppgaven er om bruk av andres varemerker som søkeord i forbindelse med søkemotorannonsering er i strid med norsk lovgivning.

I takt med digitaliseringen blir søkemotorannonsering på internett omtalt som en av de mest fremvoksende markedsføringskanalene.<sup>1</sup> Internett er en plattform som legger til rette for hyppig informasjonsspredning, hvor informasjonen treffer et bredt spekter av mennesker på kort tid. Utviklingen fra et analogt til et digitalt samfunn har medført at forbrukernes handlemønster har endret seg, for eksempel ved at digitale søkemotorer ofte er startpunktet for handleturen. Til tross for en rekke ulike søkemotorer som for eksempel Bing og Kvasir, vil fokuset i denne oppgaven rettes mot Google.

På Google kan forbrukere søke etter varemerker for å innhente informasjon om varene eller tjenestene som føres under de aktuelle varemerkene. Resultatlisten inneholder en rekke treff, herunder naturlige treff og annonser.<sup>2</sup> Naturlige treff er ikke-betalte treff bestemt av blant annet Googles' søkealgoritme og internettforbrukerens tidligere søkeadferd.<sup>3</sup> Annonnene er et resultat av at Googles' annonsesystem – Google Ads (tidligere AdWords)<sup>4</sup> – gjør det mulig for at også *betalte* plasseringer skal få plass på resultatlisten.<sup>5</sup> Annonnesystemet åpner således opp for at næringsdrivende kan kjøpe hverandres varemerker som søkeord. Når forbrukeren søker på et bestemt varemerke, vil også annonsørens varer eller tjenester fremkomme av samme resultatliste.<sup>6</sup>

Annonnsøren betaler kun for internettforbrukerne som klikker seg inn på annonsen, og betaler per klikk (CPC – «Cost Per Click»)<sup>7</sup>. Annonnsøren angir selv et annonseringsbudsjett som indikerer hvor mye annonsøren er villig til å betale per dag.<sup>8</sup> Etter angivelsen velger Google

<sup>1</sup> Stenvik (2010) s. 3.

<sup>2</sup> Ibid s. 3.

<sup>3</sup> Wallberg (2015) s. 213.

<sup>4</sup> Ingen realitetsendring da det kun er et navnebytte og en forenkling i bruken for mindre bedrifter.

<sup>5</sup> Riis m.fl. (2017) s. 627.

<sup>6</sup> Ibid s. 627.

<sup>7</sup> Manshaus (2019) s. 3.

<sup>8</sup> Ibid s. 3.

hvor på resultatlisten annonsen skal plasseres.<sup>9</sup> Selv om alle annonsene uansett vil plasseres over de naturlige treffene, vil kampen om å ha den øverste plasseringen kunne føre til at annonsørene ofte vil overby hverandre. Dersom flere annonsører ønsker å kjøpe samme søkeord kan prisen per klikk bli høy. For eksempel har søkeordet «forbrukslån» vært det dyreste i Norge, med en pris på 900 kroner per klikk.<sup>10</sup> Annonsørene må følgelig betale opptil 900 kroner *hver gang* en forbruker klikker seg inn på annonsen, uavhengig av om forbrukeren kjøper varene eller tjenestene som tilbys.

Oppgavens problemstillinger er om bruk av andres varemerker som søkeord er i strid med varemerkeloven § 4<sup>11</sup> og markedsføringsloven §§ 25 og 30.<sup>12</sup>

Bruk av andres varemerker som søkeord vil kunne være en konkret form for varemerkebruk, og i tråd med *lex specialis*-prinsippet vil det naturlige utgangspunktet være varemerkeloven § 4. EU-domstolen har i flere saker gitt retningslinjer tilknyttet de konkrete vurderingene som må foretas i varemerkerettslig sammenheng, og praksisen peker i retning av at bruken ikke strider mot varemerkeretten.<sup>13</sup> Som en følge av nokså klare retningslinjer fra EU-domstolen kan det derfor se ut til at det primære rettsgrunnlaget i norsk rett i dag er markedsføringsloven.<sup>14</sup> Selv om fokuset i den markedsføringsrettslige delen av oppgaven vil være rettet mot markedsføringsloven § 25, skal det også avklares om den konkrete varemerkebruk er i strid med markedsføringsloven § 30.

## 1.2 Aktualitet

Markedsføring på internett treffer mennesker i hele verden og har således aktualitet både på nasjonalt- og internasjonalt nivå. På bakgrunn av at søkemotorer i dag er av stor betydning for omsetningslivet, vil næringsdrivende kunne ha et grunnleggende behov for å kunne nyttiggjøre seg av sine varemerker på internett.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Manshaus (2019) s. 3.

<sup>10</sup> Holøien (2018) s. 1 første avsnitt. Hentet 25. mars 2020 fra: <https://finansavisen.no/nyheter/boers-finans/2018/11/betaler-opp-mot-900-kroner-per-klikk>

<sup>11</sup> Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker.

<sup>12</sup> Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.

<sup>13</sup> Nærmere drøftet i oppgavens punkt 2.2.3.

<sup>14</sup> Se oppgavens punkt 1.2.

<sup>15</sup> Kaasin (mars 2019) avsnitt 15

I markedsføringsrettslig sammenheng har temaet vært til behandling i Næringslivets Konkurransautvalg (NKU), hvor konklusjonen i samtlige saker har vært at bruk av andres varemerker som søkeord er i strid med markedsføringsloven § 25.<sup>16</sup> Temaet har ikke vært til behandling i norske domstoler, inntil januar 2019 da Asker og Bærum tingrett i *Bank Norwegian-saken* konkluderte med at varemerkebruken *ikke* er i strid med markedsføringsloven § 25.<sup>17</sup> Ettersom saken er anket til lagmannsretten er ikke avgjørelsen rettskraftig,<sup>18</sup> og etter mitt syn er det grunn til å stille spørsmål ved tingrettens avgjørelse.

I tillegg til at tingrettens avgjørelse spriker fra NKU sin enhetlige praksis, fastholder NKU sin praksis også *etter* at tingretten avsa dom i *Bank Norwegian-saken*.

Som nevnt innledningsvis har problemstillingen har vært til behandling i en rekke varemerkerettslige saker i EU-domstolen i tidsrommet 2010-2011, hvor praksisen peker i retning av at bruken *ikke* strider mot varemerkeretten.<sup>19</sup> At det primære rettsgrunnlaget i norsk rett i dag trolig er markedsføringsloven § 25, illustreres av at det primære rettsgrunnlaget i *Bank Norwegian-saken* var markedsføringsloven § 25.

Til tross for at norske domstoler ikke har tatt stilling til spørsmålet i varemerkerettslig sammenheng, er tingretten i *Bank Norwegian-saken* tydelig inspirert av EU-domstolens varemerkerettslige retningslinjer.<sup>20</sup> Saken er således relevant også i varemerkerettslig sammenheng. Som følge av den digitale utviklingen er det nødvendig å vurdere om de aktuelle sakene fra EU-domstolen kan opprettholdes i dag.

### **1.3 Forholdet mellom varemerkeloven og markedsføringsloven**

Ofte vil bestemmelser i varemerkeloven og markedsføringsloven være anvendelig for ett og samme forhold, og av den grunn oppstår spørsmålet om regelvalg. I tråd med lex specialis-prinsippet skal utgangspunktet for vurderingen alltid være spesiallovgivningen, herunder varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a.

<sup>16</sup> Om NKU-praksis som rettskilde, se punkt 3.5.2.

<sup>17</sup> Asker og Bærum tingrett TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian).

<sup>18</sup> Om rettskraft, se Lov 17.juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 19-14 første ledd.

<sup>19</sup> Om EU-domstolens praksis som rettskilde, se punkt 1.4.3.

<sup>20</sup> Kaasin (mars 2019), avsnitt 12-14.

Spørsmålet om konkurranselovgivning, herunder markedsføringsloven, kan opptre som et supplerende rettsgrunnlag er diskutert på internasjonalt nivå, særlig hvorvidt konkurranserettslige bestemmelser kan fylle «hull» som immaterialrettslovgivningen etterlater seg.<sup>21</sup> Det er også hevdet at disse forholdene ikke bør betraktes som «hull», men snarere områder som ikke bør begrenses av konkurranselovgivning.<sup>22</sup> I angloamerikansk rett har det vært en negativ holdning til å supplere immaterialretten med markedsføringsrett.<sup>23</sup> I kontinental rett har oppfatningen vært motsatt, hvor synspunktet har vært at immaterialretten kan og *bør* suppleres med markedsføringsrett.<sup>24</sup> Det er bred enighet i norsk rett om at generalklausulen i markedsføringsloven § 25 kan supplere varemerkeloven.<sup>25</sup>

Uavhengig av det ovennevnte kan markedsføringsloven § 30 opptre som et selvstendig rettsgrunnlag.<sup>26</sup> Hvis et varemerke for eksempel ikke oppfyller registrerings- eller innarbeidelsesvilkårene i varemerkeloven, vil spesialbestemmelsen i markedsføringsloven § 30 kunne opptre som et selvstendig rettsgrunnlag. I markedsføringsloven forutsettes det ikke at merkehaver har varemerkerettslig vern, slik at bestemmelsene i markedsføringsloven rettslig sett står på «egne ben».<sup>27</sup>

På bakgrunn av generalklausulens formål og særtrekk vil markedsføringsloven § 25 ofte anvendes som et supplerende rettsgrunnlag.<sup>28</sup> For at markedsføringsloven § 25 skal kunne supplere varemerkeloven uttalte Høyesterett i *Iskrem-dommen* at det må foreligge:

*«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».*<sup>29</sup>

Det er hevdet i litteraturen at nasjonale konkurranserettslige bestemmelser ikke kan benyttes for å motvirke en løsning funnet på grunnlag av en harmonisert varemerkerett.<sup>30</sup> Jeg er enig i

<sup>21</sup> Aplin (2020) s. 103

<sup>22</sup> Ibid s. 103-104.

<sup>23</sup> Helset m.fl. (2009) s. 536.

<sup>24</sup> Ibid s. 536.

<sup>25</sup> Rt. 1998 s. 1315 (*Iskrem-dommen*) s. 1322, se også Lunde/Michaelsen (2019) s. 292.

<sup>26</sup> Se oppgavens punkt 3.3.

<sup>27</sup> Helset m.fl. (2009) s. 555.

<sup>28</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 292

<sup>29</sup> Rt. 1998 s. 1315 (*Iskrem-dommen*) s. 1322. Selv om Høyesterett i denne uttalelsen omtaler «spesialbestemmelsen» vil samme forståelse legges til grunn for spesiallovgivningen. Dette presiserer Høyesterett i dommen på s. 1325.

<sup>30</sup> Kur (2014) s. 22.

synspunktet ettersom formålet bak Varemerkedirektivet er å harmonisere varemerkeretten i EØS-området. En slik betraktning samsvarer med EU-domstolens uttalelse i *Pfeiffer*, om at på Varemerkedirektivets område<sup>31</sup> kreves det at den nasjonale domstol betrakter den nasjonale lovgivningen på en slik måte at den ikke fører til et resultat som strider mot hensynet bak direktivet.<sup>32</sup> I vurderingen av om generalklausulen kan supplere varemerkeretten, må det derfor alltid først klargjøres om varemerkeretten uttømmende regulerer den aktuelle situasjonen.<sup>33</sup>

Kravet om «god forretningsskikk» i markedsføringsloven § 25 er en rettslig standard som åpner opp for en skjønnsmessig helhetsvurdering.<sup>34</sup> Ulempen med en slik vurdering er at forutberegneligheten svekkes. Fordelen er imidlertid at det kan foretas en bred vurdering hvor alle forhold av betydning kan tas i betraktning. Generalklausulen i markedsføringsloven § 25 skal sikre fleksibilitet slik at endringer i samfunnsutviklingen kan fanges opp.<sup>35</sup> Formålet må være å oppnå et riktig og veloverveid resultat, og etter mitt syn er det derfor en styrke at vi i norsk rett har en generalklausul som åpner opp for å vurdere alle relevante forhold.

## 1.4 Rettskildebildet

### 1.4.1 Norsk rett

#### 1.4.1.1 Lov og forarbeider

I tråd med våre folkerettslige forpliktelser i EØS-avtalen, gjennomfører varemerkeloven Varemerkedirektivet.<sup>36</sup> Til tross for at et nytt varemerkedirektiv er vedtatt, er det ikke innlemmet i EØS-avtalen enda.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> Se nærmere om Varemerkedirektivet under oppgavens punkt 1.4.1.1.

<sup>32</sup> C-397/01-C-403/01 (*Pfeiffer*) avsnitt 115.

<sup>33</sup> Rt. 1998 s. 1315 (*Iskrem-dommen*) s. 1322. Se oppgavens punkt. 3.4.

<sup>34</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 296.

<sup>35</sup> *Ibid* s. 296.

<sup>36</sup> Direktiv 2008/95/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker. Direktivet gjennomfører det tidligere direktivet (98/104/EF om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker) uten materielle endringer. Se Lassen/Stenvik (2011) s. 17.

<sup>37</sup> Henvisninger gjøres derfor til direktiv 2008/95/EF. Det er ingenting ved det nye Varemerkedirektivet som er forventet å endre på dagens rettsstilstand vedrørende kjøp og bruk av andres varemærker som søkeord.



Varemerkedirektivet forplikter medlemslandene til å gjennomføre lovgivningstiltak, med sikte på å unngå uensartede reguleringer som kan hindre fri omsetning av varer og tjenester.<sup>38</sup> Den sentrale bestemmelsen i denne sammenheng er som nevnt varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a, og tilsvarer Varemerkedirektivet artikkel 5 nr. 1 bokstav a. I vurderingen av et rettsspørsmål som også er regulert i direktivet, fremgår det av forarbeidene at ved tolkningen av varemerkeloven må det «i fremtiden legges vesentlig vekt på forholdet til direktivet».<sup>39</sup> Slik jeg tolker forarbeidene er Norge forpliktet til å legge vesentlig vekt på praksis fra EU-domstolen som knytter seg til direktivet.<sup>40</sup> En slik tolkning harmonerer med EØS-avtalen artikkel 6, hvor det fremgår at bestemmelsene i norsk lov skal «så langt de i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende regler» i EØS-avtalen tolkes i samsvar med de relevante rettsavgjørelser avsagt av EU-domstolen. Hensynet til rettsenhet gjør det også nødvendig å se hen til Varemerkedirektivet når man skal ta stilling til innholdet i norsk lovgivning.<sup>41</sup>

Markedsføringsloven viderefører den tidligere markedsføringsloven fra 1972, og praksis og forarbeider fra tidligere lovgivning vil derfor være relevante rettskilder.<sup>42</sup>

Rettsreglene på markedsføringsrettens område er ikke harmonisert med EU/EØS-rett i like stor utstrekning som varemerkeretten. Markedsføringsloven § 25 og § 30 omfattes av lovens kapittel 6 – «Beskyttelse av næringsdrivendes interesser». Bestemmelsene er ikke et utslag av direktivene som har blitt implementert i markedsføringsloven, og praksis fra EU-domstolen vil derfor ikke være avgjørende ved tolkningen av bestemmelsene.<sup>43</sup> På bakgrunn av det nasjonale spillerom som markedsføringsretten etterlater seg, spriker praksisen i EU/EØS-landene. Dette illustrerer uklarheten som foreligger rundt den aktuelle varemerkebruken.<sup>44</sup>

### **1.4.1.2 Rettspraksis**

I forbindelse med den aktuelle varemerkebruk er verken varemerkeretten eller markedsføringsretten preget av omfattende norsk rettspraksis. Som nevnt innledningsvis vil

<sup>38</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 29.

<sup>39</sup> Ot.prp.nr. 72 (1991-1992) s. 55.

<sup>40</sup> Om EU-domstolens praksis som rettskilde, se oppgavens punkt 1.4.3.

<sup>41</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 31.

<sup>42</sup> Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) s. 9.

<sup>43</sup> Forutsetningsvis Manshaus (2019) s. 4.

<sup>44</sup> Manshaus (2019) s. 4. Se nærmere under oppgavens punkt 3.5.3.

*Bank-Norwegian-saken* være sentral på begge rettsområder. I litteraturen foreligger det imidlertid delte meninger om underrettspraksis skal anses som en rettskildefaktor.

På den ene siden kan det argumenteres for at avgjørelser fra tingretter og lagmannsretter ikke bør tillegges selvstendig rettskildeverdi, men heller anse underrettspraksisen som en opplysningskilde.<sup>45</sup> Ved bruk av underrettspraksis som opplysningskilde vil rettens argumenter kunne tillegges vekt, men ikke den omstendighet at argumentet er kommet til uttrykk i rettsavgjørelsen som sådan.<sup>46</sup>

På den annen side kan gode grunner tale for å anvende underrettspraksis på områder hvor avgjørelser sjeldent påankes videre.<sup>47</sup> Ifølge Boe må imidlertid flere forhold tas i betraktning, for eksempel hvem som er rettsanvender og om det tale om én enkeltavgjørelse eller underrettspraksis som helhet.<sup>48</sup> I denne oppgaven er det *Bank Norwegian-saken* som er sentral. Ettersom avgjørelsen er en enkeltavgjørelse fra tingretten, har den en begrenset rettskildemessig vekt. Avgjørelsen er kun egnet til å illustrere hvordan norske domstoler vurderer den konkrete varemerkebruk, og vil i denne oppgaven kun bli benyttet som et praktisk eksempel.

Næringslivets Konkurransautvalg (NKU) er et utenrettslig konfliktløsningsorgan som uttaler seg i tvister mellom næringsdrivende om hvorvidt en form for markedsføring er i strid med markedsføringsloven kapittel 6.<sup>49</sup> NKU-praksis vil bli nærmere gjennomgått i punkt 3.5.2, men det understrekes allerede nå at avgjørelsene vil kunne være en relevant rettskilde i markedsføringsrettslig sammenheng.

### **1.4.1.3 Juridisk teori**

I litteraturen foreligger det uenigheter om hvorvidt juridisk teori skal anses som en rettskildefaktor.<sup>50</sup> Gode grunner taler for at juridisk teori er en egen rettskildefaktor, ettersom det i praksis foreligger eksempler på at Høyesterett i sine drøftelser har henvist til

<sup>45</sup> Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse» i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, (2002) s. 332.

<sup>46</sup> Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse» i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, (2002) s. 332-333

<sup>47</sup> Eckhoff (2001) s. 162.

<sup>48</sup> Boe (2010) s. 304 og 305.

<sup>49</sup> Uttalelser fra NKU. Hentet 1. april 2020 fra: <http://www.konkurransautvalget.no/konkurransautvalget-forsiden/>

<sup>50</sup> Boe (2010) s. 343.

rettsoppfatninger i juridisk teori.<sup>51</sup> At det må skilles mellom relevans og vekt er på det rene, og jeg kan i det vesentlige slutte meg til Boe's oppfatning om at juridisk teori må fungere på samme måte som de andre «myke» rettskildefaktorene, herunder underrettspraksis.<sup>52</sup> Rettsoppfatninger i juridisk teori vil dermed være til generell veiledning, men likevel ha begrenset rettskildemessig vekt.

### **1.4.2 Utenlandsk rett**

Varemerkedirektivet forplikter medlemslandene til å gjennomføre lovgivningstiltak, slik at de varemerkerettslige bestemmelsene i medlemslandene er harmonisert. Varemerkedirektivet utgjør således kjernen i den harmoniserte varemerkeretten i EØS-området. Praksis fra medlemslandenes nasjonale domstoler vil derfor også kunne være av betydning i norsk varemerkerett.<sup>53</sup> Imidlertid er det først når utenlandsk rettspraksis er enhetlig og utbredt at praksisen vil være relevant for løsningen av problemstillinger med utgangspunkt i norsk lovgivning.<sup>54</sup> Om forholdet til utenlandsk rettspraksis har Høyesterett uttalt at slik praksis «ikke kan tillegges betydning ut over den argumentasjonsverdi som ligger i avgjørelsesgrunnene».<sup>55</sup>

Det foreligger nokså lite norsk juridisk teori som behandler den aktuelle varemerkebruken. Av den grunn vil derfor juridisk teori fra andre EU/EØS-land kunne fungere som tolkningsbidrag og som eksempler på hvordan andre land tolker EU-domstolens retningslinjer.

### **1.4.3 EU-domstolens betydning**

EØS-avtalen medførte ikke bare plikt til å gjennomføre Varemerkedirektivet, men også andre forpliktelser.<sup>56</sup> Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 jf. artikkel 2 bokstav a at bestemmelsene i avtalen skal tolkes i samsvar med de avgjørelser fra EU-domstolen som var truffet på det tidspunkt da avtalen ble undertegnet.<sup>57</sup> Praksis fra EU-domstolen som er yngre enn dette tidspunkt er derfor ikke formelt bindende for Norge, men skal tillegges stor vekt ved

<sup>51</sup> Jf. eksempelvis Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans-dommen).

<sup>52</sup> Boe (2010) s. 346.

<sup>53</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 31.

<sup>54</sup> Forutsetningsvis TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian) avsnitt 27.

<sup>55</sup> Rt. 1994 s. 1584 (Lego) s. 1588.

<sup>56</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 30.

<sup>57</sup> Undertegningsdato var 2. mai 1992.

tolkningen av norsk lov på direktivregulert område.<sup>58</sup> Bestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 6 skal ifølge EØS-loven § 1 gjelde som norsk lov.<sup>59</sup>

I spørsmål om det foreligger en varemerkekrenkelse vil praksis fra EU-domstolen som utgangspunkt utgjøre det sentrale grunnlaget for tolkningen.<sup>60</sup> Rettsanvendelsen vil handle om å klarlegge innholdet i retningslinjene som er utviklet av EU-domstolen, istedenfor å studere de tradisjonelle norske rettskildefaktorene.<sup>61</sup> I *Route 66* fremheves det at varemerkeloven § 14 er utformet i samsvar med EUs Varemerkedirektiv, og at loven dermed skal tolkes i samsvar med EU-domstolens praksis.<sup>62</sup> Videre uttales det at «... avgjørelser fra denne domstolen blir den sentrale rettskilden ved tolkning av varemerkeloven».<sup>63</sup>

Den første saken for EU-domstolen i forbindelse med søkemotorannonsering var tre forente saker mot *Google*.<sup>64</sup> Samtlige saker gjaldt annonsørens bruk av varemerker som søkeord i AdWords. Kort tid etter kom ytterligere tre saker vedrørende samme problemstilling opp for domstolen – *Portakabin*, *BergSpechte* og *Interflora*.<sup>65</sup> EU-domstolen viderefører uttalelsene og resonnementene fra *Google*, og ettersom domstolen i *Interflora* i det vesentlige oppsummerer rettstilstanden, vil jeg i all hovedsak fokusere på denne dommen i oppgaven.

I EU er det mulig å oppnå enerett til et varemerke med virkning i *hele* EU ved søknad til EUs varemerkemyndighet European Union Intellectual Property Office (EUIPO).<sup>66</sup> Vilkårene for slik varemerkeregistrering reguleres i Varemerkeforordningen.<sup>67</sup> Som en følge av at flere av reglene i direktivet samsvarer med regler i forordningen, taler hensynet til rettsenhet for at praksis fra EU-domstolen tilknyttet forordningens bestemmelser også vil være relevant for tolkningen av norske bestemmelser som gjennomfører tilsvarende bestemmelser i direktivet.<sup>68</sup>

<sup>58</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 30.

<sup>59</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

<sup>60</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 31.

<sup>61</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 31.

<sup>62</sup> HR-2016-2239-A (*Route 66*) avsnitt 31.

<sup>63</sup> Ibid avsnitt 31. I HR-2018-110-A (*Ensilox*) avsnitt 43 henvises det tilbake til uttalelsen i *Route 66*, og konstaterer at situasjonen er den samme når det gjelder forståelsen av varemerkeloven § 4.

<sup>64</sup> C-236/08 – C-238/08 (*Google*).

<sup>65</sup> C-558/08 (*Portakabin*), C-278/08 (*BergSpechte*), C-323/09 (*Interflora*).

<sup>66</sup> Informasjon fra Norsk Patentkontor. Hentet 7. mai 2020 fra: <https://norskpatentkontor.no/eu-varemerkeregistrering/>

<sup>67</sup> Prop. 43 LS (2019-2020) punkt 2.2.6. Forordning 40/94/EØF om EF-varemerker (senere erstattet av rådsforordning 207/2009/EF om EF-varemerker).

<sup>68</sup> Rt. 2002 s. 391 (*God Morgon*) s. 396.

Ettersom EU-domstolen har den «definitive kompetansen ved tolkningen av begge regelsett» er praksis fra EU-domstolen av betydning ved tolkningen av begge regelsett.<sup>69</sup>

Høyesterett har gitt uttrykk for at avgjørelser og retningslinjer fra EUIPO bør tillegges vekt.<sup>70</sup> Retningslinjene kan ha informasjonsverdi i den grad de belyser praksis fra EU-domstolen eller etablert praksis i EUIPO.<sup>71</sup> Samtidig bør det utvises forsiktighet ved anvendelse av retningslinjer som rettskilde, særlig hvor andre primære rettskilder gir anvisning på en annen løsning.<sup>72</sup> Synspunktet underbygges i forarbeidene hvor det understrekes at retningslinjene neppe bør tillegges en selvstendig betydning utover det å belyse eventuell praksis.<sup>73</sup>

Også i vurderingen av de *markedsføringsrettslige* bestemmelsene vil praksis fra EU-domstolen kunne kaste lys over tolkningen. Imidlertid vil ikke praksis fra EU-domstolen være avgjørende ved tolkningen av de markedsføringsrettslige bestemmelsene.<sup>74</sup> I tilknytning til om bruk av andres varemerker som søkeord er i strid med markedsføringsloven § 25 er det nettopp dette nasjonale spillerommet som utgjør inngangen til *Bank Norwegian-saken*.

## 1.5 Avgrensninger og presiseringer

Oppgavens tema knytter seg til problemstillingen som oppstår når annonsøren bruker et «identisk» tegn som søkeord jf. varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a. Av plassbesparende hensyn må oppgaven avgrenses mot beslektede problemstillinger. For det første avgrenses oppgaven mot varemerkebruk hvor søkeordet «ligner» på varemerket jf. varemerkeloven § 4 første ledd bokstav b. Avgrensningen begrunnes i at når en annonsør bruker et varemerke som søkeord, er søkeordet som oftest helt identisk med varemerket. For det andre avgrenses oppgaven mot varemerkeloven § 4 annet ledd, ettersom oppgaven skal behandle en varemerkebruk som ikke er avhengig av at det aktuelle varemerket er «velkjent».

Temaet åpner opp for behandling av markedsføringsloven §§ 25, 26 og 30, men avgrenses imidlertid mot markedsføringsloven § 26. For å gi en forsvarlig redegjørelse av temaet vil kun

<sup>69</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 32. Eksempelvis C-323/09 (Interflora).

<sup>70</sup> HR-2016-1993-A (Pangea) avsnitt 44-46.

<sup>71</sup> Kaasin (2018) tredje avsnitt.

<sup>72</sup> Ibid tredje avsnitt.

<sup>73</sup> Prop. 43 LS (2019-2020) punkt. 2.2.6.

<sup>74</sup> Jf. oppgavens punkt 1.4.1.1

de mest aktuelle bestemmelsene bli prioritert, og den aktuelle varemerkebruken vil etter mitt syn neppe anses «villedende» jf. markedsføringsloven § 26.

Selv om fokuset i den markedsføringsrettslige delen av oppgaven vil være rettet mot markedsføringsloven § 25, skal det også avklares hvorvidt den konkrete varemerkebruk er i strid med markedsføringsloven § 30. For det første er markedsføringsloven § 30 nært beslektet til varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a, og for det andre er markedsføringsloven § 30 den spesialbestemmelsen i markedsføringsloven som er *nærmest* til å regulere den aktuelle varemerkebruken.

Når en annonsør bruker merkehavers varemerke, vil tvisten naturligvis stå mellom annonsøren og merkehaveren (innhaveren av varemerket). Imidlertid vil det også være en tjenestetilbyder innblandet, herunder Google. Det er Google som tilbyr Google Ads-funksjonen, og spørsmålet som oppstår er om tjenestetilbyderen også eventuelt er ansvarlig for en rettsstridig varemerkebruk. Spørsmålet har vært til behandling i EU-domstolen, og praksis viser at spørsmålet må anses avklart.<sup>75</sup> Til tross for at både tjenestetilbyderen og annonsøren gjør bruk av varemerket når merket brukes som søkeord, gjør ikke tjenestetilbyderen bruk av søkeordet «som kjennetegn for egne varer eller tjenester.»<sup>76</sup> Tjenestetilbyderen blir kun ansett for å *tilrettelegge* for annonsørens varemerkebruk.<sup>77</sup> Ettersom det har blitt brakt på det rene at det kun er annonsøren som eventuelt kan holdes ansvarlig for varemerkekrenkelsen, vil ikke dette bli problematisert ytterligere.

Varemerkebruken knytter seg til «varer eller tjenester» jf. varemerkeloven § 4. I denne oppgaven vil fokuset være på «tjenester», og begrunnes i temaets aktualitet fra *Bank Norwegian-saken*. Det presiseres likevel at de samme regler gjelder for varer.

Ved omtale av «internettforbrukeren» siktes det gjennomgående til den *gjennomsnittlige* internettforbrukeren.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 120.

<sup>76</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 299-300. Ordlyden «som kjennetegn for egne varer eller tjenester» henviser til et vilkår om tjenesteslagslikhet i varemerkeloven § 4, se nærmere i oppgavens punkt 2.2.1.

<sup>77</sup> C-119/10 (Red Bull) avsnitt 30.

<sup>78</sup> Nærmere om internettforbrukeren se oppgavens punkt 2.2.3.1.

## 2 Varemerkerett

### 2.1 Introduksjon

Spørsmålet i varemerkerettslig sammenheng er om bruk av andres varemerke som søkeord krenker merkehavers varemerkerettigheter. For å bli betraktet som et varemerke i varemerkelovens forstand – *og for å ha vern etter varemerkeloven* – må varemerket oppfylle et distinktivitetskrav.<sup>79</sup> At merket må være distinktivt innebærer for det første at varemerket må ha særpreg og for det andre at det ikke er generisk for de tjenester det er registrert eller innarbeidet for.<sup>80</sup> I denne delen av oppgaven forutsettes det at varemerket er distinktivt, og at varemerket følgelig har vern etter varemerkeloven.

Det understrekes i litteraturen at varemerkeretten har en positiv side og en negativ side.<sup>81</sup> Den positive siden innebærer at merkehaveren selv kan bruke sitt eget varemerke, forutsatt at ingen andre rettigheter er til hinder for det.<sup>82</sup> Den negative siden – eneretten – innebærer at merkehaveren kan forby andre i å bruke varemerket.<sup>83</sup> Ved bruk av andres varemerker som søkeord er det den negative siden som er mest sentral, ettersom den regulerer i hvilken grad merkehaveren kan håndheve sin enerett på internett.

### 2.2 Varemerkeloven § 4

#### 2.2.1 Varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a

I vurderingen av om den konkrete varemerkebruken er i strid med varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a, forutsettes det i det følgende at merkehaver ikke har gitt «samtykke».

Bestemmelsen retter seg mot andres bruk av varemerket i «næringsvirksomhet». Vilkåret har vært gjenstand for tolkning i en rekke saker for EU-domstolen, og må anses oppfylt «når den finder sted i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvormed der søges opnået

<sup>79</sup> Jf. varemerkeloven § 14 første ledd jf. annet ledd bokstav a, og varemerkeloven § 3 tredje ledd jf. varemerkeloven § 2 første ledd.

<sup>80</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 54.

<sup>81</sup> Ibid s. 279.

<sup>82</sup> Ibid s. 279.

<sup>83</sup> Ibid s. 279.

økonomisk vinding, og ikke i private forhold».84 I relasjon til oppgavens tema er det klart at annonsøren opptrer i «næringsvirksomhet».

Sammenlignet med varemerkeloven § 4 første ledd bokstav b, er det ikke et krav i bokstav a om at det må foreligge forvekslingsrisiko. Imidlertid må søkeordet være «identisk» med varemerket (kjennetegnslikhet), og gjelde «for slike varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for» (tjenesteslagslikhet) – såkalt dobbelt identitet.<sup>85</sup> Det er på det rene at søkeordet og varemerket er «identisk». Etersom annonsøren som oftest er en konkurrent som tilbyr samme varer eller tjenester som merkehaver, vil vilkåret om tjenesteslagslikhet også som regel være oppfylt. Verken kjennetegn- eller tjenesteslagslikheten vil derfor by på tvil i relasjon til oppgavens tema.

Utover kjennetegn- og tjenesteslagslikheten oppstiller ikke bestemmelsen noen ytterligere vilkår for å anse eneretten krenket, og i den forstand kan det hevdes at beskyttelsen i varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a er absolutt.<sup>86</sup> Imidlertid medfører «bruks-vilkåret» at beskyttelsen ikke er like absolutt som ordlyden tilsier.<sup>87</sup> Dette er etter mitt syn det sentrale vilkåret i relasjon til oppgavens tema.

## 2.2.2 “Bruks-vilkåret”

Som nevnt innledningsvis kan merkehaver forby andre å «bruke» varemerket. Hva som er å anse som «bruk» oppstilles i tredje ledd, men er ikke uttømmende regulert.<sup>88</sup> Ordlyden i bestemmelsen tilsier at når en annonsør – uten samtykke – bruker merkehavers varemerke som søkeord for slike tjenester som varemerket er beskyttet for, er merkehavers enerett krenket. Det er ikke et krav om at det må være tale om bruk *som varemerke*, noe som innebærer at bruk av andres varemerker som søkeord omfattes av «bruks»-vilkåret.<sup>89</sup>

På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen må det imidlertid innfortolkes et tilleggsvilkår i varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a.<sup>90</sup> I EU-domstolens avgjørelse i *Arsenal* uttales det at merkehaveren ikke kan forby andre i å bruke tegn som er identisk med varemerket for slike

<sup>84</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 50.

<sup>85</sup> HR-2018-110-A (Ensilox) avsnitt 36. Se også Kaasin (juli 2019) avsnitt 7.

<sup>86</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 287.

<sup>87</sup> Forutsetningsvis Lassen/Stenvik (2011) s. 287.

<sup>88</sup> Ot.prp.nr. 98 (2008-2009) punkt 14.1.1, under «Til § 4 Varemerkerettens innhold» s. 43.

<sup>89</sup> Ibid punkt 14.1.1, under «Til § 4 Varemerkerettens innhold» s. 43.

<sup>90</sup> Ibid punkt 14.1.1, under «Til § 4 Varemerkerettens innhold» s. 43.



varer eller tjenester som varemerket er beskyttet for, hvis bruken ikke medfører fare for skade på en av varemerkets *funksjoner*.<sup>91</sup> EU-domstolen uttalte at det var tilstrekkelig at det forelå «a clear possibility» for at en av varemerkets *funksjoner* ville bli skadelidende.<sup>92</sup>

Tilleggsvilkåret har siden blitt fulgt opp i EU-domstolen,<sup>93</sup> og har også blitt bekreftet i Høyesterett.<sup>94</sup>

Kort oppsummert vil bruken av merkehavers varemerke som søkeord innebære en varemerkekrenkelse hvis bruken medfører fare for skade på en av varemerkets *funksjoner*. I den videre fremstillingen skal jeg undersøke om bruk av andres varemerker som søkeord medfører fare for skade på de ulike funksjonene.

## 2.2.3 Varemerkets funksjoner

Det er særlig tre funksjoner som skiller seg ut i søkemotorsammenheng. For det første fremhever EU-domstolen at varemerkets primære funksjon er *opprinnelsesgarantifunksjonen*.<sup>95</sup> EU-domstolen uttaler i *Interflora* at det ikke bare er varemerkets opprinnelsesgarantifunksjon som skal beskyttes mot krenkelser fra tredjemann, men også varemerkets *reklamefunksjon* og *investeringsfunksjon*.<sup>96</sup>

### 2.2.3.1 Opprinnelsesgarantifunksjonen

Å markedsføre varer og tjenester på internett har blitt en viktig inntektskilde for næringsdrivende.<sup>97</sup> Opprinnelsesgarantifunksjonen er den funksjonen som angir tjenestens kommersielle opprinnelse overfor omsetningskretsen, hvilket også medfører at varemerket også fungerer som et individualiseringsmiddel.<sup>98</sup> At varemerket innehar en individualiseringsfunksjon følger også av særpregskravet i varemerkeloven § 2 første ledd.

EU-domstolen har i sin praksis klargjort at det foreligger en krenkelse av opprinnelsesgarantifunksjonen når annonsen ikke gir forbrukeren mulighet å gjøre seg kjent

<sup>91</sup> C-206/01 (Arsenal) avsnitt 54.

<sup>92</sup> Ibid avsnitt 57. I saken var det tale om fare for skade på opprinnelsesgarantifunksjonen. Se oppgavens punkt 2.2.3 om sontringen mellom de ulike funksjonene.

<sup>93</sup> Eksempelvis C-323/09 (Interflora) avsnitt 34.

<sup>94</sup> HR-2018-110-A (Ensilox) avsnitt 60.

<sup>95</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 87.

<sup>96</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 39.

<sup>97</sup> Forutsetningsvis Manshaus (2019) s. 5.

<sup>98</sup> Arnerstål (2018) s. 65.

med om de aktuelle tjenester tilhører annonsøren eller merkehaveren, herunder om det foreligger en økonomisk forbindelse mellom dem.<sup>99</sup> Vurderingen er sammenfallende med om det foreligger risiko for direkte eller indirekte forveksling i varemerkeloven § 4 første ledd bokstav b.<sup>100</sup>

Ettersom vurderingstemaet er om det foreligger forvekslingsrisiko, vil spørsmålet i søkemotorsammenheng knytte seg til hvordan annonsen fremstår for internettforbrukeren.<sup>101</sup> Dette innebærer at man må fastlegge hvordan annonsen i seg selv er utformet, og klargjøre hvilke krav som stilles til internettforbrukeren. Etter mitt syn må EU-domstolens uttalelser i tillegg nyanseres noe i tråd med den digitale utviklingen. De ovennevnte momentene vil i stor grad gli over i hverandre.

Ettersom annonsen fremkommer øyeblikkelig etter at internettforbrukeren har søkt på varemerket, er EU-domstolen av den oppfatning at forvekslingsrisiko ikke kan utelukkes.<sup>102</sup> Det fremgår av *Portakabin* at merkehaveren kan forby annonsørens bruk av varemerket som søkeord når bruken er «så uklar i relation til varenes eller tjenesteydelsenes oprindelse» at omsetningskretsen ikke kan vite om det er en kommersiell forbindelse mellom annonsøren og merkehaveren eller ikke.<sup>103</sup> Annonsøren har etter dette en plikt til å tydeliggjøre overfor forbrukerne at vedkommende er en uavhengig aktør.<sup>104</sup> Uttalelsen fra *Portakabin* viser balansen mellom annonsørens ansvar i valg av utforming på annonsen, og den kunnskap som er forventet hos den gjennomsnittlige internettforbruker.

Der varemerket – i tillegg til å være brukt som søkeord – også er tatt inn i selve annonsen, følger det av EU-domstolens uttalelser at det må antas at internettforbrukeren vil kunne tro at det foreligger en kommersiell forbindelse mellom annonsøren og merkehaveren.<sup>105</sup> Imidlertid er det sjeldent at annonsørene tar inn varemerket i annonseteksten. Den største utfordringen – og den mest praktiske – er der annonsøren bruker varemerket som søkeord uten at varemerket fremkommer i annonsen.

<sup>99</sup> C-323/09 (*Interflora*) avsnitt 44.

<sup>100</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 289.

<sup>101</sup> C-323/09 (*Interflora*) avsnitt 44.

<sup>102</sup> *Ibid* avsnitt 85.

<sup>103</sup> C-558/08 (*Portakabin*) avsnitt 35.

<sup>104</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 289.

<sup>105</sup> C-236/08 – C-238/08 (*Google*) avsnitt 85.

Utover det ovennevnte gir ikke EU-domstolen ytterligere retningslinjer tilknyttet eksempelvis terskelen for krenkelse. Istedenfor overlates den konkrete krenkelsesvurderingen til nasjonalstatene.<sup>106</sup>

Til tross for at problemstillingen i *Bank Norwegian-saken* er tilknyttet markedsføringsloven, er tingretten tydelig inspirert av varemerkerettslige prinsipper og lener seg i det vesentlige på retningslinjene gitt av EU-domstolen. Før jeg går nærmere inn på *Bank Norwegian-saken*, er det nødvendig å vurdere om EU-domstolens retningslinjer fra tidsrommet 2010/2011 kan opprettholdes i dag.

Det grafiske uttrykket for annonser på Google har ikke endret seg i vesentlig grad i løpet av de ti siste årene. Blant annet har annonsene alltid vært plassert øverst på resultatlisten, markert med annonsørstatus.<sup>107</sup> Det må likevel understrekes at enkelte endringer har forekommet idet annonsene tidligere var markert i en farget undertone.<sup>108</sup> Samtidig medfører ikke denne endringen noen vesensforskjell i det grafiske uttrykket, og gode grunner taler derfor for at de samme resonnementer kan anlegges i dag.

Imidlertid har teknologien utviklet seg siden tidsrommet 2010/2011. I 2018 brukte gjennomsnittlig 87% av befolkningen i aldersgruppen 9-79 år internett på mobiltelefonen.<sup>109</sup> Statistikken viser en økning fra 2010 der gjennomsnittet var 13%.<sup>110</sup> En bidragsyter til økningen kan med gode grunner antas å være smarttelefonen.<sup>111</sup> Smarttelefonen kombinerer funksjonaliteten fra en mobiltelefon og en datamaskin, og kan for eksempel forenkle kjøpsprosesser.<sup>112</sup> Det er ikke uvanlig å konfigurere smarttelefonen og datamaskinen sammen, slik at eksempelvis søkehistorikk på smarttelefonen også er synlig på datamaskinen hjemme. På denne måten kan internettforbrukeren gjøre klart et kjøp på smarttelefonen, for deretter å fullføre kjøpet på datamaskinen hjemme.

I samtlige av sakene fra EU-domstolen benyttes ordet 'skjerm'.<sup>113</sup> Slik jeg tolker EU-domstolens terminologi siktes det her til skjermen på datamaskinen, og ikke på

<sup>106</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 88.

<sup>107</sup> Se figur nr. 7.

<sup>108</sup> Se figur nr. 7.

<sup>109</sup> Se figur nr. 1.

<sup>110</sup> Se figur nr. 2.

<sup>111</sup> Hov/Rochleng (2019) under punktet «Vi handler fra sofaen», tredje avsnitt. Hentet 24. mars 2020 fra:

<https://www.ssb.no/priser-og-prisindekser/artikler-og-publikasjoner/tast-og-kjop-hva-hvor-og-nar-som-helst>

<sup>112</sup> Øverby (2018) første avsnitt. Hentet 5. mai 2020 fra: <https://snl.no/smarttelefon>

<sup>113</sup> Eksempelvis C-323/09 (Interflora) avsnitt 44.

smarttelefonen. Selv om forbrukerne også i perioden 2010/2011 kunne bruke søketjenesten på smarttelefonen, er det få holdepunkter i EU-domstolens drøftelser som tilsier at 'skjerm' også sikter til smarttelefoner. Statistikken viser også at færre brukte internett på smarttelefonen i tidsrommet 2010/2011, og det relativt lave tallet indikerer at problematikken rundt annonser i dette tidsrommet kun var tilknyttet internettbruken på datamaskinen.

Spørsmålet er derfor om EU-domstolens resonnementer kan opprettholdes når det i dag også er høyst aktuelt å bruke internett, herunder søketjenesten, på smarttelefonen.

Ved et Google-søk på smarttelefonen vil annonsene og de naturlige treffene fremdeles plasseres på samme resultatliste. I motsetning til datamaskinen hvor 1-3 annonser vil utgjøre en relativt liten del av skjermbildet, vil de samme annonsene dominere deler av skjermen på smarttelefonen.<sup>114</sup> Jo større plass annonsen tar på skjermen, desto lengre ned må internettforbrukeren bla for å komme til de naturlige treffene. Internettforbrukeren får således ikke det samme helhetsinntrykket på smarttelefonen som på datamaskinen.<sup>115</sup>

Selv om annonsens utforming og plassering er utgangspunktet for vurderingen, er etter mitt syn også andre forhold av betydning. En slik forståelse harmonerer med EU-domstolens uttalelse om at krenkelse avhenger «navnlig» av hvordan annonsen er utformet og plassert.<sup>116</sup> Annonsens utforming må derfor ses i lys av helhetsinntrykket som annonsen og de naturlige treffene danner i samspill.

Det avgjørende for om opprinnelsesgarantifunksjonen er krenket vil i så måte være avhengig av hvilke krav som stilles til internettforbrukeren om hvordan helhetsinntrykket oppfattes.

EU-domstolen har i en rekke saker gitt uttrykk for at den gjennomsnittlige internettforbrukeren er «almindeligt oplyst og rimeligt opmærksom».<sup>117</sup> Da norske domstoler tidligere har vurdert forvekslingsrisikoen har utgangspunktet for vurderingen vært om «en ikke ubetydelig del av befolkningen» vil kunne forveksle varemerkene.<sup>118</sup> Til tross for to ulike

<sup>114</sup> Se figur nr. 3/4 sammenlignet med figur nr. 5 og nr. 6

<sup>115</sup> Se figur nr. 5 og nr. 6.

<sup>116</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 44.

<sup>117</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 84.

<sup>118</sup> Rt. 2008 s. 1268 (Søtt + Salt) avsnitt 41

gjennomsnittsbetraktninger foreligger ingen realitetsforskjell til EU-domstolens uttryksmåte.<sup>119</sup>

Det er på det rene at internettforbrukeren er kjent med at det finnes annonser ved søk på Google. Samtidig er ikke dette ensbetydende med at internettforbrukeren er kjent med at annonsene alltid ligger over de naturlige treffene. Slik positiv kunnskap er relevant i den forstand at dersom internettforbrukeren er kjent med den aktuelle annonsebruken vil bevisstheten avskjære enhver form for forvekslingsrisiko.<sup>120</sup>

Tingretten i *Bank Norwegian-saken* er av den oppfatning at til tross for et «usikkert førsteinntrykk» elimineres usikkerheten når annonsen opplyser internettforbrukeren om at tjenestene som tilbys ikke stammer fra merkehaveren jf. «Annonse».<sup>121</sup> Likevel uttaler retten at annonsene krever «årvåkne forbrukere med et reflektert forhold til den informasjon som blir presentert».<sup>122</sup> Jeg tolker tingrettens utsagn slik at selv om ikke annonsen i seg selv er uklar, må internettforbrukeren være årvåken og reflektert for å se at annonsene er merket med «Annonse».<sup>123</sup>

I forlengelsen av det ovennevnte ser det heller ikke ut til at tingretten tolker 'skjerm' på noe annen måte enn EU-domstolen, hvilket innebærer at vurderingen tilsynelatende kun knytter seg til skjermen på datamaskinen og ikke til skjermen på smarttelefonen.<sup>124</sup> Til tross for at merkingen «Annonse» foreligger på begge skjermer, vil det etter mitt syn kreve en *enda større* grad av årvåkenhet når søket blir gjort på smarttelefonen.

Utsagnet tyder på at det legges vel mye ansvar på den digitale forbrukeren når retten foretar en utvidende tolkning av gjennomsnittsforkbrukerbegrepet.<sup>125</sup> Selv om det kan argumenteres for at den digitale utviklingen har bidratt til økt kunnskapsnivå hos internettforbrukeren, tyder den utvidede tolkningen på at man i praksis oppstiller ulike krav for fysiske- og digitale forbrukere.<sup>126</sup> Etter mitt syn er en slik tolkning uheldig all den tid det ikke finnes forsvarlige

<sup>119</sup> Rt. 2008 s. 1268 (Søtt + Salt) avsnitt 41. Se også Lassen/Stenvik (2011) s. 320-321.

<sup>120</sup> Det kan reises tvil om en slik terskel er for mild, men jeg er likevel av den oppfatning at det ikke kan ilegges for mye ansvar på internettforbrukeren i hvordan selve annonsesystemet fungerer.

<sup>121</sup> TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian) avsnitt 34

<sup>122</sup> Ibid avsnitt 36.

<sup>123</sup> Se figur nr. 8.

<sup>124</sup> Illustreres også av tingrettens egen skjermdump, se figur nr. 9.

<sup>125</sup> Kaasin (mars 2019) avsnitt 14.

<sup>126</sup> Ibid avsnitt 14.

holdepunkter som tilsier at man bør operere med ulike krav til digitale og fysiske forbrukere. Jeg mener derfor en slik kategorisering ikke er i tråd med gjeldende rett.

Etter mitt syn kan det neppe kreves at internettforbrukeren er så «årvåken» og «reflektert» at det ikke foreligger noen mulighet for at internettforbrukeren i mange tilfeller feilaktig klikker seg inn på en annonse. Jeg mener derfor at normen må lempes noe, i tråd med EU-domstolens og Høyesteretts fortolkning av gjennomsnittsforbrukeren (internettforbrukeren).

I lys av det ovennevnte blir det avgjørende om det i realiteten foreligger direkte eller indirekte forvekslingsrisiko.

På internett er internettforbrukeren kun ett klikk unna andre nettsider som tilbyr alternative tjenester, og ved netthandel er risikoen for varemerkeforvirring større enn ved fysisk handel i butikk.<sup>127</sup> Selv om internettforbrukeren i slike tilfeller vil bli utsatt for direkte eller indirekte forvekslingsrisiko, vil imidlertid forbrukeren som oftest klikke seg tilbake til resultatlisten idet feilen oppdages. Slik jeg leser EU-domstolens resonnementer må en slik forvirring sammenholdes med den etterfølgende linken (annonsørens nettside) jf. «ikke på grundlag af det salgsfremmende link og den dertil knyttede kommersielle meddelelse».<sup>128</sup> En slik tolkning innebærer at internettforbrukeren *selv* avskjærer forvekslingsrisikoen.

Det må imidlertid også tas høyde for at internettforbrukeren *ikke* klikker seg tilbake. Dersom forbrukeren tror at nettsiden tilhører merkehaver og dermed blir værende på annonsørens nettside, vil det i realiteten foreligge risiko for direkte forveksling. Imidlertid vil dette sjeldent være tilfellet, og det må antas at internettforbrukeren oppdager at nettsiden tilhører en annen aktør idet logo, farger og nettside fremkommer. Til tross for at smarttelefonen kan medføre flere feilklikk, holder jeg fast ved at det her ikke vil foreligge direkte forvekslingsrisiko.

Selv om internettforbrukeren ofte selv avskjærer den eventuelle direkte eller indirekte forvekslingsrisikoen, kan det likevel tenkes tilfeller hvor det foreligger elementer i saken som gjør at en indirekte forvekslingsrisiko *ikke* avskjæres. I *Interflora* var internettforbrukeren klar over at merkehaver (Interflora) hadde et kommersielt samarbeid med en rekke leverandører. Når en uavhengig annonsør brukte «interflora» som søkeord, ble forbrukeren ledet til å tro at også denne annonsøren hadde et kommersielt samarbeid med Interflora. Når forbrukeren i

<sup>127</sup> Jørgensen (2004) punkt 7 første avsnitt.

<sup>128</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 45.

slike tilfeller klikker seg inn på annonsen, avskjæres ingen forvekslingsrisiko ettersom forbrukeren tror at annonsøren også er med i det kommersielle nettverket. Avgjørelsen illustrerer at det er helhetsinntrykket som annonsen og andre relevante forhold som i samspill er avgjørende for om det foreligger forvekslingsrisiko.

Synspunktet i *Interflora* har blitt fulgt opp i senere saker, eksempelvis i *Polzar* avsagt av Frankfurts høyesterett (OLG).<sup>129</sup> I denne saken var annonsøren en konkurrent av merkehaveren (Polzar) innenfor kjeveortopediske tjenester. Annonsøren var en del av et kommersielt nettverk, og brukte «Polzar» som søkeord. Polzar var imidlertid ikke med i det aktuelle nettverket, og hevdet at varemerkebruken ga inntrykk av det motsatte. Retten konkluderte med at varemerkebruken ga inntrykk av at det forelå et økonomisk samarbeid mellom annonsør og merkehaver, og følgelig en krenkelse av opprinnelsesgarantifunksjonen.<sup>130</sup> Til tross for to ulike situasjoner viser avgjørelsen i *Polzar* at synspunktene som ble utviklet i *Interflora* potensielt kan gjelde i alle tilfeller hvor varemerkebruken leder internettforbrukeren til å tro at det foreligger et økonomisk samarbeid mellom annonsør og merkehaver.

Konklusjonen er at i de alminnelige søkemotortilfellene vil ikke varemerkebruken medføre fare for skade på opprinnelsesgarantifunksjonen. Jeg er av den oppfatning av at ved feilklikk vil internettforbrukeren *selv* avskjære forvekslingsrisikoen, uavhengig av om søket skjer på datamaskinen eller på smarttelefonen. Imidlertid illustrerer *Interflora* og *Polzar* viktigheten med at det må foretas en konkret helhetsvurdering, ettersom det kan foreligge elementer i saken som medfører at tilfellet skiller seg fra de alminnelige søkemotortilfellene. Selv om jeg mener det ikke foreligger forvekslingsrisiko i de alminnelige tilfellene, er jeg av den oppfatning at det bør stilles enda strengere krav til klarhetskravet i utformingen av annonsene, slik at feilklikk og mulig indirekte forvekslingsrisiko forhindres.

### **2.2.3.2 Reklamefunksjonen**

En lojal kundekrets vil i stor grad bidra til en trygg markedsposisjon, og vil således kunne være til stor verdi for næringsdrivende. Varemerkets reklamefunksjon innebærer at varemerket brukes for å «informere og overbevise» forbrukeren.<sup>131</sup> Dersom varemerkebruken

<sup>129</sup> OLG Frankfurt (2019) 6 W 56/19 (Polzar).

<sup>130</sup> Ibid (II. 1) b) (2) andre og tredje avsnitt s. 4 og 5.

<sup>131</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 91.

forstyrrer merkehavers bruk av varemerket i sin markedsføring eller forretningsstrategi kan merkehaveren forby bruken.<sup>132</sup> EU-domstolen presiserte for første gang i *L'Oreal* at reklamefunksjonen i visse tilfeller kan bli krenket, og har siden blitt fulgt opp av i EU-domstolen i etterfølgende saker.<sup>133</sup>

Som nevnt i punkt 1.1 fungerer Google Ads-funksjonen slik at jo høyere pris annonsøren betaler for et søkeord, desto høyere opp kommer annonsen på resultatlisten. Hvis ikke merkehaveren vil tilby en høyere pris enn annonsøren, må merkehaveren akseptere at annonsøren får en bedre plassering. Internett antas å være den plattformen som har størst markedsføringsverdi all den tid informasjonen som legges ut på internett når ut til svært mange mennesker på kort tid. Av den grunn kan det oppstå priskrig mellom merkehaveren og annonsører, hvor konkurransen består i å få den øverste plasseringen på resultatlisten.<sup>134</sup>

Det er på det rene at når en annonsør bruker merkehavers varemerke som søkeord, vil bruken kunne medføre negative virkninger for merkehaver i sin markedsføring.<sup>135</sup> EU-domstolen hevder imidlertid at merkehaveren i slike tilfeller må akseptere at annonsørene tilbyr en høyere pris for søkeordet, ettersom varemerkebruken i seg selv ikke medfører en fare for skade på reklamefunksjonen.<sup>136</sup> I tilfellene hvor annonsøren får en bedre plassering, må merkehaver selv «intensivere» sin innsats for å opprettholde eller øke sin synlighet ovenfor forbrukerne.<sup>137</sup>

EU-domstolen hevder at uansett om merkehaver har betalt mindre for søkeordet – eller ikke har kjøpt varemerket i det hele tatt – er merkehavers naturlige treff uansett *garantert* synlighet blant de naturlige treffene.<sup>138</sup> Slik jeg tolker EU-domstolens uttalelser vil ikke varemerkebruken medføre fare for skade på reklamefunksjonen, all den tid bruken ikke fratrar merkehaver muligheten til å effektivt anvende varemerket sitt for å informere og overbevise internettforbrukeren.<sup>139</sup>

<sup>132</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 92.

<sup>133</sup> Eksempelvis C-323/09 (Interflora) avsnitt 54.

<sup>134</sup> Riis m.fl. (2017) s. 632.

<sup>135</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 93.

<sup>136</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 57.

<sup>137</sup> Ibid avsnitt 57.

<sup>138</sup> C-236/08 – C-238/08 (Google) avsnitt 97.

<sup>139</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 59.



Ettersom merkehavers naturlige treff også vil fremkomme av resultatlisten, vil internettforbrukeren bli eksponert for både annonsen og det naturlige treffet. EU-domstolens betraktninger peker i retning av at terskelen for å konstatere varemerkekrenkelse i denne forbindelse er høy. Såfremt annonsøren tilbyr alternative tjenester uten å forstyrre merkehavers bruk av varemerket i sin markedsføring eller markedsstrategi, foreligger det ikke fare for skade på reklamefunksjonen.<sup>140</sup>

Imidlertid er det i litteraturen antydnet at EU-domstolen bygger på en uriktig oppfattelse idet den *garanterer* at merkehavers annonse eller naturlige treff vil være synlig.<sup>141</sup> Det argumenteres for at visningen av naturlige treff også styres av Google's søkealgoritme, og den enkelte internettforbrukers søkehistorikk. Slik annonsesystemet fungerer i dag – med gjennomsnittlig 1-3 annonser per søk – er etter mitt syn denne kritikken noe søkt. Likevel mener jeg at bruken av smarttelefon *utfordrer* garantien om synlighet, og jeg kan i det vesentlige henviser til redegjørelsen i punkt 2.2.3.1 for denne kritikken.

Selv om bruken av smarttelefonen byr på utfordringer i relasjon til oppgavens tema er jeg av den oppfatning at varemerkebruken ikke forstyrrer merkehavers bruk av varemerket, ettersom internettforbrukeren fortsatt blir informert om merkehavers tjenester. Merkehaveren vil rent faktisk fremkomme på samme side som annonsene, bare plassert lengre ned på resultatlisten. Når internettforbrukeren søker på varemerket vil det dessuten foreligge en *forventning* om å bli informert om merkehavers tjenester på resultatlisten.

Jo bedre innarbeidet varemerket er, desto større vil ønsket være å bruke varemerket som søkeord. Det er ikke utenkelig at *flere* annonsører vil kjøpe det samme varemerket som søkeord, noe som medfører at merkehavers naturlige treff blir presset enda lengre ned på resultatlisten. Slik jeg tolker EU-domstolens uttalelser må merkehaver intensivere sin innsats for å opprettholde og øke synligheten, uavhengig av om det er én eller flere annonsører som kjøper søkeordet. Antall annonser byr ikke på særlige store problemer ettersom det i dag normalt kun er 1-3 annonser per søk. Når det er sagt, vil det i fremtiden kunne oppstå interessante spørsmål hvis antallet annonser øker så betraktelig at merkehavers naturlige treff ikke fremkommer av den første resultatlisten. Etter mitt syn vil merkehaver i slike tilfeller

<sup>140</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 58.

<sup>141</sup> Wallberg (2015) s. 213.

ikke være garantert synlighet. Det er uklart om EU-domstolens uttalelser skal forstås slik at merkeholder også i disse tilfellene må intensivere sin egen innsats for å øke synligheten.

Ettersom det er annonsøren som bruker penger på å utnytte merkeholders innsats, kan gode grunner tale for at det er *annonsøren* som bør betale en høyere pris enn merkeholderen.<sup>142</sup> I svensk rett blir det særlig lagt vekt på at annonsøren gjennom varemerkebruken får en snarvei til forbrukernes oppmerksomhet, noe som også trolig er formålet med å kjøpe andres varemerker som søkeord.<sup>143</sup> Imidlertid har reklamefunksjonen i svensk rett en bredere tilnærming til hva som utgjør varemerkets reklamefunksjon enn det EU-domstolen har.<sup>144</sup> For eksempel trekkes et kostnadsargument inn i vurderingen, ettersom det for merkeholder vil kunne bli dyrt å annonsere for egne tjenester.<sup>145</sup> Jeg kan til dels være enig i resonnementene, men jeg er imidlertid av den oppfatning at slike momenter ikke får betydning ved vurderingen av om varemerkebruken medfører fare for skade på *reklamefunksjonen* som sådan. Momenter tilknyttet utnyttelse og illojalitet er etter mitt syn relevant i vurderingen av om varemerkebruken er i strid med «god forretningsskikk»-standarden i markedsføringsloven § 25.<sup>146</sup>

Slik annonsesystemet og praksisen fungerer i dag blir internettforbrukeren etter mitt syn informert om merkeholders tjenester. Ettersom varemerkebruken ikke forstyrrer merkeholders bruk av varemerket, er konklusjonen at det ikke foreligger fare for skade på reklamefunksjonen.

### **2.2.3.3 Investeringsfunksjonen**

Når merkeholderen har utviklet et varemerke skal merket oppnå og opprettholde et omdømme, som igjen skal tiltrekke forbrukere og således sikre deres lojalitet.<sup>147</sup> Et godt omdømme bygges opp over tid, og merkeholder vil ofte bruke ressurser i form av markedsføring for å oppnå en goodwill-verdi hos forbrukerne.

Investeringsfunksjonen ble fremholdt som rettslig relevant for første gang i *L'Oreal*, men det er uklart hvor definisjonen av investeringsfunksjonens har sitt opphav. Investeringsfunksjonen

<sup>142</sup> Arnerstål (2018) s. 88.

<sup>143</sup> Ibid s. 88.

<sup>144</sup> Ibid s. 85-86.

<sup>145</sup> Ibid s. 88-89.

<sup>146</sup> Se nærmere i oppgavens punkt 3.5.3

<sup>147</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 60.

har etter mitt syn nær sammenheng med reklamefunksjonen, all den tid opparbeidelse- og opprettholdelse av omdømme som oftest skjer gjennom markedsføring. Det er hevdet i litteraturen at investerings- og reklamefunksjonen til en viss grad overlapper hverandre, ettersom begge funksjonene knytter seg til investeringer i forbindelse med markedsføring.<sup>148</sup> Selv om investerings- og reklamefunksjonen i det vesentlige er overlappende, skiller funksjonene seg fra hverandre idet investeringsfunksjonen også dekker andre forretningsmessige teknikker enn reklame.<sup>149</sup>

Ettersom hensikten er å dra nytte av varemerkets opparbeidede goodwill, vil annonsøren ofte velge et varemerke som allerede *har* opparbeidet seg et omdømme. I slike tilfeller er det tilstrekkelig at varemerkebruken «påvirker» omdømmet og dermed setter opprettholdelsen av omdømmet i fare.<sup>150</sup> Imidlertid er det ikke alle varemerker som har oppnådd et omdømme, eksempelvis nyetablerte varemerker. For slike varemerker må varemerkebruken «mærkbart» forstyrre merkehavers egen anvendelse.<sup>151</sup> Det er på det rene at det her oppstilles to ulike terskler for krenkelse. Etter mitt syn reiser dette spørsmålet om varemerker som ikke har oppnådd et omdømme innehar et *svakere* vern enn de varemerker som allerede har oppnådd et omdømme.

Det kan trekkes en parallell til kodakvernet i varemerkeloven § 4 annet ledd. Bestemmelsen gir «velkjente» varemerker et lovfestet vern mot urimelig utnyttelse og snylting, i motsetning til alminnelige varemerker som ikke har et slikt utvidet vern etter varemerkeloven. De «velkjente» varemerkene har en goodwillverdi hos forbrukerne som går *noe ut over* det et alminnelig innarbeidet varemerke har, og blir derfor belønnet med et utvidet vern i varemerkeloven.<sup>152</sup> Det er imidlertid antatt i juridisk teori at alminnelige kjennetegnsmessige prinsipper kan begrunne et utvidet vern for «velkjente» varemerker.<sup>153</sup> Det er på det rene at ønsket om å hindre utnyttelse og snylting på andres innsats er grunnleggende i all kjennetegnsmessig rett.<sup>154</sup> Imidlertid kan det se ut til at innsatsen bak varemerker skal belønnes, slik at ønsket om å hindre utnyttelse og snylting melder seg med *økende styrke* jo sterkere innarbeidelsen er.<sup>155</sup> På samme måte kan det antas at de varemerker som allerede har maktet å

<sup>148</sup> Arnerstål (2018) s. 91.

<sup>149</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 61.

<sup>150</sup> Ibid avsnitt 63.

<sup>151</sup> Ibid avsnitt 62.

<sup>152</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 370.

<sup>153</sup> Ibid s. 366.

<sup>154</sup> Ibid s. 366.

<sup>155</sup> Ibid s. 366.

oppnå et omdømme, belønnes i den forstand at det skal *mindre* til før varemerkebruken medfører fare for skade på investeringsfunksjonen, enn for de varemerker som ikke har oppnådd et omdømme.

Det er som regel frykten for å miste kundenes lojalitet som er av betydning for merkehaver. Imidlertid er EU-domstolen klar i sin tale når den uttaler at det ikke kan konstateres fare for skade på investeringsfunksjonen kun fordi merkehaver blir nødt til å tilpasse sin innsats for å oppnå eller opprettholde et omdømme som kan tiltrekke forbrukerne og sikre deres lojalitet.<sup>156</sup> Det foreligger heller ikke fare for skade på investeringsfunksjonen hvis kundene velger bort merkehavers tjenester til fordel for annonsørens tjenester.<sup>157</sup>

EU-domstolens praksis viser at det skal relativt mye til før bruk av andres varemerker som søkeord må antas å medføre fare for skade på investeringsfunksjonen. I *Interflora* overlot EU-domstolen selve krenkelsesvurderingen til den nasjonale domstolen. I samme avgjørelse avviste EU-domstolen at varemerkebruken medførte fare for skade på reklamefunksjonen. Gode grunner taler derfor for at det skal mindre til for å konstatere krenkelse av investeringsfunksjonen enn reklamefunksjonen.<sup>158</sup>

Det er vanskelig å si hva som skal til for at omdømmet «påvirkes» eller «mærkbart» forstyrrer merkehavers egen anvendelse ved bruk av andres varemerker som søkeord. Dersom den eneste konsekvensen av varemerkebruken er at merkehaver tvinges til å tilpasse sin innsats for å oppnå eller opprettholde omdømmet, kan ikke merkehaver motsette seg bruken.<sup>159</sup> Ettersom Google Ads-funksjonen ikke har noen øvre grense vil merkehaver alltid ha mulighet til å overby annonsøren og derfor alltid ha mulighet til å tilpasse sin innsats.<sup>160</sup> Konklusjonen er at varemerkebruken ikke medfører fare for skade på investeringsfunksjonen.

<sup>156</sup> C-323/09 (*Interflora*) avsnitt 64.

<sup>157</sup> *Ibid* avsnitt 64.

<sup>158</sup> Riis m.fl. (2017) s. 633.

<sup>159</sup> C-323/09 (*Interflora*) avsnitt 64.

<sup>160</sup> Likevel er kostnadsargumentet av betydning i vurderingen av om varemerkebruken strider mot «god forretningsskikk»-standarden i markedsføringsloven § 25, se oppgavens punkt 3.5.3.5.

#### **2.2.4 Oppsummering**

Redegjørelsen viser at bruk av andres varemerker som søkeord som utgangspunkt ikke medfører fare for skade på noen av varemerkets funksjoner. Dette medfører at tilleggskriteriet tilknyttet «bruks-vilkåret» i varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a ikke er oppfylt, og følgelig foreligger det ingen varemerkerettslig krenkelse.

# 3 Markedsføringsrett

## 3.1 Introduksjon

Markedsføringsrett som rettsområde omhandler flere rettsforhold, herunder særlig rettsforholdet mellom næringsdrivende. Markedsføringsloven regulerer kontroll med «markedsføring», og det er på det rene at annonsering for egne varer og tjenester via Google Ads, er «markedsføring» i lovens forstand.<sup>161</sup> Markedsføringsloven er teknologinøytral og omfatter således alle de markeder som næringsdrivende og forbrukere opptrer på.<sup>162</sup> Det er derfor uomtvistet at loven også gjelder ved søkemotorannonsering i relasjon til oppgavens tema.

Den markedsføringsrettslige delen av avhandlingen er strukturert i to deler, herunder markedsføringsloven § 30 og § 25. Forutsetningen for at de aktuelle bestemmelsene kommer til anvendelse i relasjon til oppgavens tema er at partene må være næringsdrivende.<sup>163</sup> Ved bruk av andres varemerker som søkeord forutsetter jeg at både annonsør og merkehaver er næringsdrivende.

Som nevnt i punkt 1.3 vil markedsføringsloven § 25 som oftest fungere som et *supplerende* rettsgrunnlag, og markedsføringsloven § 30 vil som oftest fungere som et *selvstendig* rettsgrunnlag. Vilkåret «kjennetegn» i markedsføringsloven § 30 er ikke betinget av å være et «kjennetegn» i varemerkerettslig forstand.<sup>164</sup> Selv om ordlyden «kjennetegn» språklig sett tilsier at det må foreligge et gyldig registrert eller innarbeidet varemerke i henhold til varemerkeloven, ville dette ha undergravet markedsføringslovens betydning som en selvstendig og alternativ rettskilde.<sup>165</sup>

<sup>161</sup> Jf. markedsføringsloven § 1.

<sup>162</sup> Uttalelser fra Forbrukertilsynet, datert 18.oktober 2018. Hentet 15. mars 2020 fra: <https://www.forbrukertilsynet.no/lov-og-rett/veiledninger-og-retningslinjer/forbrukertilsynets-veiledning-om-markedsforing-av-bolig>

<sup>163</sup> Jf. ordlyden «næringsvirksomhet» og «næringsdrivende mellom» i markedsføringsloven § 25, og «næringsvirksomhet» markedsføringsloven § 30. Begrepet «næringsvirksomhet» er legaldefinert i markedsføringsloven § 5 første ledd bokstav b, men vilkåret forutsettes oppfylt i den videre fremstillingen.

<sup>164</sup> Helset m.fl. (2009) s. 555.

<sup>165</sup> Ibid s. 555.

Ettersom både spesialbestemmelsen i § 30 og generalklausulen i § 25 er relevante bestemmelser i søkemotorsammenheng, oppstår spørsmålet om regelvalg. Før jeg vurderer de aktuelle bestemmelsene vil jeg klargjøre forholdet mellom bestemmelsene.

## 3.2 Forholdet mellom markedsføringsloven §§ 25 og 30

Forholdet mellom markedsføringsloven §§ 25 og 30 fremgår ikke direkte av markedsføringsloven. Generalklausulen i § 25 kan i prinsippet anvendes uavhengig om tilfellet også reguleres av en spesialbestemmelse, for eksempel markedsføringsloven § 30.<sup>166</sup> Spørsmålet som oppstår er om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av markedsføringsloven § 30, og om hensynet til sunn konkurranse tilsier at det bør gis et vern som går utover det som følger av markedsføringsloven § 30.<sup>167</sup>

I *Mozelldommen* uttales det at selv om generalklausulen supplerer lovens spesialbestemmelser, må det «vises forsiktighet med å anvende den på forhold av lignende karakter som omhandlet i spesialbestemmelsene når vilkårene etter disse ikke er oppfylt.»<sup>168</sup> Den vage uttalelsen i *Mozell-dommen* om at det må utvises «forsiktighet», ble nærmere presisert av Høyesterett i *Iskrem-dommen*.<sup>169</sup> Høyesterett uttrykker at for supplerende anvendelse av markedsføringsloven § 25 må det 1) må foreligge elementer som ikke fanges opp av spesialbestemmelsen, og 2) sunn konkurranse må tilsi vern utover det som følger av spesialbestemmelsen.

Selv om markedsføringsloven § 25 kan anvendes supplerende, bør rettsforholdet først vurderes etter spesialbestemmelsen.<sup>170</sup> I denne forbindelse viser jeg til den varemerkerettslige delen av oppgaven hvor varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a dannet utgangspunktet for varemerkene som *har* vern etter varemerkeloven. På samme måte vil markedsføringsloven § 30 danne utgangspunktet for varemerkene *uten* vern etter varemerkeloven.

<sup>166</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 290.

<sup>167</sup> Rt. 1998 s. 1315 (*Iskrem-dommen*) s. 1322.

<sup>168</sup> Rt. 1995 s. 1908 (*Mozell-dommen*) s. 1918.

<sup>169</sup> Rt. 1998 s. 1315 (*Iskrem-dommen*) s. 1322, jf. oppgavens punkt 1.3.

<sup>170</sup> Jf. *lex specialis*. Se også Lunde/Michaelsen (2019) s. 291.

## 3.3 Markedsføringsloven § 30

### 3.3.1 Generelt

Problemstillingen er om bruk av andres varemerker som søkeord strider mot markedsføringsloven § 30. Dersom den videre fremstillingen viser at den aktuelle varemerkebruken *ikke* strider mot markedsføringsloven § 30, blir det aktuelt å drøfte om det foreligger særlige omstendigheter som bringer forholdet inn under generalklausulen i markedsføringsloven § 25.<sup>171</sup>

Markedsføringsloven § 30 gir vern mot illojale konkurransehandlinger som består i å etterligne andres varemerker, og har store likhetstrekk med vurderingen om fare for skade på opprinnelsesgarantifunksjonen.<sup>172</sup> Imidlertid må flere vilkår i tillegg til forvekslingsrisiko være oppfylt for at varemerkebruken skal anses å stride mot markedsføringsloven § 30. Konkluderes det med at det ikke foreligger forvekslingsrisiko etter varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a, vil det ikke foreligge behov for å påberope markedsføringsloven § 30.<sup>173</sup> I denne delen av oppgaven forutsettes det derfor at varemerket ikke oppfyller registrerings- eller innarbeidelsesvilkårene i varemerkeloven.

### 3.3.2 Nærmere om vilkårene

Markedsføringsloven § 30 inviterer til en bred vurdering hvor det sentrale er balansegangen mellom akseptabel- og uakseptabel etterligning. I det følgende skal jeg vise at det er etterligningsvilkåret og forvekslingsfarevilkåret som skaper de største utfordringene i søkemotorsammenheng.

#### 3.3.2.1 Etterligningsvilkåret

Et klassisk etterligningstilfelle i varemerkesammenheng er hvor en næringsdrivende har etterlignet en konkurrents varemerke – eksempelvis i form av tekst og farge. Etter mitt syn er bruk av andres varemerker som søkeord ikke et *typisk* tilfelle som omfattes av ordlyden. Det

<sup>171</sup> Se oppgavens punkt 3.5.

<sup>172</sup> Se oppgavens punkt 2.2.3.1.

<sup>173</sup> Helset m.fl. (2009) s. 555.



må videre foretas en nærmere vurdering av hvorvidt varemerkebruken er en «etterligning» i lovens forstand.

Problemstillingen var for første gang til behandling i norske domstoler i *Rørleggervakta*.<sup>174</sup> Rørleggervakta AS hevdet at Rørlegger Sentralen AS' bruk av søkeordet «rørleggervakta» som søkeord på Google, var i strid med markedsføringsloven § 30. Slik jeg leser avgjørelsen foretar tingretten en sammenblanding av etterligningsvilkåret og forvekslingsfarevilkåret, hvor helhetsvurderingen sentreres rundt spørsmålet om forvekslingsfare. Tingretten konstaterte forvekslingsfare og brudd på § 30, men saken ble imidlertid anket til lagmannsretten.<sup>175</sup> I motsetning til tingretten konstaterte lagmannsretten at det ikke forelå «etterligning» ettersom ordene verken var originale eller særpregede all den tid de beskrev en tjeneste som rørleggere typisk tilbyr.<sup>176</sup>

Etter lagmannsrettens avgjørelse kom et lignende tilfelle opp til behandling for NKU. I denne saken var spørsmålet blant annet om Teppelands bruk av Teppeabos varemerke «teppeabo» som søkeord på Google, var et brudd på markedsføringsloven § 30.<sup>177</sup> NKU konstaterte at det ikke forelå forvekslingsfare, og at likheten utelukkende skyldtes det beskrivende ordet «teppe».<sup>178</sup> I tillegg uttalte NKU at markedsføringsloven § 30 ikke passer fullt ut «fordi det ikke er en synlig bruk av etterliknet kjennetegn for egne varer eller tjenester, men en skjult bruk av Teppeabos kjennetegn i den hensikt å bringe kundene til Teppelands nettsider».<sup>179</sup>

Det fremgår av forarbeidene til markedsføringsloven § 30 at forutsetningen for vern etter bestemmelsen er at merkehaver selv har gjort en selvstendig innsats.<sup>180</sup> Jo større innsats merkehaver har nedlagt, desto mer beskyttelsesverdige er vedkommendes interesser.<sup>181</sup> Selv om det ikke kan leses ut av loven hvor stor innsatsen må være for å ha vern, må det ifølge forarbeidene generelt kunne sies at innsatsen må være «såpass verdifull at andre ved en etterligning vil kunne spare arbeid og omkostninger».<sup>182</sup> Uttalelsen taler for at generiske

<sup>174</sup> TOSLO-2011-154999 (Rørleggervakta).

<sup>175</sup> LB-2012-118015 (Rørleggervakta).

<sup>176</sup> LB-2012-118015 (Rørleggervakta) sjuende avsnitt.

<sup>177</sup> Sak 12/2012 (Teppeabo).

<sup>178</sup> Ibid andre avsnitt.

<sup>179</sup> Ibid andre avsnitt.

<sup>180</sup> Ot.prp. nr. 57 (1971-1972) s. 27.

<sup>181</sup> Ibid s. 28.

<sup>182</sup> Ibid s. 28.

varemerker ikke har vern etter bestemmelsen. Dette samsvarer med resultatet i lagmannsrettens avgjørelse i *Rørleggervakta* og NKU sine uttalelser i *Teppeabo*.

Tatt det ovennevnte i betraktning, er det nokså klart at bruk av *generiske* varemerker som søkeord ikke er «etterlikning» i lovens forstand.

Lunde og Michaelsen argumenterer for at «etterlikning» tilsier at det avgrenses mot:

*«tilfeller hvor det i den påståtte ulovlige etterlikningen i det vesentlige inngår som elementer som har karakter av å være allemannseie, som for eksempel språklige ord og uttrykk som må anses for å være av beskrivende og generisk karakter».*<sup>183</sup>

En slik argumentasjon inviterer til spørsmålet om det er varemerkebruken i seg selv som medfører at bestemmelsen i sin helhet ikke «passer», eller fordi søkeordene (varemerkene) som har vært til behandling har vært generiske.

Ofte er det ordmerkene beskrevende og generiske preg som medfører at merket ikke får vern etter varemerkeloven.<sup>184</sup> Ettersom markedsføringsloven § 30 kan anvendes når registrerings- eller innarbeidelsesvilkårene i varemerkeloven ikke er oppfylt, er det derfor ofte generiske ord det er tale om. Etter mitt syn taler gode grunner for at etterligningsvilkåret i seg selv medfører at bestemmelsen ikke «passer» på den aktuelle varemerkebruk, uavhengig om varemerket er generisk eller ikke. I tråd med uttalelsen i *Teppeabo* baserer jeg mitt synspunkt på det grunnlag at annonsøren kun bruker varemerket som et skjult verktøy for å lede internettforbrukeren inn på egen nettside, og utgjør således ingen «etterlikning» i markedsføringslovens forstand.

Ettersom «etterligningsvilkåret» ikke er oppfylt, foreligger det med andre ord ikke et brudd på markedsføringsloven § 30. Etter mitt syn kan ikke en fare for forveksling veie opp for et uoppfylt etterligningsvilkår, slik tingretten i *Rørleggervakta* antyder. Uansett tyder lite på at varemerkebruken medfører forvekslingsfare, jf. oppgavens punkt 2.2.3.1. Også urimelighetsvilkåret er et sentralt vilkår i spesialbestemmelsen, og åpner opp for å vurdere elementer av subjektiv karakter. Ettersom varemerkebruken ikke innebærer en «etterlikning»,

<sup>183</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 355.

<sup>184</sup> Helset m.fl. (2009) s. 113-114.

avskjæres også muligheten for å vurdere slike forhold. Imidlertid er selve urimelighetsvurderingen en vurdering som i sin helhet opptas i markedsføringsloven § 25.<sup>185</sup>

### **3.4 Er varemerkebruken uttømmende regulert i varemerkeretten?**

Dersom bruk av andres varemerker som søkeord anses uttømmende regulert i varemerkeretten vil det ikke foreligge rom for å anvende generalklausulen i markedsføringsloven § 25.<sup>186</sup> En anvendelse av generalklausulen i slike tilfeller vil i så fall stride mot *lex specialis*-prinsippet.

EU-domstolen har i sin praksis forsøkt å gi retningslinjer i den hensikt å balansere merkehavers interesser opp mot konkurransehensyn. Ettersom vurderingene tilknyttet opprinnelses-, reklame- og investeringsfunksjonen innehar et bredt spekter av partenes interesser og konkurransehensyn, har det i litteraturen blitt hevdet at vurderingene i varemerkeretten har blitt generalklausullignende.<sup>187</sup> I den tyske *Rolex-saken* la retten til grunn at dersom varemerkebruken ikke medfører krenkelse av merkehavers varemerkerettigheter, ville det stride mot den tyske konkurranselovgivningen dersom annonsørens bruk skulle forbys.<sup>188</sup>

Etter mitt syn er det uklart i henhold til gjeldende rett om varemerkebruken i sin helhet må anses uttømmende regulert i varemerkeretten.

Det er intet vilkår om forvekslingsfare i markedsføringsloven § 25, men bestemmelsen avskjærer heller ikke forvekselbarhet som et moment i vurderingen. Imidlertid må selve forvekslingsrisikoen etter min mening antas å være uttømmende regulert i varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a.

I vurderingen av om varemerkebruken medfører fare for skade på reklame- eller investeringsfunksjonen er vurderingstemaet om varemerkebruken forstyrrer eller påvirker merkehavers bruk av eget merke og muligheter til å informere og overbevise forbrukeren. Det kan tenkes grunner for at hensynene bak funksjonene bør anses uttømmende regulert i varemerkeretten. Samtidig vil det etter mitt syn være anstrengt å hevde at disse hensyn bør

<sup>185</sup> Se oppgavens punkt 3.5.

<sup>186</sup> Rt. 1998 s. 1315 (Iskrem-dommen) s. 1322.

<sup>187</sup> Arnerstål (2018) s. 256.

<sup>188</sup> ZR 188/13 (Rolex) avsnitt 19.

anses uttømmende regulert i varemerkeretten. Selv om det i søkemotorsammenheng gjør seg gjeldende andre hensyn, er jeg av den oppfatning at hensynene bak reklame- og investeringsfunksjonen også kan ha relevans i lojalitetsvurderingen som markedsføringsloven § 25 legger opp til. Bakgrunnen er at generalklausulen hviler på nettopp slike hensyn, bare at de gir seg utslag i andre vilkår – eller rettere sagt; gir seg utslag i mangel på fakultative vilkår.

Med tiden vil næringsdrivende i konkurranseøyemed kunne lansere nye metoder for varemerkebruk som vil være uforenlig med «god forretningsskikk».<sup>189</sup> Selv om varemerkebruken ikke alltid medfører brudd på en av funksjonene kan forholdet likevel bære preg av en illojalitet og urimelighet som gjør at varemerkebruken må anses for å være i strid med «god forretningsskikk» mellom næringsdrivende.<sup>190</sup>

EU-domstolen tok i *Interflora* stilling til spørsmålet om annonsøren urettmessig oppnådde fortjeneste som følge av snylting. Bakgrunnen for spørsmålet var at «Interflora» var et velkjent varemerke, og hadde derfor vern etter bestemmelsen i direktivet som tilsvarer kodakvernet i varemerkeloven § 4 annet ledd.<sup>191</sup> EU-domstolen er av den oppfatning at bruk av identiske søkeord som hovedregel ikke skal anses som utnyttelse eller snylting, såfremt formålet er å tilby alternative tjenester.<sup>192</sup> På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om snyltehensynet må anses uttømmende regulert i varemerkeretten. Snyltehensyn er ikke et hensyn som vurderes i tilknytning til om varemerkebruken medfører fare for skade på en av varemerkets funksjoner jf. varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a. Etter mitt syn kan ikke EU-domstolens uttalelser tilknyttet «velkjente» varemerker legges til grunn i vurderingen av om snyltehensynet er uttømmende regulert for alminnelige varemerker.<sup>193</sup>

Imidlertid er det på det rene at snyltemomentet er uttømmende regulert for «velkjente» varemerker i varemerkeloven § 4 annet ledd. Det kan imidlertid reises spørsmål om lovgiver har ment at et slikt utvidet vern mot snylting *kun* skal innrømmes «velkjente» varemerker. Legges en slik fortolkning til grunn bør ikke momentet fanges opp av markedsføringsloven, ettersom jeg antar lovgivers hensikt i disse tilfellene er at alminnelige varemerker ikke skal ha et utvidet vern mot snylting. En anvendelse av generalklausulen i markedsføringsloven § 25

<sup>189</sup> Lilleholt (2014) s. 503.

<sup>190</sup> Ibid s. 503.

<sup>191</sup> Direktiv 89/104/EF indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker art. 5 nr. 2 og forordning 40/94/EØF om EF-varemærker artikkel 9 nr. 1 bokstav c.

<sup>192</sup> C-323/09 (*Interflora*) avsnitt 90.

<sup>193</sup> EU-domstolens resonnementer vil imidlertid få betydning i vurderingen av om det foreligger snylting i vurderingen etter markedsføringsloven § 25. Se oppgavens punkt 3.5.3.1.

vil dermed være egnet til å undergrave varemerkelovens regler, og følgelig stride mot lex specialis-prinsippet.

Forarbeidene til varemerkeloven er taus på området om alminnelige varemerker kan tilkjennes et utvidet vern. Ønsket om å hindre utnyttelse og snylting på andres innsats er grunnleggende i all kjennetegnsrett, men melder seg med økende styrke jo sterkere varemerket er innarbeidet.<sup>194</sup> Det er imidlertid antatt i litteraturen at den argumentasjonen som har vært ført for å begrunne et utvidet vern for de velkjente merkene, viser seg å være en anvendelse av de alminnelige kjennetegnsrettslige prinsippene.<sup>195</sup> Ettersom ønsket er å unngå utnyttelse og snylting på hele varemerkerettens område,<sup>196</sup> taler gode grunner for at snyltehensynet *ikke* er uttømmende regulert i varemerkeloven § 4 annet ledd. Alminnelige varemerker bør følgelig kunne tilkjennes et utvidet vern mot snylting etter markedsføringsloven § 25.

<sup>194</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 366.

<sup>195</sup> Ibid s. 366.

<sup>196</sup> Ibid s. 366.

## 3.5 Markedsføringsloven § 25

### 3.5.1 Generelt

Det fremgår av markedsføringsloven § 25 at det i næringsvirksomhet ikke må foretas handlinger som strider mot «god forretningsskikk» mellom næringsdrivende. Bestemmelsen viderefører generalklausulen i markedsføringsloven av 1972 § 1 (1) første alternativ.<sup>197</sup> Ettersom generalklausulen er ment å fange opp elementer som faller utenfor varemerkelovens bestemmelser, kan bestemmelsen komme til anvendelse uavhengig av om varemerket har varemerkerettslig vern eller ikke.<sup>198</sup>

Før jeg vurderer hvorvidt bruk av andres varemerker som søkeord strider mot markedsføringsloven § 25, vil jeg av metodiske grunner først redegjøre for NKU-praksis som en rettskilde.

### 3.5.2 Nærmere om Næringslivets Konkurransutvalg (NKU)

NKU uttaler seg i tvister mellom næringsdrivende om hvorvidt en form for markedsføring er i strid med markedsføringsloven kapittel 6, herunder markedsføringsloven § 25 og § 30. At NKU-praksis representerer en relevant opplysningskilde er nokså klart. Imidlertid argumenterer Lunde og Michaelsen for at det må utvises skepsis til NKU-praksis som rettskilde.<sup>199</sup> Forfatterne viser blant annet til at bevisførselen ved saksbehandlingen i NKU er mindre omfattende enn ved en alminnelig domstolsbehandling.<sup>200</sup>

På den annen side består NKU av et utvalg av representanter med ekspertise innenfor det aktuelle fagområdet, noe som ikke alltid er tilfellet i de alminnelige domstolene.<sup>201</sup>

I mangel på rettspraksis som behandler den aktuelle varemerkebruken, foreligger det til gjengjeld en rikholdig NKU-praksis om tolkningen av generalklausulen tilknyttet varemerkebruken. I juridisk teori er det for eksempel hevdet at det ikke foreligger noen

<sup>197</sup> Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) kapittel 19, under «Til § 25 God forretningsskikk».

<sup>198</sup> Forutsetningsvis av Lunde/Michaelsen (2019) s. 292.

<sup>199</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 48.

<sup>200</sup> Ibid s. 48.

<sup>201</sup> Helset m.fl. (2009) s. 546

egentlig grunn for å tillegge NKU-praksis mindre vekt enn underrettspraksis om tolkning av markedsføringslovens regler.<sup>202</sup>

Jeg er enig i at det må utvises skepsis til NKU-praksis i den forstand at avgjørelsene ikke har samme rettskildemessig *vekt* som eksempelvis praksis fra Høyesterett. Jeg er likevel av den oppfatningen av at NKU-praksis bør tillegges noe mer vekt enn underrettspraksis.

Synspunktet harmonerer med Høyesterett sine uttalelser i *Nanset-dommen* i tilknytning til NKU-praksisens rettskildemessig vekt.<sup>203</sup> Det fremheves her at NKU-praksis ikke er bindende for domstolene, men at det «ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt».<sup>204</sup>

Til tross for lite rettspraksis på området har NKU i en rekke saker uttalt at bruk av andres varemerker som søkeord *er* i strid med markedsføringsloven § 25. Praksisen er enhetlig og står i klar kontrast med tingrettens nylige avgjørelse i *Bank Norwegian-saken*.

Problemstillingen byr på ytterligere utfordringer når NKU fastholder sin praksis også *etter* at tingrettsdommen ble avsagt.

### 3.5.3 “God forretningsskikk”

Markedsføringsloven § 25 gir anvisning på en skjønnsmessig vurdering, hvor spørsmålet er om bruk av andres varemerker strider mot «god forretningsskikk».<sup>205</sup> Ordlyden inviterer til en lojalitetsvurdering.<sup>206</sup> Hensikten bak lojalitetsvurderingen er å sikre sunn konkurranse innen næringslivet, men bestemmelsen skal samtidig ikke praktiseres så strengt at den virker hemmende for konkurransen.<sup>207</sup>

EU-domstolen tok for første gang stilling til hva som skal anses som «sund og loyale» konkurranse i *Interflora*.<sup>208</sup> Det sentrale er at det 1) ikke foreligger fare for skade på noen av varemerkets funksjoner, og 2) at annonsen kun utgjør et alternativ til merkehavers tjenester uten å være en etterligning eller kopi.<sup>209</sup>

<sup>202</sup> Helset m.fl. (2009). s. 546.

<sup>203</sup> Rt. 1984 s. 248 (Nanset-dommen).

<sup>204</sup> Ibid s. 258.

<sup>205</sup> Det forutsettes i det følgende at varemerkene som benyttes som søkeord ikke er generiske, ettersom det må anses avklart i LB-2012-118015 *Rørleggervakta* at generiske ord ikke har beskyttelse etter § 25.

<sup>206</sup> Rt. 1998 s. 1315 (Iskrem-dommen) s. 1322.

<sup>207</sup> Ibid s. 1322-1323.

<sup>208</sup> C-323/09 (*Interflora*) avsnitt 91.

<sup>209</sup> Ibid avsnitt 91.

Jeg er i utgangspunktet enig med EU-domstolens vurderinger. Imidlertid er ikke EU-domstolens standpunkt ensbetydende med at ingen andre forhold er av betydning i lojalitetsvurderingen etter markedsføringsloven § 25. Det fremgår av Varemerkedirektivet at direktivet ikke bør utelukke at varemerkene underkastes andre lovbestemmelser enn de varemerkerettslige regler i medlemsstatene, herunder bestemmelser om «illoyal konkurrence, erstatningsansvar eller forbrugerbeskyttelse».<sup>210</sup>

Det er nokså klart at vurderingene i varemerkerettslig sammenheng kun knytter seg til de enkelte funksjonene, og derav utgjør en mindre del av vurderingsgrunnlaget etter markedsføringsloven § 25. Det vil harmonere dårlig med generalklausulens formål dersom elementer tilknyttet lojaliteten i næringslivet ikke er relevant i helhetsvurderingen. Til tross for at de varemerkerettslige vurderingene tilknyttet varemerkets funksjoner hensyntar en rekke hensyn og forhold som er av stor betydning for merkehaber, ivaretar markedsføringsloven § 25 også *andre* hensyn.<sup>211</sup> Følgelig taler gode grunner for at alle relevante hensyn som gjør seg gjeldende ved den konkrete varemerkebruk *bør* tas i betraktning før det kan konstateres at varemerkebruken er forenlig med sunn konkurranse.

Som nevnt i oppgavens punkt 3.4 vil de hensyn som vektlegges i vurderingene i tilknytning til reklame- og investeringsfunksjonene, også kunne være av betydning i «god forretningsskikk»-vurderingen. Imidlertid vil jeg i det følgende strukturere oppgaven etter de forhold jeg mener er mest sentrale i relasjon til oppgavens tema, og som ikke anses uttømmende regulert i varemerkeretten.

### **3.5.3.1 Snylting**

Internettforbrukeren søker som oftest på varemerker som er godt innarbeidet, og av den grunn er det nettopp disse varemerkene som egner seg best som søkeord. Når merkehaveren har lagt ned betydelige ressurser i å bygge opp en goodwillverdi hos forbrukerne, må det reises spørsmål om annonsørens varemerkebruk innebærer snylting på merkehavers innsats og resultater.

EU-domstolens resonnementer tilknyttet snyltemomentet vil som nevnt være relevant i vurderingen etter markedsføringsloven § 25. EU-domstolen fremhever at snylting ikke sikter

<sup>210</sup> Direktiv 2008/95/EF om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om varemerker, fortalepunkt (7).

<sup>211</sup> Nordby/Vislie (2014) punkt 3.1.



til den skaden som påføres varemerket, men til den fordel som annonsøren *oppnår* ved varemerkebruken.<sup>212</sup> EU-domstolens resonnementer viser således at i tillegg til varemerkets omdømme, er også den *innsats* som ligger bak varemerket av betydning.<sup>213</sup> Av den grunn vil merkehavers innsats *og* resultater ha betydning i vurderingen av om varemerkebruken innebærer snylting på varemerket. EU-domstolen er imidlertid av den oppfatning at bruk av andres varemerker som søkeord som hovedregel ikke innebærer noen form for snylting, forutsatt at formålet er å tilby alternative tjenester og at annonsørens tjenester ikke er etterligninger av merkehavers tjenester.<sup>214</sup>

I *Bank Norwegian-saken* påpekes det at hensynet til den innsats som ligger bak et beskyttet varemerke skal ha «betydelig vekt», men til tross for en vanskelig grensedragning går ikke retten grundigere inn i vurderingen av hvilken beskyttelsessfære merkehaver i slike tilfeller har.<sup>215</sup> Retten konkluderer med at praksisen ikke utgjør en snylting i egentlig forstand og da heller ikke utnyttelse av merkehavers goodwill.<sup>216</sup> Bakgrunnen for tingrettens standpunkt ser tilsynelatende ut til å være EU-domstolens varemerkerettslige prinsipper, herunder 1) merkehaver er garantert synlighet, 2) annonsen kun er et alternativ og 3) at annonsen ikke utgjør en etterligning.<sup>217</sup> Etter mitt syn er det kritikkverdig at når et hensyn som ifølge tingretten skal ha «betydelig vekt» ikke blir vurdert grundigere.

Sakene som har vært til behandling i NKU illustrerer at snylting på merkehavers innsats har vært et sentralt moment i samtlige avgjørelser. Den enhetlige praksisen gir inntrykk av at NKU er nokså overbevist om at varemerkebruken er i strid med «god forretningsskikk», jf. markedsføringsloven § 25. Avgjørelsene fremhever den subjektive klanderverdigheten som foreligger når annonsøren utnytter merkehavers innsats og opparbeidelse av goodwill i kundekretsen.<sup>218</sup>

Etter mitt syn går verken EU-domstolen, tingretten eller NKU inn i vurderingen av om varemerkebruken *i seg selv* innebærer en form for snylting, herunder at annonsøren bruker varemerket på en skjult måte og at merkehaver «gjør jobben» for konkurrentene. Slik jeg leser NKUs resonnementer glir avgjørelsen over i en mer konkurransebasert vurdering, hvor

<sup>212</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 74.

<sup>213</sup> Ibid avsnitt 89.

<sup>214</sup> Ibid avsnitt 91.

<sup>215</sup> TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian) avsnitt 42.

<sup>216</sup> Ibid avsnitt 42.

<sup>217</sup> Ibid avsnitt 41.

<sup>218</sup> Sak 2017-6 (Bank Norwegian) sjette avsnitt, Sak 10/2018 (Kondomeriet) andre avsnitt

snyltemomentet henger tett sammen med at trafikken kanaliseres fra merkehavers nettside over til annonsen. Kanalisering av trafikk og snylting er etter mitt syn langt på vei to sider av samme sak. Hvis merkehaver mister kunder til fordel for annonsøren vil varemerkebruken i realiteten også innebære snylting på merkehavers innsats og resultater. Ettersom det i NKU-praksis uttales at annonsøren «snylter på det aktuelle kjennetegnets verdi som trekkplaster for nettkundene», ser det ut til at snyltemomentet sammenholdt med kanalisering av trafikk har vært utslagsgivende for utvalgets konklusjon.<sup>219</sup>

Generalklausulen i markedsføringsloven § 25 retter seg mot illojale handlinger,<sup>220</sup> og av den grunn mener jeg at snylting i seg selv også utgjør et *selvstendig* moment i lojalitetsvurderingen. Snylting på en annens innsats og resultater er et forhold som direkte omhandler lojaliteten mellom næringsdrivende, uavhengig av om trafikken faktisk kanaliseres eller ikke. Annonsøren høster økonomiske fordeler all den tid merkehaver ikke får noen form for kompensasjon for bruken, og varemerkebruken bærer derfor preg av «free riding».

Selv om det kan konstateres at varemerkebruken bærer preg av snylting, vil konkurransehensyn kunne veie opp for ulempene som varemerkebruken medfører for merkehaver. Av den grunn vil snyltehensynet trolig ha størst betydning når det *sammenholdes* med konkurransehensyn, herunder kanalisering av trafikk.

### **3.5.3.2 Kanalisering av trafikk**

Når internettforbrukeren søker på et varemerke er det som regel med det formål å finne frem til tjenestene som tilbys under det aktuelle varemerket. Når annonsøren bruker merkehavers varemerke som søkeord ledes internettforbrukeren til å klikke inn på annonsen. På denne måten øker sjansen for at trafikken kanaliseres bort fra merkehavers nettside og over til annonsen og den etterfølgende nettsiden. Spørsmålet i denne sammenheng er om *sunne konkurranse* tilsier at merkehaver bør vernes mot en slik kanalisering.

Bruk av andres varemerker som søkeord kan anses for å være en «mellomform» for skjult og åpen kjennetegnbruk.<sup>221</sup> I *Teppeabo* var NKU av den oppfatning at annonsøren «snylter på det aktuelle kjennetegnets verdi som trekkplaster for nettkundene».<sup>222</sup> Jeg tolker

<sup>219</sup> Sak 12/2012 (Teppeabo) femte avsnitt.

<sup>220</sup> Lunde/Michaelsen (2019) s. 294.

<sup>221</sup> Lassen/Stenvik (2011) s. 285.

<sup>222</sup> Sak 12/2012 (Teppeabo) femte avsnitt.

oppfatningene dithen at varemerkebruken fungerer som en skjult døråpner for nettrafikk til annonsørens nettside.

Selv om internettforbrukeren vet at annonsen ikke tilhører merkehaver fremstår annonsen som et mulig alternativ til merkehavers tjenester. At annonsøren bevisst bruker en konkurrents varemerke med den hensikt å lede internettforbrukeren inn på annonsen istedenfor å bla videre nedover resultatlisten, vil etter omstendighetene kunne være konkurransevridende. Praksisen vil kunne gagne de større kapitalsterke aktørene på sikt, og følgelig presse ut de små. Et slikt argument ble anført av saksøkerne i *Bank Norwegian-saken* idet de hevdet at Bank Norwegian's (annonsør) praksis vil presse ut de mindre forbrukslånsbankene.<sup>223</sup> Dersom varemerkebruken medfører en slik uheldig utvikling, vil praksisen neppe kunne sies å være forenlig med sunn konkurranse.

Selv om de kapitalsterke aktørene ofte er best bemidlet til å føre en aktiv og dyr markedsføring, gir Google Ads-funksjonen *enhver* virksomhet mulighet til å annonsere for sine tjenester på Google. Ettersom Google Ads-funksjonen åpner opp for at næringsdrivende selv setter opp et eget budsjett, vil også næringsdrivende i oppstartsfasen kunne markedsføre sine tjenester på internett. Nyetablerte virksomheter vil kunne nyte godt av å bruke et innarbeidet varemerke som søkeord, og på den måten kommunisere til forbrukerne om at det er en ny aktør på markedet. Til tross for at varemerkebruken også her vil kunne kanalisere trafikken til annonsørens nettside, har dette blitt gjort med det formål å holde tritt i konkurransen – og ikke bare for å skape seg en konkurransemessig fordel.

EU-domstolen har ikke eksplisitt tatt stilling til spørsmålet om kanalisering av trafikk er forenlig med sunn konkurranse. Imidlertid hevder EU-domstolen i tilknytning til snyltemomentet at varemerkebruken utgjør «sund og loyal» konkurranse, basert på blant annet at annonsen kun utgjør et alternativ til merkehavers tjenester uten å være en etterligning eller kopi.<sup>224</sup> Uttalelsen kan tolkes dithen at EU-domstolen mener at kanalisering av trafikk er forenlig med sunn konkurranse, ettersom internettforbrukeren uansett har et valg.

I *Beta Layout-saken* fant Tysklands føderale høyesterett at bruk av en konkurrents varemerke som søkeord ikke var uforenlig med sunn konkurranse.<sup>225</sup> I rettens begrunnelse ble det blant

<sup>223</sup> TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian) tredje avsnitt fra saksøkernes påstandsgrunnlag.

<sup>224</sup> C-323/09 (Interflora) avsnitt 91.

<sup>225</sup> ZR 30/07 *Beta Layout*.

annet fremhevet at merkehaver ikke har juridisk beskyttelse for at kundene velger bort merkehavers varer og tjenester til fordel for annonsøren, såfremt det ikke gjøres med klart uredelige metoder – eksempelvis der kunden blir tvunget til å endre sin beslutning om å velge merkehavers varer eller tjenester.<sup>226</sup> Selv om avgjørelsen har liten rettskildemessig vekt, er den et eksempel på at «kundenapping» ikke bør være tilstrekkelig for å anse varemerkebruken uforenlig med sunn konkurranse.

Immaterialretten balanserer på en knivsegg mellom hensynet til beskyttelsessfæren til merkehaveren på den ene siden, og samfunnets behov for konkurranse på den andre siden.<sup>227</sup> Ved å tillate bruk av andres varemerker som søkeord vil internettforbrukeren kunne ta mer veloverveide valg, ettersom forbrukerne får en bedre oversikt over tilbyderne i markedet. Et slikt synspunkt underbygges også av tingretten i *Bank Norwegian-saken* hvor det vektlegges at det vil kunne «virke uforholdsmessig å forby en bruk som fører til en begrensning eller kontroll med en teknisk utvikling som forbrukerne kan være tjent med».<sup>228</sup> Til tross for at varemerkebruken kan fremstå som aggressiv markedsføring, vil markedsføringen føre til et søkeresultat med «antatt høy relevans for forbrukerne».<sup>229</sup>

Vanligvis er det 1-3 annonser per internettsøk, hvilket innebærer at annonsene ofte utgjør en mindre del av resultatlisten. Ettersom annonsene og de naturlige treffene fremkommer av samme resultatliste, vil det som oftest ikke være nødvendig for internettforbrukeren å bla nedover for å se de naturlige treffene. Jeg er av den oppfatning at annonsens plassering øverst på resultatlisten ikke uten videre vil medføre at trafikken blir kanalisert, og hvert fall ikke når det kun er tale om 1-3 annonser.<sup>230</sup> Internettforbrukeren vil raskt bli eksponert for de naturlige treffene, ettersom det ikke alltid er nødvendig å bla nedover resultatlisten.

Imidlertid må det ovennevnte argumentet nyanseres noe, når det i dag også er aktuelt å foreta søk via smarttelefonen. Jeg henviser i det vesentlige tilbake til punkt 2.2.3.1 for betydningen av smarttelefonens utvikling. Det er på det rene at annonsene i seg selv utgjør en større del av skjermbildet på smarttelefonen enn på datamaskinen. Argumentet om at de naturlige treffene som oftest vil fremkomme uten å måtte bla nedover resultatlisten får mindre effekt også i

<sup>226</sup> ZR 30/07 *Beta Layout* avsnitt 23 c.

<sup>227</sup> Løtveit (2020) s. 43.

<sup>228</sup> TAHER-2018-33482 (*Bank Norwegian*) avsnitt 37.

<sup>229</sup> *Ibid* avsnitt 37.

<sup>230</sup> Se figur nr. 3 og nr. 4.

denne sammenheng, ettersom man på smarttelefonen blir tvunget til å bla nedover listen for å komme til de naturlige treffene – også hvor det kun er knyttet én annonse til søkeordet.<sup>231</sup>

Uavhengig av om det er en kapitalsterk annonsør eller om det er en nyetablert virksomhet, oppstår utfordringene uansett når *flere annonsører* bruker samme varemerke som søkeord. At varemerkebruken i slike tilfeller vil kunne være konkurransevridende må imidlertid ikke sammenblandes med at internettforbrukeren ikke blir informert om merkehavers tjenester.<sup>232</sup> Internettforbrukeren blir informert om merkehavers tjenester, men *ledes* til å klikke inn på annonsen før merkehavers naturlige treff fremkommer. Jo flere annonser som foreligger, desto lengre må forbrukeren bla nedover for å komme til merkehavers naturlige treff, *og desto flere valg blir internettforbrukeren utsatt for* før internettforbrukeren kommer til merkehavers naturlige treff.

Om ikke varemerkebruken medfører at annonsørene *presser ut* merkehavere, vil hvert fall merkehavernes konkurranseevne *begrenses*. Til tross for at det i dag ikke foreligger noen særlige utfordringer vedrørende antallet annonser, vil trolig antallet annonsører øke hvis markedsføringsstrategien blir ansett forenlig med sunn konkurranse. Utfordringen i en slik sammenheng er om det i vurderingen av det enkelte tilfellet må ses hen til alle annonsene i sammenheng, slik at det totale antallet annonser kan bidra til at varemerkebruken og praksisen er uforenlig med sunn konkurranse. Ved en slik utvikling vil det neppe være en enkel sak å konstatere at varemerkebruken er forenlig med sunn konkurranse.

I sin enhetlige praksis legger NKU stor vekt på at varemerkebruken er subjektivt klanderverdig i den forstand at den innebærer snylting og urimelig utnyttelse. Også etter *Bank Norwegian-saken*, fastholdt NKU sin praksis i *Vindex-avgjørelsen*.<sup>233</sup> I motsetning til tingretten viser NKU-praksis at hensynet til merkeholder fortsatt får størst gjennomslag. Det kan reises spørsmål om argumentene i *Vindex-avgjørelsen* peker i retning av at konkurransehensyn ikke er tillagt særlig vekt. Imidlertid tolker jeg resonnementene slik at NKU vurderer konkurransehensynet på en mer *indirekte* måte, i den forstand at den illojale og urimelige utnyttelsen av varemerkebruken medfører en konkurransevridning i form av kanalisering av trafikk.

<sup>231</sup> Se figur nr. 6.

<sup>232</sup> Jf. oppgavens punkt 2.2.3.2.

<sup>233</sup> Sak 1/2019 (Vindex).

Samtidig må det presiseres at generalklausulen inviterer til en bred vurdering, hvor flere hensyn er av betydning. I *Vindex* hadde Kystgjerdet AS brukt varemerkene «Norgesgjerde» og «Vindex» ikke bare som søkeord, men også i selve annonsen. Her må blikket vendes tilbake til varemerkeretten, hvor det uttales at det må antas at internettforbrukeren i slike tilfeller vil kunne tro at det foreligger en kommersiell forbindelse mellom annonsøren og merkehaveren.<sup>234</sup> Imidlertid ser det ikke ut at det er *dette* som har vært avgjørende for NKUs konklusjon, all den tid NKU fremhever at markedsføringsloven § 25 «favner videre og retter seg mot andre forhold enn det som fremholdes som varemerkets funksjon i varemerkerettslig forstand».<sup>235</sup> Slik jeg oppfatter NKU på dette punkt, opprettholder utvalget sin enhetlige praksis også i etterkant av *Bank Norwegian-saken*, *uavhengig* av den særlige omstendighet at annonsen også inneholdt varemerket.

### 3.5.3.5 Økte kostnader

I relasjon til spørsmålet om varemerkebruken medfører fare for skade på reklamefunksjonen, er EU-domstolens klare oppfatning at merkehaver må akseptere at annonsørene tilbyr høyere pris for søkeordet. I markedsføringsrettslig sammenheng vil kostnadsargumentet ha en annen virkning i lys av de konkurranserettslig hensyn som gjør seg gjeldende.

For det første kan merkehaver påføres *merkostnader* i den forstand at merkehaver ser seg nødt til å overby annonsøren for å oppnå bedre plassering. Selv om internett kun er én måte å markedsføre sine tjenester på, er dette trolig den mest effektive plattformen å nå ut til forbrukerne på.<sup>236</sup> Som en ringvirkning av den dyrere annonseringen er det ikke utenkelig at merkehaver må redusere andre former for markedsføringstiltak for å ha råd til å holde tritt med markedsføringen på internett. Mer aktuelt er nok at annonseringen vil medføre dyre kostnader på bakgrunn av at klikkprisen kan bli uforholdsmessig høy – og da særlig når flere annonsører bruker samme varemerke som søkeord.

For det andre kan situasjonen være slik at merkehaver i utgangspunktet ikke har kjøpt sitt eget varemerke som søkeord, slik at merkehaver blir påført en *ny kostnad*. Bakgrunnen for at merkehaver ikke tidligere har kjøpt sitt eget varemerke som søkeord, kan eksempelvis være på grunn av mangel på *økonomiske midler* til å betale for annonseringen, eller mangel på

<sup>234</sup> Jf. oppgavens punkt 2.2.3.1.

<sup>235</sup> Sak 1/2019 (*Vindex*) femte avsnitt.

<sup>236</sup> Jf. oppgavens punkt 1.1.

*behov* for å annonsere for egne tjenester ettersom ingen andre har kjøpt merkehavers varemerke som søkeord. I disse tilfellene vil merkehaver kunne se seg nødt til å kjøpe sitt eget varemerke som søkeord.

Allerede i 2008 utgjorde Googles reklameinntekter 21 milliarder dollar, hvor den vesentlige andelen kom fra Google Ads.<sup>237</sup> Videre har tallene vokst ettersom den vesentlige inntektskilden bak omsetningen i 2017 på 110,8 milliarder dollar var AdWords.<sup>238</sup> Tallene illustrerer at Google Ads er et populært verktøy blant næringsdrivende i konkurranseøyemed. Til tross for at Google Ads er en form for markedsføring som de næringsdrivende prioriterer å bruke mye midler på, vil varemerkebruken i de nevnte de ovennevnte situasjoner medføre en *ekstra* kostnad for merkehaver. NKU har i tidligere avgjørelser uttalt at det ikke er noen fullgod reparasjon at merkehaver har muligheter til å overby annonsøren.<sup>239</sup> NKU har også senere presisert at beløpet som må betales er en merkostnad som ikke bør veltes over på merkehaver.<sup>240</sup> Utfordringen på dette punkt er imidlertid grensedragningen for hva som skal anses overkommelig og hva som må anses å være for dyrt.

Tingretten synes i *Bank Norwegian-saken* å være sterkt inspirert av EU-domstolens vurderinger, særlig spørsmålet tilknyttet forvekslingsrisiko. Med tanke på at dette er første gang problemstillingen blir reist for norske domstoler, kan det være nærliggende å tenke at dette er naturlig.<sup>241</sup> Det kan betraktes som en fordel at domstolene har sett hen til EU-domstolens praksis i markedsføringsrettslig sammenheng.<sup>242</sup> Imidlertid presiseres det at vurderingen i markedsføringsloven § 25 skiller seg fra vurderingen som EU-domstolen foretar i varemerkerettslig sammenheng, idet generalklausulen legger opp til en bredere vurdering hvor alle hensyn som gjør seg gjeldende skal tas i betraktning.

At EU-domstolens rettsoppfatninger inspirerer medlemsstatenes nasjonale domstoler illustreres også i utenlandsk rettspraksis. I flere danske avgjørelser er det konkludert med at bruk av andres varemerker som søkeord strider mot den danske generalklausulen. Et eksempel er *Easy2Eat-saken*, hvor Just-Eat brukte Easy2Eat sitt varemerke som søkeord.<sup>243</sup> Retten konstaterte forvekslingsrisiko mellom Easy2Eats virksomhet og virksomheten Just-

<sup>237</sup> Manshaus (2010) s. 3.

<sup>238</sup> Manshaus (2019) s. 5.

<sup>239</sup> Sak 12/2012 (Teppeabo) femte avsnitt.

<sup>240</sup> Sak 6/2017 (Bank Norwegian) sjuette avsnitt.

<sup>241</sup> Foruten en beskjeden behandling i *Rørleggervakta*.

<sup>242</sup> Kur (2014) s. 22.

<sup>243</sup> V-80-15 (Easy2Eat).

Eat, og konkluderte med at varemerkebruken hadde medført en «urimelig forretningsmessig fordel» for Just-Eat.<sup>244</sup> Et annet eksempel fra dansk rett er *Ribers-saken* hvor Debitor Registrets brukte Experian (tidligere Ribers) sitt varemerke som søkeord.<sup>245</sup> I likhet med den førstnevnte sak ble utfallet også her at varemerkebruken var i strid med generalklausulen. Retten vurderte også om varemerkebruken utgjorde en krenkelse av varemerkeloven, men dette ble svart benektende. Til tross for en beskjeden begrunnelse, konkluderte retten med at varemerkebruken innebar en «urimelig markedsmessig fordel» for Debitor Registrets.<sup>246</sup>

Avgjørelsene illustrerer at de varemerkerettslige prinsippene også spiller en rolle i konkurranse- og markedsføringsrettslig sammenheng. For norsk retts vedkommende er det derimot etter mitt syn nokså klart at forvekslingsrisiko er et moment som må anses uttømmende regulert i varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a.<sup>247</sup>

Til tross for at saksøkerne i *Bank Norwegian-saken* også anfører at det foreligger forvekslingsfare, er ikke dette – slik jeg leser saksøkernes anførsler – sakens kjerne. Det sentrale i saksøkernes anførsler knytter seg til de uheldige konsekvensene av den varemerkebruken som Bank Norwegian som annonsør praktiserer, herunder at det vil kunne bli uforholdsmessig dyrt å annonsere for egne tjenester.<sup>248</sup>

Generalklausulen inviterer til en helhetsvurdering der alle relevante forhold skal tas i betraktning. Det fremstår derfor for meg som underlig at retten likevel tilsynelatende bagatelliserer konsekvensene som varemerkebruken har for merkehaver. At resonnementene fremstår som ufullstendige utgjør store deler av grunnlaget for min kritikk mot tingrettens rettsanvendelse.

Til tross for at det kan bli uforholdsmessig dyrt å annonsere for egne tjenester, vil kostnadsargumentet kunne bli utfordrende å håndheve i praksis. Selv om klikkprisene vil kunne bli høye vil det være vanskelig å anvende en generell målestokk på hvor grensen skal gå. En stor aktør vil naturligvis kunne benytte større økonomiske midler til dekning av markedsføringskostnader, sammenlignet med en mindre aktør. Samtidig kan en mindre aktør ha mer likvide midler til dekning av markedsføringskostnader enn en stor aktør. Det vil være

<sup>244</sup> V-80-15 (Easy2Eat) s. 8.

<sup>245</sup> V-105-11 (Ribers).

<sup>246</sup> V-105-11 (Ribers) s. 16.

<sup>247</sup> Jf. oppgavens punkt 3.4.

<sup>248</sup> Kaasin (mars, 2019) avsnitt 15.



komplisert – om ikke umulig – å skulle operere med beløpsgrenser eller forholdsmessighet som skal gjelde generelt. For at kostnadshensynet skal ha effekt i lojalitetsvurderingen må det etter mitt syn være slik at det å bli påført en merkostnad eller en ny kostnad *i seg selv* taler for å anse varemerkebruken som uforenlig med sunn konkurranse.

### **3.5.3.6 Oppsummering: Taler sunn konkurranse for vern etter generalklausulen i markedsføringsloven § 25?**

I den markedsføringsrettslige delen av oppgaven har jeg redegjort for de mest sentrale momenter i søkemotorsammenheng. Jeg er enig i at annonsen kun utgjør et alternativ til merkehavers tjenester. Det er på det rene at alternativer er positivt for den enkelte forbruker og for opprettholdelse av konkurranse i samfunnet. Ettersom forbrukerne på denne måten får en bredere oversikt over aktørene innenfor de enkelte bransjene, kan forbrukerne ta mer veloverveide valg. Imidlertid er min oppfatning at EU-domstolens utgangspunkt om at varemerkebruken er forenlig med sunn konkurranse, må modifiseres når elementer som nevnt i forrige punkt tas i betraktning.

Snyltehensynet vil trolig ha mest tyngde når det sammenholdes med kanaliseringen av trafikken fra merkehaver over til annonsøren. Den konkrete vurderingen av snyltehensynet vil kunne ha ulikt utfall avhengig av om det er tale om en dominerende aktør, eller en nyetablert næringsvirksomhet. Likevel vil merkehavers konkurranseevne begrenses, uavhengig av hvilken posisjon annonsørene er i. Av den grunn mener jeg at snyltehensynet sammenholdt med kanaliseringmomentet taler for at varemerkebruken er uforenlig med sunn konkurranse, og at merkehaver således bør vernes mot annonsørens varemerkebruk.

Redegjørelsen viser at det også kan bli uforholdsmessig dyrt for merkehaver å annonsere for egne tjenester som en følge av høy klikkpris. Selv om økte kostnader er på det rene, vil det være utfordrende å operere med en generell målestokk. Etter mitt syn vil likevel en merkostnad eller en ny kostnad *i seg selv* tale for å anse varemerkebruken uforenlig med sunn konkurranse. Kostnadshensynet taler således for at merkehaver bør vernes mot annonsørens varemerkebruk.

Alt i alt, taler sunn konkurranse for at merkehaver bør vernes mot annonsørens varemerkebruk jf. markedsføringsloven § 25.

## 4 Konklusjon

Etter gjeldende rett medfører ikke bruk av andres varemerker som søkeord en varemerkekrenkelse, jf. varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a. Konklusjonen kan imidlertid utfordres dersom den digitale utviklingen skulle tilsi at rettsstilstanden bør endres. Dette har etter mitt syn særlig vist seg ved den økte bruken av smarttelefoner de siste ti årene. Det er derfor viktig at domstolene praktiserer rettsreglene med en dynamisk forståelse dersom lignende varemerkerettslige problemstillinger skulle oppstå.

I markedsføringsrettslig sammenheng, viser praksis fra EU-domstolen og enkelte europeiske domstoler at bruk av andres varemerker som søkeord kan anses forenlig med sunn konkurranse. Jeg mener imidlertid at slik søkemotorannonseringen foregår i dag, strider varemerkebruken mot «god forretningsskikk» etter markedsføringsloven § 25. Ettersom det er *lojaliteten* mellom de næringsdrivende som utgjør selve kjernen i vurderingen i markedsføringsloven § 25, gjør flere forhold seg gjeldende enn de som blir fanget opp i vurderingene etter varemerkeloven § 4 første ledd bokstav a. Dette gjelder særlig snylting på merkehavers innsats og resultater, kanalisering av trafikk bort fra merkehavers nettside og det forhold at varemerkebruken medfører en økt kostnad for merkehaver. Samlet sett vil disse forhold medføre at varemerkebruken er uforenlig med sunn konkurranse.

Til tross for at jeg er enig i EU-domstolens vurderinger, mener jeg at vurderingene for norsk retts vedkommende i markedsføringsrettslig sammenheng må baseres på et bredere vurderingsgrunnlag. På grunn av en noe uoversiktlig rettsanvendelse foretatt av tingretten, virker avgjørelsen i *Bank Norwegian-saken* i sin helhet å bære preg av den uheldige forståelsen at dersom de varemerkerettslige retningslinjene fra EU-domstolen er oppfylt, skal varemerkebruken uten videre anses forenlig med sunn konkurranse i markedsføringsrettslig sammenheng. Etter mitt syn vil en slik anvendelse innebære at generalklausulen i markedsføringsloven § 25 mister en sentral del av sin rettslige identitet.

# 5 Litteraturliste

## 5.1 Bøker

- Aplin (2020) Aplin, Tanya, *Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, Northampton, Edward Elgar Publishing Inc., 2020
- Arnerstål (2018) Arnerstål, Stojan, *Varumärkesanvändning*, Stockholm, Nordstedts Juridik, 2018
- Boe (2010) Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss*, 3. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2010
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2001
- Helset m.fl. (2009) Helset, Per, Felix Reimers, Toril Melander Stene og Ragnar Vik, *Immaterialrett og produktetterligning mv. etter markedsføringsloven*, Oslo, Cappelen Damm, 2009
- Lilleholt (2014) Lilleholt, Kåre, *Knophs oversikt over Norges rett*, 14. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2014
- Lassen/Stenvik (2011) Lassen, Birger Stuevold og Are Stenvik, *Kjennetegnsrett*, 3. utgave, Oslo, Universitetsforlaget, 2011
- Lunde (2001) Lunde, Tore, *God forretningsskikk næringsdrivande imellom*, Bergen, Fagbokforlaget, 2001
- Lunde/Michaelsen (2019) Lunde, Tore, Terje Lundby Michaelsen, *Markedsføringsloven med kommentarer*, 3. utgave, Oslo, Gyldendal, 2019
- Riis m.fl. (2017) Møgelvang-Hansen, Peter, Thomas Riis og Jan Trzaskowski, *Markedsføringsretten*, 3. utgave, København, Ex Tuto Publishing, 2017

Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse» i *Nybrott og odling. Festskrift til Nils Nygaard på 70-årsdagen*, Gudrun Holgersen, Kar Krüger, Kåre Lilleholt, Bergen, Fagbokforlaget, 2002

Wallberg (2015) Wallberg, Knud, *Brug af andres varemærker i digitale medier*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2015

## 5.2 Artikler

Jørgensen (2014) Jørgensen, Celine Varmann. «Linking, Framing and Search Engines in a Trade Mark Law Perspective», i *Tidsskrift for forretningsjuss*, Universitetsforlaget, 2004, volum 10, side 413-428

Kaasin (2017) Kaasin, Julius Berg. «Varemerkerettsåret 2017», Immaterialrettstrollet, 23. januar 2018. Hentet 2. februar 2020. <http://www.iptrollet.no/2018/01/varemerkerettsaret-2017.html>

Kaasin (mars 2019) Kaasin, Julius Berg. «Asker og Bærum tingrett: Bank Norwegians kjøp av konkurrenters kjennetegn på søkemotorer ikke i strid med god forretningsskikk», 28. mars 2019. Hentet 15. februar 2020. <http://www.iptrollet.no/2019/03/asker-og-brum-tingrett-bank-norwegians.html>

Kaasin (juli 2019) Kaasin, Julius Berg. «Borgarting lagmannsrett: Tildekking av varemerker på mobilskjermer er varemerkebruk», 8. juli 2019. Hentet 15. februar 2019. <http://www.iptrollet.no/2019/07/borgarting-lagmannsrett-tildekking-av.html>

- Kur (2014) Kur, Annette. «Trademarks Function, Don't they? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles», IIC – International Review of intellectual Property and Competition Law, Vol. 45, 2014, Issue 4, pp 434-454. Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 14-05. Hentet 1. mai 2020.  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2401536](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2401536)
- Løtveit (2020) Løtveit, Bjørn. «I hvilken grad bør domstolene og rettsvitenskapen utvikle ulovfestede regler på formue- og immaterialrettens område?» i Jussens Venner, Universitetsforlaget, 2020, volum 77, side 28-51
- Manshaus (2010) Manshaus, Halvor, «Ord om AdWords», Lov&Data nr. 102:4 (2010) Hentet 1. mars 2020.  
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lod-2010-102-04?searchResultContext=1092&rowNumber=1&totalHits=37>
- Manshaus (2019) Manshaus, Halvor, JusNytt «Bruk av tredjeparts kjennetegn som betalte søkeord – Google Ads», Lov&Data nr. 137:21 (2019) Hentet 3. mars 2020.  
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lod-2019-137-21?searchResultContext=1223&rowNumber=5&totalHits=79>
- Nordby/Vislie (2014) Nordby, Andreas og Camilla Vislie, «Varemerker som søkeord – nok en gang!», Lov&Data nr. 119:26 (2014) Hentet 29. februar 2020.  
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lod-2014-119-26?searchResultContext=1225&rowNumber=1&totalHits=62460>

Stenvik (2010) Stenvik, Are, «Bruk av andres varemerker ved søkemotorannonsering», Lov&Data nr. 104:29 (2010) Hentet 29. februar 2020.  
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lod-2010-104-29?searchResultContext=1225&rowNumber=1&totalHits=8>

### 5.3 Norske lover

1992 Lov 27. november 1992 nr. 23 om Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven)

2005 Lov 17.juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

2009 Lov 9. januar 2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

2010 Lov 26. mars 2010 nr. 8 om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)

### 5.4 Norske forarbeider

Ot.prp.nr. 57 (1971-1972) Lov om markedsmisbruk

Ot.prp.nr 72 (1991-1992) Om lov om lovvalg i forsikring, lov om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens vedlegg V punkt 2 om fri bevegelighet for

arbeidstakere m.v innenfor EØS og lov om endringer i enkelte lover som følge av EØS-avtalen

- Ot.prp.nr. 55 (2007-2008) Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
- Ot.prp.nr. 98 (2008-2009) Om lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)
- Prop. 43 LS (2019-2020) Endringer i varemerkeloven og tolloven mv. (gjennomføring av nytt varemerkedirektiv mv.) og samtykke til godkjenning av EØS-komiteens beslutning nr. 27/2020 av 7. februar 2020 om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv (EU) 2015/2436 (nytt varemerkedirektiv) og samtykke til tiltredelse til Singaporetraktaten 27. mars 2006 om varemerkerett

## **5.5 Europaparlamentets og rådets direktiver**

- Direktiv 89/104/EØF RÅDETS FØRSTE DIREKTIV av 21. desember 1988 om indbyrdes tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varemærker
- Direktiv 2008/95/EF EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV av 22. oktober 2008 om indbyrdes tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varemærker
- Direktiv (EU) 2015/2436 EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS DIREKTIV av 16. desember 2015 om indbyrdes tilnærming af medlemsstaternes lovgivning om varemærker

## 5.6 Forordninger

Forordning 40/94/EØF      Rådets forordning (EF) nr. 40/94 av 20. desember 1993 om EF-varemerker

Forordning 207/2009/EF      Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 av 26. februar 2009 om EF-varemerker

## 5.7 Avgjørelser

### 5.7.1 Norske domstolsavgjørelser

Rt. 1953 s. 33 (Havlær)

Rt. 1984 s. 248 (Nanset)

Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans)

Rt. 1994 s. 1584 (Lego)

Rt. 1995 s. 1908 (Mozell)

Rt. 1998 s. 1315 (Iskrem)

Rt. 2002 s. 391 (God Morgon)

Rt. 2008 s. 1268 (Søtt + Salt)

TOSLO-2011-154999 (Rørleggervakta)

LB-2012-118015 (Rørleggervakta)

HR-2016-2239-A (Route 66)

HR-2016-1993-A (Pangea)

HR-2018-110-A (Ensilox)



TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian)

### **5.7.2 EU-domstolen**

C-206/01 (Arsenal) – Arsenal Football Club

C-397/01-C-403/01 (Pfeiffer) – Pfeiffer and Others

C-487/07 (L’Oreal) - L’Oreal and Others

C-236/08-C-238/08 (Google) – Google France and Google

C-278/08 (BergSpechte) - BergSpechte

C-558/08 (Portakabin) - Portakabin

C-323/09 (Interflora) – Interflora and Interflora British Unit

C-119/10 (Red Bull) – Frisdranken Industrie Winters

### **5.7.3 Næringslivets konkurranseutvalg (NKU)**

Sak 12/2012 (Teppeabo)

Sak 6/2017 (Bank Norwegian)

Sak 8/2017 (Tannhelse)

Sak 10/2018 (Kondomeriet)

Sak 1/2019 (Vindex)

### **5.7.4 Utenlandske domstolsavgjørelser**

Oberlandesgericht Frankfurt, OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 27.08.2019, 6 W 56/19  
(Polzar)

Tyske Bundesgerichtshof, 22. januar 2009, ZR 30/07 (Beta Layout)

Tyske Bundesgerichtshof, 12. mars 2015, ZR 188/13 (Rolex)

Danske SØ- og Handelsretten 20. januar 2017, sak V-80-15 (Easy2Eat)

Danske SØ- og Handelsretten 7. mars 2013 V-105-11 (Ribers)

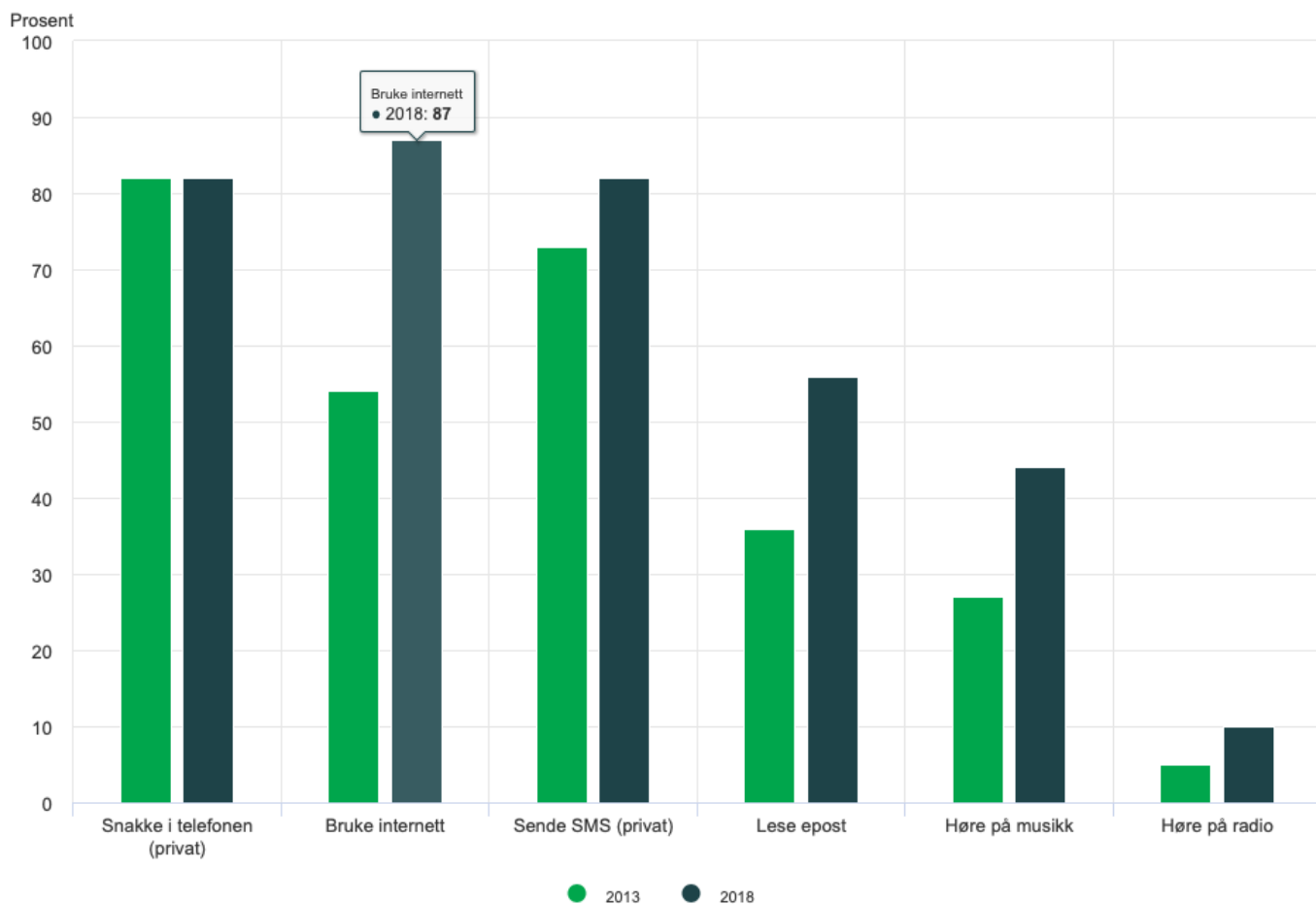
## 5.8 Elektroniske oppslagsverk

- Høløyen (2018) Holøyen, Martine. «Betaler opp mot 900 kroner per klikk», Finansavisen, 21. november 2018. Hentet 25. mars 2020.  
<https://finansavisen.no/nyheter/boers-finans/2018/11/betaler-opp-mot-900-kroner-per-klikk>,
- Hov/ Rochlenge (2019) Hov, Kjersti Nyborg og Camilla Rochlenge. «Tast og kjøp – hva, hvor og når som helst», SSB Analyse 2019/28, 4. september 2019. Hentet 24. mars 2020.  
<https://www.ssb.no/priser-og-prisindekser/artikler-og-publikasjoner/tast-og-kjop-hva-hvor-og-nar-som-helst>
- Øverby (2018) Øverby, Harald. «Smarttelefon», 13. november 2018. Hentet 5. mai 2020.  
<https://snl.no/smarttelefon>
- Uttalelser fra Forbrukertilsynet Uttalelser fra Forbrukertilsynet. «Forbrukertilsynets veiledning om markedsføring av bolig», 18. oktober 2108. Hentet 15. mars 2020  
<https://www.forbrukertilsynet.no/lov-og-rett/veiledninger-og-retningslinjer/forbrukertilsynets-veiledning-om-markedsforing-av-bolig>

Uttalelser fra NKU	Uttalelser fra NKU sin nettside. « <i>Hva er Næringslivets Konkurranssutvalg?</i> » Hentet 1. april 2020. <a href="http://www.konkurranssutvalget.no/konkurranssutvalget-forsiden/">http://www.konkurranssutvalget.no/konkurranssutvalget-forsiden/</a>
Informasjon fra Norsk Patentkontor	Informasjon fra Norsk Patentkontor sin nettside. « <i>EU varemerkeregistrering</i> » Hentet 7. mai 2020. <a href="https://norskpatentkontor.no/eu-varemerkeregistrering/">https://norskpatentkontor.no/eu-varemerkeregistrering/</a>
Skjermdump figur nr. 1	Hentet fra Statistisk Sentralbyrå med egne innlagt variabler (alder, kjønn, år og statistikkvariabler) Hentet 3. mai 2020. <a href="https://www.ssb.no/statbank/table/12349/tableViewLayout1/">https://www.ssb.no/statbank/table/12349/tableViewLayout1/</a>
Skjermdump figur nr. 2	Hentet fra Statistisk Sentralbyrå, Norsk Mediebarometer 2010. Hentet 28. mars 2020. <a href="https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/sa121/spilltekst.pdf">https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/sa121/spilltekst.pdf</a>
Skjermdump figur nr. 7	« <i>Interflora Vs. Marks and Spencer – AdWords row</i> », datert 14.10.2010. Hentet 25. februar 2020. <a href="http://www.parlour.it/2010/10/interflora-vs-marks-and-spencer-adwords-row/">http://www.parlour.it/2010/10/interflora-vs-marks-and-spencer-adwords-row/</a>
Skjermdump figur nr. 11	Hentet fra TAHER-2018-33482 (Bank Norwegian) på Lovdata. Hentet 28. april 2020. <a href="https://lovdata.no/pro/#document/TRSIV/avgjorelse/taher-2018-33482?searchResultContext=1339&amp;rowNumber=1&amp;totalHits=44">https://lovdata.no/pro/#document/TRSIV/avgjorelse/taher-2018-33482?searchResultContext=1339&amp;rowNumber=1&amp;totalHits=44</a>

# Liste over figurer

## Det vi gjør med mobilen\*



Kilde: Norsk mediebarometer, Statistisk sentralbyrå

\* Andel av personer 9-79 år, en gjennomsnittsdag

**Figur nr. 1** – Statistikk som viser at i alderen 9-79 år brukte 87% internett på mobilen en gjennomsnittsdag i 2018.

**Kilde:** Skjermdump fra <https://www.ssb.no/teknologi-og-innovasjon/faktaside#blokk-2>

Nedlastningsdato: 05.05.2020.

Tabell 44. Prosentandel som har brukt ulike elektroniske tilbud og antall private telefonsamtaler og sms en gjennomsnittsdag, etter kjønn, alder, yrkesstatus, utdanning, bosted og landsdel. 2010

	TV-spill	PC-spill eller TV-spill	Tekst-TV	Privat telefonsamtale	Antall private telefonsamtaler	Privat mobil-samtale	Sendt privat sms	Antall private sms sendt	Internett på mobiltelefon	Elektronisk bok
<b>Alle</b>	<b>7</b>	<b>15</b>	<b>22</b>	<b>81</b>	<b>3,6</b>	<b>74</b>	<b>65</b>	<b>4,7</b>	<b>13</b>	<b>1</b>
Menn	10	18	25	79	3,9	75	60	4,0	17	1
Kvinner	3	11	19	83	3,3	73	70	5,4	10	1
9-12 år	25	45	12	43	1,1	37	22	0,9	5	0
13-15 år	26	44	12	77	3,2	71	70	9,4	13	1
16-19 år	16	33	15	80	4,6	77	83	14,2	20	3
20-24 år	17	24	8	86	5,1	86	88	11,2	27	2
25-44 år	5	11	18	90	4,1	85	82	4,9	23	1
45-66 år	0	6	31	82	3,4	75	61	2,4	5	1
67-79 år	0	4	32	74	2,8	51	25	0,6	0	1

**Figur nr. 2** – Statistikk som viser at i alderen 9-79 år brukte 13% internett på mobilen en gjennomsnittsdag i 2010.

**Kilde:** Skjermdump fra <https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/sa121/spill-tekst.pdf>

Nedlastningsdato: 05.05.2020.

Omtrent 3 170 000 resultater (0,46 sekunder)

**AnnONSE** · www.ikanobank.no/ ▾

**IkanoBank.no | Ikano Bank | Søk nå**

Eff. rente 10,12%, 180 000 o/5 år, kostnad 47 785, totalt 227 785. Søk forbrukslån fra 50 000 til 400 000 kr. til å refinansiere andre dyre lån. Søk nå! BankID. Lån opptil 400 000 kr. Nominell rente fra 7,9% Tjenester: Lån, Kredittkort, Leasing, Bedriftskort.

<p><b>Kredittkort</b></p> <p>Fleksible og konkurransedyktige betalingsløsninger. Les mer her!</p>	<p><b>Fordelsprogram</b></p> <p>Faste rabatter, månedsrabatter og egen fordelsportal. Les mer her!</p>
<p><b>Ikano Lånet</b></p> <p>Lån opptil 300 000 kr u. sikkerhet. Søk lån hos Ikano!</p>	<p><b>Kontaktinformasjon</b></p> <p>Ønsker du å komme i kontakt med oss i Ikano Bank? Kontakt oss her.</p>

**AnnONSE** · www.banknorwegian.no/ ▾

**Lån fra Bank Norwegian | Få et uforpliktende tilbud**

Elektronisk søknadsprosess, 16,5%. 100.000 o/2år Kost16682 Tot116682. Ha full kontroll via appen eller MinSide. Du kan innfri når som helst uten ekstra kostnad. Full oversikt med vår app. Lån uten sikkerhe. Sett opp AvtaleGiro. Signer med BankID. Lån til nye prosjekter.

ikanobank.no ▾

**Ikano Bank - Forbrukslån, kredittkort og leasing**

Ikano Bank tilbyr kredittkort og forbrukslån for privatkunder, samt leasing, salgfinansiering og innkjøpskort for bedrifter.

[Logg inn Min Side](#) [Om banken](#)

Ikano Bank



Ikano Bank ble etablert i Norge i 1991 som Ikano Finans. Den 2. januar 2009 endret vi navn til Ikano Bank da vi slo sammen våre nordiske enheter til ett selskap med felles identitet. Ikano Bank har hovedkontor i Malmö i Sør-Sverige. Ikano Bank er en del av Ikano-gruppen, eid av familien Kamprad. [Wikipedia](#)

**Moderorganisasjon:** IKANO**Adm. dir.:** Henrik Eklund (4. jun. 2019–)**Grunnlegger:** Ingvar Kamprad**Grunnlagt:** 1995**Antall ansatte:** 4 600**Hovedkvarter:** Malmö, Sverige

Folk søker også etter

Se 15+ til

Swedbank

Nordea

SBAB!

Handelsbanken

SEB

Swedbank

Nordea

SBAB

Svenska

Skandin...

### Figur nr. 3 – Nettleser: Safari, fra datamaskin

Gul ramme viser søkeordet (varemerket), grønn ramme viser naturlig treff, røde rammer viser annonser. Kilde: skjermdump, egne markeringer.

Dato: 10. april 2020.

Omtrent 2 780 000 resultater (0,56 sekunder)

Annonse · www.ikanobank.no/ ▾

**IkanoBank.no | Ikano Bank | Søk nå**

Eff. rente 10,12%, 180 000 o/5 år, kostnad 47 785, totalt 227 785. Søk forbrukslån fra 50 000 til 400 000 kr. til å refinansiere andre dyre lån. Søk nå! BankID. Nominell rente fra 7,9% Lån opptil 400 000 kr. Tjenester: Lån, Kredittkort, Leasing, Bedriftskort.

**Kredittkort**

Fleksible og konkurransedyktige betalingsløsninger. Les mer her!

**Ikano Lånet**

Lån opptil 300 000 kr u. sikkerhet. Søk lån hos Ikano!

**Fordelsprogram**

Faste rabatter, månedsrabatter og egen fordelsportal. Les mer her!

**Kontaktinformasjon**

Ønsker du å komme i kontakt med oss i Ikano Bank? Kontakt oss her.

**Ikano Bank Norge - Refinansiering, Forbrukslån & Kredittkort**
  

2,1 ★★★★★ 12 Google-anmeldelser

Bank, Asker

**Adresse:** Skystasjon 11, 1383 Asker**Timer:** Stengt · Åpner 08 tir. ▾**Telefonnummer:** 66 85 86 00**Avtaler:** [ikanobank.no](http://ikanobank.no)[Foreslå en endring](#)

Annonse · www.banknorwegian.no/ ▾

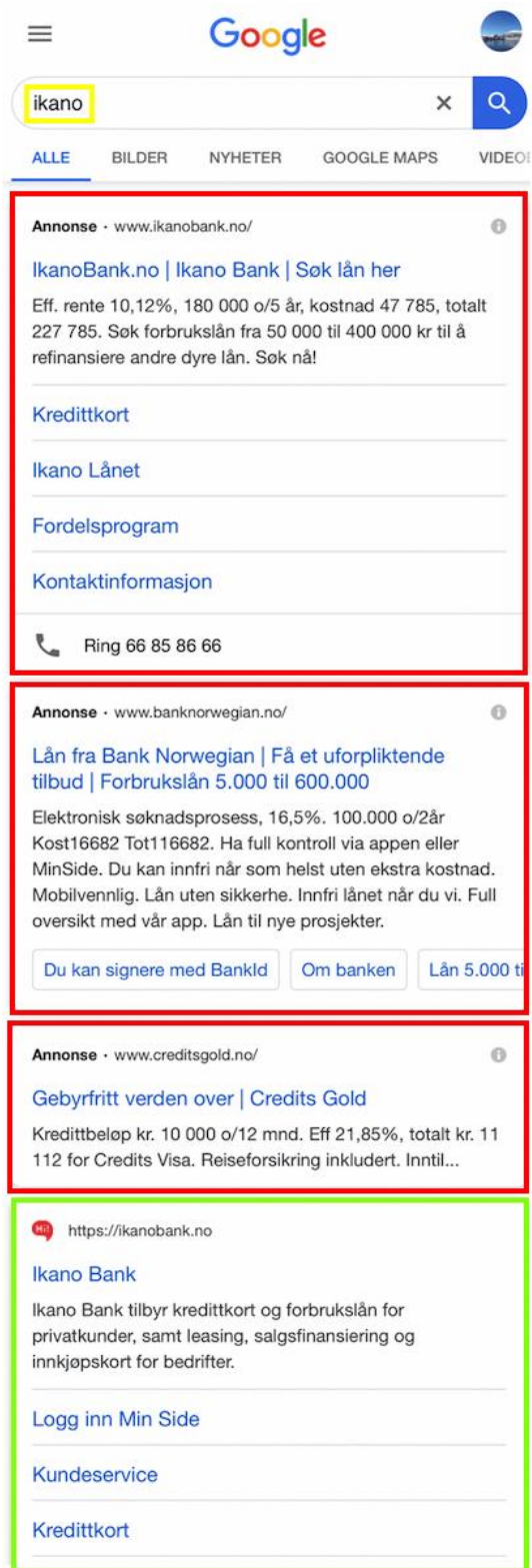
**Forbrukslån fra Bank Norwegian | Lån fra 5.000 til 600.000 kr.**

Få et uforpliktende tilbud, BankID-signering. 16,5%. 100.000 o/2år Kost16682 Tot116682. Elektronisk og oversiktlig søknadsprosess, søk om lån til nye prosjekter. Bankid. Innfri lånet når du vil. Refinansier dyre smålån. Inntil 600.000 kr. Signer med BankID. Lån uten sikkerhet. Du kan signere med Bankid · Om banken · Lån 5.000 til 600.000 kr · Elektronisk prosess

[ikanobank.no](http://ikanobank.no) ▾**Figur nr. 4 – Nettleser: Google Chrome, fra datamaskin**

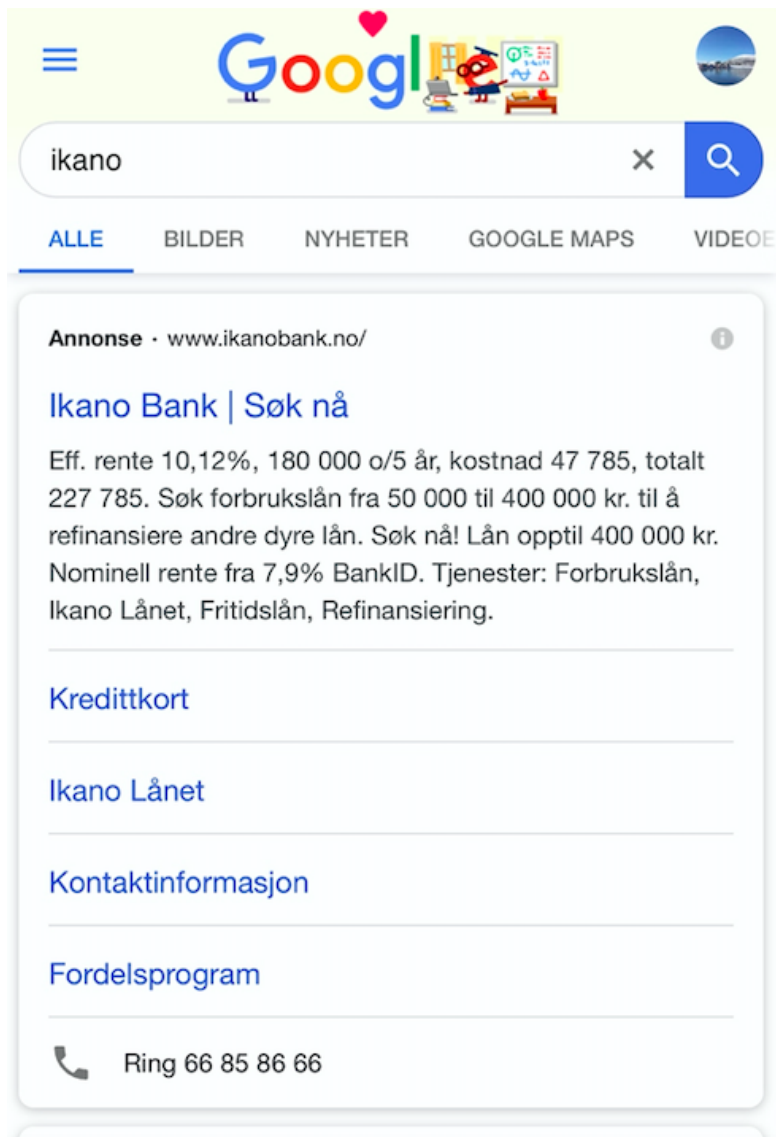
Gul ramme viser søkeordet (varemerket), grønn ramme viser naturlig treff, røde rammer viser annonser. Kilde: skjermdump, egne markeringer.

Dato: 10. april 2020.



**Figur nr. 5 (iPhone)** - Gul ramme viser søkeordet (varemerket), grønn ramme viser naturlig treff, røde rammer viser annonser. Kilde: skjermdump, egne markeringer. *Bildet på neste side viser skjermbildet av hvordan annonsen fremstår på mobilskjermen uten å bla nedover resultatlisten.* Dato: 10. april 2020.





**Figur nr. 6 (iPhone)** - Bildet viser skjermbildet av hvordan annonsen fremstår på mobilskjermen uten å bla nedover resultatlisten. Kilde: skjermdump, egne markeringer.

Dato: 10. april 2020.

**interflora** Search

About 729,000 results (0.08 seconds) [Advanced search](#)

**Interflora Flowers** Sponsored links  
[www.interflora.co.uk](http://www.interflora.co.uk) The Official **Interflora** Website. Order by 3pm for Delivery Today!  
Order Interflora Flowers    Next Day Delivery  
Buy Fresh Cut Flowers    Same Day Delivery

**M&S Flowers Online**  
[www.marksandspencer.com/Flowers](http://www.marksandspencer.com/Flowers) Beautiful Fresh Flowers & Plants. Order by 6pm for Next Day Delivery.

**ASDA Flowers From £9.75**  
[ASDA-Flowers.co.uk](http://ASDA-Flowers.co.uk) Beautiful Fresh Flowers Online. Delivery Included. Order Today.

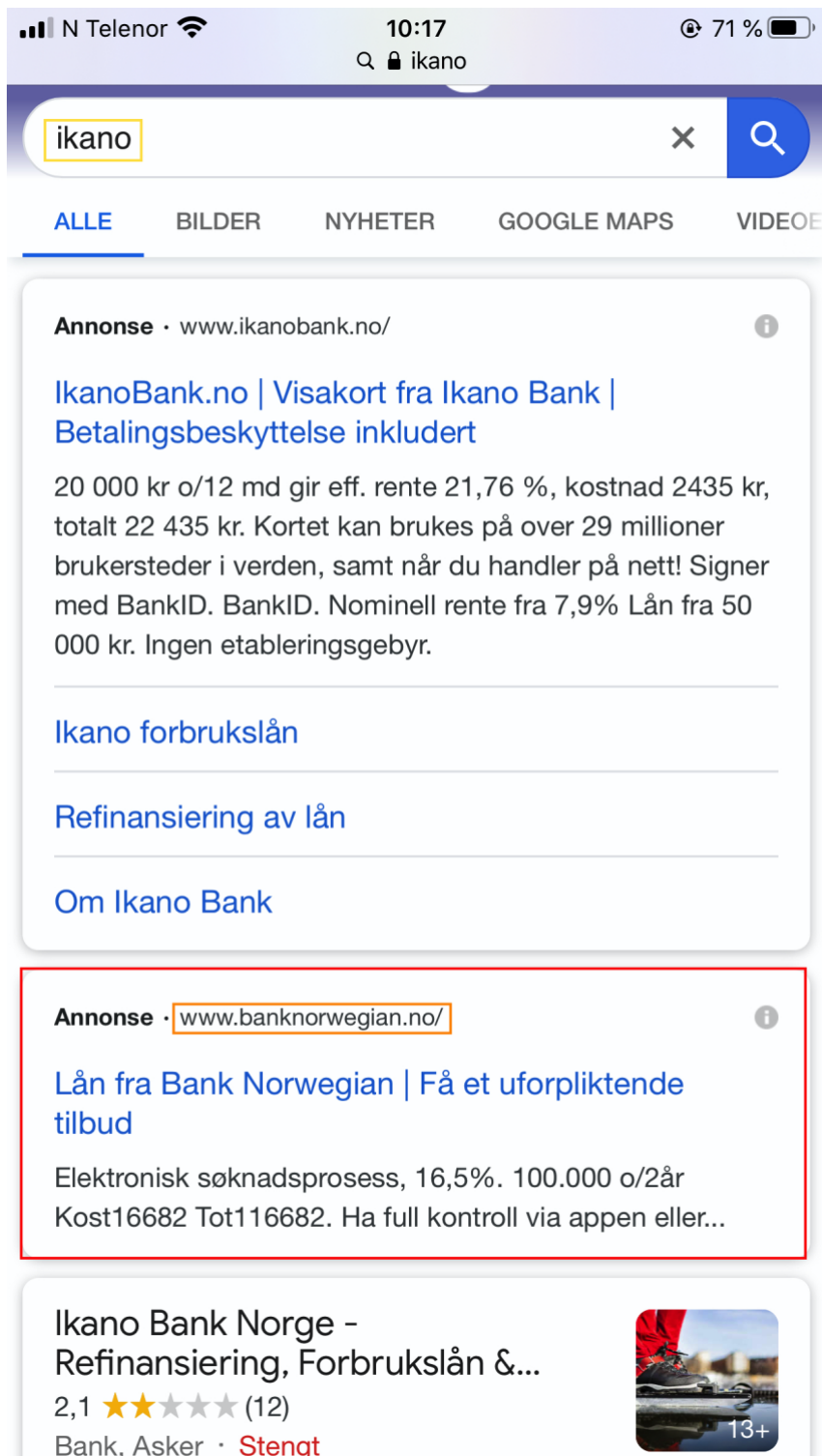
**Interflora**  
Flower delivery network using florists across the nation who hand-deliver flowers, bouquets and arrangements. International delivery also offered.  
[www.interflora.co.uk/](http://www.interflora.co.uk/) - Cached - Similar  
Birthday Flowers    International Flower Delivery  
Flower Bouquets    New Baby Gifts  
Same Day Flower Delivery    Thank You Flowers  
Anniversary Flowers    Plants  
[More results from interflora.co.uk »](#)

**International Flower Delivery - Sending Flowers Abroad - Interflora**  
International flower delivery. With 58000 florists worldwide delivering to over 140 countries, sending flowers abroad is easy with **Interflora**...  
[www.interflora.co.uk/category/international-flower-delivery/](http://www.interflora.co.uk/category/international-flower-delivery/) - Cached

**Figur nr. 7 – Søkemotor slik den så ut i 2010** - Gul ramme viser søkeordet (varemerket), grønn ramme viser naturlig treff, røde rammer viser annonser.

Skjermdump fra <http://www.parlour.it/2010/10/interflora-vs-marks-and-spencer-adwords-row/>, med egne markeringer.

Dato: 5. april 2020.



**Figur nr. 8 (iPhone)** - Gul ramme viser søkeordet (varemerket), røde ramme viser konkurrentens annonse, og oransje ramme viser det eneste som tilkjennegir annonsøren. Kilde: skjermdump, egne markeringer. Dato: 10. april 2020.

TAHER-2018-33482

Premiss

Slutning

Sakens bakgrunn

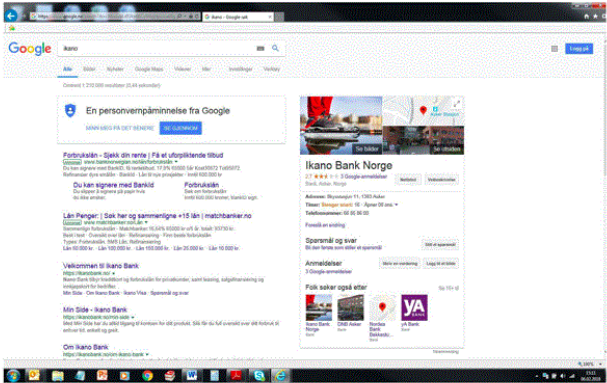
Saksøkerens påstandsgrunnlag

Saksøktes påstandsgrunnlag

Rettens vurdering

Søk - Legg til utvalg - Skriv ut - Last ned - Velg dokumentdel - Markeringer - Om dokument

bildet opp på skjermen:



På venstre side, etter personvernpåminnelse fra Google, kommer som første resultat en annonse fra Norwegian Bank – slik det fremgår av linjen under overskriften som tar til med «Forbrukslån». Før det generiske treffet kommer det opp ytterligere en annonse, fra matchbanker.no. Som tredje resultat kommer det generiske treffet med overskriften «Velkommen til Ikano Bank». Søkresultatene er slik det fremgår dels annonser, dels såkalte

Figur nr. 9 – Skjermdump fra Bank Norwegian-saken på Lovdata.

<https://lovdata.no/pro/#document/TRSIV/avgjorelse/taher-2018-33482?searchResultContext=1339&rowNumber=1&totalHits=44>

Dato: 5. april 2020.