



NORGES HØYESTERETT

Den 7. februar 2023 ble det av Høyesteretts ankeutvalg med dommerne Ringnes, Falch og Bergh i

HR-2023-249-U, (sak nr. 22-179295SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

Konstali Helsenor AS

(advokat Erik Engeland)

mot

A

Start Medical AS

B

(advokat Josefine Ardem)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder lagmannsrettens avvisning av krav om vinningsavståelse for opphavsrettskrenkelse.
- (2) Konstali Helsenor AS har reist søksmål mot Start Medical AS, A og B med krav om erstatning for ansvarsbetingende handlinger ved oppstart av konkurrerende virksomhet, samt krav om kompensasjon for inngrep i selskapets opphavsrett. Konstali Helsenor og Start Medical er konkurrenter i markedet for helsebemanningstjenester. A og B er eiere av, og ansatte i, Start Medical.
- (3) Oslo tingrett avsa 21. mars 2022 dom, hvor Start Medical, A og B ble dømt til betale til sammen 521 000 kroner i erstatning til Konstali Helsenor for illojal rekruttering av vikarer og for husleiekostnader. De ble derimot frifunnet for øvrige krav mot dem, herunder krav om kompensasjon for opphavsrettsinngrep.
- (4) Konstali Helsenor anket dommen.
- (5) Under saksforberedelsen gjorde Start Medical, A og B gjeldende at Konstali Helsenor hadde fremsatt nye krav for lagmannsretten, som måtte avvises. Borgarting lagmannsrett avsa 9. november 2022 kjennelse med slik slutning:
 - «1. Helsenors krav om vinningsavståelse etter åndsverkloven § 81 bokstav c eller på ulovfestet grunnlag avvises.
 2. Begjæringen om avvisning av Helsenors krav om erstatning på ulovfestet grunnlag for brudd på markedsføringsloven § 25 tas ikke til følge.

3. Begjæringen om avvisning av Helsenors krav om lisensavgift på ulovfestet grunnlag tas ikke til følge.»

- (6) *Konstali Helsenor AS* har anket lagmannsrettens avvisningskjennelse, slutningen punkt 1, til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen, bevisbedømmelsen og saksbehandlingen.
- (7) Det er blant annet anført at lagmannsrettens avvisning av kravet om vinningsavståelse er i strid med HR-2022-2222-A avsnitt 60 *Kystgjerdet*, og at det både overfor tingretten og lagmannsretten ble krevd at retten vurderer alle utmålingsgrunnlagene i åndsverkloven § 81.
- (8) *Start Medical AS, A og B* har anført at lagmannsrettens rettsanvendelse, bevisbedømmelse og saksbehandling er korrekt.
- (9) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at avvisningskjennelsen er truffet av lagmannsretten som første instans. Ankeutvalget har da full kompetanse, jf. tvisteloven § 30-3 første ledd, jf. § 29-3 første ledd.
- (10) Åndsverkloven § 81 regulerer vederlag, herunder vinningsavståelse, og erstatning ved opphavsrettskrenkelse. Første ledd i bestemmelsen lyder slik:
- «Den som forsettlig eller uaktsomt gjør inngrep i en annens rett eller på annen måte overtrer denne loven, skal betale til den forurettede:
- a. rimelig vederlag for bruken, samt erstatning for skade som følge av overtreddelsen som ikke ville oppstått ved avtale om bruk
- b. erstatning for skade som følge av overtreddelsen, eller
- c. vederlag svarende til vinningen som er oppnådd ved overtreddelsen.
- Vederlag og erstatning fastsettes etter det av grunnlagene i bokstav a til c som er gunstigst for den forurettede. Ved utmålingen av vederlag og erstatning for forsettlig eller grovt uaktsomt overtreddelse tas det også hensyn til ikke-økonomisk skade påført den forurettede ved overtreddelsen.»
- (11) Etter andre ledd kan det kreves det dobbelte av rimelig vederlag for bruken dersom det er handlet forsettlig eller grovt uaktsomt.
- (12) Det er ikke omstridt at *Konstali Helsenor* for tingretten gjorde gjeldende krav etter åndsverkloven § 81. Det ble krevd vederlag for bruken – lisensavgift – etter § 81 første ledd bokstav a. I tillegg ble det krevd erstatning. Ankeutvalget forstår det slik at erstatningskravet bygde dels på første ledd bokstav a og dels på første ledd bokstav b.
- (13) I anken til lagmannsretten ble det også krevd vinningsavståelse etter første ledd bokstav c.
- (14) Etter tvisteloven § 29-4 første ledd kan en anke til lagmannsretten som utgangspunkt bare omfatte «krav som er avgjort ved den avgjørelsen som ankes». Lagmannsrettens kjennelse bygger på at *Konstali Helsenor* ikke krevde vinningsavståelse for tingretten, og på at når dette kreves for lagmannsretten, er det tale om nytt *krav* i tvistelovens forstand. Lagmannsretten fant ikke grunnlag for å anvende unntaksreglene i tvisteloven § 29-4 andre og tredje ledd, og kravet om vinningsavståelse ble avvist.

- (15) Hva som etter tvisteloven er ett og samme krav, har betydning i ulike sammenhenger. En sentral virkning av at et krav er avgjort i en sak, er at det foreligger en rettskraftig avgjørelse. Dette medfører blant annet at det ikke kan reises en ny sak om det samme kravet, se tvisteloven § 19-15 tredje ledd.
- (16) Åndsverkloven § 81 første ledd bokstavene a til c og andre ledd regulerer vederlag og erstatning på ulike grunnlag. Samtidig følger det av første ledd at vederlag og erstatning fastsettes etter det grunnlaget «som er gunstigst for den forurettede».
- (17) Bestemmelsen er langt på vei likelydende med varemerkeloven § 58 første og andre ledd. Forholdet mellom de ulike alternativene i denne bestemmelsen i varemerkeloven ved en rettslig behandling, er i HR-2022-2222 *Kystgjerdet* avsnitt 60 beskrevet slik:
- «Det må etter dette anses klart at retten skal vurdere alle de påberopte utmålingsgrunnlagene når dette er nødvendig for å komme frem til det utmålingsalternativet som er best for rettighetshaveren. Hvor langt retten skal gå i prøvingen vil bero på bevisbildet. Det kan ikke kreves at retten skal foreta en «millimeterutregning» for alle alternativene. Det vil være tilstrekkelig å foreta en mer overordnet vurdering av hvilket alternativ som etter bevisførselen oppfyller kravene til sannsynlighetsbevis og som peker seg ut som det høyeste.»
- (18) Samtidig fremhever Høyesterett i samme avgjørelse avsnitt 57 at de ulike utmålingsalternativene bygger på separate rettsstiftende forhold. Retten kan derfor ikke bygge på et utmålingsalternativ som ikke er påberopt, jf. regelen i tvisteloven § 11-2 første ledd andre punktum om at retten bare kan bygge på påberopte påstandsgrunnlag. Dette er likevel ikke avgjørende for spørsmålet om det foreligger ett eller flere krav.
- (19) Den sammenhengen mellom utmålingsalternativene som følger av loven, og som er beskrevet i kystgjerdedommen, må etter ankeutvalgets syn medføre at krav om vederlag, erstatning og vinningsavståelse etter åndsverkloven § 81 utgjør samme krav uavhengig av hvilke alternativer som er påberopt og tingretten har tatt stilling til. Utvalget ser det som tilstrekkelig å vise til rettskraftreglene. Når loven fastsetter at de ulike utmålingsalternativene skal vurderes samlet, kan det ikke være slik at bare enkelte av dem er rettskraftig avgjort, med den virkning at det senere kan reises ny sak bygd på et annet alternativ.
- (20) Etter dette bygger lagmannsrettens avgjørelse på en uriktig rettsanvendelse. Slutningen punkt 1 må da oppheves.
- (21) Konstali Helsenor har vunnet saken for Høyesterett og har krav på dekning av sine sakskostnader. Det er fremlagt sakskostnadsoppgave på totalt 77 000 kroner inkludert merverdiavgift for 18 timers arbeid. Ankeutvalget bemerker at den ankende part i anken og etterfølgende prosesskriv har vidløftiggjort saken. Nødvendige kostnader til salær, jf. tvisteloven § 20-5, settes til 38 500 kroner. I tillegg kommer rettsgebyret med 7 338 kroner.
- (22) Det er ikke krevd sakskostnader for lagmannsretten.
- (23) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G

Lagmannsrettens kjennelse, slutningen punkt 1, oppheves.

I sakskostnader for Høyesterett betaler Start Medical AS, A og B – én for alle og alle for én – til Konstali Helsenor AS 45 838 – førtifemtusenåttehundreogtrettiåtte – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.

Ingvald Falch
(sign.)

Arne Ringnes
(sign.)

Espen Bergh
(sign.)