



Særtrykk
Bonus Pater Familias
Festskrift til Peter Lødrup

Hva er immaterialretten verd?

Om erstatning og annen kompensasjon ved
immaterialrettskrenkelser

*Av førsteamanuensis dr. juris Ole-Andreas Rognstad
og førsteamanuensis dr. juris Are Stenvik*




GYLDENDAL
AKADEMISK





Hva er immaterialretten verd?

Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser

*Av førsteamanuensis dr. juris Ole-Andreas Rognstad
og førsteamanuensis dr. juris Are Stenvik*

1. INNLEDNING

Et stadig tilbakevendende tema innenfor immaterialretten, som bl.a. jevnlig debatteres på de nordiske immaterialrettssymposier, er rettighetshavernes adgang til – og praktiske mulighet for – å få erstatning ved krenkelse av rettighetene. I så henseende er det oftest *erstatningsberegningen* som blir viet mest oppmerksomhet. I rettslitteraturen, så vel nasjonalt som internasjonalt, finner man en bemerkelsesverdig enighet om at erstatningene er for lave til å virke preventivt.¹ Oppfatningen er at det ofte lønner seg å gjøre inngrep i andres opphavsrett, patentrett, varemærkerett eller mønsterrett, fordi inngriperen har lite å risikere.

¹ Se f.eks. Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i immaterialret*, 5. utg., København 1999 s. 394, Peter Møgelvang-Hansen og Thomas Riis, *Fogedforbud og kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser*, i *Festskrift til Bernhard Gomard*, København 2001 s. 177–205, Olaf Eskildsen, *Erstatningsberegningen i immaterialrettlige tvister*, i *Vennebog for Mogens Koktvedgaard*, Stockholm 1993 s. 363, og samme forfatters artikkel, *Immaterialrettlige erstatninger i Danmark*, NIR 2000 s. 116–120. For svensk rett, se bl.a. SOU 1983: 35 *Patentprosessen och sanktionssystemet inom patenträtten*, særlig på s. 85–86 og 92–93, Lars Pehrson, *Ersättning vid patentintrång – en kritisk granskning av nuvarande regler*, i *Ulf. 50 – Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz på 50-årsdagen*, Stockholm 1986 s. 89–105 på s. 101–102 og Koktvedgaard og Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, 6. utg., Stockholm 2000 s. 422–423 og 425. Se generelt om erstatningsutmålingen i norsk immaterialrett bl.a. Arne Midelfart, *Forbud, erstatning og straff for inngrep i industrielle rettigheter – med hovedvekt på patentinngrep*, NIR 1986 s. 404–418, på s. 411–417, Birger Stuevold Lassen, *Oversikt over norsk varemærkerett*, 2. utg., Oslo 1997 s. 401–408, Are Stenvik, *Patentrett*, Oslo 1999 s. 352–357 og Nils J. Sejersted, *Erstatning som sanksjon på immaterialrettens område – fyller den sin funksjon?*, NIR 2000 s. 121–131.

Riktignok er immaterialrettighetene først og fremst *enerettigheter*, som gir innehaveren rett til å *forby* andre å utnytte rettens gjenstand.² Erstatningssanksjonen er av sekundær karakter, og kan ikke fullt ut stille rettighetshaveren i den posisjonen han etter lovgivningen har krav på. Men en forbuds- eller fastsettelsesdom vil i regelen først tre i kraft etter at krenkelsen har pågått en tid, og den preventive virkning av en slik sanksjon avhenger helt av krenkelsens karakter, særlig av hvor store investeringer som vil gå tapt dersom videre utnyttelse blir forbudt ved dom. Erstatningssanksjonen blir derfor viktig fra et preventivt synspunkt.

Det finnes naturligvis også andre sanksjoner som må tas i betraktning. Alle immaterialrettslovene har f.eks. bestemmelser om *straff*, men disse lever en tilbaketrasket tilværelse, og det er neppe realistisk å regne med at de har en synderlig preventiv effekt. Tilbake står man derfor ofte med erstatningsansvaret, som i mange tilfelle vil være den viktigste – og kanskje den eneste – sanksjon med reelt preventivt potensial. Erstatningsnivået i norske dommer om immaterialrettskrenkelses er imidlertid neppe egnet til å skremme noen som alvorlig overveier å utnytte andres åndsverk, oppfinnelser, varemerker eller design uten rettighetshavernes samtykke.

Det lave erstatningsnivået kan synes noe underlig på bakgrunn av at man i samtlige immaterialrettslover har regler om erstatning, som i stor grad bygger på alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. En refleksjon i lys av dette kunne være at de alminnelige erstatningsprinsipper ikke passer på immaterialrettens område, og at man på dette området trenger særregler. Det har da heller ikke manglet på synspunkter om at det immaterialrettslige sanksjonssystem er utilfredsstillende og behøver en fornying. Slike synspunkter har imidlertid ikke fått særlig gehør på lovgiverhold. Lovgivingen på

² Det kan i denne forbindelse nevnes at TRIPS-avtalen inneholder en rekke bestemmelser med sikte på beskyttelse av selve *enerettsposisjonen*, for å unngå at denne reduseres til en «vederlagsrett», se bl.a. art. 41 («Members shall ensure that enforcement procedures as specified in this Part are available under their law so as to permit effective action against any act of infringement of intellectual property rights covered by this Agreement, including expeditious remedies to prevent infringements and remedies which constitute a deterrent to further infringements»), art. 44 («The judicial authorities shall have the authority to order a party to desist from an infringement, inter alia to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of imported goods that involve the infringement of an intellectual property right, immediately after customs clearance of such goods»), art. 46 («In order to create an effective deterrent to infringement, the judicial authorities shall have the authority to order that goods that they have found to be infringing be, without compensation of any sort, disposed of outside the channels of commerce in such a manner as to avoid any harm caused to the right holder, or, unless this would be contrary to existing constitutional requirements, destroyed») og art. 50 («The judicial authorities shall have the authority to order prompt and effective provisional measures ... to prevent an infringement of any intellectual property right from occurring, and in particular to prevent the entry into the channels of commerce in their jurisdiction of goods»).

dette området har de siste hundre år stort sett dreid seg om å kodifisere henvisninger til alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, samt innta enkelte særregler som ikke avviker fra de generelle prinsippene i særlig grad.³

Vi vil peke på en annen mulig årsak til det lave erstatningsnivået, som etter vår oppfatning er mer nærliggende: Domstolene har ikke maktet å utnytte potensialet i de gjeldende regler ved utmåling av erstatning for krenkelse av immaterialrettigheter. Bakgrunnen for dette kan være mer uklar. Dels kan den manglende utnyttelse skyldes sviktende forståelse for rettighetenes verdi. Dels kan årsaken være at «skadeobjektet» er mindre håndgripelig enn ved personskader og skader på fysiske ting. Immaterialrettighetene knytter seg til såkalte kollektive goder, som enhver reelt sett har tilgang til og kan bruke, med mindre de holdes hemmelige eller borte fra allmennheten. Selve godene – åndsverket, oppfinnelsen, varemerket – kan ikke skades fysisk (i motsetning til de fysiske eksemplarer av åndsverket, oppfinnelsen, det varemerkebeskyttede produkt osv.). De skadene vi taler om innenfor immaterialretten gjelder som regel ikke godene i seg selv, men den *enerett* opphavsmannen, oppfinneren eller varemerke innehaveren har til å utnytte godene. En oppfinnelse blir ikke mindre brukbar eller teknisk verdifull fordi om den blir utnyttet rettsstridig av en tredjemann. Det er rettighetshaverens markedsposisjon som blir skadelidende. Slik sett er skaden mer abstrakt enn der det er tale om person- eller tingsskader. I nær tilknytning til dette er det ofte særlige bevisproblemer knyttet til beregningen av det økonomiske tapet ved krenkelse av immaterialrettigheter, noe som lett kan føre til at domstolene lar være å tilkjenne erstatning, eller tilkjenner en nær sagt illusorisk kompensasjon, under henvisning til at det ikke er dokumentert noe økonomisk tap.⁴ Tatt i betraktning den store grad av fleksibilitet som ligger i norske bevis- og prosessregler, kan det i disse situasjonene hende at det ikke

³ Erstatningsprinsippene har naturlig nok vært gjenstand for internasjonal oppmerksomhet, og det er gjort visse forsøk på å utforme retningslinjer for erstatningsnivået gjennom internasjonale traktater. TRIPS-avtalen inneholder således en erstatningsbestemmelse i art. 45, som bestemmer at medlemsstatenes dømmende myndigheter «shall have the authority to order the infringer to pay the right holder damages adequate to compensate for the injury the right holder has suffered because of an infringement of that person's intellectual property right by an infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in infringing activity». Man ser imidlertid umiddelbart at denne bestemmelsen vanskelig kan sies å være noen garanti for et tilstrekkelig erstatningsnivå i medlemsstatene.

⁴ Jf. Karsten Gaarder, Erstatningsregler i norsk immaterial- og konkurranserett, NIR 1968 s. 245–260, som er inne på begge de nevnte forhold (s. 247): «De skadegjørende handlinger i immaterialretten er av en annen karakter enn de delikter vi kjenner fra den materielle verden. Det er ikke fysisk skade eller ødeleggelse vi møter når talen er om krenkelse av immaterialretter, men den ting at delinkvinten krenker den berettigedes enerett til å utnytte verket. Han kan derved volde den berettigede et økonomisk tap ved at hans sjanser til selv å utnytte verket forringes, men dette tap er regelmessig meget vanskelig å fastslå.»

er rettsreglene som hindrer en effektiv erstatningsutmåling, men snarere domstolenes anvendelse av dem.

Et annet forhold som er vesentlig å fremheve i denne sammenheng, er at de krenkelser det er tale om er nokså vesensforskjellige i karakter og alvorlighetsgrad. På den ene siden har man dem som kommer i skade for å gå en annens rettighet for nær, men som må sies å ha vært i aktsom god tro.⁵ I den motsatte enden av skalaen finner vi de forsettlige inngrep, de som kan fremstå som utslag av nokså profesjonell kriminalitet.⁶ Disse temmelig dramatiske ulikheter i skyldgrad må på forskjellige vis gjenspeiles i den erstatningsrettslige vurderingen.⁷ Erstatningsbestemmelsene i de enkelte immaterialrettslovene tar et visst hensyn til graden av skyld, men det blir i tillegg et gjennomgående tema hvilken betydning skyldgraden skal tillegges, også utenfor de tilfeller som er uttrykkelig regulert i lovgivningen.

Om vi hittil har brukt uttrykket *erstatning* som en fellesbetegnelse for den kompensasjon immaterialrettsinnehaveren krever ved rettighetsinngrep, må det fremheves at kravet ikke nødvendigvis begrenser seg til kompensasjon for økonomisk tap. På dette området aktualiseres – av forskjellige grunner – i høy grad krav som ikke gjøres avhengig av at økonomisk tap er lidt. Blant annet står *vederlagskrav* sentralt. Ved vederlagskrav trer selve vederlaget for bruken, og ikke tapsdekningen, i forgrunnen, selv om grensen mellom vederlag og tapsdekning vil være nokså flytende i visse situasjoner.⁸ Videre er det på dette området spørsmål om rettighetshaveren kan kreve inngriperens *vinning* (*berikelse*) utbetalt til seg, uavhengig av sammenhengen mellom inngriperens berikelse og rettighetshavernes tap. Endelig oppstår spørsmål om rettighetshaveren kan kreve kompensasjon for ikke-økonomisk skade – *oppreisning*. Også her kan grensen mot tapsdekning være flytende, ikke minst mot skjønnsmessig fastsettelse av tap som ikke lett lar seg beregne eller dokumentere.

I praksis er det ikke uvanlig at uttrykket «erstatning» benyttes om alle de nevnte kompensasjonsformer.⁹ Selv om det som nevnt er glidende overganger mellom taps-

⁵ Se f.eks. Rt. 1964 s. 1217 (fallrepstrappen, patentinngrep i god tro) og Rt. 1924 s. 97 (ORIGINAL HAREDER, varemerkeinngrep i god tro).

⁶ Se f.eks. Rt. 1994 s. 1610 (piratdekodere) og RG 1994 s. 1262 (Orkidé, varemerkeforfalskninger).

⁷ Jf. tilsvarende Viggo Hagstrøm, Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt, i Festskrift til Bernhard Gomard, København 2001 s. 143–152 på s. 151–152 om ansvar i kontrakt. Se nærmere om betydningen for *bevisbyrden* for økonomisk tap under 7.2 nedenfor.

⁸ Jf. Kai Krüger, Kontraktsrett, Oslo 1989 s. 26 og Gaarder *op.cit.* (note 4) s. 252.

⁹ Se f.eks. Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen) på s. 1227, der Høyesterett ga uttrykk for at også et vederlag som ble tilkjent uavhengig av økonomisk tap måtte anses som et erstatningskrav. Hva angår oppreisning, er det vanlig å betegne denne kompensasjonsform som «erstatning for ikke-økonomisk skade», jf. skl. § 3-6 og Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 4. utg., Oslo 1999 s. 56.

dekning og annen kompensasjon, er det på det området vi her behandler viktig å holde de forskjellige kompensasjonsformer fra hverandre. I det følgende vil vi derfor bruke uttrykket erstatning som betegnelse for økonomisk tapsdekning, mens de øvrige kompensasjonsformer kalles henholdsvis vederlag, berikelseskrav og oppreisning. På den måte oppnås en terminologi som markerer forskjeller, selv om det her ikke skal argumenteres mot at uttrykket erstatning kan benyttes i en videre betydning.

Når vi i det følgende vil søke å påvise at dagens regler om kompensasjon for immaterialrettskrenkelser har et potensial som ikke er fullt utnyttet, vil vi konsentrere oppmerksomheten om enkelte helt sentrale og praktiske problemer ved kompensasjonsberegningen:

De første utmålings spørsmål som tas opp knytter seg til rettighetshaverens krav på *vederlag* for den urettmessige bruk. Her oppstår spørsmål om man kan kreve vederlag også i tilfeller der dette ikke uttrykkelig er fastsatt i loven. Dessuten er det problemer forbundet med fastsettelsen av vederlagets størrelse, bl.a. om vederlaget skal kompensere den verdiskapning som har skjedd ved rettighetshaverens innsats, eller om hovedvekten skal legges på rettsbruddet, ut fra synspunktet om at den som på rettsstridig måte tilegner seg andres verdier skal betale for det, se nærmere nedenfor under 5.

I nær tilknytning til vederlagsproblemet, oppstår også spørsmål om man kan kreve at krenkeren fralegger seg den *berikelse* (eventuelt nettofortjeneste) han har hatt som følge av rettsbruddet. I opphavsretten er det uttrykkelig hjemmel for å tilkjenne opphavsmannen nettofortjenesten ved den ulovlige handling, jf. åndsverkloven av 1961 § 55 annet ledd. Spørsmålet er om dette kan kreves også ved patent-, varemerke-, eller mønsterinngrep, der det ikke finnes noen tilsvarende lovhjemmel (jf. nedenfor under 6).

Et tredje problem gjelder beregningen av *økonomisk tap* som følge av rettsbruddet; den egentlige erstatningsberegning (jf. under 7 nedenfor). I den forbindelse vil vi særlig ta opp to forhold som er av stor praktisk betydning og som forårsaker store utmålingsproblemer. Det ene gjelder beregningen av *omsetningstap* som følge av rettsbruddet. En virksomhet har f.eks. uberettiget utnyttet en annen virksomhets varemerke, og spørsmålet blir hvorvidt og i hvilken utstrekning krenkelsen har ført til en nedgang i varemerkeinnhaverens omsetning i forhold til hva situasjonen hadde vært dersom krenkelsen ikke hadde skjedd, eller til at en økning helt eller delvis er uteblitt. Dette beror i stor grad på en vurdering av hypotetiske årsaksforhold, der situasjonen etter krenkelsen må sammenlignes med situasjonen slik den ville vært uten krenkelsen, jf. nedenfor under 7.2 og 7.3.

En krenkelse kan påføre rettighetshaveren *tap av goodwill* eller *anseelse*, herunder reduksjon av fremtidige inntekter, selv om en virksomhet ikke kan sies å ha lidt et

omsetningstap, eller i tillegg til et slikt tap.¹⁰ Også dette tapet kan være problematisk å beregne, noe vi kommer særskilt inn på under 7.1 og 8 nedenfor.

Utover omsetningstap og «markedsforstyrrelser» kan man også tenke seg annet økonomisk tap, i første rekke utgifter og omkostninger rettighetshaveren har pådratt seg som følge av rettskrenkelsen. Slike omkostninger er normalt påviselige og dokumenterbare, og reiser i mindre grad spesielle problemer. De vil derfor ikke bli behandlet nærmere i denne sammenheng.

Et siste problem vi vil ta opp, gjelder situasjoner der det *økonomiske tap* vanskelig kan sies å overstige et krav på lisensavgift for bruk av rettighetene, eventuelt at et slikt tap ikke lett lar seg bevise. Problemstillingen illustreres av Kongsberg byretts dom av 9. februar 1999 vedrørende Kongsberg kommunes programvarelisenser.¹¹ Det viste seg at kommunen ikke hadde tilstrekkelige lisenser for bruken av programvare i den kommunale virksomhet (såkalt «underlisensiering»). Da forholdet ble oppdaget og påtalt, skaffet kommunen seg de nødvendige lisenser. Retten fant at ansvarsgrunnlag forelå etter åndsverklovens § 55. Erstatningen ble beregnet med utgangspunkt i forsinkelsesrente for forsinket betaling, i tillegg til at rettighetshaveren fikk noe kompensasjon for det retten kalte «oppsporingsutgifter». Derimot ble det ikke tilkjent erstatning for «markedsforstyrrelser», idet retten ikke fant et slikt tap bevist. Retten tillar for øvrig ikke preventive hensyn noen avgjørende vekt ved erstatningsberegningen. Den viste til at disse hensyn ble varetatt gjennom reglene om straff og oppreisning, men tok ikke stilling til om oppreisning for ikke-økonomisk tap kunne tilkjennes, ettersom dette ikke var påberopt.

Saken illustrerer godt hvor lite rettighetshaveren er hjulpet av reglene om kompensasjon for krenkelse av immaterialrettigheter dersom preventive hensyn ikke tillegges betydning ved fastsettelsen av kompensasjonens størrelse. Dersom rettighetshaveren kun kan kreve vederlag for bruken, svarende til det vederlag brukeren ellers måtte betalt – eller hvis brukeren etterpå skaffer seg de nødvendige lisenser, kun morarente for forsinket betaling(!)¹² – gir man brukeren en klar oppfordring til å la være å innhente ret-

¹⁰ Jf. det man i dansk rett kaller «markedsforstyrrelser». Se Gaarder *op.cit.* (note 4) s. 251 og Møgelvang-Hansen og Riis *op.cit.* (note 1) s. 199 flg.

¹¹ Sak nr. 98-00296.

¹² Kongsberg byrett synes å ha bygget på at det forelå et kontraktsforhold mellom innehaveren av opphavsretten (Microsoft) og kommunen, som ikke var riktig oppfylt fra kommunens side, og utmålte på det grunnlag erstatningen som om det bare skulle ha foreligget et *kontraktsbrudd*. Det er imidlertid på det rene at det (også) forelå en *opphavsrettskrenkelse*, og det ville derfor trolig vært riktigere om retten hadde utmålt en selvstendig erstatning for den perioden opphavsrettskrenkelsen pågikk, uavhengig av om Kongsberg kommune senere hadde skaffet seg de nødvendige lisenser. Det betyr at man i *det minste* burde beregnet en lisensavgift for den perioden kommunen hadde for få lisenser, jf. også berikelsesregelen i åvl. § 55 annet ledd, som byretten synes å ha misforstått. En slik erstatning for opphavsrettskrenkelsen kunne naturligvis ikke vært kumulert med en «morarente» for forsinket betaling.

tighetshavers samtykke for bruken. I og med at oppdagelsesrisikoen vanskelig vil være 100 %, vil brukeren ha alt å vinne på å gjøre inngrep i rettighetene. Det vises ofte til at man i Norge ikke har noen regel om pønalt erstatning («punitive damages»), slik man har i USA. Vi vil imidlertid søke å påvise at det i norsk rett er grunnlag for kompensasjon utover normal lisensavgift i slike situasjoner, bl.a. gjennom lemping av beviskrav og oppreisningsinstituttet (se nedenfor under 7.2 og 8).

2. LEGISLATIVE HENSYN

Det er på immaterialrettsområdet – som på andre rettsområder – flere hensyn som tilsier at det skal betales erstatning, eller en annen form for kompensasjon, når skade er forvoldt på rettsstridig måte. Reglernes *formål* har betydning for tolkningen og anvendelsen av dem, og det er derfor nødvendig å si noe om de viktigste legislative hensynene bak reglene før vi går inn på de materielle spørsmål.¹³

Det første – nær sagt selvfølgelig – er at rettighetshaveren skal *komponseres* for det økonomiske tap han er blitt påført ved krenkelsen (reparasjonshensynet).¹⁴ Det er det vanlige synspunktet om gjenoppretting av rettsbruddsfølger som her kommer til uttrykk; tilstanden skal gjenoprettes slik den ville vært uten rettsbruddet.¹⁵ Det anses som rimelig at den innehaver av et formuesgode som blir utsatt for et rettsstridig angrep, holdes skadesløs i økonomisk henseende.¹⁶ Unntak kan likevel forekomme. Særlig der den utviste skyld er liten, kan det virke for hardt om risikoen i sin helhet skal legges på skadevolderen. Med tanke på slike situasjoner inneholder lovgivningen hjemmel for å *lempe* ansvaret, med den virkning at hele eller deler av risikoen føres over på rettighetshaveren.¹⁷ Generelt må det imidlertid antas å være liten plass for slike «egenrisikobetraktninger» på immaterialrettens område. Det er f.eks. normalt ikke aktuelt å pålegge rettighetshaveren risikoen ut fra den betraktning at skadevolderens interesse i virksomheten er beskjeden i forhold til skadens størrelse, slik man av og til ser på kontraktsrettens område. Som regel vil det heller ikke være aktuelt å begrense ansvaret på grunn av skadevolderens manglende økonomiske bæreevne; selv om erstatningen

¹³ Se generelt om de legislative hensyn bak erstatningsreglene Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 85 flg.

¹⁴ Jf. Møgelvang-Hansen og Riis *op.cit.* (note 1) s. 181.

¹⁵ Reparasjonshensynet ligger til grunn ikke bare for reglene om erstatningsplikt, men også for prinsippene om erstatningsutmåling, særlig for den såkalte *differanselæren*, jf. om denne f.eks. Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 296 flg. og Viggo Hagstrøm, *Compensatio lucri cum damno*, JV 2001 s. 157–172 på s. 157–158.

¹⁶ Jf. Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 87: «For mange er det en naturlig betraktning at det er (den uaktsomme) skadevolderen ... som er nærmere til å belastes tapet enn den uskyldige som rammes.»

¹⁷ Jf. for opphavsrettens vedkommende den generelle regelen i skl. § 5-2, samt bestemmelsene i vml. § 38 første ledd, patl. § 58 første ledd og ml. § 36 første ledd.

skulle virke ruinerende for skadevolderen, gir det som hovedregel ikke grunnlag for å lempe ansvaret, med mindre den utviste skyld er liten.¹⁸

Et beslektet – men likevel annerledes – formål, er å sikre rettighetshaveren et vederlag for den innsatsen som har resultert i det immaterielle godet. Av og til vil kompensasjon og vederlag falle sammen; når rettighetshaveren er kompensert for den lidte skade, har han samtidig fått vederlag for innsatsen. Men det hender også man finner det riktig å tilkjenne vederlag selv om noen skade ikke er lidet. En journalist har f.eks. skrevet og publisert en artikkel, og fått sitt honorar, og det er på det rene at han ikke tar sikte på noen ytterligere publisering. Hvis en annen avis deretter trykker artikkelen uten samtykke, vil forfatteren normalt ikke lide noe tap av økonomisk karakter. Men man finner det likevel rimelig å gi ham vederlag for bruken, siden hans arbeid har kommet avisen til gode.¹⁹

Denne vederlagsretten kan for øvrig ses fra to sider: Ser man det fra opphavsmannens side, er det naturlig å legge hovedvekten på den *verdiskapning* som har skjedd gjennom hans *innsats*, og se det slik at det er innsatsen som danner grunnlag for kravet. Et slikt synspunkt er beslektet med det man finner på andre områder, som f.eks. når man gir en agent eller forhandler avgangsvederlag for de verdier han har skapt ved å opparbeide en kundekrets eller goodwill for hovedmannen,²⁰ eller når man gir en gjenlevende samboer som har gjort en verdifull innsats i hjemmet, vederlagskrav i den avdøde samboers dødsbo.²¹ Ser man det fra den andre siden, kan det være naturlig å legge hovedvekten på *rettsbruddet*, og se det slik at den som på rettsstridig måte tilegner seg andres verdier iallfall bør betale for det. Et eksempel er der en reieneier har latt sine dyr beite på en annens eiendom, og pålegges å betale vederlag for bruken.²²

¹⁸ Etter varemerkeloven, patentloven og mønsterloven er det et *vilkår* for å lempe ansvaret at «det bare er lite å legge inngriperen til last». Etter den generelle regelen i skl. § 5-2 er derimot liten skyld ikke et vilkår for å lempe; kriteriet er at «retten ... finner at ansvaret virker urimelig tyngende for den ansvarlige», eller at det er «rimelig at den skadelidte helt eller delvis bærer skaden». Det kan her stilles spørsmål om bestemmelsene i lovgivningen om industrielt rettsvern må oppfattes som uttømmende, eller om de kan suppleres med regelen i skl. § 5-2. Løsningen er usikker. Se fra et annet rettsområde Rt. 1978 s. 1062 på s. 1066, der den tidligere generelle lempningsregelen i skl. § 2-2 ble ansett anvendelig ved siden av den spesielle lempningsregelen i daværende bal. § 11 første ledd. Spørsmålet har antagelig ikke stor betydning, for selv om en skulle anta at skl. § 5-2 i prinsippet er anvendelig, vil det trolig være lite aktuelt å lempe ansvaret der skadevolderen er mer enn lite å legge til last.

¹⁹ Smnl. RG 1956 s. 742 og RG 1997 s. 390.

²⁰ Se f.eks. Rt. 1980 s. 243 og Rt. 1991 s. 395.

²¹ Jf. Rt. 2000 s. 1089.

²² Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen). Jf. også Krüger *op.cit.* (note 9) s. 25–26.

Det tredje formålet som må trekkes frem er *prevensjonsformålet*. Skal immaterialrettighetenes formål realiseres, er det også nødvendig å sørge for at rettighetene blir respektert. Det er naturligvis ikke til å unngå at det fra tid til annen skjer overtredelser, men man bør iallfall sørge for at slike overtredelser ikke *oppmuntres*. Sett fra et erstatningsrettslig synspunkt, innebærer dette at det ikke skal lønne seg å begå inngrep. Det må ikke være slik at inngriperen bare har lite å risikere, og dermed fristes til å spekulere, enten i at krenkelsen ikke blir oppdaget, eller at han iallfall ikke blir dømt til å betale mer i erstatning enn det han allikevel har tjent på inngrepet.

Det er i denne sammenheng grunn til å understreke at vi her befinner oss på et område hvor erstatningsansvaret kan være en viktig faktor fra et preventivt synspunkt. Det er ikke som på integritetskrenkelsenens område, at de stigmatiserende følgene eller sjelelige lidelsene ved å volde en skade kan virke preventivt i seg selv. Og det er heller ikke slik at skadene blir voldt av lidenskap eller i affekt, uten tanke på de økonomiske konsekvensene. Tvert imot må man regne med at risikoen for erstatningsansvar vil være en vesentlig faktor når en næringsdrivende overveier hvor nær han skal legge seg konkurrentenes produkter; om han skal ta risikoen ved å etterligne fremfor å utvikle sitt eget produkt eller velge et mer ulikt varemerke.

Dette betyr imidlertid ikke at den preventive effekt alltid kan påregnes. Særlig er det grunn til å fremheve at prevensjonshensynet har liten betydning der krenkelsen er skjedd i aktsom god tro.²³ Dessuten kan man være skeptisk til de preventive virkninger på områder der oppdagelsesrisikoen er minimal, som f.eks. når det gjelder privat kopiering av datamaskinprogrammer. I det sistnevnte tilfellet kan det argumenteres for at den lave oppdagelsesrisikoen i noen grad kan kompenseres ved tilstrekkelig høye erstatningsbeløp. Men her må en også ta i betraktning kryssende hensyn, som f.eks. hensynet til den enkeltes privatliv og personlige livsutfoldelse. Selv om oppdagelsesrisikoen er lav i forbindelse med privat kopiering av datamaskinprogrammer, bør en neppe kompensere for dette med skyhøye erstatningsbeløp.

Mot denne bakgrunn blir det viktig å rette oppmerksomheten mot tilfeller der det foreligger et potensial for prevensjon – særlig der skyldgraden er grov, der inngriperen bevisst har holdt seg uvitende om rettighetssituasjonen, eller der han har tatt en kal-

²³ Siden objektivt ansvar rammer skader som voldes ved normal og forsvarlig drift, har prevensjonshensynet generelt mindre betydning enn det har for skyldansvaret. Riktignok kan man i noen tilfeller oppnå en form for «økonomisk prevensjon», i den forstand at ansvaret virker som en oppfordring til sikringstiltak som går ut over det forsvarlige minstemål. Betydningen av økonomisk prevensjon avhenger dels av hvor strenge krav som stilles til den forsvarlige opptreden, og dels av hvilke gevinster (i form av skadeforebygging) og tap (overprevensjon) som vil oppstå ved ytterligere sikringstiltak. På immaterialrettens område, der culpanormen generelt er nokså streng og det synes å være lite å vinne på ytterligere sikringstiltak, har hensynet til økonomisk prevensjon, etter vår oppfatning, liten vekt.

kulert risiko – og hvor det heller ikke gjør seg gjeldende avgjørende mothensyn. Her er det nødvendig at erstatningen fastsettes høyt nok til at skadevolderen, og andre i lignende situasjoner, på forhånd vil avstå fra å begå inngrepet. En enkel ligning illustrerer hva dette innebærer:²⁴

$$\text{opdagelsesrisikoen} \times \text{risikoen for domfellelse} \times \frac{\text{erstatningsansvaret}}{\text{gevinsten ved krenkelsen}} = \text{prevensjonseffekt}$$

Prevensjonseffekten er her fremstilt som produktet av oppdagelsesrisikoen, risikoen for å bli dømt, og erstatningsansvarets størrelse i forhold til gevinsten av krenkelsen. Man kan gå ut fra at de to første faktorene, oppdagelsesrisikoen og risikoen for at det skal bli tatt rettslige skritt som fører til domfellelse, alltid vil være lavere enn 1. Det betyr at produktet av erstatningsbeløp delt på fortjeneste må være høyere enn 1 – altså at ansvaret må være større enn fortjenesten – for at sluttproduktet skal bli 1 eller høyere, dvs. høyt nok til at krenkelsen ikke vil fremstå som lønnsom.

Hadde vi bare hatt prevensjonshensynet å ta i betraktning, kunne disse overveielserne tale for å utmåle erstatningsbeløp av betydelig størrelse. Men så enkelt er det naturligvis ikke. Hensynet til skadevolderen – der dennes skyld er liten – er allerede nevnt. Også i et samfunnsøkonomisk perspektiv er det kryssende hensyn. For det første må en ta i betraktning at inngrep *kan* representere samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk. Man kan tale om *effektive immaterialrettskrenkelses*, på samme måte som man kan tale om effektive kontraktsbrudd. Krenkelsen fører med andre ord til en positiv samfunnsmessig verdiskapning, noe som f.eks. kan skyldes at inngriperen kan utnytte ressursene mer effektivt, eller at høye transaksjonskostnader hindrer inngåelsen av frivillige avtaler. For det andre må man ta i betraktning risikoen for *overprevensjon*, dvs. at tredjemand vil avholde seg fra å iverksette en lovlig virksomhet, av frykt for et ruinerende – eller iallfall tapsbringende – erstatningsansvar. Disse hensynene tilsier altså en viss moderasjon når det gjelder erstatningsbeløpene.

3. TRE PREMISSE FOR UTMÅLINGEN AV ØKONOMISK KOMPENSASJON

Ut fra det som er sagt foran, kan man fremheve tre premisser som er vesentlige fra et erstatningsrettslig synspunkt. Den første er at prevensjonsvirkningene har en viktig rolle å spille ved erstatning for krenkelse av immaterialrettigheter, selv om prevensjonshensynet også her må balanseres mot andre hensyn. Den andre premiss knytter seg til dokumentasjonen for, og vurderingen av, økonomisk tap, idet problemet med

²⁴ Jf. Møgelvang-Hansen og Riis *op.cit.* (note 1) s. 182–183.

lave erstatninger ofte skyldes vanskeligheter med å dokumentere og beregne tapet. Den tredje er den store spennvidde i krenkelsesens karakter og alvorlighet, særlig når det gjelder graden av skyld. Mellom disse tre premisser er det dessuten nære sammenhenger. På den ene siden vil bevisproblemene ofte føre til at bare et nokså lite økonomisk tap kan dokumenteres på en konkret måte. Og dersom bare det dokumenterbare tapet skal være retningsgivende for erstatningsutmålingen, vil prevensjonshensynet ikke bli tilstrekkelig varetatt. På den andre siden vil det ofte være en sammenheng mellom prevensjon og skyldgrad. Det er ved de alvorlige og grove inngrep, herunder de kalkulererte krenkelser, at prevensjonshensynet vil ha størst betydning og være mest maktpåliggende.

Dette leder til følgende observasjoner: For det første bør bevisemaene utformes på en måte som gjør det mulig å oppfylle kravene til dokumentasjon. Det vil f.eks. være lettere å dokumentere hva som er et rimelig vederlag, eller hvilken fortjeneste inngriperen har hatt som følge av krenkelsen, enn å dokumentere hvilke konkrete, økonomiske tap rettighetshaveren har lidt. For det andre bør det ikke stilles for strenge krav til bevis for størrelsen av det økonomiske tap som er lidt. Den utbredte oppfatning at immaterialrettskrenkelser ofte lønner seg, må antas å ha nær sammenheng med tendensen i domstolene til å stille for strenge beviskrav. For det tredje bør man ikke være for tilbakeholden med å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk skade. Både prevensjonshensynet og hensynet til å kompensere for skade som vanskelig kan dokumenteres, trekker i denne retning. Endelig bør man for det fjerde ta hensyn til graden av skyld som er utvist i alle de nevnte henseender.

4. DE LOVFESTEDE ERSTATNINGSREGLER – OVERSIKT

Før vi går nærmere inn på hovedproblemstillingen – hvilket rom som finnes for utmåling av erstatning ved immaterialrettskrenkelser i norsk rett – kan det være hensiktsmessig med en kort oversikt over de lovfestede erstatningsregler i henholdsvis opphavsretten, patentretten, varemerkeretten og mønsterretten.²⁵ Det må være lov å si at kodifiseringen av erstatningsansvaret i de forskjellige immaterialrettslover etterlater et nokså broget bilde, i motsetning til hva man kunne forvente på et felt med såpass beslektede rettigheter. Det er ikke lett å finne noen tilfredsstillende forklaring på ulikhetene.

I *opphavsretten* reguleres erstatningsansvaret av åvl. § 55. Kort sagt omfatter denne

²⁵ Vi går ikke særskilt inn på erstatningsreglene i lov 15. juni 1990 nr. 27 om vern av kretsmønstre for integrerte kretser eller lov 12. mars 1993 nr. 32 om planteforedlerrett. Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår inneholder ikke egne erstatningsregler, men ved brudd på lovens forbud, bl.a. forbudet i § 8a mot etterligning av andres produkter mv., kan det tilkjennes kompensasjon etter erstatningsrettens alminnelige regler. På alle disse områdene oppstår imidlertid mange av de samme spørsmålene som vi tar opp i denne artikkelen.

bestemmelsen krenkelser av opphavsmannens enerett til å råde over litterære, kunstneriske og vitenskapelige verk. I tillegg omfattes også overtredelse av de såkalte nærstående rettigheter (åvl. kap. 5), bl.a. utøvende kunstneres rettigheter til sine fremføringer, film- og fonogramprodusenters rettigheter til henholdsvis film- og lydopptak, rettigheter til fotografisk bilde (som ikke er åndsverk) og rettigheter til databaser (som ikke er åndsverk). Også krenkelser av retten til eget bilde, dvs. avbildede personers vern mot gjengivelse av fotografiske personbilder og bestilte portretter (åvl. § 45c, jf. § 39j tredje ledd), utløser erstatningsplikt etter regelen i åvl. § 55.

Utgangspunktet etter åvl. § 55 er at skade som voldes ved inngrep i de beskyttede rettigheter erstattes etter *alminnelige erstatningsregler*, jf. første ledd første punktum. I tillegg finnes en særlig *oppreisningsregel* i annet punktum, som gjelder opphavsmenns og utøvende kunstneres rett, samt den avbildedes rett etter § 45c. Regelen gir en adgang for retten til å tilkjenne de nevnte rettighetshavere et pengebeløp som oppreisning for skade av ikke-økonomisk art ved forsettlig eller grovt uaktsomme krenkelser. Endelig gir § 55 annet ledd hjemmel for å kreve *nettofortjenesten (berikelsen)* ved den ulovlige handling, selv om gjerningsmannen har handlet i god tro.

Patentloven av 1967 § 58 regulerer erstatningsansvaret for patentinngrep, dvs. ved krenkelser av patenthaverens enerett til utnyttelse av sin *oppfinnelse*. Utgangspunktet her er at den som forsettlig eller uaktsomt har begått patentinngrep er pliktig til å betale erstatning for *utnyttelsen av oppfinnelsen* (dvs. en «rimelig lisensavgift»), samt erstatning for ytterligere skade som inngrepet måtte ha medført, jf. § 58 første ledd første punktum. I tillegg kan retten, «i den utstrekning det finnes rimelig», tilplikte inngriperen å betale erstatning for de tap utnyttelsen har medført, der inngrepet har skjedd i god tro. En tilsvarende erstatningsregel finnes ved krenkelser av beskyttet design etter *mønsterloven* av 1970 § 36. I motsetning til åndsverkloven har man her verken berikelses- eller oppreisningsregler. Derimot har man en vederlagsregel for forsettlig eller uaktsomme krenkelser.

I *varemerkeretten* er også utgangspunktet at forsettlig eller uaktsom krenkelse av varemerkeinnhaverens enerett utløser et krav på *vederlag* svarende til en rimelig lisensavgift for bruken, i tillegg til erstatning for *ytterligere skade* som bruken måtte ha medført, jf. vml. § 38 første ledd. Ved krenkelser i god tro har varemerkeinnhaveren intet rettskrav på erstatning, men retten *kan* pålegge brukeren å betale vederlag og erstatning for ytterligere skade også i slike tilfeller, i den utstrekning som finnes rimelig. Varemerke-loven er dermed den eneste av immaterialrettslovene som uttrykkelig åpner for tilkjen-nelse av vederlag uten hensyn til inngriperens skyld. Men også denne loven mangler tilsvarende bestemmelser om oppreisning og berikelseskrav som i åndsverkloven.

Det temmelig uensartede bildet som lovreguleringen av erstatning for krenkelse av immaterialrettigheter etterlater seg, danner bakgrunnen for den hovedproblemstilling

som her skal tas opp, nemlig hvilket rom som finnes for utmåling av erstatning for slike krenkelser i norsk rett. Denne problemstilling relateres til de utmålingsspørsmålene som ble skissert ovenfor under 1.

Et generelt moment, som allerede har vært antydnet, skal imidlertid først fremheves, som bakgrunn for tolkningen av gjeldende rett: Reglene må i stor grad sies å overlate ansvaret for utviklingen av et velfungerende sanksjonssystem til domstolene. Til tross for at den før nevnte og utbredte oppfatning, om at erstatningene er for lave til å virke preventivt, er nesten like gammel som immaterialretten selv, har lovgiveren hittil ikke gjort noen alvorlige anstrengelser for å rette på forholdet. Når man går gjennom forarbeidene, ser man at erstatningsbestemmelsene stort sett er ofret nokså liten oppmerksomhet, og det er neppe grunn til å regne med noen vesentlig intervensjon fra lovgiverhold i de kommende årene heller. Det påligger derfor domstolene et særlig ansvar for å utnytte og utvikle de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, på en måte som gjør dem egnet til å realisere de formål erstatningen skal fylle. Enkelt sagt betyr dette at rettsanvendelsen i utpreget grad må skje under påvirkning av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende, og med et åpent sinn for de muligheter som ligger i de nokså fleksible prinsipper den norske prosessordning og den alminnelige erstatningsrett er basert på. Bare på den måten kan man, etter vår mening, gjøre regning med et velfungerende sanksjonssystem for immaterialrettighetene.

5. VEDERLAG

5.1. *Vederlag utenfor de lovbestemte tilfeller*

Vederlag for urettmessig bruk vil i en del situasjoner være dekket av den kompensasjon for *økonomisk tap* som samtlige immaterialrettslover gir hjemmel for. Dersom utnyttelse skjer uten at det er gitt tillatelse, vil rettighetshaveren normalt ha lidt et tap tilsvarende det vederlag han ville mottatt om tredjemann hadde søkt og fått tillatelse. Det uteblitte vederlaget kan da kreves erstattet, forutsatt at de alminnelige vilkår for erstatning er oppfylt.

Det er imidlertid ikke alltid en slik sammenheng mellom vederlagskravet og kravet om erstatning for økonomisk tap. Dersom rettighetshaveren ikke hadde gitt samtykke til utnyttelse om han var forespurt på forhånd, har han ikke lidt noe tap i form av uteblitt vederlag. Det samme kan sies der krenkeren ikke ville ha foretatt den ulovlige handling om han hadde måttet betale for den.²⁶ I de to sistnevnte tilfellene ville det –

²⁶ Jf. ovenfor under 2. En annen sak er at det i norsk rett er godt belegg for at krenkeren har bevisbyrden/tvilsrisikoen for at han ikke ville betalt for ytelsen under enhver omstendighet, jf. nedenfor under 7.3.

under et hypotetisk hendelsesforløp der den skadegjørende handling tenkes bort – ikke blitt betalt noe vederlag, og følgelig er det heller ikke lidt noe tap som følge av uteblitt vederlag.

I den grad det er rettslig grunnlag for betaling av *vederlag uten hensyn til påvisning av økonomisk tap*, unngår man spørsmål om det kan føres bevis for økonomisk tap i slike og liknende situasjoner. Videre slipper man også å føre bevis for skyld hos krenkeren. Som regel vil det være rimelig at rettighetshaveren får et vederlag selv om det ikke kan påvises noe økonomisk tap, jf. ovenfor under 2.

Varemerkeloven gir som før nevnt rettighetshaveren et ubetinget krav på vederlag ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av rettighetene. Det samme er, om enn mindre tydelig, tilfellet med *patent- og mønsterlovene*. Plikten til betaling av «erstatning» for *utnyttelsen* av oppfinnelsen eller mønsteret, betyr at rettighetshaverne kan kreve vederlag for slik utnyttelse uavhengig av om økonomisk tap kan dokumenteres.²⁷

Derimot har man ingen tilsvarende vederlagsregel i *åndsverkloven*. Her har man til gjengjeld regelen om at rettighetshaveren kan kreve utbetalt nettofortjenesten ved den ulovlige handling, jf. åvl. § 55 annet ledd. En del av denne nettofortjeneste kan hevdes å være det beløp inngriperen har spart ved å la være å betale vederlag for bruken.²⁸ På den måten kan regelen sies å dekke et vederlagskrav. På den annen side kan man også her få bevisproblemer. I første rekke gjelder det beregningen av besparelsens størrelse, dvs. det vederlag krenkeren ville betalt dersom han hadde gått frem på lovlig måte og søkt om tillatelse for bruken. Noen vil kanskje hevde at også en besparelse forutsetter at man ville betalt dersom man hadde blitt avkrevd vederlag for bruken. I tillegg oppstår også et tolkningsproblem i situasjoner der den ulovlige utnyttelse totalt sett har blitt et tapsprosjekt for krenkeren. En ulovlig plateutgivelse viser seg f.eks. å bli et tapsprosjekt for utgiveren. Spørsmålet er om nettofortjenesten som følge av den ulovlige handling relaterer seg til hele den virksomhet som er knyttet til ulovligheten, eller om man kan isolere den manglende betaling under den synsvinkel at det like fullt foreligger en besparelse.²⁹

²⁷ Dette fremgår av forarbeidene, jf. NU 1963: 6 s. 335–336 og Ot.prp. nr. 36 (1965–66) s. 51. Smnl. kretsmønsterlovens § 6.

²⁸ Se f.eks. Stavanger byretts dom i NIR 1968 s. 233 (arkitekttegninger).

²⁹ Dersom åndsverklovens regel betraktes som en ren berikelsesregel, taler mye for det siste, idet et eventuelt underskudd ved den ulovlige virksomhet ville blitt tilsvarende større om han også måtte ha betalt vederlag for bruken. Så lenge loven imidlertid bruker uttrykket «nettofortjeneste», peker ordlyden strengt tatt i retning av at den ulovlige virksomhet skal ha medført et overskudd. Det forhold at regelen gir rettighetshaveren et *rettskrav* også overfor krenkelses i god tro, tilsier forsiktighet med å tolke dette uttrykket utvidende. Om man legger til grunn at det finnes en ulovfestet vederlagsregel på opphavsrettens område, som

De bevis- og tolkningsproblemer som oppstår ved behandlingen av vederlagskrav under reglene om erstatning for økonomisk tap og fraleggelse av berikelse, aktualiserer spørsmålet om det er grunnlag for en særskilt vederlagsregel utenfor de lovbestemte tilfeller. Ved forsettlig eller uaktsom rettskrenkelse oppstår spørsmålet i forhold til åndsverkloven og eventuelt andre immaterialrettslover som ikke har særskilte vederlagsregler for slike krenkelser (f.eks. firmaloven).³⁰

Et skritt i denne retning kan være å lempe på kravene til bevis for at rettighetshaveren har lidt et økonomisk tap som følge av den manglende betaling for utnyttelse av rettighetene, og eventuelt for hvor stort dette tapet er. Men i tillegg er det holdepunkter i norsk høyesterettspraksis, både i og utenfor immaterialretten, for at vederlag for overtredelse av andres rettigheter kan tilkjennes på ulovfestet grunnlag. Et eksempel fra opphavsretten er dommen i Rt. 1940 s. 48 (Coll), der en arkitekt ble tilkjent 8000 kr (vel 150 000 etter dagens pengeverdi) for uberettiget bruk av opphavsrettsbeskyttede etasjeplaner. Flertallet bygget erstatningen på ulovfestet grunnlag, mens én dommer ville bygge på den berikelsesregel som også gjaldt etter åndsverkloven av 1930.³¹

Spørsmålet i forlengelsen av dette er om vederlag kan tilkjennes på objektivt grunnlag, eller om det kreves subjektiv skyld. Som det fremgår av oversikten ovenfor under 4, er det bare varemerkeloven som uttrykkelig gir hjemmel for tilkjennelse av vederlag uten hensyn til inngriperens skyld. Rettighetshaveren behøver bare dokumentere at det foreligger en krenkelse av varemerkeretten, ikke at saksøkte på noen måte kan bebreides for krenkelsen. På den annen side har som nevnt ikke varemerkeinnhaveren noe rettskrav på vederlag i slike tilfeller; vederlag *kan* tilkjennes i den utstrekning retten finner det rimelig.

I *patentretten*, *mønsterretten* og *firmaretten* har man hjemmel for å tilkjenne erstatning for økonomisk tap på objektivt grunnlag, men ingen vederlagsregel som i varemerkeloven. Her kan man også tenke seg bruk av vederlagssynspunkter som utgangspunkt for fastsettelse av det økonomiske tapet,³² eventuelt kombinert med ikke alt for strenge krav til bevis for et slikt tap. At vederlagsalternativet ikke kom med i patentloven synes nærmest å skyldes en inkurie, og denne inkurien er kopiert i mønsterloven. Selv

bl.a. åpner for et skjønn i situasjoner der krenkelsen er foretatt i god tro, unngås dette tolkningsproblem, se straks nedenfor. Det samme er tilfellet hvis en ulovfestet berikelsesregel legges til grunn, jf. nedenfor under 6.

³⁰ Ett eksempel på at vederlag ble tilkjent for brudd på åndsverkloven av 1961, er Oslo byretts dom i RG 1981 s. 493, vedrørende et gullsmedfirmas bruk av en avbildet skulptur i reklamen for sine produkter.

³¹ På tilsvarende måte la Høyesterett vederlagssynspunkter til grunn uten særskilt lovhjemmel i Rt. 1997 s. 199 (Cirrus, overtredelse av markedsføringsloven), Rt. 1980 s. 243 (Tampax, brudd på eneforhandleravtale), Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen, grunneieres krav som følge av ulovlig reindrift på eiendommen) og Rt. 1984 s. 121 (Westend II, ulovlig fremleie av forretningslokaler).

³² NU 1963: 6 s. 338.

om preventive hensyn ikke kan tillegges noen særlig vekt der krenkeren er uten skyld i rettsbruddet,³³ kan hensynet til *kompensasjon* til rettighetshaveren tilsi at vederlag tilkjennes også på objektivt grunnlag, uten at det er nødvendig å vurdere om det foreligger noe økonomisk tap. I tillegg kan det sies å være en skjevhet i et system som åpner for at en varemerkeinnhaver kan tilkjennes vederlag uten hensyn til skyld, men derimot ikke en patenthaver som innehar rettigheter som iallfall ikke er mindre beskyttelsesverdige fra et samfunnsmessig synspunkt. En rimelig balansering av rettighetshaverens interesser mot hensynet til den bruker som uforskyldt har kommet i skade for å begå rettighetsbrudd, kan oppnås ved at retten tilkjennes vederlag i den utstrekning det finnes rimelig, jf. vml. § 38 annet ledd og patl. § 56 annet ledd.

Hvis man først konstaterer at det er grunnlag for å tilkjenne patent- og mønsterinnhavere vederlag uten at det er nødvendig å påvise skyld og økonomisk tap, er det lite som tilsier at ikke det samme bør gjelde på *opphavsrettens* område.³⁴ Som nevnt ovenfor kommer man et stykke på vei med berikelsesregelen i åvl. § 55 annet ledd, som gjelder selv om gjerningsmannen har handlet i god tro. Men denne vil ikke alltid virke fullt tilfredsstillende. De samme reelle hensyn som er anført til støtte for en ulovfestet, objektiv vederlagsregel i patent- og mønsterretten, tilsier at det bør være mulig å unngå de til dels vanskelige bevis- og tolkningsproblemer som kan melde seg i forbindelse med åndsverklovens berikelsesregel, ved å åpne for påberopelse av den ulovfestede vederlagsregelen.

Mot denne bakgrunn synes det å være grunnlag for at domstolene *i det minste* tilkjenner innehaverne av immaterialrettigheter et *vederlag* ved rettskrenkelse, uavhengig av skyld og påvisning av økonomisk tap. Som et utgangspunkt kan man vise til den modell som er valgt i varemerkeloven, og at det er vanskelig å se noen grunner til at en tilsvarende regel ikke skal gjelde på andre immaterialrettsområder. Videre gir som nevnt høyesterettspraksis støtte for en ulovfestet regel om plikt til å betale vederlag ved inngrep i andres rettigheter. Selv om man i en del tilfeller kan oppnå den samme løsning på grunnlag av de alminnelige erstatnings- og bevisregler, tilsier prosessøkonomiske hensyn, herunder hensynet til klare og enkle regler, i kombinasjon med de alminnelige hensyn som gjør seg gjeldende i erstatningsretten, at rettighetshaverne bør kunne velge å kreve vederlag, i stedet for å gå veien om de alminnelige erstatningsregler.

Et særlig spørsmål er om rettighetshaveren kan sies å ha et *rettskrav* på vederlag utenfor de lovbestemte tilfeller, eller om vederlag bør gjøres avhengig av rettens skjønn. I de tilfeller der krenkelsen er forsettlig eller uaktsom, bør rettighetshaveren ha et krav på vederlag for bruken, jf. den ovenfor nevnte rettspraksis. Derimot kan mye tale for

³³ Jf. note 23 ovenfor.

³⁴ I dansk opphavsrett ble det inntatt en vederlagsregel i 1995-lovens § 83. Forut for dette hadde man imidlertid hatt flere dommer som ga rettighetshaveren et «normalt honorar» for utnyttelsen av rettighetene, se Møgelvang-Hansen og Riis *op.cit.* (note 1) s. 193.

at krenkelser i god tro utløser vederlagsplikt bare i den utstrekning retten finner det rimelig, på tilsvarende måte som etter den lovfestede vederlagsregel i vml. § 38. Siden høyesterettspraksis om vederlag på ulovfestet grunnlag gjelder tilfeller av uaktsom eller forsettlig krenkelse, er det legislative grunnlaget for en ubetinget vederlagsplikt der inngriperen har vært i god tro noe svakt. Dessuten må man her ta hensyn til at de erstatningsrettslige lempingsregler ikke gjelder for vederlagskrav. En ubetinget plikt til å betale «fullt» vederlag kan derfor i visse tilfeller tenkes å ramme den inngriper som har handlet i god tro urimelig hardt.³⁵ Domstolene bør derfor utvise et skjønn i situasjoner der det ikke foreligger skyld hos krenkeren.

5.2. Vederlagets størrelse

Spørsmålet blir så etter hvilke prinsipper et vederlag skal utmåles. Varemerkelovens § 38 gir anvisning på et vederlag svarende til «en rimelig lisensavgift». Forarbeidene tyder på at utgangspunktet skal være et vederlag som svarer til vanlig bransjeoppfatning eller -praksis.³⁶ Det samme må trolig legges til grunn for patent- og mønsterrettens vedkommende. En slik løsning vil trolig ofte gi gode resultater, både fordi den varetar kompensasjonshensynet (se ovenfor under 2), og fordi den rent utmålingsteknisk som regel vil være enkel å håndtere. Hvis rettighetshaveren har faste satser – som f.eks. arkitekten hvis tegninger er urettmessig benyttet – vil disse satsene ofte gjenspeile bransjepraksis, og rettighetshaveren kan dermed tilkjennes vanlig honorar.³⁷ Andre ganger kan man legge til grunn bransjepraksis eller oppfatningen blant sakkjyndige om hva som er et rimelig nivå.³⁸ Men det forekommer også at slike objektive holdepunkter ikke foreligger. Det kan f.eks. være at rettigheten knytter seg til unik teknologi, eller et spesielt varemerke, som rettighetshaveren ikke har som politikk å lisensiere ut.³⁹ I slike tilfeller

³⁵ Smnl. ovenfor ved note 17, samt nedenfor ved note 52.

³⁶ Jf. Stuevold Lassen *op.cit.* (note 1) på s. 404, med henvisning til Ot.prp. nr. 59 (1994–95) s. 116, jf. s. 28.

³⁷ Se f.eks. RG 1992 s. 359 (arkitekttegninger), RG 1997 s. 390 (fotografi) og RG 2000 s. 1042 (scenedekorasjoner). Se også Rt. 1997 s. 160 (Dale), vedrørende utmåling av tilleggsvederlag for bruk av strikkmønsteret i OL-genser.

³⁸ For patentområdet har det i rettslitteraturen vært antydnet at et vanlig nivå i mekanisk industri ligger i området 2–10 % av utsalgsprisen, jf. Stenvik *op.cit.* (note 1) på s. 354–355. Se også Midelfart *op.cit.* (note 1) på s. 413, Pehrson *op.cit.* (note 1) på s. 91 og Koktvedgaard og Levin *op.cit.* (note 1) på s. 426. På andre teknologiområder kan lisensavgiften ligge betydelig høyere, se f.eks. Oslo byretts dom 31. oktober 2001 (sak nr. 00-3225, ikke rettskraftig), der innehaveren av et legemiddelpatent ble tilkjent erstatning basert på en lisensavgift i størrelsesorden 25 % av omsetningen.

³⁹ Se f.eks. Borgarting lagmannsretts dom 14. januar 2002 (sak nr. 99-02085, ikke rettskraftig): «I den foreliggende sak er det vanskelig å finne en «vanlig bransjeoppfatning» for hva som ville ha vært en rimelig lisensavgift. Den tenkte lisensavgift må dermed fastsettes skjønsmessig ... Lagmannsretten finner at en rimelig lisensavgift for denne krenkelsen passende kan ligge på ca. 5 prosent av omsetningen ...»

ligger en mulighet i anvendelsen av det alminnelige obligasjonsrettslige prinsipp, om at erververen har plikt til å betale det vederlag som forlanges, så lenge dette ikke er urimelig.⁴⁰ En annen mulighet er å forsøke å regne ut verdien av en lisens med utgangspunkt i den immaterielle rettighetens potensielle avkastning. En slik beregning vil imidlertid ofte være vesentlig mer usikker.

Et neste spørsmål er hva vederlaget skal dekke – eller hva som skal være beregningsgrunnlaget, om man vil. Prinsipielt må svaret bli at det er rettighetshaverens *innsats* som skal godtgjøres, eller mer presist: Markedsverdien av de resultater hans innsats har frembrakt. Gjelder det f.eks. uhjemlet bruk av et bilde som illustrasjon i et større bokverk, er det verdien av bildet som skal godtgjøres, ikke verdien av bokverket.⁴¹ På samme måte har Høyesterett i et tilfelle lagt til grunn at innehaveren av et patent som beskyttet et kjemisk stoff – en aktiv substans til farmasøytisk bruk – bare kunne kreve vederlag for verdien av det patentbeskyttede stoffet, og ikke av den høyere verdien til det ferdige produkt (Rt. 1970 s. 664). Hvis imidlertid den beskyttede gjenstand kvantitativt eller kvalitativt utgjør det vesentlige i det ferdige produktet, og særlig hvis produktet ikke kan tenkes fremstilt uten utnyttelse av denne gjenstand, synes det verken riktig eller hensiktsmessig å begrense beregningsgrunnlaget til en del av produktets verdi.

Et viktig spørsmål ved vederlagsberegningen er dessuten om man ved vurderingen av hva som utgjør et *rimelig* vederlag kan ta hensyn til at det dreier seg om en *ulovlig* utnyttelse av gjenstanden. Det er ikke rimelig, kan man hevde, at den som har tatt seg til rette skal slippe like billig som den som har spurt om lov. Tvert imot taler preven-sjonshensynet med styrke for at han skal betale mer. Risikerer han ikke mer ved den

⁴⁰ Jf. Gaarder, *op.cit.* (note 4) s. 252. Regelen, som bl.a. fantes i kjøpsloven av 1907 § 5, er riktignok på vei ut av obligasjonsretten, men den synes å passe godt på det området vi her befatter oss med, og det kan derfor hevdes at den bør legges til grunn selv om den ikke lenger har samme støtte før i obligasjonsretten. Et eksempel på at prinsippet er anvendt på opphavsrettsområdet, er Oslo byretts dom av 13. september 1934 om «Den skønne Helene» (gjengitt i Marie-Louise Homstedt og Magnus Stray Vyrje, Dommer i opphavsrett, Oslo 1986 s. 164): «opførelsen [må] ifølge rettens opfatning berettigede saksøkeren til at faa den pris han for opførelsen forlangte, nemlig 10 procent av bruttoindtægten. Det bemerkes at kjøpere ifølge lov om kjøp av 24/5 1907 § 5 hvis kjøp er sluttet, men intet er avtalt om kjøpesummens størrelse, har at betale hvad sælgeren forlanger naar forlangendet ikke kan ansees for ubillig, 10 procent synes visstnok at være mere end sedvanlig her i landet, men retten kan ikke anse prisen ubillig under hensyn til det anførte om at den i utlandet regnes for rimelig.» Prinsippet ble også påberopt i saken som er inntatt i RG 1981 s. 493 (se ovenfor note 30), om vederlag for bruk av et bilde av en skulptur som vanskelig kunne sies å ha noen kjent markedsverdi, men i det tilfellet fant Oslo byrett at opphavsmannens krav var «urimelig høye – ubillige». Ellers finnes det flere eksempler på at domstolene rent faktisk har tilkjent erstatningsbeløp i overensstemmelse med rettighetshaverens krav i situasjoner der tapsomfanget har vært vanskelig å dokumentere, se f.eks. RG 1994 s. 1262 (Orkidé) og RG 1998 s. 277 (Mini-Maglite).

⁴¹ Jf. Innst. 1950 s. 29 (åndsverkloven). Se også Gaarder *op.cit.* (note 4) s. 254 og Rt. 1997 s. 199 (Cirrus). Se nærmere nedenfor i note 46.

ulovlige utnyttelse enn hva han likevel måtte ha betalt om han hadde søkt lisens, har han intet incitament – annet enn den eventuelle moralske forpliktelse han måtte føle (som nok ofte er fraværende i disse tilfeller) – til å følge den lovlige vei.

Dreier det seg om utnyttelse i aktsom god tro, slår imidlertid ikke slike betraktninger til. Den som er i aktsom god tro har ingen grunn til å ta en eventuell vederlagsforpliktelse i betraktning, og han vil derfor heller ikke kunne påvirkes av utsikten til å måtte svare en pris som er høyere enn markedsverdien. Heller ikke i tilfeller der saksøkte bare er lite å bebreide, synes det å foreligge tungtveiende grunner for et slikt «prevensjonstillegg». Riktignok kan man i slike tilfeller kanskje oppnå en viss preventiv effekt. Men samtidig synes risikoen for overprevensjon å være overhengende; man risikerer å forhindre ikke bare de mindre grove krenkelsler, men også en del av den virksomhet som ville vært lovlig. Konkurrentene vil legge inn en sikkerhetsmargin utenfor rettighetens egentlige beskyttelsessfære, og dermed oppstår et samfunnsøkonomisk dødvektstap.

Når man derimot kommer til de *klare* krenkelsler, risikerer man ingen slik overprevensjon. Er krenkelsen dessuten forsettlig, eller grovt uaktsom, taler prevensjonshensynet med styrke for å tilkjenne et vederlag som ligger over vanlig markedspris.⁴² Noen klare holdepunkter for en slik tolkning finner man riktignok ikke i forarbeider eller rettspraksis. Men lovbestemmelsenes *ordlyd* – «rimelig lisensavgift» for varemerkelovens del, og erstatning «i den utstrekning det finnes rimelig» i patentloven og mønsterloven – er åpen nok til å romme en slik tolkning. Det er altså ordet «rimelig» som åpner for å ta i betraktning at det dreier seg om grovere former for skyld. Godtar man at et prinsipp om vederlag også på opphavsrettens område, uten at det er nødvendig å påvise økonomisk tap eller en nettofortjeneste, jf. Rt. 1940 s. 48 (Coll), bør man kunne åpne for en tilsvarende rimelighetsvurdering her. Vi står altså her ved et spørsmål hvor domstolene har mulighet til å utnytte den fleksibiliteten rettsreglene gir, til å praktisere dem slik at *formålene* med erstatningsretten – og da særlig prevensjonsformålet – realiseres.

6. BERIKELSESKRAV

Som nevnt er det bare åndsverkloven som gir rettighetshaveren krav på *inngriperens berikelse* ved den rettsstridige handlingen, ut fra den betraktning at en handling som objektivt er rettsstridig ikke bør gi gevinst.⁴³ Patentloven hadde tidligere en tilsva-

⁴² Jf. Gaarder *op.cit.* (note 4) på s. 252–253.

⁴³ Jf. Innstilling 1925 s. 54. Se også Gaarder *op.cit.* (note 4) s. 254: «Synspunktet er at den som uten hjemmel utøver en annens opphavsrettigheter, ikke skal ha fortjeneste på det.» Smnl. fra annet rettsområde Rt. 1984 s. 121 (Westend II) på s. 131–132: «gårdssameiets ... erstatnings- eller vederlagskrav kan baseres på at Hedemark [saksøkte] ved sine rettsstridige disposisjoner ikke skal komme bedre ut av det enn om hun hadde gått frem på lovlig måte etter partenes avtaleforhold.»

rende regel, men den ble ikke videreført med loven av 1967, dels under henvisning til at patenthaverens interesser måtte anses tilfredsstillende varetatt om han fikk full erstatning for sitt eget tap, og dels under henvisning til at det måtte anses vanskelig for patenthaveren å bevise at inngriperens gevinst har vært større enn hans tap.⁴⁴ Denne begrunnelsen overser imidlertid to ting:

For det første hensynet til erstatningens preventive effekt; som nevnt under 2 ovenfor må erstatningen regelmessig *overstige* gevinsten for at den skal virke preventivt. En erstatning som er lavere enn gevinsten har iallfall ingen utsikt til å avholde noen fra å iverksette en ulovlig utnyttelse.

For det andre undervurderer innstillingen vanskeligheten med å føre bevis for patenthaverens tap, samtidig som den overvurderer vanskeligheten med å føre bevis for inngriperens berikelse.⁴⁵ Det er den vesentlige ulikhet mellom rettighetshaverens tap og inngriperens vinning at man aldri kan vite hvilken omsetning rettighetshaveren har gått glipp av, mens man alltid vil vite hvilken omsetning inngriperen har hatt. Den vanskelighet som eventuelt kan være knyttet til å beregne inngriperens for tjeneste, synes hovedsakelig å gjelde tilfeller der den beskyttede gjenstand utgjør bare en mindre vesentlig del av inngriperens produkt, slik at det blir spørsmål om å anslå hvilken del av omsetningen som skal knyttes til den ulovlige utnyttelsen.⁴⁶ For å ta et eksempel fra opphavsrettsområdet: Dommen i Rt. 1995 s. 1948 (Diana Ross) gjaldt en sak der Se og Hør hadde brukt bilder som uten fotografens tillatelse var tatt fra en fjernsynssending. Det var på det rene at bildene var brukt i salgsfremmende hensikt, og det var grunn til å tro at hensikten var realisert, men hvor stor del av opplaget kunne tilskrives nettopp disse bildene? Det er naturligvis helt umulig å gi et

⁴⁴ Jf. NU 1963: 6 s. 336.

⁴⁵ Jf. Gaarder *op.cit.* s. 255: «Berikelsesalternativet var det som ble anvendt oftest i praksis, antagelig fordi berikelsen er lettere å beregne enn tapet.» Det kan i denne forbindelse også nevnes at erstatningsbestemmelsene i den svenske patentloven ble revidert i 1986, på grunnlag av bl.a. tilsvarende synspunkter, slik at de nå gir grunnlag for å ta hensyn også til inngriperens berikelse, jf. nærmere note 84 nedenfor.

⁴⁶ Betraktningmåten skiller seg her fra den som må anlegges ved utmåling av *erstatning*. Ved erstatningsutmålingen er utgangspunktet at rettighetshaveren skal ha full erstatning for de økonomiske skadevirkninger som er en følge av rettsbruddet, dvs. at erstatningen skal dekke *det tap omsetningen av produktet har påført ham*, se nærmere under 7.1 og 7.3 nedenfor. Ved fastsettelsen av *berikelsen* er det derimot ikke rettighetshaverens tap, men *verdiskapningen på inngriperens hånd*, som står i sentrum for oppmerksomheten, og da må man ta i betraktning at det er flere forhold som bidrar til denne, bl.a. inngriperens egen innsats og hans utnyttelse av ubeskyttede ideer og kunnskap. Den delen av verdiskapningen som ikke med rimelighet kan føres tilbake til det ulovlig benyttede åndsverk, skal ikke godskrives rettighetshaveren, jf. Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) på s. 225. Se også Gaarder *op.cit.* s. 254.

noenlunde sikkert svar på et slikt spørsmål.⁴⁷ Men i de fleste tilfeller – der produktet vedrører noe vesentlig ved den beskyttede gjenstand – må det settes likhetstegn mellom den berikelse inngriperen har oppnådd som følge av krenkelsen og hans nettofortjeneste ved salget. Og hans nettofortjeneste ved salget er sjelden særlig problematisk å beregne; legger ikke inngriperen kortene på bordet, må en eventuell tvil gå ut over ham.⁴⁸

Mot denne bakgrunn må det anses som en svakhet at patentloven – og de andre lovene som har fulgt dens eksempel – mangler hjemmel for at rettighetshaveren kan kreve seg tilkjent inngriperens berikelse, iallfall der det foreligger forsett eller mer alvorlige former for uaktsomhet. Det er derfor nærliggende å spørre om rettighetshaveren kan kreve seg tilkjent berikelsen på *ulovfestet grunnlag*. Den tradisjonelle oppfatning har gått i retning av at spørsmålet må besvares benektende; et rettsbrudd kan gi grunnlag for dekning av eget tap, men ikke krav på krenkerens vinning. Det kan imidlertid diskuteres hvor sikker denne regelen er.⁴⁹ Man finner riktignok ikke den samme støtte i rettspraksis for et alminnelig berikelsesprinsipp, som man finner for et alminnelig vederlagsprinsipp. Men man finner enkelte avgjørelser som synes å stille seg åpen for muligheten.⁵⁰

Når det gjelder patentloven, må man imidlertid også ta i betraktning at lovgiver etter en bevisst vurdering valgte å oppheve den tidligere hjemmelen for tilkjennelse av ulovlig vinning. I utgangspunktet kan det da synes vanskelig å supplere loven med en ulovfestet berikelsesregel.⁵¹ På den andre siden må man ta i betraktning at begrunnelsen for å forkaste berikelsesregelen ikke var at slike regler generelt virker urimelige eller uhensiktsmessige, men at den regelen man hadde i patentloven av 1910 var for stiv; den ga patenthaveren et ubetinget krav på inngriperens beri-

⁴⁷ Se også Rt. 1987 s. 1082 (soningsfange) på s. 1088.

⁴⁸ Jf. f.eks. Rt. 1932 s. 587 (Auto-Lux I).

⁴⁹ Jf. Kjetil Krokeide, Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter, TFR 1982 s. 353–533, særlig på s. 444 flg.

⁵⁰ Jf. f.eks. Rt. 1981 s. 1215 (Trollheimen), der grunneiere ble tilkjent vederlag for ulovlig reinbeite. Det interessante i denne sammenheng er at førstvoterende lot falle en bemerkning som tyder på at han iallfall ikke ville utelukke at det også kunne vært grunnlag for et berikelseskrav: «I hvilken utstrekning eieren vil kunne kreve et høyere beløp, basert på den økonomiske vinning som brukeren har hatt, tar jeg ikke standpunkt til, idet et slikt krav ikke er fremsatt» (s. 1227). Nevnes kan også lagmannsrettens dom i Rt. 1980 s. 735 (Gyldenløve Kro) på s. 745: «Bestemmelsen i § 10 [i lov om hendelege eigedomshøve] innebærer en lovfesting av en allerede på forhånd ulovfestet generell berikelsesregel, som må få anvendelse i saken her.» Høyesterett avgjorde saken på avtalegrunnlag, og behøvde derfor ikke gå inn på om kravet også kunne bygges på en ulovfestet berikelsesregel.

⁵¹ Jf. Midelfart *op.cit.* (note 1) på s. 415.

kelse, uavhengig av utvist skyld, og uten mulighet for lemping.⁵² Dermed har ikke lovgiver tatt stilling *mot* en mer skjønnsbasert berikelsesregel, iallfall ikke for tilfeller der inngriperens skyld er av alvorligere slag. En ulovfestet berikelsesregel tar sikte på å unngå urimeligheter, ved at den gir grunnlag for å pålegge den som har motatt en urettmessig eller tilfeldig fordel å fralegge seg berikelsen, forutsatt at forholdene ligger slik an at han ikke har noe rimelig krav på å få beholde den. En slik regel bør også kunne anvendes på patentområdet, til supplering av lovens sanksjonssystem.⁵³

Bakgrunnen for at varemerkeloven mangler en berikelsesregel er noe annerledes. Loven av 1961 var basert på en komitéinnstilling der erstatningsbestemmelsen inneholdt en objektiv berikelsesregel. Departementet omformulerte bestemmelsen slik at det ble hetende at retten kan «i den utstrekning som finnes rimelig tilplikte brukeren å erstatte skaden, dog ikke ut over den vinning som må antas å være oppnådd ved inngrepet». Etter ordlyden er dette en erstatningsbestemmelse, der berikelsen bare danner et tak for erstatningsansvaret. Meningen synes imidlertid å ha vært en annen; omformuleringen skyldtes ikke at man ville bort fra berikelsesregelen, men at man ikke ville gi rettighetshaveren et absolutt krav på berikelsen der inngriperen var i god tro – man ville innføre en adgang for retten til å sette ned ansvaret der dette syntes rimelig. Mot denne bakgrunn blir varemerkelovens bestemmelse iallfall ikke noe argument *mot* å oppstille en ulovfestet berikelsesregel på varemerkeområdet, men heller et argument *for* en slik regel.

I den utstrekning berikelsen kan tillegges vekt i medhold av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, bør den iallfall tas i betraktning. Patentlovens forarbeider nevner f.eks. at inngriperens vinning kan gi veiledning for bedømmelsen av patenthaverens tap.⁵⁴ Noen nødvendig sammenheng er det naturligvis ikke mellom de to størrelsene, men i tilfeller der det er stor usikkerhet knyttet til rettighetshaverens tap, kan inngriperens vinning utgjøre et utgangspunkt så godt som noe. Og ved grovere former for skyld kan man kanskje ta utgangspunkt i en presumsjon for at rettighetshaverens tap iallfall ikke har vært mindre enn inngriperens vinning, slik at det blir inngriperen som eventuelt må sannsynliggjøre det motsatte.⁵⁵ Som vi skal komme tilbake til nedenfor under

⁵² Jf. Ot.prp. nr. 36 (1965–66) s. 51.

⁵³ Motsatt Midelfart *op.cit.* (note 1) på s. 415.

⁵⁴ NU 1963: 6 s. 335. Se også Pehrson *op.cit.* (note 1) på s. 95–96. Tilsvarende er lagt til grunn for erstatningsutmålingen i kontraktsforhold, jf. Rt. 1970 s. 871 (Håbrand).

⁵⁵ Hva som skal til for å avsvække presumsjonen må i så fall vurderes konkret. Det kan f.eks. tenkes at rettighetshaveren ikke selv har gjort noe forsøk på å utnytte oppfinnelsen eller åndsverket, at hans produksjonskapasitet er fullt utnyttet, slik at han ikke ville hatt mulighet til å betjene inngriperens kunder, at

7.2, er de bevisregler som kan utledes av praksis fleksible nok til at en slik løsning lar seg forsvare i den utstrekning den må anses nødvendig for å realisere erstatningsreglenes formål.

Som det har fremgått ovenfor, er det særlig ved de grovere former for skyld man finner behov for å supplere lovgivningens sanksjonsregler med en ulovfestet berikelsesregel. Både prevensjonshensynet og hensynet til rimelighet taler i favør av en slik regel. Er derimot den utviste skyld liten, kan en berikelsesregel virke for hard (jf. ovenfor ved note 52). Derfor kan det være grunn til å sette spørsmålsteget ved at åndsverkloven gir opphavsmannen krav på inngriperens fulle fortjeneste selv der denne har handlet i aktsom god tro. En slik regel kan ikke begrunnes i de formål erstatningsreglene skal fremme (jf. under 2 ovenfor); så lenge det ikke foreligger skyld har prevensjonshensynet liten vekt, og erstatningsreglenes øvrige formål kan da i høyden rettferdiggjøre en kompensasjon av rettighetshaverens tap, muligens ikke mer enn en dekning av vederlagsinteressen.

Men der det foreligger skyld har altså berikelsesregelen sin berettigelse, iallfall der inngriperen er mer enn lite å bebreide. Det ville synes temmelig støtende om den som forsettlig eller grovt uaktsomt har krenket en annens rettigheter skal bli sittende igjen med gevinst. Riktignok kan man tenke seg å bøte på slike urimeligheter gjennom å inndra den ulovlige vinningen til statskassen etter straffelovens regler (§§ 34 flg.), men dette blir ofte ikke mer enn en teoretisk mulighet.

7. ERSTATNING FOR ØKONOMISK TAP

7.1. Omsetningstap og markedsforstyrrelser – problemstillinger

Etter å ha sett på mulige kompensasjonsformer som ikke lar det være avgjørende om rettighetshaveren har lidt et økonomisk tap, skal vi nå gå over til å se på den egentlige *erstatning*. Som nevnt innledningsvis under 1, gir erstatningsreglene på immaterialrettsområdet gjennomgående hjemmel for erstatning for økonomisk tap ved forsettlige eller uaktsomme krenkelser, i overensstemmelse med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.⁵⁶ I patent- og mønsterretten kan rettighetshaveren i en viss utstrekning

produktene ikke er kompatible osv. Ligger forholdene slik an, må rettighetshaveren nøye seg med vederlag, og eventuelt dekning av eget tap, med mindre man finner grunnlag for å tilkjenne rettighetshaveren berikelsen etter regelen i åvl. § 55 annet ledd eller en ulovfestet berikelsesregel.

⁵⁶ I patl. § 58, ml. § 36 og vml. § 38 uttrykkes dette slik at rettighetshaveren har krav på erstatning for «ytterligere skade» i tillegg til et vederlagskrav. Et særlig problem er hvordan vederlagskrav kan kombineres med krav om økonomisk tapsdekning. Det klare utgangspunkt må i den forbindelse være at samme skade ikke kan kreves kompensert to ganger. Rettighetshaveren kan derfor ikke kreve *både* vederlag for utnyttelsen og erstatning for tapt fortjeneste som følge av utnyttelsen; han er i denne forbindelse henvist til et valg.

tilkjennes erstatning for økonomisk tap allerede på objektivt grunnlag, nemlig der det «finnes rimelig», jf. patl. § 58 annet ledd og ml. § 36 annet ledd. I varemerke- og opphavsretten er man her henvist til vederlags- og/eller berikelseskrav. Men fullt erstatningsrettslig vern forutsetter altså at det er utvist skyld, dvs. at saksøkte forsto eller burde forstått at han begikk inngrep.

Spørsmålet om det foreligger skyld kan reise vanskelige spørsmål, men det er likevel *erstatningsutmålingen* som regelmessig skaper de største problemene. Ett slikt problem gjelder utmålingen av rettighetshaverens *omsetningstap*. Omsetningstapet fremkommer vanligvis som produktet av tapt omsetningsvolum multiplisert med rettighetshaverens dekningsbidrag, dvs. produktets pris på inngrepstidspunktet fratrukket variable kostnader.⁵⁷ I dette regnestykket er det som regel det tapte omsetningsvolumet som fremstår som den usikre faktoren; man vet hvilken omsetning rettighetshaveren *har* hatt, men ikke hvilken omsetning han ville hatt uten inngrepet.

En dom av Agder lagmannsrett fra 1997 illustrerer problemet.⁵⁸ Saken gjaldt erstatning for omsetningssvikt som følge av ulovlig salg av piratdekodere. I slike tilfeller vil *berikelsen* ofte være nokså enkel å fastslå, men hva med rettighetshaverens *tap*? Ville noen av de personene som hadde kjøpt piratdekodere, i stedet kjøpt lovlige dekodere om saksøkte ikke hadde solgt de ulovlige dekodere? Ville de heller kjøpt dekodere av en annen pirat, eller ville de kanskje klart seg uten? Spørsmålet i den forbindelse er om piratdekodere og lovlige dekodere overhodet anses som substituerbare produkter som konkurrerer i samme marked. Hvis man legger til grunn at noen eller alle piratkundene hadde kjøpt lovlige dekodere, oppstår videre et spørsmål om de ville handlet med saksøkeren, eller om de ville valgt en annen lovlig leverandør. Og et ytterligere spørsmål er hvor lenge de eventuelt ville opprettholdt et abonnement på programinnholdet. Lagmannsretten betegnet i dette tilfellet det konkrete tapet som helt umulig å beregne, noe man sikkert kan gi den rett i.

Et eksempel fra nyere høyesterettspraksis, hvor spørsmålet om beregningen av omsetningstap ved immaterialrettskrenkelser var oppe, er den såkalte Lundetangedommen i Rt. 1999 s. 1725. Bryggeriet Aass hadde i 1997 tatt i bruk varemerket LUNDETANGEN, som gjennom mange år var et innarbeidet varemerke for øl i Grenlands-området. Et annet bryggeri, Ringnes, som var innehaver av varemerket, hadde

Det han kan kreve i tillegg til et vederlag, er i første rekke kompensasjon for utgifter og tap som han ikke ville ha hatt ved frivillig lisensiering, jf. Stenvik *op.cit.* (note 1) på s. 355. Spørsmål om samordning oppstår også der det fremmes berikelseskrav i tillegg til krav om erstatning for økonomisk tap.

⁵⁷ Se nærmere Stenvik *op.cit.* (note 1) på s. 353. Det som der sies har relevans også for de andre immaterialrettigheter. Se eksempelvis erstatningsutmålingen til mindretallet i Rt. 1999 s. 1725 (Lundetangen).

⁵⁸ Dom av 13. juni 1997, LA-1996-00696. Se også den danske høyesterettsdommen i U 2001 s. 287, som gjaldt et lignende saksforhold.

nedlagt virksomheten i 1986, og spørsmålet var om Aass' markedsføring var en krenkelse av Ringnes' rettigheter til varemerket. Høyesteretts flertall (3–2) kom til at dette ikke var tilfellet, av grunner vi ikke behøver komme inn på her. Det som har interesse i denne sammenheng, er erstatningsspørsmålet under forutsetning av at det forelå en krenkelse, herunder hvordan tapet for eventuell rettskrenkelse skulle beregnes på bakgrunn av hypotetiske årsaksforhold: Hvor stor omsetning ville Ringnes fått dersom Aass ikke hadde lansert sitt «Lundetangen-øl» i strid med Ringnes' varemerkerettigheter? I det hele tatt er spørsmålet om beregning av omsetningstap som følge av immaterialrettskrenkelse ofte et spørsmål om bedømmelsen av hypotetiske hendelsesforløp ved erstatningsutmålingen. Mindretallet i Lundetangen-dommen kom inn på dette spørsmålet, jf. nedenfor under 7.3, der årsakssammenheng og bevisbyrde i forbindelse med hypotetiske hendelsesforløp behandles nærmere.

Bevismessige vanskeligheter gjør seg også gjeldende ved beregningen av kompensasjon for *markedsforstyrrelser*, dvs. tap av goodwill og renommé. Slike tapsposter er helt reelle og sentrale ved beregningen av tap som følge av immaterialrettsinngrep, men er ofte nær sagt umulige å beregne, enn si dokumentere.

Problemet illustreres godt av en dom av Borgarting lagmannsrett i RG 2000 s. 1355 (OSRAM). Saken gjaldt et postordrefirma som hadde solgt billige sparelyspærer gjennom tre forskjellige postordrekataloger, på en slik måte at de kunne forbindes med det kjente varemerket OSRAM. I tillegg til krav på rimelig lisensavgift hadde Osram krevet erstatning for tapt renommé og utgifter til en motkampanje. Den siste erstatningsposten var kurant rent utmålingsmessig, men hvordan skulle *renomméskaden* verdsettes? Her ville den ene gjetning være nesten like god som den andre, og lagmannsretten fant derfor ingen grunn til å fravike byrettens fastsettelse til kr 300 000.

Lagmannsrettens dom er et godt eksempel på at domstolene kan fjerne seg nokså langt fra det alminnelige utgangspunktet om at skadelidte må dokumentere et økonomisk tap. Om man egentlig skal kalle slike skader for «økonomisk skade» er for øvrig en smakssak. Det er klart at de interesser det er spørsmål om å beskytte er av økonomisk karakter, men samtidig er det like klart at de ikke direkte lar seg måle i penger.

Det finnes også et par andre lagmannsrettsdommer fra den senere tid som viser at beregning av goodwill-erstatning skjer på rent skjønnsmessig grunnlag uten nevneverdig bevisførsel. I Borgarting lagmannsretts dom i RG 1998 s. 277 (Mini Maglite) fikk selskapet Mag Inc. erstatning for et annet firmas brudd på markedsføringsloven ved etterlikning av deres velkjente Maglite lommelykter. I tillegg til erstatning for omsetningstap ble det også tilkjent erstatning for tapt goodwill, som i én setning kort ble fastsatt til kr 20 000, i overensstemmelse med saksøkerens påstand. Frostating lagmannsretts dom i RG 1994 s. 1262 (Orkidé) gjaldt et postordrefirma som hadde spesialisert seg på omsetning av kopier av kjente varer med varemerkene påtrykt. Firmaet ble holdt erstatningsansvarlig overfor varemerkeinnhaverne, og retten fant – med henvisning til en dom fra Svea hovrätt (NIR 1990 s. 466) – å kunne tilkjenne rettighetshaverne erstatning for tapt goodwill, men ikke for omsetningstap. Retten uttalte at «det er forbundet med stor vanskelighet og faktisk usikkerhet

å beregne tapet og erstatningen i nærværende sak», og viste til at de angjeldende varemerkene hadde varierende utbredelse, omsetning og grad av eksklusivitet, samtidig som omfanget av inngrepet også hadde vært forskjellig. Like fullt beregnet retten et likt erstatningsbeløp for hver av varemerke innehaverne (kr 15 000 på hver, til sammen kr 165 000), hvilket klart understreker erstatningens preg av å være et «plaster på såret» mer enn erstatning for dokumentert økonomisk tap.⁵⁹

7.2. Bevisføring og bevisbyrde

Som vist ovenfor, er det ofte vanskelig eller umulig å fastslå med noenlunde sikkerhet hvor stort tap rettighetshaveren har lidt.⁶⁰ Ikke minst er omsetningstapet og tapet som følge av markedsforstyrrelser vanskelig å fastsette. Reglene om vederlag og berikelse kan i noen grad bøte på dette (jf. under 5 og 6 ovenfor), men ikke fullt ut. Behovet for ytterligere erstatning gjør seg særlig gjeldende der rettighetshaveren har lidt tap som går ut over et rimelig vederlag, og ut over inngriperens berikelse, samt – eventuelt – der man ikke finner grunnlag for å anvende reglene om vederlag og berikelse. Dersom man i slike tilfeller bare skal holde seg ved det tradisjonelle utgangspunktet om at det er saksøkeren som må dokumentere og sannsynliggjøre sitt tap, vil det ofte bety at noe erstatningsrettslig vern ikke kan påregnes. Rettsvernet blir illusorisk eller av liten verdi. Det vil også være temmelig utilfredsstillende fra et preventivt synspunkt; som nevnt må erstatningen som regel *overstige* inngriperens berikelse – og iallfall ligge høyere enn vanlig vederlag – om man skal kunne gjøre seg forhåpninger om en preventiv effekt (jf. under 2 ovenfor). Spørsmålet blir derfor om man ved en mer aktiv og formålsrettet bruk av alminnelige erstatnings- og prosessrettslige prinsipper kan nå bedre resultater. Som allerede antydnet, mener vi spørsmålet kan besvares bekreftende.

For det første kan man lempe på kravene til bevis der bevisvanskelighetene av forståelige grunner er store.⁶¹ Dette prinsippet kan forankres i tvml. § 192, der det heter at retten kan treffe avgjørelsen «etter eget skjønn» der «bevis for beløpet enten ikke lar sig føre eller vilde være forbundet med uforholdsmæssig vanskelighet»,⁶² eller det kan bygges på alminnelige prosessuelle prinsipper, slik disse kan utledes av praksis.⁶³ Det er

⁵⁹ Se også Nils J. Sejersteds omtale av dommen i NIR 2000 på s. 127.

⁶⁰ Jf. Gaarder *op.cit.* (note 4) på s. 250–251.

⁶¹ Jf. Midelfart *op.cit.* (note 1) på s. 415–417.

⁶² Jf. Rt. 1990 s. 607 (Viking) på s. 617: «Slik jeg ser det, må erstatningen bli å fastsette skjønnsmessig, jf. tvistemålslovens § 192 med utgangspunkt i at Vikings omsetning ble redusert som følge av at selskapet mistet sin eneforhandlerposisjon for TeleVideo-maskinen samtidig som Saga etter hvert fikk en betydelig omsetning av denne maskin. Erstatningen settes til kr. 600.000.»

⁶³ Se f.eks. Rt. 1987 s. 1082 (soningsfange) på s. 1088: «Den billedbruk vi ser eksempel på i den foreliggende sak har utvilsomt en salgsfremmende hensikt og den påvirker det økonomiske resultat. Jeg anser dette for å være tilstrekkelig til å slå fast at B må ha et økonomisk krav etter bestemmelsen. Størrelsen av dette krav lar seg på den annen side ikke fastslå ved noen form for bedriftsøkonomisk analyse. Det må derfor fastset-

særlig kompensasjonshensynet som i disse tilfellene tilsier en justering av hovedregelen om bevisføringsplikt.

For det andre kan domstolene lempe på kravene til dokumentasjon for tapet der krenkelsen er grov. Praksis viser at grov skyld på saksøktes side reduserer kravene til bevis,⁶⁴ det kan til og med føre til at bevisbyrden snus, slik at det blir skadevolderens sak å dokumentere at noe tap ikke er lidt.⁶⁵ Her er det særlig prevensjonstanken som slår igjennom.

De to prinsippene må også ses i sammenheng, slik at kombinasjonen av en vanskelig bevisituasjon og grovere former for skyld, kan føre til at man fjerner seg nokså langt fra det alminnelige utgangspunktet om at skadelidte må dokumentere et konkret økonomisk tap.⁶⁶

I tillegg til det som her er sagt, må man også være klar over at bevisbyrden i henhold til alminnelige erstatningsrettslige regler ikke alltid ligger hos skadelidte. Et eksempel på dette kommer vi til i det følgende.

7.3. Særlig om bedømmelsen av hypotetiske hendelsesforløp

Det alminnelige krav i erstatningsretten om årsakssammenheng mellom handling og skade gjelder naturligvis også ved immaterialrettskrenkelser. Utgangspunktet er

tes skjønnsmessig, og det bør i samsvar med påstanden settes til 10.000 kroner.» Jf. tilsvarende Rt. 1995 s. 1948 (Diana Ross). Se også Rt. 1997 s. 199 (Cirrus) på s. 225 («erstatningsutmålingen [må] i utpreget grad bli skjønnsmessig»), og Rt. 1964 s. 65 (Glamox), som vil bli omtalt nærmere nedenfor under 5, samt Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 318–319. Nevnes kan også den svenske avgjørelsen i NJA 1984 s. 34, NIR 1985 s. 473 (NCB), om bl.a. markedsforstyrrelse og «badwill» som følge av import av ulovlig fremstilte grammofoonplater. Selv om bevisituasjonen er vanskelig må imidlertid skadelidte oppfylle de krav som med rimelighet kan stilles til dokumentasjon for tapet. Har han unnlatt å føre slikt bevis, behøver det imidlertid ikke bety at han blir helt uten erstatning – det må kunne fastsettes en erstatning i overensstemmelse med det tap skadelidte iallfall har lidt, jf. Rt. 1982 s. 394 (Sterling International) og Rt. 1991 s. 395 (Lisemette).

⁶⁴ Se f.eks. Rt. 1990 s. 607 (Viking, illojal opptreden overfor arbeidsgiver) og Rt. 1994 s. 348 (Røv, ærekrenkelser). Se også Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 328 og Jens Edvin Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utg., Oslo 2001, s. 678, samt Hagstrøm, *op.cit.* (note 7) s. 151–152: «Skyldforhold kan få betydning ved en slik skjønnsmessig fastsettelse ... Rettspraksis synes ... klart å indikere at den skjønnsmessige erstatningsutmåling kan bli høyere dersom det foreligger grovere skyld hos misligholderen. Det kan være usikkert hvorvidt setningen kan sies å være utslag av en bevisregel eller en materiell utmålingsregel.»

⁶⁵ Se f.eks. Rt. 1980 s. 735 (Gyldenløve Kro), der usikkerhet om tapet størrelse ble ansett å måtte gå ut over den part som hadde opptrådt rettsstridig og egenmektig, og mindretallet i Rt. 1997 s. 58 (Sønnak), som ville pålegge skadevolderen bevisbyrden for at alvorlige ærekrenkelser eventuelt ikke hadde hatt betydning for tapet (s. 69–70).

⁶⁶ Jf. ovenfor under 7.1. De lagmannsrettsdommer som der er nevnt vedrørende erstatning for renommétap, gir gode eksempler på at erstatning tilkjennes uten særlig bevismessig grunnlag. Se også under 8 nedenfor om muligheten for å tilkjenne oppreisning ved grov skyld.

at rettighetshaveren må dokumentere at det foreligger årsakssammenheng mellom krenkelsen og det påståtte tap. Bevisbyrden eller tvilsrisikoen ligger med andre ord i utgangspunktet hos rettighetshaveren som skadelidt. I henhold til høyesterettspraksis på erstatningsrettens område er det nokså klart at denne bevisregel gjelder ved påvisning av *faktisk årsakssammenheng*, dvs. ved avgjørelsen av spørsmålet om en handling har bidratt til en skade.⁶⁷ Derimot er situasjonen noe annerledes ved vurderingen av *hypotetisk årsakssammenheng*, dvs. spørsmålet om hvilke konsekvenser et hypotetisk hendelsesforløp ville fått dersom skaden ikke var skjedd. Det kommer vi straks tilbake til.

Som påvist ovenfor, vil erstatningsutmålingen ved immaterialrettskrenkelser ofte bero på vurderinger av hypotetisk art. Som eksempel kan vi holde oss til Lundetangendommen i Rt. 1999 s. 1725 (se ovenfor under 7.1).

I saken for Høyesterett kom flertallet som nevnt til at bryggeriet Aass' omsetning av øl under varemerket LUNDETANGEN ikke var noen varemerkekrenkelse. Et mindretall på to dommere dissenterte, og gikk dermed også inn på saksøkeren Ringnes' erstatningskrav. Partene var enige om at en eventuell erstatning for omsetningstapet skulle fastsettes på grunnlag av «dekningsbidragsmetoden», dvs. på grunnlag av pris per enhet fratrukket variable kostnader. De var også enige om at dekningsbidraget var kr 2,50 per enhet. Lagmannsretten, som fant at det forelå en varemerkekrenkelse, hadde basert sin erstatningsberegning på dekningsbidraget, multiplisert med det antall enheter Aass hadde solgt av ølet LUNDETANGEN.⁶⁸ Aass hadde, som ny anførsel for Høyesterett, anført at i fall det skulle bli ansett å foreligge erstatningsgrunnlag, var det Ringnes' tapte salgsvolum som skulle erstattes. Mindretallet i Høyesterett var – naturlig nok – enig i dette.

Den nærmere fastsettelsen av salgsvolumet var mer problematisk. Aass anførte at om det ikke hadde lansert ølet under varemerket LUNDETANGEN, ville det i stedet ha lansert det under et annet merke, og også et slikt ølmerke ville tatt en del av Ringnes' omsetning. Denne anførselen ble imidlertid forkastet, under henvisning til at Aass ikke hadde sannsynliggjort at bryggeriet ville lansert et annet ølmerke dersom Lundetangen-ølet ikke var blitt lansert. Etter dette fastsatte mindretallet erstatningen på grunnlag av et antatt salgstap tilsvarende $\frac{3}{4}$ av Aass' samlede omsetning, i overensstemmelse med Ringnes' egne beregninger.

Mindretallet i Lundetangen-dommen gikk ikke nærmere inn på prinsippene for vurderingen av *årsakssammenheng*. Premissene synes imidlertid basert på den – etter vår mening korrekte – oppfatning, at omsetningen av øl under varemerket LUNDETANGEN

⁶⁷ Jf. Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 317–319 med henvisninger til rettspraksis. Se også Nils Nygaard, Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak, LoR 2000 s. 515 på s. 523–525 og Skoghøy *op.cit.* (note 64) s. 679.

⁶⁸ Se nærmere Nils J. Sejersted *op.cit.* (note 1) s. 126–127.

måtte bedømmes som *én årsaksfaktor*, og at det var denne årsaksfaktoren som hadde voldt skaden. Man kan med andre ord ikke konstruere et imaginært skille mellom (den ulovlige) varemerkebruken og (det isolert sett lovlige) salget av de fysiske produkter, og på det grunnlaget vurdere skaden som forvoldt av to separate årsaksfaktorer.⁶⁹ Iallfall kan man ikke bedømme de to imaginære faktorene – varemerkebruken og vareomsetningen – som *selvstendig virkende årsaker*, de må i tilfelle vurderes som *samvirkende skadeårsaker*. I så fall harmonerer det best med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper å anse årsakssammenheng for å foreligge, og pålegge skadevolderen ansvar for hele skaden. Ved den *erstatningsrettslige* vurderingen kan det ikke anses relevant at *verdiskapningen* på *krenkerens* hånd muligvis også kan føres tilbake til andre forhold enn selve varemerkebruken (f.eks. hans egen salgsinnsats, eller resepten for Lundetangen-ølet); dette er forhold som har med krenkerens *berikelse* å gjøre, ikke med rettighetshaverens *tap*.⁷⁰

Skal man ved vurderingen av årsakssammenheng legge noen vekt på den imaginære omsetning av varer *uten* det rettsbeskyttede varemerket, måtte det være under synsvinkelen *hypotetisk skadeårsak*: Skaden ville inntruffet selv om den rettsstridige omsetningen tenkes bort, fordi skadevolderen i så fall hadde solgt ølet under et annet (lovlig) varemerke. Men heller ikke en slik synsmåte er etter vår oppfatning treffende. I Lundetangen-saken forkastet mindretallet anførselen om den hypotetiske skadeforvoldelse, under henvisning til at det ikke var sannsynliggjort at Aass – dersom det ikke hadde lansert ølet under varemerket LUNDETANGEN – ville lansert det under et annet varemerke. Mindretallet tok dermed ikke stilling til om inngriperens handlingsalternativ prinsipielt kunne tenkes relevant, som en hypotetisk skadeårsak, men bygget på at inngriperen i så fall måtte ha bevisbyrden for at den hypotetiske skadeårsaken ville inntrådt, en bevisbyrde som etter mindretallets mening ikke var oppfylt.

Etter vår oppfatning bør slike tilfeller – der *skadevolderen* anfører at han *kunne handlet annerledes*, og helt eller delvis forårsaket samme skade på lovlige måte – ikke henføres under erstatningsrettens lære om hypotetiske skadeårsaker. Når spørsmålet om hypotetiske skadeårsaker har vært drøftet i praksis, har det knyttet seg til anførsler om at skaden likevel ville inntruffet – helt eller delvis – som følge enten av *skadelidtes eget*

⁶⁹ Jf. imidlertid Birger Stuevold Lassen, Varemerket LUNDETANGEN, kommentar til Høyesteretts dom i Rt. 1999 s. 1725, Nytt fra Privatretten nr. 1/2000 s. 11, som bemerker at det ikke er «umiddelbart innlysende for den som leser dommen at varemerkeinnngrepet er årsak til hele det salgstap det beregnes ut fra». Se også Astri Lund, Kommentar til Lundetangen-dommen, NIR 2000 s. 461 på s. 467, som stiller spørsmål om det er «så sikkert at det var bruken av varemerket «Lundetangen» som var årsaken til Aass' salgssuksess, og ikke opplysningen om at pilsnerølet var brygget etter samme oppskrift som den Lundetangen Bryggeri AS brukte».

⁷⁰ Jf. ovenfor i note 46.

forhold, av *hendelige begivenheter* eller av *andre ansvarlige årsaker*.⁷¹ Etter vår oppfatning stiller det seg ganske annerledes når den påberopte hypotetiske skadeårsak – som i vårt tilfelle – er *skadevolderens eget handlingsalternativ*. Det er vanskelig å se hvordan skadevolderen kan føre sannsynlighetsbevis for at han ville valgt et annet handlingsalternativ, når han vitterlig har handlet som han gjorde. Skadevolderen må, med andre ord, ta konsekvensen av sitt valg – han kan ikke påberope seg at han *kunne ha voldt tilsvarende skade ved lovlige midler*.⁷²

Velger man likevel å bedømme skadevolderens handlingsalternativ som en hypotetisk årsaksfaktor, som prinsipielt kan komme i betraktning, blir spørsmålet hvor stort salgsvolum rettighetshaveren ville tapt under det hypotetiske scenarium. Det tapte salgsvolumet er en rent hypotetisk størrelse, og det blir dermed ikke spørsmål om å føre bevis i vanlig forstand, men om å *underbygge hypotesen*. En annen sak er at faktiske omstendigheter kan påberopes til støtte for eller mot en fremlagt hypotese.⁷³ I et slikt

⁷¹ Se omtalen av dommen i Rt. 2001 s. 320 nedenfor, samt de ytterligere avgjørelser som er nevnt i note 74. – Det vi her betegner «hypotetiske skadeårsaker» er en del av et mer omfattende problemkompleks knyttet til betydningen av *hypotetiske hendelsesforløp*, som også omfatter bl.a. spørsmålet om skadevolder *kunne* hindret skaden om han handlet annerledes, jf. f.eks. Rt. 2000 s. 679 (DnB Fonds). I de sistnevnte tilfellene bebreides saksøkte en *unntatelse*, og han anfører til sitt forsvar at skaden *ikke kunne vært unngått* selv om handlingen *hadde vært foretatt*. I slike tilfeller kommer det hypotetiske handlingsalternativet opp fordi skadelidte anfører at den påståtte skadevolder skulle foretatt en bestemt handling, som han ikke har utført. Det er altså ikke saksøkte som påberoper at han kunne handlet annerledes, men skadelidte som påberoper at han skulle handlet annerledes. Her må naturligvis saksøkte kunne påberope at det anførte handlingsalternativet ikke ville hindret skaden. Kravet om at handlingsalternativet ville hindret skaden betegnes i erstatningslitteraturen undertiden «kravet om hindringssammenheng», jf. Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 298–299 og Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 5. utg., Bergen 2000 s. 318–321.

⁷² Norsk praksis synes ikke å inneholde noen klare retningslinjer for behandlingen av slike tilfeller. Standpunktet i teksten ovenfor underbygges etter vår oppfatning av de legislative hensynene som ligger til grunn for erstatningsreglene (jf. under 2 ovenfor) og harmonerer med oppfatningen internasjonalt, jf. A.M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, i André Tunc (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI (Torts), Tübingen 1983, kap. 7 på s. 80: «there is a strong argument for saying that causal connection between conduct and harm exists except in the case where the lawful conduct would have brought about the harm in a manner substantially indistinguishable in point of time, place, manner and detail of occurrence from what occurred ... In all other instances the conduct in its wrongful aspect is a *conditio sine qua non* of the harm as and when it occurred, and the *conditio sine qua non* rule is therefore satisfied.» Særlig sterkt står denne synsmåten der skadevolderen har unnlatt å følge en foreskrevet prosedyre – i de tilfellene vi her behandler: å innhente rettighetshaverens tillatelse, evt. å søke tvangslisens der det er hjemmel for dette – fordi man ellers ville «nullify the procedural guarantee» (Honoré *op.cit.* på s. 81). Se også Baumbach og Hefermehl, *Wettbewerbsrecht*, 21. utg. ved Wolfgang Hefermehl, München 1999 s. 356.

⁷³ Jf. Nygaard, *op.cit.* (note 67) på s. 517.

perspektiv blir det også her spørsmål om hvem som har «bevisbyrden» eller «tvilsrisikoen» for hypotesen, og om vanlige bevisregler for øvrig gjelder, f.eks. kravet om sannsynlighetsovervekt. De samme spørsmål oppstår der skadelidtes eget forhold eller hendelige begivenheter påberopes som hypotetiske årsaksfaktorer.

Mens skadelidte normalt har tvilsrisikoen for faktisk årsakssammenheng, er situasjonen i noen grad annerledes for hypotetiske årsaksforhold. I Rt. 2001 s. 320, som gjaldt en drosjesjåførs erstatningskrav for tapt ervervsevne etter en bilulykke, og hvor det oppsto spørsmål om og eventuelt i hvilken utstrekning invaliditeten kunne tilbakeføres til ulykken, kom førstvoterende med nokså prinsipielle uttalelser om dette:

Det er i rettspraksis lagt til grunn at spørsmålet om det foreligger årsakssammenheng må avgjøres ut fra hva som finnes mest sannsynlig, og hvis det er tvil om dette, må tvilsrisikoen påhvile skadelidte. Dette gjelder ikke bare i forhold til spørsmålet om ulykken har bidratt til utvikling av skaden, men må som utgangspunkt også gjelde i forhold til spørsmålet om bidraget fra ulykken har vært nødvendig for at skaden skulle inntre. Dersom det fra den som ansvar blir rettet mot, blir hevdet at hvis ulykken ikke hadde inntruffet, ville skade ha inntrådt av en annen årsak, må imidlertid tvilsrisikoen gå over på denne, såfremt den alternative skadeårsak ikke har noe med den aktuelle ulykke å gjøre, se for eksempel Rt. 1984 side 466, 1996 side 1718, 1998 side 186 og 1999 side 1473 (Stokkedommen).

Selv om uttalelsen gjelder personskadeerstatning, må den anses relevant også for vår problemstilling, fordi den sier noe om hvordan Høyesterett håndterer påstander om hypotetiske årsakers innflytelse på skaden. Noen av de dommer Høyesterett henviser til, samt enkelte andre som pålegger skadevolderen tvilsrisikoen for påberopte hypotetiske skadeårsaker, gjelder da også rent formuestap.⁷⁴ Av alle disse dommene kan det

⁷⁴ Jf. Rt. 1996 s. 1718 (Spaniahus), om en norsk banks ansvar for at en kunde tapte innbetalt kjøpesum for et hus i Spania som selgeren ikke hadde hjemmel til. Den norske banken hadde fått i oppdrag å overføre kjøpesummen til en spansk bank som skulle videreoverføre pengene til selgeren mot at denne stilte en bankgaranti. Den norske banken valgte imidlertid feil overføringsmåte, hvorpå den spanske banken videreoverførte betalingen uten at det ble stilt bankgaranti. Pengene gikk tapt. Den norske banken ble holdt erstatningsansvarlig overfor kunden, men påberopte seg at pengene ville gått tapt i alle tilfeller, idet det var overveiende sannsynlig at bankgarantien fra den spanske banken ville vært verdiløs. Høyesterett avviste anførselen, og uttalte bl.a. at «når banken til sitt forsvar påberoper seg at skaden også ville oppstått under alternative og hypotetiske hendelsesforløp, knytter det seg så stor usikkerhet til de alternative forløp at usikkerheten må gå ut over banken». Rt. 1998 s. 186 (SR-Bank) gjaldt en banks ansvar for urettmessig realisasjon av pantsatt hotelleiendom, med den følge at hotellet mistet sin leierett. Bankens hevdet bl.a. at leieretten ville gått tapt under enhver omstendighet. Høyesterett avviste ikke at dette kunne vært tilfellet, men la bevisbyrden på banken bl.a. med henvisning til bankens uaktsomme opptreden. Bevisbyrden for alternative tapsårsaker ble også pålagt skadevolderen i Rt. 1993 s. 20, vedrørende en styreformanns erstatningsansvar overfor selskapets kreditorer for tap de led som følge av styreformannens disposisjoner, og i Rt. 1998 s. 740, der en advokat ble ilagt erstatningsansvar overfor sin klient for å ha unnlatt å avbryte en foreldelsesfrist. Se også Rt. 2000 s. 679 (DnB Fonds) om ansvar for finansiell rådgivning.

utledes at skadevolderen har tvilsrisikoen for hypotetiske hendelsesforløp som han hevder ville påvirket skadeomfanget.⁷⁵ Dette betyr f.eks. at tvilsrisikoen påhviler produsenten av piratdekodere som hevder at hans kunder ikke ville kjøpt lovlige dekodere selv om han hadde latt være å selge de ulovlige, eller at de ville valgt en annen leverandør enn den krenkede rettighetshaver (jf. dommen fra Agder lagmannsrett nevnt ovenfor under 7.1). Begrunnelsen for å legge bevisbyrden for hypotetiske skadeårsaker og andre hypotetiske hendelsesforløp på skadevolderen, synes – iallfall i en del avgjørelser – å ha sammenheng med at det har vært utvist skyld, og at dette gjør det rimelig å legge bevisbyrden på den som har opptrådt klanderverdig.⁷⁶ Det kan derfor ikke utelukkes at plasseringen av bevisbyrden kan bli annerledes der ansvar bygges på objektivt grunnlag.

⁷⁵ Jf. Skoghøy, *op.cit.* (note 64) på s. 679, som med henvisning til Høyesteretts praksis uttaler at «Høyesterett har i flere avgjørelser lagt til grunn at det er den som ansvar blir gjort gjeldende mot, som har tvilsrisikoen for *alternativ og hypotetiske hendelsesforløp*». Nygaard *op.cit.* (note 67) på s. 531 flg. drøfter plassering av tvilsrisikoen for omfang av inntekts- og driftstap, og konkluderer med at flere høyesterettsdommer viser at tvilsrisikoen «i visse tilfeller» skal plasseres hos skadevolder. Ifølge Nygaard vil dette være tilfeller der skadevolder påstår at det hypotetiske erstatningsnivået ville vært lavere enn en antatt «normalutvikling», se petitavsnittet nedenfor. Se også Lødrup *op.cit.* (note 9) s. 329–330, som uttaler at «tvil om en ... hypotetisk utvikling må normalt ramme skadevolderen, som må ha bevisbyrden for at skaden også ellers hadde skjedd», men at det nok er «behov for unntak etter en konkret vurdering», samt Hagstrøm *op.cit.* (note 15) på s. 168. Se også Rt. 1970 s. 871 (Håbrand), der saksøkte Marthinussen urettmessig hadde eksportert håbrand utenom eksportsamarbeidet med Italiagruppen, som han selv var del av. Fisken var eksportert i frossen tilstand, men Italiagruppen mente erstatningen måtte baseres på fortjenesten ved eksport av fersk håbrand, som var høyere. Hertil innvendte Marthinussen at det av forskjellige grunner ikke var mulig å eksportere fisken fersk. De forhold Marthinussen påberopte som medvirkende til tapet, var i og for seg ikke hypotetiske, men etter hans mening reelle. Likevel ble det lagt til grunn at han «måtte føre et meget sterkt sannsynlighetsbevis for at intet av hans eksport kunne ha skjedd som fersk» (s. 876). Grunnen til at han ble pålagt en så streng bevisbyrde, synes å ha vært at det var han selv som tok valget mht. eksportmåte, samt at han hadde økonomiske interesser i en fryserivirksomhet, og dermed en fordel av å eksportere fisken frossen. Omstendighetene i dommen kan sammenlignes med et tilfelle der en inngriper bevisst velger å utnytte den beskyttede gjenstand, fordi han har en økonomisk interesse i dette. Selv om dommen ikke gjelder hypotetiske skadeårsaker, gir den støtte for et strengt beviskrav for påberopte omstendigheter ved handlinger foretatt i skadevolderens egen interesse, og bør av den grunn kunne anvendes som argument for tilsvarende strenge beviskrav i immaterialrettssaker.

⁷⁶ Se Rt. 1984 s. 466 (kvigedommen), Rt. 1998 s. 186 (SR-Bank) og Rt. 1998 s. 740 (advokatansvar), der Høyesterett uttrykkelig legger vekt på skadevolderens opptreden ved plasseringen av bevisbyrden. Nygaard *op.cit.* (note 67) på s. 531 antyder at det i de dommer som ikke uttrykkelig trekker frem skadevolderens uaktomme forhold «kanskje meir [er] tale om ei objektiv plassering av tvilsrisikoen». Slutningen synes noe dristig på bakgrunn av at culpa var ansvarsgrunnlaget i alle de saker som trekkes frem.

Det har vært hevdet at Høyesteretts praksis vedrørende tvilsrisikoen for hypotetiske årsaksforhold synes å ta utgangspunkt i en tenkt «normalutvikling» dersom skaden ikke hadde skjedd. Skadevolderen har i det perspektivet tvilsrisikoen for at det hypotetiske nivået ville blitt lavere enn en slik normalutvikling tilsier.⁷⁷ Ved beregning av omsetningstap ved immaterialrettskrenkelser blir det i så fall spørsmål om hva som ville være en normal utvikling uten skaden. Det mest håndfaste holdepunkt man har i slike saker er inngriperens egen omsetning. Som nevnt ovenfor under 6, er det ingen nødvendig sammenheng mellom inngriperens vinning og rettighetshaverens tap, men inngriperens vinning kan i mangel av andre holdepunkter være et brukbart utgangspunkt ved erstatningsberegningen. Det ville imidlertid føre for langt å la inngriperens vinning danne utgangspunktet for den tenkte normalutvikling, og dermed legge tvilsrisikoen på inngriperen for at utviklingen ville ført til et lavere tap, i *alle* tilfeller der det foreligger ansvarsgrunnlag. Rettspraksis i erstatningssaker rekker neppe lengre enn til å pålegge inngriperen tvilsrisikoen for *hypotetiske* årsaksforhold som han hevder ville redusert eller eliminert rettighetshaverens egne salgsinntekter.⁷⁸ Det grunn til å anta at rettighetshaveren har tvilsrisikoen for særlige eller ekstraordinære inntekter han hevder han ville hatt dersom inngrepet ikke hadde skjedd. Hva som må antas ville vært en «normal utvikling» uten skaden må bedømmes ut fra den enkelte sak.

I tillegg til spørsmålet om hvem som har tvilsrisikoen for hypotetiske årsaksforhold, blir det spørsmål om hvilke *beviskrav* som skal stilles i slike situasjoner. I den foran nevnte dommen i Rt. 2001 s. 320 uttalte Høyesterett at det «heller ikke i denne relasjon kan ... stilles kvalifiserte beviskrav», men at det var «tilstrekkelig at det foreligger sannsynlighetsovervekt». Dette kan imidlertid ikke gjelde som en generell regel. Det må f.eks. også i denne sammenheng stilles strengere beviskrav ved forsettlig eller grovt uaktsomme krenkelser, jf. f.eks. Rt. 1970 s. 871 (Håbrand), og nærmere ovenfor under 7.2. Uansett vil det ofte være tilstrekkelig å konstatere at inngriperen har tvilsrisikoen for det hypotetiske hendelsesforløp, fordi det ofte vil knytte seg stor usikkerhet til dette, og isåfall får det ikke avgjørende betydning om man stiller vanlige eller kvalifiserte beviskrav.⁷⁹

8. BEHOV FOR YTTERLIGERE KOMPENSASJON – OPPREISNING

Tilbake står spørsmålet om man i alle tilfeller må nøye seg med «minimumsregelen» om vederlag, supplert med de alminnelige regler om berikelse og erstatning for økonomisk tap. Som skissert innledningsvis kan det være situasjoner der det vanskelig lar seg hevde – enn mindre *dokumentere* – at rettighetshaveren har hatt et tap utover det krav på vederlag eller lisensavgift han har gått glipp av som følge av den ulovlige handling. Spørsmålet er om dagens erstatningsregler gir rom for ytterligere kompensasjon i slike tilfeller – et spørsmål hvis aktualitet ikke minst skyldes det tankekors som knytter seg til

⁷⁷ Jf. Nygaard *op.cit.* s. 535–536.

⁷⁸ Som nevnt ovenfor ved note 55, kan imidlertid mye tale for å plassere bevisbyrden for at tapet ikke tilsvare inngriperens vinning hos inngriperen ved *forsettlig* eller *grovt uaktsomme* krenkelser.

⁷⁹ Jf. Skoghøy *op.cit.* (note 64) s. 680.

et system der skadevolderen regelmessig ikke risikerer noe mer ved å foreta inngrepet enn han måtte betalt om han hadde bedt om tillatelse, et system som naturligvis ikke kan sies å oppfordre til respekt for rettighetene.⁸⁰

Ved forsettlig eller grovt uaktsomme overtredelser ligger det som nevnt en mulighet i å tilkjenne rettighetshaveren et vederlag som overstiger markedsprisen, under henvisning til at rettighetshaveren har krav på et vederlag som er «rimelig», hensett til den rettsstridige utnyttelse, jf. ovenfor under 5.2. Selv om grunnlaget for en slik regel foreløpig er noe sparsomt, spesielt på opphavsrettens område, har domstolene en oppfordring til å tillegge prevensjonshensynet større vekt der inngriperen ellers ville sluppet unna med å betale vanlig lisensavgift.⁸¹

En annen mulighet ligger i *oppreisningsinstituttet*. Tradisjonelt har skadeserstatning og oppreisning vært sett på som vesensforskjellige sanksjoner, der erstatning bare skal kompensere for økonomisk tap, mens oppreisning skal dekke ikke-økonomisk skade – typisk sjelelige påkjenninger uten direkte økonomiske følger. Videre har man ment at oppreisning bare kan tilkjennes der det foreligger særlig lovhjemmel, mens erstatning kan baseres på alminnelige, ulovfestede erstatningsprinsipper.⁸² Erstatning har man sett som en kompensasjonsform, mens oppreisning har blitt ansett for å ha et pønalt anstrøk.⁸³ Det tradisjonelle synet skulle på immaterialrettens område medføre at oppreisning bare kan tilkjennes for brudd på opphavsmenns, utøvende kunstneres, og

⁸⁰ Jf. Gaarder *op.cit.* s. 253 note 4 med henvisning til Torben Lund, *Ophavsret*, København 1961 s. 302. Jf. også det forhold at de fleste immaterialrettigheter er eneretter og ikke vederlagsrettigheter, se note 2 ovenfor, samt Møgelvang-Hansen og Riis *op.cit.* (note 1) s. 181.

⁸¹ Jf. Kongsberg byretts dom av 9. februar 1999 (note 11), som viser til en dom fra Agder lagmannsrett vedrørende erstatningskrav som følge av manglende innbetaling av ncb-avgift (vederlag for innspilling av andres komposisjoner), der det ble uttalt at «lagmannsretten vil ikke unnlate å nevne at det på dette området kan være mye som taler for en friere måte å beregne erstatningen på ... [E]n slik friere og mindre stiv måte å beregne erstatningen på antas det [imidlertid] ... ikke å være hjemmel for i norsk rett i dag» (gjengitt etter Kongsberg byretts dom). Kongsberg byrett sluttet seg til denne uttalelsen i sin dom om erstatning for underlisensiering av programvare (jf. ovenfor under 1). Etter vår oppfatning inntar disse domstoler en for forsiktig holdning ved utmåling av erstatning for immaterialrettskrenkelser. En annen – og etter vårt skjønn riktigere – innstilling finner vi i Borgarting lagmannsretts dom i RG 1999 s. 330 (MOCS), der det fremheves at «det skal også tas hensyn til at erstatningen ikke skal dekke et avtalt vederlag, men en opphavsrettslig krenkelse ...», og at «preventive hensyn taler for at det skal koste mer å krenke loven enn å følge den».

⁸² Jf. Kristen Andersen, Erstatning for ideell skade, i *Forhandlinger på Det 25. nordiske juristmøte*, Oslo 1969 s. 344–355 på s. 346.

⁸³ Jf. f.eks. Fredrik Stang, Erstatningsansvar, Kristiania 1919 s. 369–370. Se nærmere om eldre rettsoppfatninger Herman Scheel, Om Erstatning for ikke-økonomisk Skade, i *Forhandlingene ved Det 9. nordiske juristmøte*, Kristiania 1899, bilag IV (en tidligere versjon av avhandlingen finnes i TfR 1893 s. 432–461) og Kristen Andersen *op.cit.* (note 82).

avbildede personers rettigheter, da lovhjemmel kun finnes for slike rettsbrudd (åvl. § 55 første ledd annet punktum). Symptomatisk nok er åndsverklovens oppreisningsregel særskilt begrunnet i de ideelle interesser som gjør seg gjeldende på dette området, uten at regelen er *begrenset* til overtredelser av de såkalte ideelle rettigheter («droit moral»).

Man kan imidlertid stille spørsmål om hvor treffende det tradisjonelle syn på forholdet mellom erstatning og oppreisning er. Det kan nok ha en del for seg for de respektive begrepenes kjerneområder, men det er samtidig egnet til å tilsløre de vesentlige likhetspunkter og gråsoner som eksisterer mellom de to kompensasjonsformene. Når kravene til bevis for økonomisk tap reduseres i den alminnelige erstatningsrett, nærmer erstatningen seg en kompensasjon for ikke-økonomisk tap, iallfall om man definerer ikke-økonomisk tap som tap som ikke direkte lar seg måle i penger. Og når man lempet på beviskravene for økonomisk tap, er det fordi dokumentasjonsproblemene og prevensjonshensynet er fremtredende, de samme hensynene som ligger til grunn for oppreisningsbestemmelsene i f.eks. skadeserstatningsloven (skl.) §§ 3-5 og 3-6.

Et godt eksempel på at oppreisning kan fylle mye av den samme funksjon som erstatning, er dommen i Rt. 1987 s. 764. Bakgrunnen var en artikkel i Verdens Gang, som fulgte i kjølvannet av Alexander Kielland-ulykken. Så vel overskriften på førstesiden samt artikkelen inne i avisen bar bud om at oljeriggene på Alexander Kielland-plattformen led av alvorlige konstruksjonsfeil som kunne føre til totalhavarier. Senere erkjente Verdens Gang at påstandene var grunnløse. I saken som fulgte krevet Aker oppreisning etter skl § 3-6, som gjelder ærekrenkelser og krenkelser av privatlivets fred. Aker fikk medhold i at beskyldningene var ærekrenkende, og dessuten i at oppreisning etter bestemmelsen kunne tilkjennes en juridisk person – et spørsmål som til da hadde vært uavklart. Allerede det at oppreisningen ble tilkjent en juridisk person, viser at det dreier seg om noe mer enn kompensasjon for sjelelige lidelser. En kunne kanskje forventet at spørsmålet om juridiske personers eventuelle rettsvern etter bestemmelsen hadde vært nevnt i forarbeidene, om det hadde vært meningen at oppreisning skulle kunne tilkjennes i slike tilfeller, men førstvoterende la større vekt på de generelle hensyn bak bestemmelsene, som ikke tilsa noen forskjellsbehandling mellom personer og andre rettssubjekter (s. 773):

Dette gjelder prevensjonshensynet, og ønsket om å kunne bruke oppreisningsinstituttet hvor tap vanskelig lar seg beviset ... Begge disse hensyn gjør seg gjeldende enten den krenkede er en fysisk eller juridisk person. Jeg ser etter dette ingen avgjørende grunn til at juridiske personer ikke skulle kunne tilkjennes oppreisning ... En bedrift eller annen organisasjon kan få sitt omdømme skadet gjennom en injurie, og det kan oppstå samarbeidsvanskeligheter og andre problemer i det indre miljø. Riktignok kan denne type skade gi grunnlag for erstatningskrav, men jeg finner dette ikke avgjørende når erstatningsmomentene vanskelig lar seg verifisere og måle.

Førstvoterendes argumenter for oppreisning er ikke relevante bare for ærekrenkelsesens område, de har en videre bærekraft. Nettopp henvisningene til prevensjonstanken og dokumentasjonsproblemet har en særlig interesse også for immaterialrettsområdet.⁸⁴ Det er naturlig å se det slik at oppreisningsinstituttet i dette tilfellet bevisst ble brukt for å kompensere også for økonomisk tap som ikke lot seg konkretisere. Prinsipielt viser dette at man kan kompensere for ikke-konkretiserbart økonomisk tap fra to innfalls-vinkler: Enten med utgangspunkt i oppreisningsreglene, hvis dekningsområde utvides ved at man også tar hensyn til tap av økonomisk karakter, eller med utgangspunkt i erstatningsreglene, hvis dekningsområde utvides ved at man også tar hensyn til tap som vanskelig lar seg dokumentere. Resultatet kan i en del tilfeller bli det samme enten man velger det ene eller det andre utgangspunktet.

Hvis det er riktig – slik vi har antatt – at det er klare likhetstrekk i begrunnelse og virkning mellom erstatning og oppreisning innenfor det området det her gjelder, burde tesen kunne belegges gjennom å vise til grensetilfeller, der det kan være uklart om en står overfor det ene eller andre. Vi mener slikt belegg finnes. Det klareste eksemplet er kanskje Rt. 1964 s. 54, (Glamox). Glamox produserte belyningsarmaturer etter en hemmelig prosess – den såkalte glamoxeringsprosessen – som ga en enestående høy refleksjonskoeffisient, hele 96 %. Dette ble slått stort opp i reklamen, som betegnet den høye refleksjonsgraden som en «belysningsteknisk sensasjon». Etter noen tid viste det seg imidlertid at armaturene ga ubehagelig sterke refleksjoner, og Glamox gikk over til å matte dem slik at refleksjonskoeffisienten bare ble omkring 82 %. Reklamen ble imidlertid ikke forandret. Glamox ble deretter saksøkt av fire konkurrenter, som hadde hatt mindre hell med seg i markedet, og ble avkrevd erstatning for det tap konkurrentene mente å være påført ved den villedende reklamen. Konkurrentene fikk medhold i at det forelå ansvarsgrunnlag etter den dagjeldende konkurranseloven, som på dette

⁸⁴ Det kan i denne forbindelse nevnes at det i 1986 ble innført en slags oppreisningsbestemmelse i den svenske patentlovens § 58: «Vid bestämmande av ersättnings storlek skall hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annat än rent ekonomisk betydelse.» Senere er tilsvarende bestemmelser innført i kretsmønsterloven, varemerkeloven, mønsterloven, firمالoven og loven om planteforedlerrett. Meningen er at det – ut over den konkrete, økonomiske skade – kan tas hensyn til partenes forhold, graden av skyld, inngriperens fortjeneste mv., jf. Koktvedgaard og Levin *op.cit.* (note 1) s. 425. Prevensjonshensynet og hensynet til bevisproblemene på immaterialrettsområdet sto sentralt i begrunnelsen for innføringen av de nye reglene, jf. Edvard Nilsson, Ideel skada – ersättningsrätt och ersättningsnivå, i Forhandlingerne på Det 32. nordiske juristmøde, Reykjavik 1990 s. 105–150 på s. 132–133: «En riktpunkt för bestämmandet av skadestånd enligt de angivna bestämmelserna är att skadeståndet inte får bli så lågt att det blir ekonomiskt lönsammare att göra ett obehörigt intrång i någon annans rätt än att förvärva rättigheten på ett legitimt sätt. En omständighet som kan få betydelse är skadevällarens vinst, eftersom det oftast torde vara lättare att utreda denna vinst än att beräkna den skadelidandes uteblivna vinst.»

punkt stort sett svarer til den någjeldende markedsføringslov. Spørsmålet var imidlertid hvorledes tapet skulle beregnes. Riktignok hadde Glamox hatt stor fremgang, mens konkurrentenes virksomhet var stagnert eller gått tilbake. I hvilken grad dette skyldtes reklamen eller andre forhold, var derimot uklart.

Førstvoterende erkjente at tapsutmålingen var «forbundet med meget store vanskeligheter. Eksakte bevis og eksakte beregninger vil i tilfeller som dette ikke kunne skaffes. Man blir henvist til et skjønn, og på et nokså løst grunnlag. Det forhold at erstatningsberegningen er vanskelig og forbundet med stor usikkerhet, kan imidlertid ikke føre til at erstatning nektes når det ansees godtgjort at tap foreligger» (s. 71). Deretter pekte han på en del momenter som kunne ha betydning for vurderingen, og fastsatte en skjønsmessig erstatning på til sammen 54 000 kr (som tilsvarer mellom 400 000 og 500 000 etter dagens pengeverdi).

Én dommer ville imidlertid ikke slutte seg til dette resultatet. Han var på flere punkter uenig med flertallet, men det som her interesserer er bare hans syn på erstatningsutmålingen, og særlig på betydningen av den usikkerhet som gjorde seg gjeldende. Det var betegnende, mente han, at saksøkerne var tilkjent vidt forskjellige beløp av de forskjellige retter; 60 000 av byretten, 120 000 av lagmannsretten, og altså 54 000 av Høyesteretts flertall. Tapet var av saksøkerne beregnet til 517 322, men kravet begrenset til 300 000. Den dissenterende dommer uttalte:

Etter min mening er ingen av disse beløp et riktigere uttrykk for erstatning enn et annet. Forholdet er at fastsettelsen av de enkelte erstatningsbeløp i denne sak nødvendigvis nærmest blir ren gjetning. Vi befinner oss i grunnen utenfor området for egentlig erstatning. De beløp som tilkjennes har mer karakter av en oppreisning eller av godtgjørelse for tort eller lignende. Å tilkjenne erstatning på dette grunnlag har vi imidlertid ikke hjemmel for. Erstatningsreglene vil i så fall komme i fare for å flyte helt ut.

Det er ikke vanskelig å være enig med den dissenterende dommer i at erstatningsutmålingen var ren gjetning. Kanskje var ikke gjetningen særlig god en gang. Det fortelles iallfall at Høyesterett etter dette fikk julekort fra Glamox' direktør hvert år, der han hadde gleden av å meddele de høystærverdige dommene bedriftens seneste omsetningstall, som viste at fremgangen hadde fortsatt i samme takt etter at den ulovlige reklamen var blitt fjernet.⁸⁵ Men selv om usikkerheten er så stor at man må fastsette erstatningen etter en ren rimelighetsvurdering, og selv om det er riktig, som den dissenterende dommer fremholdt, at en slik kompensasjon har karakter av oppreisning, har vi stor sympati for det resultat flertallet kom til. Dersom man skulle fulgt dissidentens linje, ville det i mange tilfeller nærmest være fritt frem for den rettsstridige markedsføring.

⁸⁵ Jf. Gunnar Nerdrum, diskusjonsinnlegg på Det 35. nordiske juristmøtet, Oslo 1999 s. 871–872.

Hvis det er slik – som flertallet kom til i Glamox-saken – at man kan tilkjenne en erstatning som i sin karakter nærmer seg oppreisning, er det naturlig å stille spørsmål om man ikke like gjerne kan ta skrittet fullt ut, og tilkjenne oppreisning på ulovfestet grunnlag. I stedet for å tilkjenne et skjønsmessig beløp som utgis for å være et anslag over det økonomiske tapet, tilkjenner man oppreisning, som også inkluderer kompensasjon for et eventuelt økonomisk tap. Med andre ord erkjenner man åpent hva kompensasjonen baserer seg på, og unngår de nokså luftige gjetningene som domstolene praktiserer i dag.⁸⁶

Den tradisjonelle oppfatningen har vært at man ikke kan dét; oppreisning krever hjemmel i lov. Men dette er en gammel oppfatning, utviklet i en tid da oppreisning hadde en mer ekstraordinær karakter enn i dag. Siden den gang har oppreisning i større grad gått over til å bli et ordinært kompensasjonsmiddel; hjemlene har blitt flere og anvendelsen av dem mer aktiv. Allerede i 1925 noterte åndsverklovkomiteen, under ledelse av Ragnar Knoph, at antallet unntakelser fra prinsippet om at det bare er økonomisk tap som skulle erstattes, hadde vist en voksende tendens.⁸⁷ «Men ennu,» uttalte den, «er utviklingen ikke kommet lenger, enn at det forlanges positiv lovhjemmel, hvis den skadelidende skal kunne få erstattet den skade av ikke-økonomisk art som han har lidt». Dette ble altså uttalt for mer enn 75 år siden. Og siden den gang har utviklingen på området kommet et langt skritt videre. Det er fristende å si at tiden nå må være moden.

⁸⁶ Et særlig og praktisk spørsmål i forlengelsen av det her nevnte, er om domstolene kan tilkjenne oppreisning i tilfeller der rettighetshaveren ikke har krevd dette særskilt. I dommen fra Kongsberg byrett av 9. februar 1999 (jf. ovenfor), unnlot retten å ta stilling til om det var grunnlag for oppreisning fordi dette ikke var påstått, jf. tvistemålslovens § 85 som bestemmer at retten ikke kan gå utover de fremsatte påstander annet enn i saker der partene ikke har fri rådighet over tvistegjenstanden. Sett hen til den flytende grensen som her er påvist mellom erstatning for ikke-dokumenterbart økonomisk tap og oppreisning, kan det hevdes at domstolene *har adgang* til å vurdere om det foreligger grunnlag for oppreisning i den grad rettighetshaverens krav må forstås som et krav om økonomisk kompensasjon for den ulovlige handling, smnl. Skoghøy *op.cit.* (note 64) s. 704. Endring av rettsgrunnlag er i denne sammenheng ikke ensbetydende med at kravet endres, jf. Tore Schei, *Tvistemålsloven med kommentarer*, 2. utg., Oslo 1998 s. 316 med henvisninger til relevant rettspraksis (jf. bokens side 363).

⁸⁷ Innst. 1925 s. 53. Se også Scheels avhandling fra 1899 (note 83) på s. 34, der han om det den gang foreliggende forslaget til oppreisningsbestemmelser i straffelovens ikrafttredelseslov bemerket: «Uagtet man altsaa foreløbig bør være fornoiet med at komme saa langt frem, som de foreslaaede Bestemmelser fører, er der vistnok al Grund til at betragte den derved etablerede Tilstand alene som et Overgangsstadium. Det lader sig vanskelig nægte, at den Grænse, disse Bestemmelser optrækker for Erstatningspligten for ikke økonomisk Skade, er uden Holdning i theoretisk Henseende og alene retfærdiggjøres ved praktiske Hensigtsmæssighedsbetragtninger, der ialfald for en væsentlig Del grunder sig paa forbigaaende Forhold.»