

Finn Eiendom AS and Finn.no AS v. Supersøk AS and Ekko It AS
Decision by Trondheim District Court of March 17, 2006

TTRON-2004-85946

INSTANS: Trondheim tingrett - Dom.
DATO: 2006-03-17
PUBLISERT: TTRON-2004-85946
STIKKORD: Immaterialrett, varemerke, markedsføringslov, ansvarsgjennombrudd
SAMMENDRAG: Spørsmålet i saken var om Supersøks metatjeneste, som gjør det mulig å foreta boligsøk hos flere nettsider, var i strid med åndsverkloven og markedsføringsloven. Tingretten kom til at metatjenesten ikke var i strid med åndsverkloven, men at Supersøk hadde opptrådt i strid med markedsføringsloven i forhold til Finn.no. Supersøk AS er et « tomt » selskap, og tingretten konkluderte også med ansvarsgjennombrudd i forhold til Ekko IT AS. Idømt erstatning på kr 250.000.
SAKSGANG: Trondheim tingrett TTRON-2004-85946. Anket til Frostating lagmannsrett.
PARTER: Finn No AS og Finn Eiendom AS (advokat Halvor Andreas Manshaus) mot Supersøk AS og Ekko IT AS (advokat Espen Juul Haugan).
FORFATTER: Kst. tingrettsdommer Rune Lium. Fagkyndige meddommere: Dag Asheim, senioringeniør Terje Knudsen.

(1)

Sakens bakgrunn

Saken gjelder lovligheten av en søketjeneste for eiendomsprospekter som tilbys av saksøkte nr. 1, Supersøk AS, på internett med adressen www.supersok.no.

(2)

Supersøk AS tilbyr blant annet søk i databasen til Finn Eiendom AS som er lagt åpen tilgjengelig på nettstedet finn.no.

(3)

Saksøker nr. 1, Finn No AS har etablert en markeds plass på nettet, www.finn.no, hvor det annonseres for alle slags produkter, reiser og tjenester. Saksøker nr. 2, Finn Eiendom AS, eies av Finn No AS og 9 eiendomsmevlere. Eiendomsmevlernerne eier til sammen ca. 18%. Finn No AS og Finn Eiendom AS er en del av Finn.no konsernet hvor Finn No AS er morselskapet. I det etterfølgende vil saksøkerne bli omtalt som Finn i de sammenhenger det ikke er nødvendig å skille mellom Finn No AS og Finn Eiendom AS.

(4)

Finn Eiendom AS selger annonseplass for eiendomsmevlere som ønsker å annonsere for boliger/leiligheter på internett. Finn Eiendom AS selger kun annonseplass som legges ut på nettstedet til morselskapet Finn No AS. Selve boligsalget står eiendomsmevlerner for uten at Finn Eiendom AS er involvert.

- (5) For hver enkelt bolig/leilighet er det laget et salgsprospekt. Hvilken type informasjon som ligger i prospektet er standardisert, og utarbeidet av Finn Eiendom AS i samarbeid med sine kunder. Annonsene/prospektene lagres i en database.
- (6) På hjemmesiden til Finn Eiendom AS, (<http://www.finn.no/eiendom/>) er det mulig å søke i alle boligannonsene. Det er mulig å søke ved å avgrense utvalget av annonser ved å klikke på menyer, og ved å fylle ut et søkeskjema (avansert søk). Når brukeren gjennomfører et søk, vises resultatlisten i en ny webside hvor hvert treff angis typisk med et lite bilde, en overskrift, prisangivelse og adresse. Resultatlisten er rangert etter kriterier fastsatt av Finn Eiendom AS. Brukeren kan gå inn og endre kriteriene for rangering. Ved å klikke på overskriftene i resultatlisten, får brukeren opp hele annonsen for den aktuelle bolig. Selve annonsen inneholder opplysninger som man normalt vil finne i et salgsprospekt.
- (7) Saksøkte nr. 1, Supersøk AS, ble stiftet 16. september 2004. Selskapet ble registrert i enhetsregisteret i Brønnøysund 11. oktober 2004. Supersøk AS eies av Ekko Eiendom AS, som igjen eies av Morten Andersen og Asgeir Sæther (50% hver). Morten Andersen og Asgeir Sæther er hovedpersonene bak meglevirksomheten Notar, og de to eier også hver 50% av Creno Holding AS (tidligere Notar AS). Creno Holding er eier av saksøkt nr. 2, Ekko IT AS. Supersøk AS og Ekko IT AS er ikke en del av samme konsern, jf. aksjeloven §1-3. Det er imidlertid ikke noe tvil om at det er de samme to fysiske personene som står bak begge selskapene. Selskaper som eies direkte eller indirekte av Morten Andersen og Asgeir Sæther omtales i det følgende som Notargruppen.
- (8) Saken gjelder en søketjeneste som tilbys på internett på domenet supersok.no. Det følger av Norids domeneoversikt at domenet supersok.no ble registrert av Ekko IT AS 31. august 2004, dvs. før stiftelsen av Supersøk AS. Ved avtale av 15. oktober 2004 overførte Ekko IT AS eiendomsretten til alle domener Ekko IT AS har registrert, og « som har naturlig sammenheng med det forhold som er etablert mellom partene ». Domenet supersok.no var omfattet av avtalen. Samme dag ble det inngått avtale mellom Ekko Eiendom AS og dets datterselskap Supersøk AS om rett til å bruke forskjellige domener, herunder supersok.no. Det er ingen tvil om at søketjenesten Supersøk formelt drives av Supersøk AS.
- (9) Søketjenesten Supersøk ble lansert i september/oktober 2004 med massiv markedsføring på TV, plakater på gaten osv. Søketjenesten ble markedsført som « Norges største boligsøk ».
- (10) Søketjenesten Supersøk er en såkalt metatjeneste, dvs. en søketjeneste hvor brukeren ikke tilbys søk i en database som eies av søketjenesten, men hvor søket tilbys i databaser som ligger åpne på andres nettsteder. Supersøks metatjeneste tilbyr søk i nettstedene til Notar, Finn, Tinde og Zett. Supersøks søketjeneste har antatt ulike former gjennom den tidsperioden som saken omfatter. Også saksøkers tjeneste har gjennom tidsperioden blitt endret, dels som ledd i tiltak for å sperre for saksøktes tjeneste.
- (11) Supersøk har ikke inngått noen avtale med Finn, Tinde og Zett. Supersøk AS er en del av Notargruppen. Morselskapet til Supersøk AS, Ekko Eiendom AS, er i Norids base registrert som

kontaktperson for domenet notar.no. Det er opplyst at Supersøk AS har fått samtykke til å søke i databasen som er lagt ut på notar.no.

(12)

Supersøk har ved utformingen av søketjenesten måttet ta hensyn til at søkeskjemaet skal tilpasses søk i fire forskjellige databaser. Skjemaet er et resultat av de fire databasers minste « felles multiplum », og søket vil derfor nødvendigvis bli noe mindre presist enn hva som er mulig å oppnå ved eksempelvis avansert søk hos Finn.

(13)

Saksøkerne tok ut stevning og begjæring om midlertidig forføyning for Trondheim tingrett 24. november 2004 (skal vel være 14. desember 2004, TTRON-2004-85866 , Lovdata anm.). Kravet har tidligere vært anlagt for Oslo byfogdembete mot Lazer Reklame AS, men i kjennelse av 5. november 2004 (TOBYF-2004-1672) konkluderte retten med at Finn ikke hadde noe krav mot Lazer Reklame AS.

(14)

Trondheim tingrett avsa 14. desember 2004 kjennelse med slik slutning:

1. Supersøk AS og Ekko IT AS forbys å tilby søk i databaser tilhørende Finn Eiendom AS.
2. Supersøk AS og Ekko IT AS forbys å bruke varemerket Finn som tekst og/eller logo på nettstedet www.supersok.no og i markedsføringen av tjenesten Supersøk.
3. Supersøk AS forbys å markedsføre seg som størst på boligsøk i Norge.
4. Supersøk AS og Ekko IT AS tilpliktes én for begge, begge for én innen 14 - fjorten - dager fra kjennelsens forkynnelse å betale sakens omkostninger med 163.000 - etthundredeogseksttitusen - kroner til Finn No AS og Finn Eiendom AS, og med tillegg av forsinkelsesrente fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven §3 første ledd, første punktum fra oppfyllelsesfristen og til betaling finner sted.

(15)

De saksøkte påkjærte kjennelsen til Frostating lagmannsrett. Kjæremålet ble ikke gitt oppsettende virkning. Frostating lagmannsrett avsa den 2. mars 2005 (LF-2005-1480) kjennelse med slik slutning:

1. Supersøk AS forbys å tilby søk i databaser tilhørende Finn Eiendom AS.
2. Supersøk AS forbys å bruke varemerket Finn som tekst og/eller logo på nettstedet www.supersok.no og i markedsføringen av tjenesten Supersøk.
3. Supersøk AS pålegges å erstatte Finn Eiendom AS og Finn No AS saksomkostninger for lagmannsretten med 60.000 - sekstitusen - kroner innen 2 - to - uker etter forkynnelsen av denne kjennelse, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
4. Supersøk AS pålegges å erstatte Finn Eiendom AS og Finn No AS saksomkostninger for tingretten med 140.000 - etthundreogførtitusen - kroner innen 2 - to - uker etter forkynnelsen av denne kjennelse, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
5. Ekko IT AS frifinnes.
6. Finn Eiendom AS og Finn No AS pålegges - in solidum - å erstatte Ekko IT AS

saksomkostninger for lagmannsretten med 28.397 - tjueåttetusentrehundreogtittisju - kroner innen 2 - to - uker etter forkynnelsen av denne kjennelse, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

7. Finn Eiendom AS og Finn No AS pålegges - in solidum - å erstatte Ekko IT AS saksomkostninger for tingretten med 28.200 - tjueåttetusentohundre - kroner etter forkynnelsen av denne kjennelse, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.

(16)

Frostating lagmannsrett avgjorde saken med bakgrunn i markedsføringsloven §1. Lagmannsrettens kjennelse ble påkjært til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålet ble forkastet ved kjennelse av 3. mai 2005 (HR-2005-00708-U).

(17)

I forbindelse med saksforberedelsen har retten avsagt en kjennelse om inhabilitet, en kjennelse med pålegg om dokumentfremleggelse og to beslutninger med pålegg til tredjeparter om fremleggelse av dokumenter de har i besittelse.

(18)

Hovedforhandling ble holdt 22.-24. februar. I tillegg til avhør av 4 partsrepresentanter, mottok retten forklaring fra 6 vitner. Partene har fremlagt anførselsskriv som i det vesentlige er tatt inn som partenes anførsler nedenfor.

(19)

Saksøkerne, Finn No AS og Finn Eiendom AS, har i det vesentlige anført

Nærværende sak er tidligere realitetsbehandlet av tingretten og lagmannsretten med fulle muntlige forhandlinger. De tidligere instanser i saken har konkludert med at motpartens virksomhet uten tvil er urettmessig og egnet til å forårsake skade og økonomisk tap for Finn.

(20)

Supersøk har ikke rettet seg lojalt etter forføyningen, og har ved dette påført Finn ytterligere unødvendig tap. Supersøks subjektive forhold må tillegges betydelig vekt ved de skjønsmessige vurderinger retten skal foreta i denne saken.

(21)

De saksøktes argumenter omkring lenking på Internett, den anvendte teknologien og ulike « faser » av Supersøk har ingen rettslig relevans for saken. Saken gjelder grove brudd på Finns enerettigheter samt handlinger i strid med god forretningsskikk.

(22)

Finn anfører ikke at såkalte « metasøk » generelt sett er ulovlig. I vår sak er det imidlertid snakk om en konkurrent som forsøker å etablere en konkurrerende tjeneste ved å tilby Finns innhold, og ved å bruke Finns varemerke og goodwill uten forutgående samtykke.

(23)

Det foreligger heller ikke noe « implisitt samtykke » fra Finn. På Finns nettsider fremgår det at automatisk eller systematisk utnyttelse av tjenesten uten samtykke er forbudt. Finn har for øvrig tidligere reagert overfor Notargruppens gjentatte forsøk på indeksering av Finns database med

automatiske « roboter ». De saksøkte var med andre ord inneforstått med Finns bruksvilkår. Finns innhold ligger heller ikke åpent tilgjengelig på Internett. Innholdet er strengt vernet gjennom bruk av standardiserte filtre som hindrer indeksering osv (robot exclusion standards).

(24)

Det foreligger brudd på markedsføringsloven §1. Supersøks virksomhet er basert på snylting på andre aktører i markedet. Det anføres at eiendomsmegleren Notar i realiteten står bak tjenesten, og at formålet med tjenesten er å tiltrekke flere boligkjøpere til Notars annonser på Internett, for derved å få solgt flere eiendommer. I motsetning til Finn, som er en ren annonsekanal, er Notar en *eiendomsmegler* som annonserer for sine egne objekter på Internett. I vår sak opptrer Notar som en direkte konkurrent til Finn, ved at Notar ønsker å fremheve egne annonser på Internett.

(25)

Ved å lokke boligkjøpere under henvisning til at det tilbys søk i databaser tilhørende Tinde, Zett og Finn, er det Supersøks målsetning at kunden skal bli gjort oppmerksom på prospekter fra Notar. Dette er i strid med markedsføringslovens krav til god forretningsskikk og lojal atferd. Samtlige av de omtalte aktørene har tilskrevet Supersøk og krevd at den rettsstridige tjenesten stanses.

(26)

Supersøk har i alle « fasene » krenket varemerkeloven §4 og foretaksnavneloven ved å benytte Finns varemerke og tjeneste som del av Supersøks tilbud. Det foreligger ingen avtale eller annet rettsgrunnlag som kan forsvare slik bruk.

(27)

Supersøk har i alle « fasene » krenket åndsverksloven §43 første og annet ledd, ved at Supersøk har tilgjengeliggjort innhold fra Finns database på Supersøks nettsider, samt at Supersøks tjeneste bygger på direkte og systematisk utnyttelse av Finns database. Supersøk tilbyr et søk direkte tilpasset Finns databasestruktur, og sender kommandoer om søk og sidefremvisning direkte til Finns database. Det er nettopp slik virksomhet databasevernet skal forhindre. Det er enn mer graverende at den ulovlige utnyttelsen har skjedd i forbindelse med opprettelsen av et konkurrerende tilbud.

(28)

Supersøk har i enkelte perioder krenket åndsverksloven §2, ved å tilgjengeliggjøre Finns innhold på Supersøks nettside. Dette har skjedd ved at Supersøk har hentet ned materiale fra Finn, og bearbeidet dette materialet forut for fremvisning til brukere av Supersøks tjenester på Supersøks Internettomene. Utover den rene opphavsrettslige krenkelse, anføres det at dette er skadelig for brukernes tillit til Finns tjeneste. Internettbrukere har krav på å vite hvor på Internett de befinner seg til enhver tid.

(29)

Supersøk har anført at tjenesten er påkostet og seriøs, samt at den er meget forbrukervennlig. Fra denne side påpekes at Supersøk snylter på andre aktørers investeringer, og at det i denne forbindelse virker lite rimelig å hevde at Supersøk er påkostet. Videre ble tjenesten lansert og markedsført uten at det fremgikk at Notar i realiteten sto bak. Saksøkerne mener tjenesten er egnet til å forlede forbrukere i forhold til tjenestens sanne formål og gi et inntrykk av en ikkeeksisterende tilknytning mellom Finn og Supersøk. Det understrekes at de lovbrudd som er beskrevet ovenfor er straffesanksjonerte, og utgjør selvstendige straffbare forhold.

(30)

I forhold til Ekko IT påpeker saksøkerne at det er denne parten som har utformet de tekniske løsninger som Supersøks tjeneste bygger på. Ekko IT AS er den som har registrert domenet www.supersok.no og lisensiert dette videre til Supersøk. Videre har Ekko IT AS hatt serveren tjenesten drives fra stående på sitt kontor. Ekko IT AS har i tillegg agert aktivt mot Finn ved å sette i verk tiltak for å omgå Finns informasjonsside til brukerne. Ekko har utformet løsninger som har tillatt Supersøk å kamuflere sin avsenderadresse for på denne måten å kunne manipulere Finns serverprogram til å levere søk til Supersøk. Videre har Ekko IT AS utformet løsninger som har lastet ned Finns innhold, skjult webadressen og presentert Finns innhold fra Supersøks nettsider.

(31)

Ekko IT AS har et selvstendig ansvar for disse handlingene, i tillegg til at Ekko ved forsettlig eller grovt uaktsom opptreden har medvirket til Supersøks rettsstridige handlinger. Det anføres uansett at et gjennomskjæringsprinsipp må komme til anvendelse, ettersom samtlige involverte selskaper: Lazer Reklame AS, Supersøk AS, Ekko IT AS, Ekko Eiendom AS, Notar AS, osv. alle inngår i Notarkonsernet og agerer i konsernets interesser. Dette understrekes ved at Supersøk i realiteten har vært et tomt selskap som først fikk tilegnet seg rettighetene til nettstedet www.supersok.no etter at tvisten mellom partene hadde oppstått.

(32)

Vi påpeker for øvrig at de saksøktes forsøk på å unndra seg rettslig forfølgning er blitt påtalt av tidligere rettsinstanser i saken.

(33)

Illojal opptreden og bruk av varemerke

Supersøk har snyllet på varemerket til Finn og de øvrige aktørene, ved at det het « Søk etter bolig hos Notar, Tinde, Finn og Zett », og ved at det ble tilbudt tjenester direkte fra disse aktørene via Supersøk. Finn, Tinde og Zett ønsket ikke noe samarbeid med Supersøk, og varemerkebruken har vært urettmessig. Samtlige av de tre aktørene har tatt til motmæle mot tjenesten Supersøk.

(34)

Finn har ved forføyning fått stanset misbruket for Finns vedkommende. For de øvrige aktører heter det for eksempel fortsatt « Se Supersøk hos Tinde », og « Se Supersøk hos Zett ». Supersøk kobler andres varemerker inn mot egen tjeneste på en åpenbart urettmessig måte. I forhold til Finn etterlevde Supersøk i en kort periode tingrettens kjennelse på dette punkt, men er gått tilbake til å reklamere også for søk hos Finn, i strid med forføyningen.

(35)

Supersøk har vist til at det eksisterer over 75.000 sider som lenker til Finn, og at det forsøkes å diskriminere mot Supersøk. Finn anfører at disse lenkene ikke er problematiske, og at disse følger normal praksis på Internett. Det er Supersøk og Notar som ønsker å drive en virksomhet som strider mot alminnelige krav til forretningsskikk.

(36)

Misbruk av finns database

Supersøk utnytter konkurrentenes varemerker og innhold i egen virksomhet. Supersøk tilbyr i tillegg at det utføres søk direkte mot databaser tilhørende Finn, Tinde og Zett. Supersøk sender søkekommandoer til dataprogram som administrerer den enkelte aktørs database. Dataprogrammet villedes til å tro at henvendelsen kommer fra Finns egen nettside, og søkeresultatet fremvises deretter for kunden.

(37)

Søketjenesten som tilbys fra Supersøk gir redusert kvalitet for brukeren i forhold til direktesøk hos Finn, og påfører dermed også skade på varemerket til Finn. Søkeskjemaet fra Supersøk har en enklere utforming med færre søkealternativer og et annet innhold enn tilsvarende søkeskjema hos den enkelte aktør. Søk hos Finn via Supersøk vil være basert på andre kriterier og valg enn søk direkte hos Finn. Oppdateringer eller endringer i dataprogrammet eller databasen hos Finn vil medføre at Supersøk mot Finn ikke fungerer. I tillegg har det vært problemer med former for søkefunksjonalitet som ikke har fungert via Supersøk mot Finn, herunder at Supersøk mot Finn tar vesentlig lenger tid. Brukerne opplever dette som mangler ved Finns tjeneste, og det er Finn som får skylden for at Supersøk mot Finn ikke fungerer. Forbrukermagasinet DinSide har testet Supersøk, og påvist en rekke feil i søkeresultater fra både Finn, Tinde og Zett. Dette er i seg selv tilstrekkelig til å konstatere brudd på markedsføringsloven - de øvrige forhold understreker det graverende i situasjonen.

(38)

Supersøk har tatt seg til rette på en rettsstridig måte. Da Finn, etter klager og påvisning av klare feil med tjenesten, satte opp en informasjonsside som henviste til Finns søkeside, tok Supersøk seg ytterligere til rette. Supersøks kommandoer til Finns program ble kamuflert via skjulte datamaskiner i utlandet, som ikke lot seg spore opp. Finns dataprogram ble lurt til å tro at kommandoene som ble behandlet kom fra Finns nettsider, ved at det ble oppgitt falsk avsenderidentitet fra Supersøk. Innholdet fra Finn ble overført til Supersøks nettområde, og fortrolig kommunikasjon mellom Finn og en pålogget bruker ble deretter kanalisert via Supersøk og utenlandske kamuflasjedatamaskiner, slik at all informasjon kunne overvåkes, endres eller stanses. Forholdet er blitt utførlig dokumentert i rapport fra Det Norske Veritas (DnV), der det er påvist en rekke kvalitets-, sikkerhets- og personvernsovertramp fra Supersøk overfor Finn. DnV har også påvist at Supersøk fungerte som parasitt på Finns tjeneste. I stedet for at brukeren ble henvist til Finn, hentet Supersøk Finns innhold inn på sin egen tjeneste. Dette ble forsøkt skjult overfor brukeren ved at adressefelt og statusfelt i brukers nettleser ble skrudd av.

(39)

Supersøk har tilgjengeliggjort Finns innhold på Supersøks nettsider, og har brutt en rekke lovbestemmelser til vern om opphavsrett, investeringer og innhold. Handlingene bør likevel betraktes fra det overordnede synspunkt de tidligere instanser har lagt til grunn: Den urettmessige bruken av andres innsats og investeringer.

(40)

Erstatningskravet

Finn hadde på det aktuelle tidspunktet investert over 80 millioner kroner i utviklingen av sin tjeneste, og hadde markedsført virksomheten for en verdi tilsvarende 120 millioner kroner. De tunge investeringer og alt arbeidet som ligger bak tjenesten er vernet gjennom flere lovbestemmelser, som forutsetter lojal og normal oppførsel i markedet.

(41)

Finns renommé og goodwill ble ulovlig utnyttet og skadet ved at Supersøk tilsynelatende tilbød Finns innhold, men med en rekke feil. Brukere av Supersøk opplevde Finn som et mindreverdig produkt. Videre har Supersøkt feilaktig markedsført seg som størst på boligsøk, og påført Finn skade ved slik feilaktig markedsføring. For Finn gjelder skaden både i forhold til boligsøkende, meglere og alminnelige annonsører, som alle forholder seg til at Finn er størst i markedet. Finn er

avhengig av annonseinntekter, som igjen er avhengig av at de omtalte elementene i markedet oppfatter Finn som den største i markedet. Ved å tilby Finns innhold fra en konkurrerende tjeneste, påføres Finn skade ved at det skjer en endring i brukermønsteret.

(42)

Saksøkerne har forsøkt å gi tingretten noen holdepunkter for den skjønnsmessige vurdering som beregningen til syvende og sist må hvile på. Supersøk har motsatt seg på det sterkeste å gi opplysninger som kan veilede retten, men det er klart at markedsføringen av tjenesten har kostet mange millioner kroner, med TV-reklame, tusenvis av plakater over hele landet, reklame på Internett, i Notaravisen, installasjoner på hovedflyplassen osv. Skaden må kunne delvis beregnes ut i fra hva det ville ha kostet Finn å rette opp inntrykket i markedet gjennom en tilsvarende opplysningskampanje.

(43)

Videre har Supersøk brukt Finns innhold, varemerke og goodwill uten tillatelse. I tillegg til det tap Finn er blitt påført ved denne handling, som isolert vil kunne utgjøre et betydelig beløp, har Supersøk nytt godt under denne ulovlige utnyttelsen. Det foreligger grunnlag for å kreve betalt for denne urettmessige bruken, etter en tvangslisensbetraktning og også etter alminnelig ulovfestet erstatningsrett. Beregningen av denne verdien må som et minimum fastsettes ut ifra hva en slik bruk hadde kostet dersom den hadde blitt avtalt med Finn. Det forhold at Finn aldri ville gått med på noen slik bruk får henføres til den ovenfor omtalte skadeberegningen, men tilsier at verdien på bruken ikke kan settes til under markedsverdien på flere millioner kroner.

(44)

Finn har likevel funnet å redusere sitt krav, delvis på bakgrunn av dets skjønnsmessige karakter, slik at det nedlegges påstand om en erstatning på MNOK 2,5.

(45)

Supersøks forhold

Supersøks forhold i saken må tillegges betydelig vekt. Tjenesten har ikke forut for oppstart tatt kontakt eller forsøkt å innhente samtykke fra Finn, Tinde eller Zett. Til tross for krav fra samtlige aktører, har Supersøk ikke frivillig funnet å stanse tjenesten. Supersøk har tatt seg ytterligere til rette ved å laste ned og omforme Finns innhold på sin egen nettside. Videre har Supersøk ikke etterlevd forføyningen, bla ved at den forbudte markedsføring har fortsatt etter tingrettens kjennelse og at Finns varemerke fortsatt blir utnyttet - i direkte strid med forføyningen.

(46)

Det kan ikke tillegges vekt at det på Supersøks nettside nå opplyses at Finn ikke samarbeider med Supersøk. Teksten var på plass forut for forhandlingene for tingretten i forføyningssomgangen, og fremstår som ren posisjonering. Dette er også blitt lagt til grunn av de tidligere instanser. Supersøk har allerede markedsført siden tungt som « størst på boligsøk » og med Finns varemerke, logo og innhold. I forhold til brukerne er dette så innarbeidet, at endringene har liten betydning. En slik skrift på nettsiden står uansett i sterk kontrast til at Supersøk rent faktisk har til hensikt å tilby Finns tjenester til tross for at det altså ikke foreligger avtale eller samarbeide mellom partene.

(47)

Saksøkerne la ned slik påstand:

1. Supersøk AS og Ekko IT AS er uberettiget til å tilby søk i databaser tilhørende Finn Eiendom AS.
2. Supersøk AS og Ekko IT AS er uberettiget til å bruke varemerket Finn som tekst eller logo på

nettstedet www.supersok.no og i markedsføringen av tjenesten Supersøk.

3. Supersøk AS er uberettiget til å markedsføre Supersøk AS og tjenesten www.supersok.no som størst på boligsøk i Norge.
4. Supersøk AS og Ekko IT AS dømmes in solidum til å betale til saksøkerne et beløp etter rettens skjønn, oppad begrenset til NOK 2 500.000, med tillegg av forsinkelsesrente fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven fra oppfyllelsesfristen og til betaling skjer.
5. De saksøkte dømmes in solidum til å erstatte saksøkerne sakens omkostninger, med tillegg av forsinkelsesrente fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven fra oppfyllelsesfristen og til betaling skjer.

(48)

Saksøkte nr. 1, Supersøk AS, har i det vesentlige anført:

Det bestrides at Supersøk krenker åndsverksloven, markedsføringsloven og varemerkeloven.

(49)

Forholdet til åndsverksloven

Det foreligger ingen krenkelse av åndsverksloven, verken §2 eller §43.

(50)

Åndsverkloven §2

Finns resultatside er ikke noe åndsverk i lovens forstand. Videre foreligger det verken eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring. Det er dessuten sluttbruker som sender henvendelsen. For alle tilfelle foreligger et implisitt samtykke. Den databaseinnehaver som fritt legger sine tjenester på nettet må tåle at det legges lenker eller genereres søk til disse tjenestene. Finn inviterer nettopp sluttbrukere til å søke i boligbasen.

(51)

Åndsverkloven §43

Det er sluttbruker som sender henvendelsen. Vurderingen om krenkelse må skje i forhold til sluttbruker. I forhold til sluttbruker skjer bruken som forutsatt av Finn.

(52)

Det foreligger ikke nyttiggjørelse av hele eller vesentlige deler av Finns tjeneste. Søkene gjelder svært små deler av Finns tjeneste.

(53)

Det er heller ikke snakk om noen gjentatt og systematisk eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring og for alle tilfelle skader ikke dette Finns normale utnyttelse av arbeidet eller urimelig tilsidesetter Finns legitime interesser.

(54)

For alle tilfelle ligger bruken innenfor det implisitte samtykke.

(55)

Forholdet til varemerkeloven

Det er åpenbart at Supersøk ikke krenker varemerkeloven på noe vis. Man sender sluttbrukeren over til Finn sin side, slik Finn ønsker at den skal fremstå. Det er selvsagt lovlig å skrive Finn sitt navn på lenken som går til Finn. I motsatt fall vil alle lenker være en krenkelse av varemerkeloven.

(56)

Ved eksempelvis markedsføring av reservedeler og tilleggsutstyr er det adgang til å referere til originalproduktets navn.

(57)

Man bruker ikke Finn sin logo på noe vis.

(58)

Forholdet til markedsføringsloven

Åndsverksloven er lex specialis. Hvorvidt Superlenken er lovlig, må avgjøres av spesiallovgivningen.

(59)

I den grad markedsføringsloven skal brukes som hinder, må man vurdere konteksten « Norges største boligsøk » sammenholdt med lenken. Supersøk har sagt at man ikke vil benytte påstanden « Norges største boligsøk » (men uansett var påstanden lovlig).

(60)

For alle tilfelle er det nedlagt separat påstand relatert til « Norges største boligsøk ». Tjenesten og markedsføringen må vurderes hver for seg.

(61)

For det tilfelle at retten likevel skulle mene at markedsføringslovens bestemmelse kan anvendes fullt ut vil det anføres:

(62)

Hovedregelen er fri konkurranse. Det er kun de sterkt klanderverdige forhold som kan rammes av markedsføringslovens §1.

(63)

Det foreligger ingen klanderverdig handling. Det er sikker rett at blant annet produksjon, salg og markedsføring av uoriginale reservedeler er tillatt. Det samme gjelder uoriginalt tilleggsutstyr og påbygningsprodukter.

(64)

Det foreligger ingen snylting. De aktører som man lenker til fra Supersøk må være med for at man skal tilby boligsøk som omfatter hele markedet.

(65)

Sluttbruker informeres tydelig om de faktiske forhold i « disclaimer » på startsidene og i egen informasjonsside på tjenesten.

- (66) Verken Supersøk fase 1 eller Supersøk fase 2 har slike ulemper som anført i midlertidig forføyning. Supersøk er isosertifisert og har strenge rutiner for å sikre at søket fungerer optimalt. Sintef har konkludert med at det ikke er feil i søkeresultatene.
- (67) Supersøk sender en lojal søkehenvendelse til Finn. Sluttbrukeren blir sendt til Finn. Dette er åpenbart ingen illojal konkurranse og er en tjeneste som er til åpenbar interesse for forbruker.
- (68) I vurderingen i forhold til markedsføringsloven må man også vektlegge momenter som:
- monopolhensynet, viktig for forbruker å unngå monopoldannelse; Finn har en dominerende stilling.
 - Andre forbrukerhensyn; forbruker bør få muligheten til å sammenlikne tilbud, og få full oversikt over markedet. For forbruker er Supersøk en verdiøkende tjeneste.
 - Andres praksis, Dnb Eiendom benytter crawlere, www.solfaktor.no, www.tinde.no, www.lavprisfly.no, www.flybilligst.com, WorldLII og Operas nye nettleser.
- (69) I tillegg må man hensynta en proporsjonalitetsvurdering. Hvor skadelig er tjenesten for Finn contra hvor skadelig er det for Supersøk dersom tjenesten anses ulovlig.
- (70) Det må være klart at Supersøk vil måtte opphøre sin tjeneste totalt, mens Finn på sin side ikke vil ha noen ulemper med Supersøks søkelenke.
- (71) En slik tjeneste er ikke i strid med markedsføringsloven.
- (72) Det er heller ingen krenkelse av markedsføringsloven å sende søkehenvendelsen via proxyserver, jf. Supersøk fase 2.
- (73) Finns handlemåte ved å sette opp en mellomside med krenkende innhold og stenge Supersøk ute, er en handling både i strid med markedsføringsloven § 1 og konkurranseloven § 11.
- (74) Selv om retten skulle komme til at Finns handling ikke var ulovlig, var Finns handling en provokasjon som medførte en nødvendig mothandling fra Supersøk for å kunne opprettholde tjenesten som markedsført. Proxyløsninger er dessuten helt alminnelige og har en rekke legitime fordeler, blant annet ved at det muliggjør « småskjermtjenester ». Noen svært få feil ble avdekket umiddelbart etter oppstart av proxyløsningen. Disse ble umiddelbart rettet. Proxyversjonen har i dag ingen ulemper for Finn.
- (75) Det er imidlertid ikke nødvendig for Supersøk å benytte proxyversjonen etter at Finn endret sin tekniske løsning før jul 2004. Med den nye tekniske løsningen er det lite sannsynlig at Finn vil forsøke å sperre Supersøk ute.

(76) Det er derfor viktig at man for alle tilfelle får en dom på at Supersøk fase 1 er en lovlig tjeneste.

(77)

Erstatning

Ikke under noen omstendighet kan det bli grunnlag for noe erstatning.

(78)

Finn har verken hatt eller vil få noe omsetningstap, renommétap eller kundetap. Finns eiere (eiendomsmeglerforetak) er Finns kunder. De vil selvsagt ikke forlate Finn fordi om Supersøk lenker til Finn.

(79)

Finn har heller ikke engang forsøkt å dokumentere noe tap. Finn har imidlertid fått konkrete inntekter fra Supersøk ved at Supersøk har sendt trafikk til Finn.

(80)

Supersøk er en seriøs og påkostet tjeneste som ikke vil påføre Finn noen som helst skade, heller tvert i mot. Supersøk sender kunder/potensielle boligkjøpere til Finn.

(81)

Supersøk vil kun bidra til at enda flere bruker internett som verktøy i sin søken etter boliger. Dette vil åpenbart komme Finn til gode.

(82)

Supersøk har brukt Norges fremste eksperter i vurderingen av tjenesten forut for lansering, nettopp for å sikre at man lanserte en lovlig løsning.

(83)

Supersøk AS har nedlagt slik påstand:

1. Supersøk AS frifinnes på alle punkter.
2. Supersøk AS tilkjennes sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra oppfyllelsesfristen og til betaling skjer.

(84)

Saksøkte nr. 2, Ekko IT AS, har i det vesentlige anført:

Ekko IT AS fastholder Supersøk AS sine anførsler så langt de passer.

(85)

Videre vil det anføres at Finn for alle tilfelle ikke har et krav mot Ekko IT.

(86)

Ekko IT har verken krenket åndsverksloven, varemerkeloven eller markedsføringsloven.

(87)

Det kan heller ikke gjøres noe medvirkningsansvar gjeldende.

- (88) Ekko IT er et IT-selskap som leverer alminnelige standardiserte IT-løsninger til kunder, herunder Supersøk AS, på vanlige kommersielle vilkår.
- (89) Ekko IT er en underleverandør av IT-tjenester til Supersøk på samme måte som eksempelvis Microsoft og SAP.
- (90) Ekko IT har ikke eiendomsrett til domenet www.supersøk.no. Dette er klart dokumentert.
- (91) Ekko IT har verken eierskap eller ansvar for Supersøk sin tjeneste på noen måte.
- (92) Ekko har ingen bestemmelsesadgang over tjenestens innhold og må selvsagt rette seg etter instruksjoner fra tjenestens innehaver, Supersøk AS.
- (93) Ekko IT har aldri verken tilbudt søk i Finn sin database eller brukt Finn sitt varemerke på noe vis.
- (94) Atter subsidiært kan Finn umulig ha noe økonomisk tap eller goodwilltap relatert til Supersøk. Det vises i denne sammenheng til anførsler fra Supersøk AS.
- (95) For alle tilfelle foreligger ingen årsakssammenheng.
- (96) Ekko IT har nedlagt slik påstand:
1. Ekko IT AS frifinnes på alle punkter.
 2. Ekko IT AS tilkjennes sakens omkostninger med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra oppfyllelsesfristen og til betaling skjer.
- (97) **Rettsens bemerkninger:**
- Finn har i stevningen krevd fastsettelsesdom for at Supersøk AS og Ekko IT AS er uberettiget til å tilby søk i database tilhørende Finn Eiendom AS, og til å bruke varemerket Finn som tekst eller logo på nettstedet www.supersok.no og i markedsføringen av tjenesten Supersøk. Videre har Finn krevd fastsettelsesdom for at Supersøk AS er uberettiget til å markedsføre Supersøk AS og tjenesten www.supersok.no som størst på boligsøk i Norge. I tillegg har Finn fremsatt krav på erstatning fastsatt etter rettsens skjønn.
- (98) Finn Eiendom AS har påberopt seg markedsføringsloven §1, varemerkeloven §4 og åndsverkloven §2 og §43 første og andre ledd som støtte for at Supersøks tilbud om « supersøk » i Finns boligannonser er ulovlig.

(99)

Retten vil først behandle Finns krav mot Supersøk AS, og deretter om Ekko IT AS også kan gjøres ansvarlig.

(100)

Åndsverkloven §2 og §43 første og annet ledd

Den som skaper et åndsverk, har opphavsrett til verket, jf. åndsverkloven §1. Med åndsverk forstås blant annet skrifter og datamaskinprogram. En webside og en database kan kvalifisere til å være et åndsverk etter åndsverkloven.

(101)

Etter åndsverkloven §2 og §43 har opphavsmannen til åndsverket/eieren av en database enerett til å råde over åndsverket/databasen « ved å fremstille eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten ». En database vil altså være beskyttet etter åndsverkloven §43 selv om databasen ikke kvalifiserer til å være et åndsverk. Åndsverkloven §43 annet ledd beskytter også mot « gjentatt og systematisk eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten » av uvesentlige deler av databasen. Vilklårene eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring i åndsverkloven §2 og §43 har identisk innhold.

(102)

Finn har anført at websidene på finn.no, herunder resultatlisten etter et søk og den enkelte annonse, er et åndsverk etter åndsverkloven. Retten finner spørsmålet om websidene til Finn kvalifiserer til å være et åndsverk som tvilsomt. Det må imidlertid i alle fall være klart at Finns database har vern etter åndsverkloven §43. Retten behandler først spørsmålet om søketjenesten som er tilbudt på www.supersok.no innebærer en eksemplarfremstilling eller tilgjengeliggjøring for allmennheten av websidene eller uvesentlige deler av databasen, jf. felles vilkår inntatt i åndsverkloven §2 og §43.

(103)

Det er flere utgaver av Supersøk, og retten har vurdert de ulike hovedmodellene av Supersøk i forhold til grunnvilkårene eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring.

(104)

I den første utgaven av Supersøk, ble « supersøket » gjennomført ved at brukeren fylte inn sine søkeparametere i et skjema på Supersøks hjemmeside. Med bakgrunn i brukerens søkeparameter, laget supersøk en « søkelenke » tilpasset søketjenesten til Tinde, Zett og Finn. Søkelenken vil typisk kunne se slik ut:

```
« javascript:var w =  
window.open(' http://www.finn.no/finn/realestate/homes/result;pdc=1141157  
674210?&sort=1&NO_OF_BEDROOMS_TO=0&siteId=1&channelId=1&use  
rId=0&searchKey=SEARCH_ID_REALESTATE_HOMES&areaId=20045&N  
O_OF_BEDROOMS_FROM=0&ESTATE_SIZE%2fLIVING_AREA_TO=&ke  
yword=&ESTATE_SIZE%2fLIVING_AREA_FROM=&ESTATE_PRICE%2fP  
RICE_SUGGESTION_FROM=&ESTATE_PRICE%2fPRICE_SUGGESTIO  
N_TO=&OWNERSHIP_TYPE=&rows=30', 'finn',
```

'location=1,menubar=1,resizable=1,scrollbars=1,status=1,titlebar=0,toolbar=1,hotkeys=0'); »

(105)

Det følger av lenkens utforming at de søkeparametere som brukeren har oppgitt ved utfylling av skjemaet, er tatt inn i søkelenken. I tillegg inneholder siste del av søkelenken en angivelse av hvordan resultatlisten skal vises på brukerens nettleser, eksempelvis hvordan resultatlisten skal sorteres.

(106)

Ved å klikke på lenken, som på siden ble vist med teksten « Se supersøk hos Finn », ble brukeren sendt til Finns server, og resultatlisten ble vist som om brukeren hadde startet søket hos Finn.

(107)

Retten finner det åpenbart at søkelenken angitt ovenfor ikke innebærer en eksemplarframstilling av websiden. Spørsmålet blir om Supersøk ved å lage søkelenken gjør siden tilgjengelig for allmennheten. Det foreligger ikke noe klart prejudikat fra Høyesterett om problemstillingen. I Napsterdommen, Rt-2005-41, uttalte førstvoterende følgende:

- (45) For å belyse spørsmålet om lenkingen på napster.no var en tilgjengeliggjøring av musikkverkene, har partene gjort mye ut av den teknologi som ligger bak brukerens mulighet for å høre den musikken det var lenket til.
- (46) Det anføres fra de ankende parter at lenkingen innebar en selvstendig og umiddelbar tilgang til musikken. A på sin side har poengtert at lenkene bare inneholdt en adresse til en webside, og at ved å klikke på lenken, ble musikkfilen lagret midlertidig på brukerens egen pc. Først når den var opplagret der, kunne brukeren avspille, alternativt lagre musikkfilen for senere bruk. I en del av den teori det er vist til, er det pekt på at det kan være av betydning hvorvidt brukeren ved å aktivere en lenke, fortsatt « befinner seg » på napster.no, eller om han blir « flyttet » til den webside det er lenket til. Det har også vært spørsmål om å skille mellom direkte lenker/dyplinker på den ene side og overflatelenker - lenker til nettstedets hovedside - på den andre.
- (47) For meg står det ikke som avgjørende om det dreier seg om den ene eller den andre av de nevnte lenketyper, heller ikke om brukeren teknisk sett « befinner seg » på egen pc, på napster.no eller om han er « flyttet » til den websiden det er lenket til. Det er vanskelig å se at dette bør være avgjørende for om verket må anses for å være tilgjengeliggjort for allmennheten i åndsverkslovens forstand. Avgjørende må være hvordan teknikken virker - om og hvordan tilgang gis. Det er mulig det finnes lenker som er kodet slik at de må sies å stå i en særstilling i forhold til tilgjengelighetsbegrepet, men dette er ikke nærmere belyst for Høyesterett.
- (48) Det kan ikke være tvilsomt at alene det å gjøre en webadresse kjent ved å gjengi den på Internett, ikke er tilgjengeliggjøring. Dette må gjelde uavhengig av om adressen gjelder lovlig eller ulovlig utlagt materiale. Om en webadresse gjengis på Internett eller for eksempel i en avis, må være likegyldig. Partene er enig om dette. »

(108)

Høyesteretts uttalelse var ikke nødvendig for å begrunne resultatet, et såkalt obiter dictum, og er ikke noe prejudikat. Uttalelsen angir heller ikke noe klart svar på spørsmålet om en lenke kan innebære at åndsverket anses tilgjengeliggjort for allmennheten, jf. åndsverkloven §2 tredje ledd.

(109)

Retten tolker imidlertid Napsterdommen slik at en lenke som utgangspunkt ikke vil innebære tilgjengeliggjøring. Det å gjøre en webadresse kjent ved å gjengi den, er klart ikke tilgjengeliggjøring, og det kan ikke stille seg annerledes ved at adressen angis som en hyperlink på en webside.

(110)

I Napsterdommen vises det til at « det er mulig det finnes lenker som er kodet slik at de må sies å stå i en særstilling i forhold til tilgjengelighetsbegrepet ». Lenken i vår sak er klart en mer avansert lenke enn de statiske adresselenker som var utgangspunktet for Napsterdommen. Superlenkene inneholder søkeparameter og angivelse av hvordan resultatlisten skal bygges opp. Siden brukeren får opp ved å bruke Supersøk, er en side som lages med de søkeparametrene som angis i lenken. Retten kan imidlertid ikke se at utformingen av lenken i denne saken innebærer at den står i en særstilling i forhold til enklere og grunnere lenker. Den rettslige vurderingen må være lik.

(111)

Helt i startfasen, viste Supersøk resultatlisten for søk i Notars database på samme side hvor superlenken til de tre øvrige aktørene var tatt inn. I forhold til åndsverkloven §2 og §43 vil imidlertid konteksten lenken tas inn i ikke være relevant. Lenken er fortsatt ikke en tilgjengeliggjøring av åndsverket/databasen for allmennheten.

(112)

Etter at Supersøk hadde vært i drift noen dager, forsøkte Finn å unngå søk via Supersøk ved å stenge ute søk de med rimelig sikkerhet kunne fastslå kom fra Supersøk. Utstengningen ble gjennomført ved at søk hvor brukeren forut for søket til Finn hadde vært på www.supersok.no, fikk opp ei informasjonsside hvor brukeren ble oppfordret til å søke direkte fra finn.no. For å omgå utstengningen, valgte Supersøk å ta i bruk servertjenester i utlandet som blant annet hadde til formål å skjule at brukeren søkte via Supersøk.

(113)

Den nye tekniske løsningen innebar at all informasjon mellom Finn og brukeren gikk gjennom Supersøks server. For retten har Supersøk demonstrert en modifisert utgave av den tekniske løsningen, og i den løsningen som er presentert for retten har søkelenken nå slik utforming:

<http://www.supersok.no/sp/results.aspx>

(114)

Supersøk valgte for en kortere periode å slå av adressefeltet i brukerens nettleser, og å skjule for brukeren adressen til de hyperlinker som var tatt inn i siden. Hvis adressefeltet ble slått på, ville brukeren imidlertid se på adressen at den konkrete side var sendt via Supersøks server, og at siden hadde blitt endret noe ved at alle linker var skrevet om for å tilpasse seg at siden gikk gjennom Supersøks server.

(115)

Spørsmålet er om endring i den tekniske løsningen innebærer en annen vurdering av om det foreligger en eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring.

(116)

Supersøk har hele tiden foretatt endringer i hvordan søketjenesten har fungert. Det grunnleggende med alle utgaver av søketjenesten har vært at Supersøk, med bakgrunn i brukerens søkeparameter, har laget en søkelenke som brukeren selv velger å sende til Finns database. Den tekniske endringen består i det vesentlige av:

1. Når brukeren sender søkelenken, sendes søkelenken via Supersøk
2. Den resultatside som søket genererer, sendes via Supersøk, og Supersøk foretar visse endringer i kodingen til siden. Endringene har til hensikt å tjene gjennomføringen av søket som følge av utestengelsestiltakene som Finn har iverksatt mot Supersøk

(117)

For at Supersøk skal kunne foreta en endring av kodene, må de også foreta en midlertidig lagring av dokumentet som inneholder kodene, heretter kalt kodedokumentet. Retten legger til grunn at kodene ikke representerer et datamaskinprogram og dermed ikke er et åndsverk, jf. åndsverkloven §1 første ledd nr. 12, jf. Anders Mediaas Wagle og Magnus Ødegaard jr. « Opphavsrett i en digital verden » 2. opplag 2001 s 80-83. Kopien av kodedokumentet er således ingen eksemplarframstilling verken av et åndsverk eller del av en database. Kodedokumentet inneholder også teksten som vil bli vist på den endelige websiden. I forhold til Finns database legger retten til grunn at teksten som sådan ikke er et åndsverk.

(118)

Kopi av kodedokumentet kan heller ikke helt sammenlignes med midlertidig mellomagring av internettsider på proxymaskiner (caching). Ved caching tas det kopi også av sidenes design og bilder som skal vises på siden. De bildene som ble vist på resultatlisten etter et søk av Supersøk, ble ikke kopiert og lagret på Supersøks server. Caching innebærer altså en mer omfattende lagring enn det Supersøk har gjort. Caching vil ofte innebære en eksemplarframstilling av åndsverket, men er likevel ikke i strid med åndsverkloven, jf. åndsverkloven §11a, forutsatt at formålet er å muliggjøre:

- a) lovlig bruk av et verk, eller
- b) en overføring i nettverk av et mellomledd på vegne av tredjeparter.

(119)

Åndsverkloven §11a trådte først i kraft 1. juli 2005, dvs. etter etableringen av Supersøks søketjeneste. I forarbeidene til åndsverkloven §11a uttales det i Ot.prp.nr.46 (2004-2005) på side 17 blant annet følgende:

« Unntaket for mellomleddstilfellene knytter seg for det første til situasjoner hvor opphavsrettslig vernet materiale mellomlagres i forbindelse med - og som en forutsetning for - transport i nettverk. Om de øvrige vilkår i §11a er oppfylt, vil operatøren som stiller nettverket til disposisjon ikke anses å foreta noen selvstendig eksemplarframstillingshandling ved at det mellomlagres eksemplarer i forbindelse med overføringen. Videre kan også den eksemplarframstilling som skjer for å gjøre overføringssystemene mer effektive omfattes av unntaket, for eksempel Internettilbyders midlertidige lagring av hjemmesider i såkalte proxyservere. Dette er altså ikke en lagring som er nødvendig for at overføringen skal kunne finne sted, men lagringen kan gjøre overføringen langt smidigere, og **internett blir ved hjelp av disse lagringene vesentlig mer brukervennlig.** » (rettens utheving)

- (120) Retten finner det klart at lagringen av kodedokumentet ikke er en eksemplarframstilling. Selve eksemplarframstillingen av resultatsiden vil alltid skje på sluttbrukerens browser. En slik eksemplarframstilling vil være lovlig som privat bruk, jf. åndsverkloven §12.
- (121) Retten har vært i tvil om Supersøk gjennom å endre kodedokumentet, for deretter å sende det endrede kodedokumentet videre til sluttbrukeren, har foretatt en tilgjengeliggjøring av resultatlisten/utdrag av databasen.
- (122) Formålet med endringene i kodedokumentet er å tjene overføringen fra Finn via nevnte servertjeneste til sluttbruker. Endringene er kun av teknisk art, eksempelvis endring fra relative til absolutte lenker, og at enkelte lenker medførte at datastrømmen ble sendt via Supersøks server. Selv om det ikke var nødvendig, ble alle lenker i startfasen endret slik at datastrømmen gikk gjennom Supersøks server. Videre tilføyde man også en kode som slo av adresselinjen i nettleseren. Omfanget av endringene har imidlertid ingen betydning i forhold til vurderingen om det foreligger en tilgjengeliggjøring etter åndsverkloven.
- (123) Retten har under tvil kommet til at Supersøks mellomlagring av kodedokumentet og Supersøks endringer i kodedokumentet av teknisk art, ikke innebærer en tilgjengeliggjøring av resultatsiden som blir fremstilt på sluttbrukerens pc. Retten finner en viss støtte i Napsterdommen hvor førstvoterende blant annet uttaler:
- « For meg står det ikke som avgjørende om det dreier seg om den ene eller den andre av de nevnte lenketyper, heller ikke om brukeren teknisk sett « befinner seg » på egen pc, på napster.no eller om han er « flyttet » til den websiden det er lenket til. Det er vanskelig å se at dette bør være avgjørende for om verket må anses for å være tilgjengeliggjort for allmennheten i åndsverkslovens forstand. Avgjørende må være hvordan teknikken virker - om og hvordan tilgang gis. »
- (124) Videre vises det til departementets uttalelse i Ot.prp.nr.46 (2004-2005) inntatt ovenfor om at « internett blir ved hjelp av disse lagringene vesentlig mer brukervennlig ». Søkjetjenester på internett, herunder metatjenester, er helt nødvendige for at internett skal være brukervennlig for den store massen av brukere. Begrepet tilgjengeliggjøring bør ikke tolkes så vidt at enhver metatjeneste forutsetter samtykke fra opphavsmannen eller databaseeieren. Ved å legge databasen åpent tilgjengelig på internett, har databaseeieren selv foretatt et valg. Funksjonelle endringer gjort av en metatjeneste for å få sin søketjeneste til å virke, vil som utgangspunkt ikke være i strid med åndsverkloven. Det er imidlertid en forutsetning at den endelige eksemplarframstillingen hos sluttbrukeren er i samsvar med det et direktesøk i databasen ville ha gitt.
- (125) Det faktum at Supersøk får brukeren til å gå gjennom egen server kan ikke i seg selv endre den rettslige vurderingen av om den opprinnelige søkelenken (« superlenken ») innebærer en tilgjengeliggjøring av resultatsiden. Det er fortsatt brukeren som initierer søket, det er brukeren som angir søkekriteriene, og den endelige eksemplarframstilling skjer hos brukeren. Sett fra brukerens ståsted, vil resultatet være det samme.

(126) Det er imidlertid svært mange betenkeligheter med den løsningen som Supersøk benyttet, herunder behandling av personopplysninger, skjuling av adressefeltet, kvaliteten på søket og søkehastigheten. Slike betenkeligheter har imidlertid ikke relevans for vurderingen av om det foreligger en eksemplarframstilling eller tilgjengeliggjøring etter åndsverkloven.

(127) Retten finner etter dette at ingen utgaver av Supersøk er i strid med åndsverkloven §2 og §43 første og annet ledd.

(128)

Markedsføringsloven §1

Det følger av markedsføringsloven §1 at det i næringsvirksomhet ikke må foretas « handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom, eller er urimelig i forhold til forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringskikk ».

(129)

Supersøk har erkjent at de er næringsdrivende. Spørsmålet er om Supersøk har handlet i strid mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom.

(130)

Supersøk har anført at åndsverksloven er lex specialis i forhold til markedsføringsloven. Retten er imidlertid av den oppfatning at lex specialis prinsippet gir liten eller ingen veiledning ved vurderingen av forholdet mellom åndsverkloven og markedsføringsloven. Høyesterett uttalte i Iskremdommen, Rt-1998-1315 blant annet at:

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

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

(131)

Vurderingstema etter markedsføringsloven er i denne saken vesentlig bredere enn etter åndsverkloven. Eksempelvis vil innholdet av markedsføringen av siden, oppbyggingen av siden og informasjonen lagt ut på siden være relevant etter markedsføringsloven, men ikke etter åndsverkloven.

(132)

En metatjeneste på internett er en tjeneste som baserer seg på søk i andres databaser, altså et tillegg til en tjeneste som er utviklet og drives av andre. Lovligheten av en metatjeneste i forhold

til markedsføringsloven og varemerkeloven vil ha mange likhetstrekk ved vurderingen av lovligheten av reservedeler til andre produkter. Om markedsføring av reservedeler uttaler Tore Lunde i boka « God forretningsskikk næringsdrivende imellom » blant annet følgende på side 294:

« Interessene til originalprodusenten tilseier at ein må stille visse krav til markedsføring av uoriginale delar. Reelle omsyn talar derfor for at originalprodusenten, med grunnlag i god forretningsskikkstandard, etter omstenda må kunne motsetje seg markedsføring av uoriginale delar som er av urimeleg dårleg kvalitet, og som dermed representerer særleg risiko for funksjonssvikt ved hovudproduktet. Omsynet til originalprodusenten gjer seg dessutan særleg gjeldande i forhold til kjenneteikn nytta i markedsføringa. Risikoen for varmerkekrenking er søkt regulert i vml. §4. Føresegna stiller krav om at det ved markedsføring av « reservedeler, tilbehør eller lignende » ikkje vert vist til andres varemerke « på en slik måte at det kan gi uriktig inntrykk av at det som således tilbys skriver seg fra innehaveren av dette kjennetegn eller at han har tillatt kjennetegnet brukt ».

(133)

De samme hensyn som gjør seg gjeldende for markedsføring av reservedeler, gjør seg også gjeldende for metatjenester. For at en metatjeneste skal være lovlig, må den fremstå som lojal i forhold til de underliggende tjenestene som metatjenesten bygger på. Lojalitetskravet innebærer krav både til nøytralitet og kvalitet. Manglende nøytralitet vil raskt innebære snylting på andres tjenester, mens manglende kvalitet vil raskt innebære at man påfører en annen en utilbørlig skade.

(134)

De fleste metatjenester må skaffe seg kunnskap gjennom prøving og feiling ved bruk av den underliggende søketjeneste. Metatjenesten vil som regel kun inneha en annenhåndskunnskap om søk i den underliggende søketjeneste. Det sier seg selv at en metatjeneste sjelden vil kunne bli kvalitativt sett like god på søk i den underliggende base som direkte søk fra databaseeierens hjemmeside. I klartekst vil dette implisere at metatjenesten lett kan sette den underliggende tjeneste i et dårligere lys enn ved direkte søk. Det er derfor viktig at det på en metatjeneste uttrykkelig informeres om at metatjenesten er noe annet enn direkte søk, og at eventuelle feil ved søkene skyldes metatjenesten og ikke den underliggende tjenesten.

(135)

Retten finner det klart at det er flere enkeltstående handlinger som selv isolert vurdert må sies å være i strid med god forretningsskikk. Følgende handlinger trekkes særlig frem:

- markedsføring av tjenesten som det største boligsøket i Norge når tilbudet kun var å lage søkelenker til de tre konkurrerende boligportalene til Notar
- unnlattelse av å opplyse hvem som sto bak tjenesten (ble først endret etter innspill fra Finn)
- markedsføring av søketjenesten som en nøytral søketjeneste, mens realiteten var en promotering av Notars annonser ved at resultatlisten til Notar ble tatt inn i sin helhet, mens det i forhold til Zett, Tinde og Finn kun var angitt såkalte « superlenker »
- bruk av anonymiseringsserver hvor informasjon om anonymiseringsserveren bevisst ble forsøkt holdt skjult for brukeren ved at blant annet adressefeltet ble slått av i nettleseren
- bruk av anonymiseringsserver slik at det var mulig å overvåke sensitiv informasjon (brukernavn, passord, brukers CV) uten at brukeren selv ble informert
- tilby en søketjeneste i andres databaser uten å sikre seg at kvaliteten på søket er godt nok, både i forhold til antall treff og søkehastighet

- (136) Supersøk har anført at terskelen for brudd på god forretningsskikk er svært høy, og at det kun er i de tilfeller det er grunnlag for massiv fordømmelse at brudd skal konstateres. Retten er av den oppfatning at terskelen ikke er så høy som anført av Supersøk, men ser ingen grunn til å gå nærmere inn på problemstillingen da retten finner at Supersøks handlemåte fortjener en massiv fordømmelse.
- (137) Rettens vurdering baserer seg på hvordan Supersøk fremsto på stevningstidspunktet, 24. november 2004. Etter den tid har Supersøk foretatt flere endringer i søketjenesten som vil kunne gi en annen vurdering av lovligheten etter markedsføringsloven. Retten finner det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om en søketjeneste lik de versjonene som ble demonstrert « live » for retten vil gå klar i forhold til markedsføringsloven.
- (138) I forhold til kvaliteten på søket viser retten til undersøkelse foretatt av dinside.no publisert 17. november 2004 og undersøkelse foretatt av Det Norske Veritas. Det er ekstra graverende at en konkurrent tilbyr søk i konkurrentens database som har så dårlig kvalitet at det kan skade konkurrentens renommé. Supersøk har angitt at formålet med siden var å skape en forbrukervennlig tjeneste. Realiteten på stevningstidspunktet var imidlertid at søketjenesten var noe annet enn den ga seg ut for, og at resultatet var at Notargruppen gjennom Supersøk snyllet på Finns gode renommé samtidig som de påførte Finns renommé skade.
- (139) Supersøk har anført at Finn har en slik dominerende stilling at de må betraktes som monopolist. Retten er enig i at Finn innenfor boligannonsering på internett har en dominerende stilling. Det er betenkelig med monopoldannelser. Finn, som delvis eies av eiendomsmeglere, tillater eksempelvis ikke private å annonsere bolig for salg på sine sider, noe som kan medføre at flere boligselgere bruker megler ved salg. Sett fra et forbrukerståsted, er det viktig at man ikke setter rettslige hinder for konkurranse. Retten kan imidlertid ikke se at Supersøk, slik søketjenesten fremstod på stevningstidspunktet, var en søketjeneste hovedsakelig i forbrukerens interesse. De enkelthandlinger som er trukket frem ovenfor, er i strid med markedsføringsloven selv om Finn har en dominerende stilling i akkurat dette markedet.
- (140) Retten finner etter dette at søketjenesten Supersøk slik den fremsto på stevningstidspunktet var i strid med markedsføringsloven §1. Finn må derfor få medhold i sitt krav om at Supersøk er uberettiget til å tilby søk i databaser tilhørende Finn Eiendom AS. Vurderingen etter markedsføringsloven er en totalvurdering av søketjenesten som sådan, herunder markedsføringen.
- (141) **Størst på boligsøk**
Finn har også fremsatt krav om dom for at Supersøk AS er uberettiget til å markedsføre Supersøk AS og tjenesten www.supersok.no som størst på boligsøk i Norge. Supersøk har på sin side anført at søketjenesten Supersøk er størst på boligsøk, men at de for fremtiden ikke vil bruke det i sin markedsføring.
- (142)

For å kunne bruke « størst » påstand i markedsføring, må den næringsdrivende kunne dokumentere at man faktisk også er størst, jf. praksis fra markedsrådet. Det er også viktig at « størst » påstanden er knyttet til det man er størst i. Supersøk har ingen egen database som de kan tilby sine brukere å søke i. Supersøks forretningsidé er å tilby søk i andres databaser. Videre er søketjenesten lagt opp slik at det er brukeren selv som må foreta det konkrete søket i hver enkelt database Supersøk lager søkelenke til. Slik retten ser det, vil Supersøk aldri kunne bli størst på boligsøk all den tid søketilbudet er begrenset til søk i andres databaser. Med bakgrunn i Supersøks tidligere annonsering, finner retten at Finn har tilstrekkelig rettslig interesse til å få dom for at Supersøk er uberettiget til å markedsføre seg som størst på boligsøk.

(143)

Varemerkeloven §4

Finn har registrert varemerket Finn. Både logoen til Finn og teksten Finn er registrert som varemerke. Rett til varekjennetegn etter varemerkeloven §1 til §3 har den virkning at « ingen annen enn innehaveren i næringsvirksomhet kan bruke samme kjennetegn for sine varer ».

(144)

En lenke til Finn vil som hovedregel være lovlig. For å kunne lenke til Finn må det også nødvendigvis være tillatt å bruke teksten Finn. Det er mer tvilsomt om man kan bruke logoen til Finn. Men lenkingen i kommersiell sammenheng, og særlig lenking til konkurrenter, må være lojal mot konkurrenten. Lenken må ikke brukes i en slik kontekst at konkurrenten kan snylte på den andres renommé.

(145)

Retten finner at Supersøk har brutt varemerkeloven ved å henvise til Finn i en kontekst hvor formålet klart var å fremheve Notar på bekostning av blant annet Finn. Ved å fremstå som en nøytral søketjeneste med blant annet henvisning til Finn, snyltet Supersøk på Finns renommé.

(146)

Supersøks bruk av varemerket Finn har ikke så lenge tjenesten var åpen vært tilstrekkelig lojal. Det kan stille seg annerledes i forhold til de utgaver som ble presentert for retten under hovedforhandlingen.

(147)

Finn må etter dette også få medhold i sitt krav om at Supersøk AS er uberettiget til å bruke varemerket Finn som tekst eller logo på nettstedet www.supersok.no slik nettstedet fremstod på tidspunktet for stevningen. Videre vil Supersøk også være uberettiget til å bruke varemerket Finn i markedsføringen av tjenesten Supersøk.

(148)

Erstatning

Finn har fremsatt krav på erstatning fastsatt etter rettens skjønn, jf. tvml §192. Som hjemmel for erstatningskravet er påberopt alminnelig ulovfestet erstatningsrett, varemerkeloven §38, åndsverkloven §55 og foretaksnavneloven §6-2.

(149)

Retten har konkludert med at Supersøk har brutt varemerkeloven §4 og markedsføringsloven §1, og finner at både det alminnelige ulovfestede uaktsomhetsansvaret og varemerkeloven §38 får

anvendelse. Den eneste forskjellen mellom de ulike erstatningshjemler, er at varemerkeloven §38 inneholder regel om fastsettelse av vederlag for ulovlig bruk.

(150)

I utgangspunktet er det kun det økonomiske tapet som kan kreves dekket. Finn har ikke lagt frem noen entydig dokumentasjon for et eventuelt økonomisk tap. Finn har anført at det i slike saker er vanskelig å påvise et konkret tap, og at erstatningen derfor må utmåles etter skjønn hvor momenter som Supersøks markedsføringsutgifter, vederlagsbetraktninger og subjektive forhold er sentrale.

(151)

Retten har etter en konkret vurdering kommet til at det ikke er grunnlag for å utmåle erstatning basert på vederlagsbetraktninger. Selv om retten har konstatert brudd på varemerkeloven, er det brudd på markedsføringsloven som er det sentrale ved erstatningsutmålingen. Det finnes eksempler i rettspraksis på erstatning ut fra vederlagsbetraktninger også etter markedsføringsloven, se Rt-1997-199, men retten vurderer faktum i vår sak slik at det ikke passer med vederlagsbetraktninger. De saksøktes erstatningsbetingende handlinger er ikke knyttet til selve utnyttelsen av innholdet i Finns database, men mer i en illojal markedsføring og illojal utforming av Supersøk sett i forhold til Finn. Retten finner det derfor riktig å utmåle erstatningen ut fra hvilke kostnader den ulovlige handlingen har påført Finn og eventuelle tap av inntekter.

(152)

Selv om Finn ikke har lagt frem skriftlig dokumentasjon for et økonomisk tap, finner retten det klart at Supersøks handlemåte har påført Finn noe tap. Supersøks søketjeneste var imidlertid kun åpent tilgjengelig i 2 ½ måned før tjenesten ble stengt som følge av Trondheim tingretts kjennelse av 14. desember 2004 (TTRON-2004-85866). I de ukene markedsføringen var størst, hadde Supersøk ca. 135.000 brukere pr uke, dvs. ca. 1/3 av antall brukere hos Finn Eiendom AS. I og med at søketjenesten i store deler av det tidspunktet den var åpent tilgjengelig kvalitetsmessig sto klart tilbake for Finns egen søketjeneste, medførte nok Supersøk handlemåte et tap av renommé. Retten kan imidlertid ikke se at tap av renommé har hatt noen langsiktig negativ effekt, og det økonomiske tapet i den forbindelse må være begrenset.

(153)

Det har vært vanskelig å få Supersøk AS og Ekko IT AS til å opplyse saken, selv kjennelse med pålegg om dokumentfremleggelse førte ikke frem. Retten har liten forståelse for den manglende vilje til å opplyse saken, og finner dette kritikkverdig. Supersøk har selv oppgitt at markedsføringskostnaden er på 4 millioner. Pga Supersøk AS og Ekko it AS motvilje til å opplyse saken, har ikke retten tilstrekkelig dokumentasjon for å fastslå de totale markedsføringskostnadene. Supersøk AS fremstår som et tomt selskap, og de har ikke utgiftsført noe av markedsføringskostnaden. Daglig leder i Supersøk, Rodem, har for retten forklart at Supersøk AS har lånt penger av morselskapet, Ekko Eiendom AS. Et eventuelt lån fremkommer imidlertid ikke av årsregnskapet for Supersøk AS. Retten kan imidlertid ikke se at det har noen stor betydning for erstatningsutmålingen om markedsføringen har kostet 4 eller 8 millioner. Retten finner det i alle tilfelle godtgjort at markedsføringen var så massiv at det var nødvendig for Finn å iverksette mottiltak.

(154)

Erstatningen må fastsettes svært skjønnsmessig. Ved utmålingen legges det til grunn at det økonomiske tapet er begrenset til et kortvarig tap av renommé, et beskjedent tap av reklameinntekter og påførte utgifter som følge av at Finn måtte bruke ressurser på å vurdere situasjonen, og gjennomføre mottiltak mot Supersøks ulovlige tjeneste. Det presiseres at

Supersøks søketjeneste har vært ulovlig i forhold til markedsføringsloven fra dag en, og frem til tjenesten ble stengt. Supersøk har anført at bruken av anonymiseringsservere skyldtes lovlig selvtekt. En selvtekt vil kun være lovlig hvis selvtekten skal beskytte en lovlig handling. Så lenge Supersøks søketjeneste var ulovlig, vil selvsagt heller ikke en « selvtektshandling » være lovlig. Supersøk har videreutviklet sine søketjenester, og det er for retten demonstrert andre utgaver av søketjenesten som kan tenkes å gå klar også i forhold til markedsføringsloven. Disse nye utgavene har imidlertid ingen relevans ved erstatningsutmålingen.

(155)

Etter en totalvurdering, hvor det er lagt vesentlig vekt på den begrensende tiden Supersøk var aktiv, har retten kommet til at erstatning passende bør settes til kr 250.000.

(156)

Ekko IT AS - spørsmål om ansvarsgjennombrudd

Finn har anført at det i forhold til kravet om å forby søk i Finns database, bruk av Finns varemerke og erstatningskravet, må også Ekko IT gjøres ansvarlig med bakgrunn i ulovfestede regler om ansvarsgjennombrudd, og i forhold til erstatningskravet, subsidiært det alminnelige uaktsomhetsansvaret.

(157)

Det er tvilsomt om det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd. I Kongeparkdommen, Rt-1996-672 uttalte Høyesterett blant annet følgende:

« Det er sterkt omtvistet i saken om vi i det hele har noen slik regel om ansvarsgjennombrudd og - hvis spørsmålet besvares med ja - hva som i tilfelle er de nærmere vilkår for å gjøre et slikt ansvar gjeldende. Slik denne saken ligger an i faktisk henseende, står spørsmålet for meg som temmelig abstrakt og med liten forankring i det konkrete saksforhold. På det helt generelle plan vil jeg bemerke at det iallfall skal mye til for å kunne statuere et slikt direkte ansvar for aksjonærene. Jeg viser her til Rt-1991-119 hvor førstvoterende blant annet uttaler:

« Loven gir gjennom aksjeselskapsformen adgang til ansvarsbegrensning nettopp for risikofylte virksomheter. Aksjeselskapets ansvar er begrenset til de midler selskapet disponerer over. Dersom kreditor ikke får dekning gjennom disse midler, må det derfor kreves noe spesielt for at han skal kunne skjære gjennom ansvarsbegrensningen og søke dekning hos de enkelte deltakere - aksjonærene - eller hos styremedlemmene som har stått for ledelsen av selskapet. »

Saken gjaldt krav etter aksjeloven §15-1, og uttalelsen kan ikke i seg selv tas til inntekt for at det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd. Men også i forhold til en eventuell slik regel peker uttalelsen på noe vesentlig. Det skal mye til for å kunne « skjære gjennom ansvarsbegrensningen ».

Et eventuelt ansvarsgjennombrudd må - slik jeg ser det - i tilfelle begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter. (1) Fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og (2) har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern. De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering.

Innledningsvis finner jeg grunn til å bemerke at det i seg selv ikke kan gi grunnlag for ansvarsgjennombrudd at det foreligger en oppdeling i et eierselskap og et driftsselskap. En slik oppdeling er ikke uvanlig, og indikerer i seg selv ikke noe utilbørlig i forhold til kreditorene eller noen sammenblanding mellom selskapene. Heller ikke kan det begrunne ansvarsgjennombrudd at

morselskapet har full kontroll over datterselskapet gjennom sitt eierskap og sine styrerepresentanter. Også dette vil være helt regulært og ikke noe utilbørlig. »

(158)

Hvis det eksisterer en regel om ansvarsgjennombrudd, er de sentrale vurderingstemaene

1. fremtrer det som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen
2. har det vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforhold ikke fortjener vern

(159)

De to sett argumenter må ses i sammenheng, og det må foretas en helhetsvurdering. Det presiseres at det ikke er tilstrekkelig for å begrunne ansvarsgjennombrudd at de to selskapene, Supersøk AS og Ekko IT AS, begge er en del av Notargruppen med reelt sett de samme eierne, og at Notargruppen opptrer i forståelse med hverandre og handler ut fra de samme interesser.

(160)

Ansvarsgjennombrudd må vurderes konkret i forhold til de tre fremsatte kravene, og retten vil først behandle om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd i forhold til Finns erstatningskrav.

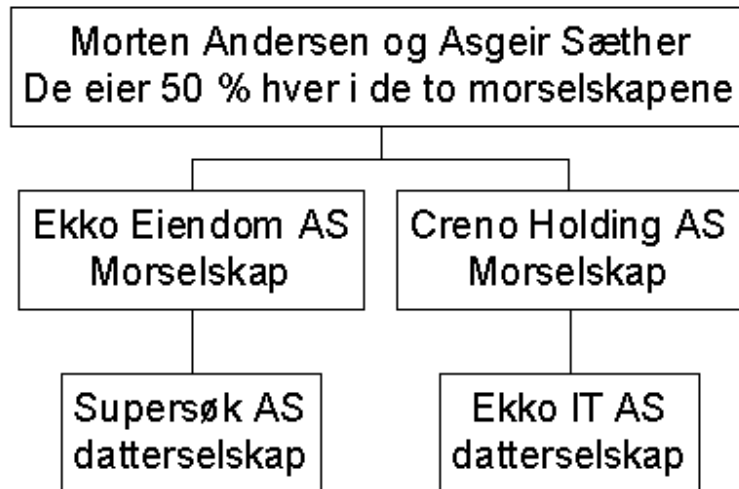
(161)

Supersøk AS er et tomt selskap. Aksjekapitalen er på kr 200.000, men Supersøk AS har ingen egne inntekter, og alle utgiftene er så langt dekket av andre selskap i Notargruppen, mest trolig av morselskapet, Ekko Eiendom AS. Det er oppgitt fra Supersøk AS at markedsføringen av Supersøk har kostet ca. 4 millioner, dvs. et betydelig høyere beløp enn aksjekapitalen til Supersøk AS. Supersøk AS strategi er å drive uten reklameinntekter. Det må videre legges til grunn at Supersøk AS ikke kan påregne å få betaling fra de nettstedene Supersøk AS tilbyr søk i, dvs. Finn, Tinde og Zett. Selskapet vil ikke kunne ha livets rett uten at eieren, Ekko Eiendom AS, eller andre i Notargruppen, fortløpende skyter inn frisk kapital for å dekke selskapets utgifter. Retten finner det godtgjort at den økonomiske interessen av den virksomheten Supersøk AS driver ligger hos andre selskap i Notargruppen, og da særlig Notargruppens meglervirksomhet som drives av Creno Holding AS.

(162)

Notargruppen eies av Sæther og Andersen. De har valgt å organisere de ulike selskapene slik at ikke alle selskapene er en del av det samme konsernet i aksjelovens forstand. Supersøk AS og Ekko IT AS har to forskjellige mødre, men « besteforeldrene » er felles, slik at de fremstår som « søskenbarn », se organisasjonskart nedenfor.

Diagram - organisasjonskart



(163)

Supersøk AS har ingen egne ansatte. Alt arbeid med utvikling av søketjenesten er gjort av Ekko IT AS. Det er en sammenblanding av personer fra flere selskaper. Daglig leder i Supersøk AS, Eivind Rodem, er også informasjonsansvarlig for Creno Holding AS som eier Ekko IT AS. Det er åpenbart at Ekko IT har hatt kunnskap om at Supersøk AS har vært et tomt selskap.

(164)

Ekko IT AS fremstår som IT-avdelingen til Notargruppen. Notargruppen utgjør 90% av Ekko IT AS omsetning. Ekko IT AS har et tettere forhold til oppdragsgiver enn i et normalt kunde-leverandørforhold, og anførselen om at de kun var en vanlig leverandør er ikke riktig. Det er også uklart hvordan Ekko IT AS har fått betalt, og hvem som har betalt. Ekko IT AS og Supersøk AS har vært svært motvillige til på eget initiativ å opplyse saken, og det er ikke fremlagt noe om hvordan Ekko IT AS har fått betalt. Det er muntlig opplyst at det i 2006 er sendt faktura til Supersøk AS. Retten legger til grunn at Ekko IT AS har vært kjent med at Supersøk AS var et tomt selskap uten inntekter. Selv om det er umulig for retten å si noe om hvor mye Ekko IT AS har fått betalt, er det likevel klart at utviklingen av Supersøk, vedlikehold av tjenesten og arbeid med « mottiltak » for å unngå sperrer laget av Finn må betraktes som en vesentlig innsatsfaktor med en betydelig større verdi enn Supersøk AS egenkapital på kr 200.000.

(165)

Planleggingen av Supersøk startet før Supersøk AS ble stiftet. Det er klart at Ekko IT AS utførte alt utviklingsarbeid av søketjenesten Supersøk. Det er ikke oppgitt hvem som eventuelt bestilte arbeidet av Ekko IT AS. Videre var det Ekko IT AS som registrerte domenet supersok.no. Eiendomsretten til domenenavnet ble først den 15. oktober 2004 overført til Ekko Eiendom AS, som igjen lisensierte ut bruken av domenet til Supersøk AS. Endringen er fortsatt ikke registrert i Norids database i henhold til Norids eget regelverk. Norids register har imidlertid ingen rettslig troverdighet. Slik avtalene om domenene er inngått mellom Ekko IT, Ekko Eiendom AS og Supersøk AS, vil Ekko Eiendom AS fortsatt beholde retten til domenet supersok.no selv om Supersøk AS skulle bli slått konkurs.

(166)

Retten finner det godtgjort at selskapsstrukturen er valgt bevisst, og at Supersøk AS ved etableringen av Supersøk forsøkte å kamuflere tilknytningen mellom Creno Holding AS og Supersøk AS. Reelt fremstår hovedformålet med Supersøk AS å promotere Notarmeglernes boligannonser på bekostning av særlig Finns boligannonser.

(167)

Det sentrale faktum i vår sak er:

- a) Supersøk AS egenkapital er ubetydelig sett i forhold til selskapets utgifter (minimum 4 millioner) og risiko
- b) Supersøk AS har ikke egne inntekter
- c) Supersøk AS har ikke egne ansatte, alt arbeid utføres av andre personer eller andre selskaper i Notargruppen
- d) Den økonomiske interessen av Supersøk AS virksomhet ligger hos et annet selskap i Notargruppen

(168)

Faktum listet opp ovenfor er bakgrunnen for at retten beskriver Supersøk AS som et tomt selskap. De facto forholdt også alle selskaper i Notargruppen seg til Supersøk AS som et tomt selskap, i alle fall frem til januar 2006. På tross av at Ekko Eiendom AS og Ekko IT AS har hatt betydelige utlegg og arbeidsinnsats for Supersøk AS, er disse utgiftene ikke regnskapsført i Supersøk AS regnskap. Daglig leder, Eivind Rodem, er også ansatt i Creno Holding AS, og er utleid til Supersøk. Daglig leders lønn er heller ikke ført i regnskapet. Rodem er trolig betalt av Creno Holding AS.

(169)

Aktører som tross faktisk kunnskap om at selskapet er tomt, velger å gå inn med vesentlige innsatsfaktorer, her penger og arbeidsinnsats, er ikke beskyttelsesverdige. Det fremstår som urimelig at kreditorene i et slikt tilfelle må nøye seg med å forholde seg til det tomme selskapet. Særlig gjelder dette når kreditorene, som i vår sak, er ufrivillige kreditorer som påføres et økonomisk tap grunnet det tomme selskapets ulovlige virksomhet.

(170)

I forhold til ansvarsgjennombrudd kan ikke retten se at det har noen betydning at Supersøk AS og Ekko IT AS ikke er en del av det samme konsern. Ekko IT AS er datterselskap av det selskapet som retten mener har den økonomiske interesse av Supersøk AS. Ekko IT AS er det selskapet som har utført det arbeidet som retten mener er i strid med markedsføringsloven. Med blant annet bakgrunn i den tette relasjonen mellom Supersøk AS og Ekko IT AS og Ekko IT AS kunnskap om at Supersøk AS er et tomt selskap, finner retten at det vil fremstå som utilbørlig i forhold til de skadelidte å opprettholde ansvarsbegrensningen overfor Ekko IT AS som var det selskapet som utførte den skadevoldende handling. Retten konkluderer etter dette med at Ekko IT AS er solidarisk ansvarlig sammen med Supersøk AS for idømt erstatning på kr 250.000.

(171)

Hensynene som begrunner ansvarsgjennombrudd gjelder særlig saksøkernes erstatningskrav. Saksøkerne har imidlertid også nedlagt påstand om at Ekko IT AS skal forbys å tilby søk i Finns databaser og bruk av varemerket Finn. Retten behandler de to siste kravene samlet.

(172)

Spørsmålet om ansvarsgjennombrudd ble også drøftet av Frostating lagmannsrett i sak om midlertidig forføyning. Fra Frostating lagmannsretts kjennelse (LF-2005-1480) hitsettes følgende:

« Med det som utgangspunkt at midlertidig forføyning om forbud treffes i forhold til Supersøk AS, som har full rådighet over Supersøktjenestens innhold, kan lagmannsretten ikke se behov for også å gjøre forbudene gjeldende overfor Ekko IT AS. Det legges til grunn at sistnevnte selskap lojalt vil innrette seg etter de instruksjer Supersøk AS nødvendigvis må gi. »

(173)

Retten finner at lagmannsrettens begrunnelse har overføringsverdi også i forhold til hovedsaken. Ekko IT AS har ikke i eget navn tilbudt søk i Finns databaser, og ei heller i eget navn brukt Finns varemerke. Når retten i denne saken foretar ansvarsgjennombrudd i forhold til erstatningskravet, har retten foretatt en totalvurdering av de faktiske forhold. Realiteten i saksøkernes påstand om forbud om søk i Finns database og bruk av varemerket, er at det vil gjelde et ansvarsgjennombrudd også for fremtidige oppdrag, noe som vil være å strekke reglene om ansvarsgjennombrudd for langt. Det vil ikke være mulig for retten å vurdere hvordan Ekko IT AS fremtidige handlinger vil stå seg. Det vil nødvendigvis avhenge av en konkret vurdering av det faktum som foreligger. Det kan også reises spørsmål om saksøkerne har rettslig interesse i å få dom mot Ekko IT AS på dette punkt, all den tid det må legges til grunn at Ekko IT AS « lojalt vil innrette seg etter de instruksjer Supersøk AS nødvendigvis må gi ».

(174)

Ekko Eiendom AS er ikke saksøkt, men retten finner det likevel riktig å bemerke at sett i forhold til forklaringene om at det er Ekko Eiendom AS som har betalt Supersøk AS utgifter på minst 4 millioner, kan ansvarsgjennombrudd også være aktuelt i denne relasjonen.

(175)

Saksomkostninger

Sammenlignet med påstanden nedlagt i stevningen, har saksøkerne i forhold til Supersøk AS fått fullt medhold, mens i forhold til Ekko IT AS har de kun fått medhold i erstatningskravet. De to kravene Ekko IT AS er blitt frifunnet for, er av mindre betydning, og retten vurderer det slik at de saksøkte anses for å ha tapt saken fullstendig.

(176)

I stevningen var det ikke angitt noe eksakt erstatningsbeløp. Først i innledningsforedraget ble erstatningskravet presisert til kr 2,5 millioner, men det ble fortsatt nedlagt påstand om erstatning fastsatt etter rettens skjønn. Erstatningsutmålingen i denne saken har vært vanskelig, blant annet fordi de saksøkte i liten grad har bidratt til sakens opplysning. Selv om retten kom til et vesentlig lavere beløp enn det beløpet som ble antydnet som riktig beløp av saksøkerne, har retten kommet til at de saksøkte anses å ha tapt saken fullstendig, jf. tvml §172 første ledd.

(177)

Retten har vurdert unntaksregelen i tvml §172, men har kommet til at den ikke får anvendelse.

(178)

Advokat Manshaus har innlevert omkostningsoppgave på i alt kr 350.252, hvorav kr 167.000 er salær, kr 130.000 er til dekning av rapport utarbeidet av DnV, kr 21.389 er hotell- og reiseutgifter

for prosessfullmektig, part og vitner og kr 11.863 er utgifter til kopiering av utdrag. De saksøkte har ikke protestert på saksomkostningsoppgaven. Retten har kommet til at kravet fremstår som rimelig og nødvendig for å få saken opplyst. Kravet knyttet til utarbeidelse av rapport fra Det norske Veritas kunne kanskje også vært fremsatt som en del av erstatningskravet, men retten finner likevel riktig å ta med denne posten som en del av sakens omkostninger. Alle parter er momspliktige, og salæret er oppgitt uten moms. I tillegg kommer gebyr til retten på kr 9.295.

(179)

Fagkyndige meddommere ble krevd av de saksøkte i prosesskriv av 7. mars 2006 fra advokat Haugan. Etter tvistemålsloven §169 er utgangspunktet at utgifter ved et rettergangskritt skal utredes av den part som forlanger det. Retten er imidlertid av den oppfatning at oppnevningen av meddommere var i alle parter interesse, og partene hefter solidarisk. Saksøkerne og de saksøkte plikter derfor å utrede utgiftene til fagkyndige meddommere med en halvpart hver, og utgiften tas med som en del av saksomkostningsoppgaven. Utgiftene til meddommerne settes i egen salærfastssettelse.

(180)

Dommen er enstemmig.

Domsslutning:

- 1. Supersøk AS er uberettiget til å tilby søk i databaser tilhørende Finn Eiendom AS.*
- 2. Supersøk AS er uberettiget til å bruke varemerket Finn som tekst eller logo på nettstedet www.supersok.no og i markedsføringen av tjenesten Supersøk.*
- 3. Ekko IT AS frifinnes for krav knyttet til søk i databaser tilhørende Finn Eiendom AS og krav knyttet til bruk av varemerket Finn.*
- 4. Supersøk AS er uberettiget til å markedsføre Supersøk AS og tjenesten www.supersok.no som størst på boligsøk i Norge.*
- 5. Supersøk AS v/ styrets leder og Ekko IT AS v/ styrets leder dømmes in solidum til å betale til Finn Eiendom AS og Finn No AS erstatning på 250.000 - tohundreogfemtitusen - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.*
- 6. Supersøk AS v/ styrets leder og Ekko IT AS v/ styrets leder dømmes in solidum til å betale saksomkostninger til Finn Eiendom AS og Finn No AS på 414.607 - firehundreogfjortentusenogsekshundreogsyv - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne dom, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven §3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer. innsendes samtidig med ankeerklæringen.*

Salærfastssettelse:

Trondheim tingretts sak nr. TTRON-2004-85946 TVI-TRON: Finn Eiendom AS og Finn No AS mot Supersøk AS og Ekko IT AS.

Dag Asheim og Terje Knudsen har gjort tjeneste som fagkyndig meddommere i ovennevnte sak. Med forberedelser, hovedforhandling og domskonferanser har de til sammen hver brukt 60 timer. Deres salær fastsettes derfor til

*kr 805 pr time * 60 = kr 48.300,-*

I tillegg kommer utgifter til reise på kr 7.269 for Dag Asheim og kr 6.261 for Terje Knudsen.

Salær og reiseutgifter utredes av saksøkerne og de saksøkte med en halvpart hver, dvs. kr 55.065. Beløpet forfaller til betaling innen 14 dager etter dommens forkynnelse.

Trondheim 17. mars 2006

Rune Lium

kst. tingrettsdommer
