

## D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 18. nóvember 2009 í máli nr. E-4598/2006:

**Sigríður Anna Jónsdóttir f.h. ófjárráða dóttur**  
sinnar

**Írenu Rutar Sigríðardóttur.**

*(Ívar Pálsson hdl.)*

gegn

**CU2 ehf.**

*(Guðrún Hólmsteinsdóttir hdl.)*

**Biðskýlinu Njarðvík ehf.**

*(Ólafur Lúther Einarsson hdl.)*

Mál þetta er höfðað 17. ágúst 2006. Það var tekið til dóms 21. október sl. Stefnandi er Sigríður Anna Jónsdóttir, Baldursgötu 8, Reykjanesbæ, f.h. ófjárráða dóttur sinnar, Írenu Rutar Sigríðardóttur.

Stefndu eru CU2 ehf., Stangarhyl 6, Reykjavík og Biðskýlið Njarðvík ehf., Hólagötu 20, Reykjanesbæ.

### Dómkröfur

Dómkröfur stefnanda eru þær að stefndu, CU2 ehf. og Biðskýlið Njarðvík ehf., verði in solidum dæmdir að greiða stefnanda 3.388.255 krónur með 4,5% ársvöxtum af 1.218.028 krónum frá 19. ágúst 2003 til 13. apríl 2005, af 3.388.255 krónum frá þeim degi til 18. ágúst 2006, en með dráttarvöxtum, samkvæmt 9. gr. sbr. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá þeim degi til greiðsludags.

Þá er krafist málskostnaðar úr hendi stefndu samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi eða mati réttarins, og taki tildæmdur málskostnaður mið af því að stefnandi er eigi virðisaukaskattskyldur.

Dómkröfur stefnda, CU2 ehf. eru þær að stefndi verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda. Til vara er þess krafist að kröfur stefnanda um skaðabætur verði lækkaðar stórlega. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar að viðbættum virðisaukaskatti úr hendi stefnanda samkvæmt málskostnaðarreikningi sem lagður verður fram við aðalmeðferð málsins.

Dómkröfur stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf., eru þær að hann verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda og honum tildæmdur málskostnaður að mati dómsins.

Með úrskurði dómsins, uppkveðnum 14. mars 2008, var fallist á kröfu stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf., um að leitað yrði ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins um tiltekin atriði. Með dómi Hæstaréttar Íslands, uppkveðnum 29. apríl 2008, var úrskurður héraðsdóms felldur úr gildi.

## **Málavextir**

Málavextir eru þeir að hinn 19. ágúst árið 2003 neytti Írena Rut svokallaðs „Sour Blast“ sælgætisúða sem stefnandi staðhæfir að hafi verið keyptur í söluturni stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf. Um er að ræða eldsúran vökva sem seldur er í úðabrúsa og er eingöngu ætlaður til notkunar í afar smáum skömmtum hverju sinni í formi úða. Er gert ráð fyrir að vökvans sé neytt með þeim hætti að neytandinn sprauti honum upp í sig beint úr umbúðunum.

Írenu Rut, sem á þessum tíma var 5 ára gömul, tókst að opna umbúðir sælgætisúðans þannig að mögulegt var að súpa á vökvanum. Saup Írena Rut í kjölfarið á vökvanum. Þar sem vökvinn er eldsúr, enda eingöngu ætlaður til notkunar í afar smáum skömmtum í formi úða, svelgdist Írenu Rut á vökvanum. Varð það til þess að hluti hins súra vökva rann ofan í lungu barnsins.

Hefur Írena Rut haft þrálát einkenni frá lungum síðan og ekki náð fullum bata þrátt fyrir umfangsmikla lækni meðferð. Í matsgerð dómkvaddra matsmanna, þeirra Þorsteins Blöndal yfirlæknis og Stefáns Más Stefánssonar prófessors, dags. 29. júní 2007, segir að Írena Rut hafi ekki náð fyrri heilsu af völdum þess heilsutjóns sem hún hlaut vegna þessa atviks. Hún hafi hlotið varanlegt mein þannig að miðblað hægra lunga loftist ekki eðlilega og muni ekki nýtast henni til öndunar. Þar að auki sé hætta á endurteknum sýkingum þarna. Í ljósi þessa meta matsmenn varanlegan miska Írenu Rutar 8%. Varanleg öroka hennar er einnig metin 8%.

Stefndi, CU2 ehf., er innflutningsaðili úðans hingað til lands en sælgætisúðinn er framleiddur í Bandaríkjum Norður Ameríku

Með bréfi lögmanns stefnanda til stefnda, CU2 ehf., dags. 9. júní 2004, var félaginu gerð grein fyrir ástandi stefnanda á þeim tíma og óskað eftir upplýsingum um hvert tryggingafélag stefnda CU2 ehf. væri. Engin viðbrögð bárust af hálfu stefnda CU2

ehf. við því bréfi.

Með bréfi til stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf., var stefnda, Biðskýlinu Njarðvík ehf., gerð grein fyrir ástandi stefnanda og leitað eftir upplýsingum um það hvort stefndi, Biðskýlið Njarðvík ehf., hefði keypt sælgætisúðann hjá stefnda, CU2 ehf. Var beiðnin ítrekuð með bréfi 23. febrúar 2005. Stefnandi kveður forsvarsmann stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf., hafa upplýst munnlega að félagið hefði keypt sælgætisúðann hjá stefnda CU2 ehf. Þáverandi framkvæmdastjóri stefnda CU2 ehf., Valdimar Hermannsson, hafi gert grein fyrir því í viðtali við DV, þann 28. ágúst 2003, að stefndi CU2 ehf. hefði flutt inn sælgætisúðann. Það hafi þó ekki verið fyrr en þann 21. júní 2006 að forsvarsmenn stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf., hafi sent lögmanni stefnanda afrit af reikningi frá stefnda þar sem fram komi að Biðskýlið Njarðvík ehf. hafi keypt 36 stk. sælgætisúða/súrt spray af stefnda CU2 ehf. 31. júlí 2003.

Stefnandi krefur stefndu í máli þessu in solidum um skaðabætur að fjárhæð 3.388.255 krónur ásamt vöxtum. Báðir stefndu hafna bótaskyldu.

### **Málsástæður stefnanda og lagarök**

Stefnandi byggir kröfur sínar í málinu aðallega á ákvæðum laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð. Hann vísar til þess að samkvæmt 1. gr. laganna gildi löginn um skaðabótaábyrgð framleiðanda og dreifingaraðila sem hljótist af ágalla vöru sem þeir hafa framleitt eða dreift. Í 2. gr. komi m.a. fram að greiða skuli bætur vegna líkamstjóns og fyrir missi framfæranda.

Samkvæmt 2. mgr. 4. gr. laganna um skaðsemisábyrgð teljist hver sá aðili framleiðandi, í skilningi laganna, sem í atvinnuskyni flytji vöru til landsins í þeim tilgangi að selja hana eða versla með hana á annan hátt. Stefndi CU2 ehf. teljist því framleiðandi sælgætisúðans í skilningi laganna þar sem sælgætisúðinn sé framleiddur í Bandaríkjunum Norður Ameríku. Samkvæmt 3. mgr. 4. gr. teljist dreifingaraðili hver sá sem í atvinnuskyni dreifi vöru án þess að teljast framleiðandi. Stefndi, Biðskýlið Njarðvík ehf., teljist því dreifingaraðili í skilningi laganna um skaðsemisábyrgð.

Samkvæmt 6. gr. laga um skaðsemisábyrgð skuli framleiðandi greiða bætur fyrir tjón sem rakið verði til ágalla á vöru sem hann hafi framleitt eða dreift. Dreifingaraðilar beri og beina ábyrgð á skaðsemistjóni gagnvart tjónþola samkvæmt 10. gr. laganna.

Hugtakið ágalli sé skilgreint í 1. mgr. 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð. Samkvæmt greininni teljist vara haldin ágalla:

„... þegar hún sé ekki svo örugg sem með réttu mátti vænta eftir öllum aðstæðum, einkum eftirfarandi:

*Hvernig hún var boðin og kynnt.*

*Notkun þeirri sem með sanngirni mátti gera ráð fyrir.*

*Hvenær vöru var dreift.*“

Stefnandi telur að hinn margumræddi sælgætisúði og umbúðir hans hafi ekki verið svo öruggar sem vænta mátti eftir öllum aðstæðum. Sælgætisúðinn sé framleiddur og markaðssettur sem neysluvara til barna auk þess sem hann sé seldur í söluturnum þar sem stór hluti viðskiptavina séu börn. Telur stefnandi að gera verði sérstaklega ríkar kröfur til þeirra sem framleiða og dreifa sælgæti og vörum sem beint er að börnum um að varan sé ekki haldin hættulegum eiginleikum hvað varðar innihald, umbúðir og kynningu vörunnar. Jafnframt verði að telja það mikið gáleysi af söluturni stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf., að selja 5 ára gömlu barni slíka vöru.

Fyrir liggi, m.t.t. afleiðinga á heilsufar stefnanda, að innihald sælgætisúðans sé mjög hættulegt og geti haft í för með sér varanlegt líkamlegt tjón lendi vökvinn í lungum. Sælgætisúðanum hafi ekki fylgt upplýsingar til að tryggja skaðlausa notkun úðans, s.s. eins og viðvörun um að hættulegt sé að opna flöskuna og drekka af henni. Þá séu umbúðir sælgætisúðans, þrátt fyrir gallsúrt innihald hans og þá tilhneigingu barna að taka hluti í sundur og prófa notkun þeirra með ýmsum hætti, ekki útbúnar þannig að þær komi í veg fyrir að vökvans sé neytt með þeim hætti sem gerðist í tilfelli stefnanda. Þannig sé auðvelt, jafnvel fyrir ung börn, að opna flöskuna og innbyrða innihald hennar í stórum skömmtum.

Með vísan til framangreinds telur stefnandi að umræddur sælgætisúði og umbúðir hans hafi ekki verið svo öruggur sem neytandi mátti með réttu vænta. Sælgætisúðinn hafi þannig verið haldinn ágalla í skilningi 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð sem stefndu beri óskipta skaðbótaábyrgð á samkvæmt 6., 10. og 11. gr. laga um skaðsemisábyrgð.

Til stuðnings kröfu sinni vísar stefnandi einnig til sakarreglu skaðabótaréttar og strangra óskráðra bótareglna um tjón sem almennur neytandi verði fyrir af völdum varnings sem seldur sé almenningi m.a. vísan til óskráðra réttarreglna og sjónarmiða um neytendavernd, sem stefnandi telur að eigi sér fordæmi í dómum Hæstaréttar.

Um útreikning skaðabótakröfu stefnanda á hendur stefndu fari að skaðabótalögum nr. 50/1993 eins og þau voru í gildi á slysdegi. Til grundvallar bótaútreikningi liggi matsgerð dómkvaddra matsmanna, Þorsteins Blöndals yfirlæknis og Stefáns Más Stefánssonar prófessors dags. 29. júní 2007. Sundurliðist krafa stefnanda þannig:

- |                                  |                  |
|----------------------------------|------------------|
| 1. Þjáningabætur..... kr.        | 692.300          |
| 2. Varanlegur miski 15%..... kr. | 525.728          |
| 3. Varanleg örorka 12%..... kr.  | <u>2.170.227</u> |

Samtals kr. 3.388.255

Stefnandi hafi verið veik í skilningi 3. gr. skaðabótalaga í 602 daga vegna afleiðinga ásvelgingarinnar. Samkvæmt ákvæðum 3. gr. skaðabótalaga, sbr. 1. mgr. 15. gr. sömu laga, nemi þjáningabætur vegna hvers dags sem stefnandi var veik 1150 krónum miðað við lánskjaravísitölu í september 2007. Krafa vegna þjáningabóta nemi því:  $1150 \text{ krónum} \times 602 = 692.300 \text{ krónum}$ .

Um 2. tölulið

Varanlegur miski stefnanda sé 8%. Fjárhæðin sé reiknuð samkvæmt 4. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993, sbr. 15. gr. skaðabótalaga, samkvæmt lánskjaravísitölu í september 2007. Krafa vegna varanlegs miska nemi því:  $6.572.000 \text{ krónum} \times 8\% = 525.728 \text{ krónum}$ .

Varanleg örorka stefnanda sé metin 8%. Þar sem stefnandi er barn og hafi ekki haft neinar vinnutekjur sé miðað við lágmarkslaun fyrir 66 ára og yngri samkvæmt 3. mgr. 7. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993, 1.971.500 krónur miðað við lánskjaravísitölu í september 2007.

Stefnandi hafi verið 6 ára og 343 daga gömul þegar heilsufar hennar var orðið stöðugt þann 13. apríl 2005. Stuðull samkvæmt 6. gr. skaðabótalaga reiknist því þannig:

$$13,782 \text{ (stuðull f. 7 ára)} - 13,420 \text{ (stuðull f. 6 ára)} = 0,362$$

$$0,362 \times 22/365 = 0,022$$

$$13,782 - 0,022 = \underline{13,76}$$

Bætur vegna varanlegrar örorku reiknist því:  $1.971.500 \text{ krónur} \times 13,76 \times 8\% = 2.170.227 \text{ krónur}$ .

Vaxtakrafa stefnanda sé byggð á 16. gr. skaðabótalaga og 9. gr. sbr. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Vaxta sé krafist af bótum fyrir þjáningar og varanlegan miska, samkvæmt 16. gr. skaðabótalaga, frá tjónsdegi 19. ágúst 2003 til stöðugleikapunkts þann 13. apríl 2005, en af allri fjárhæðinni frá þeim degi til 18. ágúst 2006. Dráttarvaxta sé krafist frá þeim degi til greiðsludags en 18. ágúst hafi stefna verið birt stefndu.

Um varnarþing vísist til 1. mgr. 33. gr. og 1. mgr. 42. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Málskostnaðarkrafa stefnanda eigi sér stoð í 1. mgr. 129. og 1. og 3. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Krafan um virðisaukaskatt á málflutningsþóknun sé reist á lögum nr. 50/1988. Stefnandi sé

ekki virðisaukaskattskyldur og sé því nauðsynlegt að taka tillit til virðisaukaskattsins við ákvörðun málskostnaðar. Um aðild vísist til 3. mgr. 17. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

### **Málsástæður og lagarök stefnda, CU2 ehf.**

Stefndi CU2 ehf. reisir sýknukröfu sína í málinu aðallega á aðildarskorti. Verði ekki á hann fallist er byggt á því að stefndi beri hvorki hlutlæga bótaábyrgð á tjóni Írenu Rutar né ábyrgð á grundvelli sakarreglunnar. Ósannað sé að umrædd vara hafi verið haldinn ágalla í skilningi 5. gr. laga nr. 25/1991.

Stefndi mótmælir því að stefnandi hafi sýnt fram á það að Írena Rut hafi skaðast af vöru sem stefndi seldi meðstefnda, Biðskýlinu Njarðvík ehf. Stefnandi geti ekki staðfest að það hafi verið stefndi sem hafi selt meðstefnda, Biðskýlinu Njarðvík ehf., umrætt sprengisæl gæti sem hafi valdið tjóni á lungum dóttur hennar. Ekkert ákveðið vörumerki sé greint í framlögðum reikningi stefnda eða vörunúmer sem tengi það við þann brúsa sem Írena Rut átti að hafa hlotið tjónið af. Ekkert í framlögðum reikningi styðji það að þetta sé sú vara sem stefnandi telur hafa leitt til tjóns Írenu Rutar eftir notkun þess.

Stefndi telur einnig að sýkna eigi hann sökum aðildarskorts þar sem stefnandi hafi ekki sannað að hann hafi keypt vöruna hjá meðstefnda, Biðskýlinu Njarðvík ehf. Engin gögn liggja fyrir í málinu sem sanni að stefnandi hafi keypt vöruna í biðskýlinu. Þá séu heldur engin gögn sem tengi það að þær vörur sem keyptar voru samkvæmt áðurgreindum reikningi hafi verið seldar af meðstefnda, Biðskýlinu Njarðvík ehf. Reikningur um kaup meðstefnda, biðskýlisins, nægi ekki til að sanna að það hafi verið sælgætisúði frá stefnda CU2 sem hafi valdið þessu tjóni.

Verði ekki fallist á sýknu sökum aðildarskorts telur stefndi að það eigi að sýkna hann þar sem hann beri hvorki hlutlæga bótaábyrgð á tjóni Írenu Rutar né ábyrgð á grundvelli sakarreglunnar.

Stefndi hafni því að Sour Blast úðinn, sem seldur var stefnanda í ágúst 2003, sé haldinn ágalla í skilningi 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991.

Samkvæmt 5. gr. laganna teljist vara haldin ágalla þegar hún er ekki svo örugg sem með réttu megi vænta eftir öllum aðstæðum. Þegar mat sé lagt á það hvort vara sé haldin ágalla, verði að meta hvort hættan á að tjón hljótist af vörunni sé meiri en almennt megi gera ráð fyrir að geti gerst á sambærilegum vörum.

Í 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð sé nánar skýrt hvernig meta skuli ágalla og sé einn liður við það mat hvernig varan var boðin og kynnt:

Stefnandi haldi því fram að sælgætisúðinn, og umbúðir hans, hafi ekki verið nægilega öruggar sem vænta mátti eftir öllum aðstæðum. Stefnandi telji að gera verði ríkari kröfur varðandi innihald og umbúðir vara til þeirra sem framleiði vörur ætlaðar börnum. Stefnandi mótmæli þessu sem röngu og órökstuddu. Varan sé almennt seld í sjoppum og verslunum þar sem mikið magn sé til af ýmsu sælgæti. Engar sérstakar kröfur hafi verið gerðar um það að sælgæti skuli sérmerkt á

íslensku, en í reglugerð nr. 588/1993 um merkingu, auglýsingu og kynningu matvæla sé talað um að merkja á ensku eða íslensku. Umbúðirnar hafi verið í fullu samræmi við þá notkun sem varan var ætluð til. Stefndi mótmæli þeirri fullyrðingu stefnanda í stefnu að það hafi ekki fylgt leiðbeiningar á vörunni um skaðlausa notkun. Pakkningin beri með sér að þetta sé „Spray candy“. Gefi það til kynna að þetta sé sælgæti sem eigi að neyta með því að spreypja því uppí sig. Neytandi hafi gert sér fulla grein fyrir því hvernig vöru hann var að kaupa. Þá segi á vörunni að þetta sé Sour Blast. Beri það með sér að þetta ætti að vera nokkuð súrt sælgæti. Þá séu viðvaranir um notkun þar sem segi að það geti valdið óþægindum hjá aðilum með viðkvæma tungu um skemmri tíma að neyta vökvans í of stórum skömmtum auk þess sem varað sé við því að úða þessu í augun. Í áðurgreindri reglugerð sé ekki krafa um að geta aukaverkana við ranga notkun neysluvara. Stefndi mótmæli því að það hefði átt að vara neytendur við að drekka vökvann. Þá mótmæli stefndi fullyrðingu stefnanda í stefnu um að umbúðirnar hafi ekki verið útbúnar þannig að ómögulegt væri að opna þær og drekka vökvann. Engar reglur séu um sælgætisumbúðir og að það skuli gera ríkari kröfur til umbúða á vöru sem ætluð séu til neyslu barna. Framleiðandi vöru þurfi ekki við hönnun slíkra vara að gera umbúðir þannig úr garði að hugsað sé fyrir um öll möguleg uppátæki barna.

Engar aðrar athugasemdir hafi komið fram um að varan sé haldin ágalla og ekkert annað tjón hafi átt sér stað af völdum þessa sælgætis, hvorki í Bandaríkjunum né hér á Íslandi.

Þá sé einnig í 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð talað um að til skýringar á ágallahugtakinu skuli skoða notkun vöru sem með sanngirni mátti gera ráð fyrir.

Framleiðendur á umræddum Sour Blast úða geri ráð fyrir því að sælgætisins sé neytt með því að úða því uppí sig. Umbúðirnar séu þannig gerðar að það eigi að neyta sælgætisins með því að úða því upp í sig. Framleiðendur geri ekki ráð fyrir því að kaupandi ætli sér að drekka vökvann, enda sé það ekki rétt notkun hans.

Stefndi beri ekki ábyrgð á því að Írena Rut hafi tekið flöskuna í sundur og drukkið vökvann. Móðir hennar hafi átt að kynna sér innihald sælgætisins og sé það á hennar ábyrgð að gæta þess að barnið noti vöruna á réttan hátt. Ekki sé hægt að leggja það á framleiðendur vara að þeir geri ráð fyrir öllum uppátækjum barna við hönnun á umbúðum á vörum sem séu einkum ætlaðar börnum. Framleiðendur þurfi ekki að hanna umbúðir sem tryggi það að ekki sé hægt að nota vöruna rangt. Neytendur beri sjálfir ábyrgð á rangri notkun vara. Foreldri beri ábyrgð á því að gæta þess að barn noti þær vörur sem það kaupir fyrir það á réttan hátt. Það, að móðir hafi leyft 5 ára gömlu barni að borða sælgætið að henni fjarstaddri eða fara einu í sjoppu að kaupa sér sælgæti, sé á hennar ábyrgð. Það sé ekki á ábyrgð stefnda, CU2 ehf.

Í raun geti allar vörur verið hættulegar við vissar aðstæður og valdið tjóni en teljist ekki haldnar ágalla því aðrar aðstæður hafi leitt til tjónsins. Sannað sé að Írenu Rut svelgdist á við drykkjuna. Það staðfesti ekki ágalla vöru að einhverjum svelgdist á drykkju því misjafnt sé hvenær fólki svelgist á. Móðir Írenu Rutar og móðursystir séu báðar með astma, sbr. samskiptaseðil heilsugæslustöðvar, dags. 30. september 2003. Þá komi það fram að systir hennar sé einnig með astma auk þess sem móðir sé með ýmiss konar ofnæmi, sbr. göngudeildarnótu frá 31. október 2003. Stefndi telji því verulega miklar líkur vera á því að Írena Rut hafi verið viðkvæmari í

lungum en almennt gerist og þar af leiðandi hafi viðkvæm lungu hennar leitt til tjónsins við sopann á drykknum en ekki varan sjálf. Á vörunni hafi einnig verið varað við að mikið magn vörunnar gæti leitt til óþæginda í hálsi hjá viðkvæmu fólki. Verði að telja að það sé nægileg viðvörðun þar sem búast megi við því að börn úði sælgætinu í miklu magni upp í sig en framleiðendur geti ekki búist við að börn drekki þetta, enda varan ekki ætluð til slíkra nota.

Stefndi fallist því ekki á það með stefnanda að varan hafi verið haldin ágalla í skilningi 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991.

Þá komi fram í 6. gr. laga um skaðsemisábyrgð að tjónþola beri að sanna ágalla vörunnar. Stefndi telji að stefnanda hafi ekki tekist sú sönnun.

Matsgerðin sem stefnandi leggi fram sé ekki nægileg sönnun þess að varan sé haldin ágalla. Matsmenn séu ekki beðnir að leggja mat sitt á það hvort varan hafi verið gölluð í skilningi laga um skaðsemisábyrgð.

Í matsgerð sé einungis greint frá því að matsmenn telja að stúlkan hafi fengið varanlega örorku og miska þegar hún saup á sælgætisúðanum. Matsmenn geri ekki grein fyrir því hvers vegna henni svelgdist á vökvanum. Það komi fram í gögnum frá læknum að astmaeinkenni hafi verið í ættinni og hefði verið eðlilegt að matsmenn hefðu það einnig að leiðarljósi við mat sitt. Þá geri matsmenn ekki athugasemdir við það að Írena Rut skuli ekki send strax eftir atvikið í rannsókn og meðhöndlun á Landspítala enda séu þeir ekki beðnir um það. Vafinn á því leiði til þess að það gæti líka verið orsök tjónsins að hún var ekki rétt meðhöndluð strax og hefði kannski verið hægt að koma í veg fyrir tjónið með því að meðhöndla hana strax. Stefndi mótmælir því einnig að engin gögn liggi fyrir um heilsufar Írenu Rutar fyrir þann dag sem hún átti að hafa orðið fyrir umræddu tjóni. Engar læknaskýrslur fyrir 20. ágúst 2003 liggi fyrir, einungis greini læknar frá því í síðari skýrslum að heilsufarið hafi verið gott hjá Írenu Rut fyrir 19. ágúst 2003. Það sanni ekki heilsufar hennar fyrir þann tíma.

Verði því að telja að matsbeiðnin sé ekki nægilega skýr og styðji ekki á neinn hátt annað en tjón stefnanda en sanni ekki að tjónið megi rekja til þess að ágalli hafi verið á vöru er stefndi selji. Þá sé ekki hægt að fallast á það að framlagning annarra gagna staðfesti ágalla vörunnar.

Stefndi mótmæli því að hann verði talinn bera ábyrgð á tjóninu á grundvelli sakarreglunnar eins og stefnandi haldi fram í stefnu sinni. Skilyrði sakarreglunnar séu ekki uppfyllt í málinu. Þá sé ekki fallist á það með stefnanda að stefndi beri hlutlæga ábyrgð á tjóninu á grundvelli óskráðra bótareglna um tjón á grundvelli varnings. Stefndi setji þessa kröfu fram án rökstuðnings og sé hún lítið reifuð af hans hálfu. Telji stefndi sig því ekki geta fjallað frekar um hana hér.

Verði ekki fallist á að Sour Blast úðinn hafi ekki verið haldinn ágalla sé gerð krafa um lækun skaðabóta vegna eigin sakar tjónþola og móður hennar.

Stefnandi, móðir Írenu Rutar og barnið sjálft, beri ábyrgð á tjóninu. Stefndi hafi átt að leiðbeina barninu um notkun vörunnar. Þá verði að gera þá kröfu til 5 ára barna að þau geri sér grein fyrir leiðbeiningum foreldra um notkun hluta og ættu þau að hafa nægilegan þroska til að skilja slíkar leiðbeiningar. Foreldri eigi að gæta

að því hvað barn þess aðhafist. Foreldri firri sig ekki ábyrgð á tjóni sem rekja megi til rangrar notkunar vöru með því að bera fyrir sig að umbúðir hafi verið ólagi. Samkvæmt gögnum málsins hafi stefnandi enga vitneskju um það hvernig Írenu Rut tókst að opna þetta. Foreldri eigi að koma í veg fyrir slíka meðhöndlun og geri það með því að hafa eftirlit með því sem barn sé að borða, einkum þegar varað sé við ofneyslu á umbúðum.

Í 9. gr. laga um skaðsemisábyrgð sé heimild til lækkunar kröfu sökum eigin sakar og eigi sú lagagrein við hér þar sem móðir og barn hafi ekki gætt að því að nýta vöruna með fullri aðgát. Gáleysisleg meðferð vörunnar hafi verið helsti orsakavaldur tjónsins.

Stefndi mótmæli vaxtakröfu á bótum fyrir varanlega örorku frá stöðugleikapunkti þann 13. apríl 2005. Í 16. gr. skaðabótalaga sé gert ráð fyrir að vextir reiknist vegna varanlegrar örorku frá þeim degi er varanlega örorkan var metin. Það geti því í fyrsta lagi orðið þann 29. júní 2007 er matsgerð var gerð en ekki frá þeim degi er stöðugleikapunkti tjónþola var náð.

Stefndi mótmæli einnig dráttarvaxtakröfu stefnanda. Geri hann þá kröfu að dráttarvextir reiknist frá 20. október 2007 eða mánuði frá þeim degi er stefnandi lagði fram sókn í málinu, sbr. 9. gr. vaxtalaga nr. 38/2001.

Vísað sé til laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991, skaðabótalaga nr. 50/1993. meginreglna skaðabótaréttar um skaðabætur utan samninga, laga nr. 134/1995, um öryggi vöru og opinbera markaðsgæslu. Þá sé vísað í reglugerð nr. 588/1993 um merkingu, auglýsingu og kynningu matvæla. Krafan um málskostnað styðjist við 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Þá sé vísað til 3. gr. og 21. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt.

## **Málsástæður og lagarök stefnda, Biðskýlisins Njarðvík ehf.**

### Ábyrgð stefnda á grundvelli laga um skaðsemisábyrgð

Stefndi fellst á skilning stefnanda um að stefndi teljist vera dreifingaraðili í skilningi laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991, en ekki framleiðandi. Stefnandi rökstyðji bótaskyldu stefnda og meðstefnda CU2 ehf. samhliða og geri engan greinarmun á ábyrgð þeirra.

Stefnandi byggir kröfu sína gagnvart stefnda aðallega á 10. gr. laga um skaðsemisábyrgð, þ.e. meintri hlutlægrri bótaábyrgð stefnda. Í 10. gr. laganna komi eftirfarandi fram:

„Dreifingaraðili ber ábyrgð á skaðsemistjóni beint gagnvart tjónþola og síðari dreifingaraðilum.“ Í athugasemdum með þessu ákvæði í greinargerð laganna komi fram að um sé að ræða hlutlæga bótaábyrgð þeirra dreifingaraðila sem ekki teljist vera framleiðendur samkvæmt 4. gr. laganna. Einnig komi fram að ábyrgð dreifingaraðila samkvæmt 10. gr. sé háð því að framleiðandi, eða fyrri dreifingaraðilar, beri bótaábyrgð á skaðsemistjóni. Þannig megi álykta út frá þessu að eingöngu ef framleiðandi eða innflytjandi (með ábyrgð framleiðanda) séu

bótaskyldir komi bótaábyrgð dreifingaraðila samkvæmt 10. gr. til greina.

Stefndi kveðst byggja sýknukröfu sína m.a. á því að ekki sé lagagrundvöllur til að leggja hlutlæga bótaskyldu á hann sem dreifingaraðila samkvæmt lögum um skaðsemisábyrgð og samkvæmt almennum skaðabótareglum. Byggist það annars vegar á því að 10. gr. laga um skaðsemisábyrgð sé ekki í fullu samræmi við tilskipun Evrópusambandsins frá 25. júlí 1985, nr. 85/374/EBE, um samræmingu á lögum og stjórnslufyrirmælum í aðildarríkjunum vegna skaðsemisábyrgðar á gölluðum vörum, sem íslenska ríkið hafi innleitt samkvæmt skuldbindingum sínum, og hins vegar á því að ákvæði 10. gr. laganna uppfylli ekki þau skilyrði sem gerð séu til reglna sem leggi miklar kvaðir á (ákveðinn hóp) aðila, s.s. ákvæði um hlutlæga bótaábyrgð.

Orðalag 10. gr. laganna gefi ekki til kynna hlutlæga bótaábyrgð dreifingaraðila en orðalag greinargerðarinnar geri ráð fyrir því. Þarna sé því ósamræmi á milli orðalags ákvæðisins í 10. gr. laganna og athugasemda með því. Texti laganna gangi framur athugasemdum í greinargerð samkvæmt hefðbundnum lögskýringarreglum.

Gera verði þær kröfur til skýrleika lagaákvæða að einstaklingar og lögaðilar geti gert sér grein fyrir réttindum sínum og skyldum með því einu að lesa lagagreinina, sérstaklega þegar um sé að ræða verulega íþyngjandi ákvæði eins og t.d. ákvæði sem leggi á herðar einstaklinga eða lögaðila hlutlæga skaðabótaábyrgð. Ákvæði 10. gr. laga um skaðsemisábyrgð skorti þennan skýrleika og sé því ekki um nægilega skýra lagaheimild að ræða til að leggja hlutlæga bótaábyrgð á stefnda. Ljóst sé enn fremur að skýra beri svona íþyngjandi ákvæði þröngt samkvæmt almennum lögskýringarreglum.

Samningurinn um Evrópska Efnahagssvæðið hafi fengið lagagildi á Íslandi þann 1. janúar 1994, sbr. lög nr. 2/1993. Hafi samningurinn fylgt með lögunum sem fylgiskjal I. Samkvæmt 119. gr. samningsins séu viðaukar, svo og gerðir, sem vísað sé til í þeim og aðlagðar séu vegna samningsins, óaðskiljanlegur hluti hans. Í III. viðauka með samningnum sé að finna tilvísun í tilskipun ráðsins 85/374/EBE frá 25. júlí 1985 um samræmingu á lögum og stjórnslufyrirmælum í aðildarríkjunum vegna skaðsemisábyrgðar á gölluðum vörum (Stjtið. EB nr. L210, 7.8.1985, bls. 29), eins og henni var breytt með tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 1999/34/EB frá 10. maí 1999 (Stjtið. EB m. L141, 4.6.1999, bls. 20), sbr. einnig c. lið 23. gr. samningsins. Ljóst sé því að íslenska ríkinu hafi borið skylda til að innleiða efni tilskipunarinnar og aðlaga að íslenskri löggjöf. Líklega hafi verið talið af hálfu íslenska ríkisins að lög um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991 uppfylltu efnisákvæði tilskipunarinnar og væru henni samrýmanleg. Því er mótmælt af hálfu stefnda.

Eina ákvæðið í tilskipuninni sem fjalli um dreifingaraðila vöru sé að finna í 3. mgr. 3. gr. hennar. Þar segi:

„Sé ekki hægt að komast að því hver hafi búið til vöru telst hver dreifingaraðili hennar framleiðandi nema hann skýri þeim sem fyrir tjóni varð án óþarfs dráttar frá nafni og heimilisfangi framleiðanda eða þess sem afhenti honum vöruna. Þetta á líka við þegar um innflutta vöru er að ræða, beri hún ekki nafn innflytjanda, jafnvel þótt nafns framleiðanda sé getið.“

Hér sé um svokallaða varaábyrgð að ræða, þ.e. varaábyrgð dreifingaraðila ef ekki er vitað um framleiðanda eða innflytjanda. Því sé hafnað að um sé að ræða ábyrgð in solidum. Ef vitneskja sé til staðar um framleiðanda og/eða innflytjanda beri dreifingaraðili ekki ábyrgð samkvæmt þessu ákvæði tilskipunarinnar.

Þetta ákvæði tilskipunarinnar (3. mgr. 3. gr.) sé í samræmi við ákvæði 4. og 5. mgr. 3. gr. laganna um skaðsemisábyrgð. Aftur á móti sé það ekki í samræmi við 10. gr. laga um skaðsemisábyrgð enda eigi 10. gr. laganna sér enga fyrirmynd í tilskipuninni. Ákvæði 4. og 5. mgr. 3. gr. laganna og 10. gr. laganna stangist þar af leiðandi einnig á.

Ákvæði 10. gr. laga um skaðsemisábyrgð eigi sér fyrirmynd í dönsku lögunum um skaðsemisábyrgð frá 1989, þ.e. lög nr. 371/1989 frá 7. júní 1989 (produktansvar). Eins og komi fram í greinargerð með íslensku lögunum um skaðsemisábyrgð hafi frumvarpið verið sniðið eftir löggjöf EB-ríkjanna. Efni og uppsetning frumvarpsins hafi að mestu verið í samræmi við dönsku lögin um skaðsemisábyrgð, enda tilgangurinn í samræmi við löggjöf annarra Evrópuríkja. Ákvæði 10. gr. dönsku laganna hljóði svo:

„En mellehandler hæfter for produktansvar umiddelbart over for skadelidte og senere mellehandler i omsætningskæden.“

Ljóst sé að reglur 10. gr. beggja laga séu nákvæmlega eins.

Ætlunin með 10. gr. laganna hafi verið að leggja á dreifingaraðila hlutlæga bótaábyrgð eins og gert hafi verið við framleiðendur og innflytjendur.

Í máli Mikkelsen og Nielsen gegn Bilka Lavprishus og Bilka Lavprishus gegn Skov Æg hafi danski Landsrétturinn Vestra skotið nokkrum spurningum til EB-dómstólsins til forúrskurðar (mál nr. C-402/03). Spurt hafi verið fimm spurninga en mikilvægastar séu þær niðurstöður dómstólsins að tilskipunin feli í sér kröfu um fullkomna samræmingu (complete harmonisation), að ábyrgir aðilar séu tæmandi taldir í 1. og 3. gr. hennar og að hún útiloki tilvist reglu í landsrétti einstakra ríkja þar sem dreifingaraðili (supplier) sé gerður ábyrgur, að öðru leyti en komi fram í 3. mgr. 3. gr. hennar, með hlutlægri bótaábyrgð, en á grundvelli hlutlægrar ábyrgðar framleiðanda. Dómstóll EB hafi þó komist að þeirri niðurstöðu að tilskipunin útilokaði ekki reglu í landsrétti þar sem dreifingaraðili bæri ótakmarkaða ábyrgð á grundvelli sakarábyrgðar framleiðanda. Það hafi þó ekki áhrif í þessu máli.

Þess megi geta að dönsku lögunum um skaðsemisábyrgð hafi verið breytt í kjölfar forúrskurðar dómsins.

Í bókun 35 með EES-samningnum um framkvæmd EES-reglna komi eftirfarandi fram:

„Þar eð með samningi þessum er stefnt að einsleitu Evrópsku efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegum reglum, án þess að samningsaðila sé gert að framselja löggjafarvald til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins; og þar eð þessum markmiðum verður því að ná með þeirri málsmeðferð sem gildir í hverju landi um sig;

Stök grein

Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra settra laga, skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.“

Talið sé að þessari skyldu hafi íslenska ríkið fullnægt með 3. gr. EES-laga nr. 2/1993, en þar komi fram að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.

Með hliðsjón af framansögðu sé ljóst að skýra verði 10. gr. íslensku laganna um skaðsemisábyrgð til samræmis við 3. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar, sbr. bókun 35 með EES-samningnum og 3. gr. eesl, svo og almennu óskráðu lögskýringarregluna um að skýra beri landsrétt til samræmis við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands. Misræmið á milli laganna og tilskipunarinnar sé ekki mikið ef eingöngu sé litið til orðalags 10. gr. en verði þeim mun meira þegar athugasemdir með 10. gr. í greinargerðinni séu skoðaðar. Þar af leiðandi sé ekkert því til fyrirstöðu að skýra 10. gr. laganna til samræmis við ákvæði tilskipunarinnar.

Verði komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé hægt að skýra ákvæði landsréttar (lög um skaðsemisábyrgð) í samræmi við títtnefnda tilskipun vegna of mikils ósamræmis eða vegna annarra atriða, er á því byggt að ákvæði tilskipunarinnar eigi að ganga framur ákvæðum laganna um skaðsemisábyrgð. Byggi þetta m.a. á því að EES-samningnum sé í ríkum mæli ætlað að vera til hagsbóta einstaklingum og aðilum í atvinnurekstri á öllu Evrópska efnahagssvæðinu. Framkvæmd samningsins velti því á því að einstaklingar og lögaðilar í atvinnurekstri, sem tryggð séu réttindi samkvæmt samningnum, geti byggt á þeim.

Miðað við framangreinda umfjöllun, um kröfu stefnanda sem byggi á hlutlægrri bótaábyrgð samkvæmt lögum um skaðsemisábyrgð, sé ljóst, að mati stefnda, að ekki sé til staðar lagagrundvöllur til þess að leggja á herðar stefnda beina hlutlæga bótaábyrgð. Beri því að taka kröfur stefnda til greina og sýkna hann af öllum kröfum stefnanda.

#### Ábyrgð stefnda á grundvelli sakarreglunnar og samkvæmt ströngum óskráðum bótareglum

Stefnandi byggi enn fremur á því að stefndi beri skaðabótaábyrgð á grundvelli sakarreglunnar og samkvæmt ströngum óskráðum bótareglum um tjón sem almennur neytandi verði fyrir af völdum varnings sem seldur sé almenningi. Þessu sé alfarið mótmælt af hálfu stefnda.

Þessi málsástæða stefnanda sé vanreifuð. Stefnandi geri ekki reka að því að rökstyðja í stefnu af hverju stefndi eigi að bera ábyrgð á þessum grundvelli. Þannig sé ómögulegt fyrir stefnda að svara þessari málsástæðu með fullnægjandi hætti.

Þrátt fyrir framangreint verði stefndi að taka eftirfarandi fram:

Ósannað sé að stefndi hafi hagað sér á saknæman og ólögmetan hátt. Sönnunarbyrðin fyrir því hvíli á stefnanda málsins og sé því hafnað að slík sönnun hafi tekist.

Stefndi sé verslun sem selji m.a. sælgæti. Panti hann vörur frá framleiðendum, innflytjendum og/eða öðrum dreifingaraðilum til þess að selja beint til neytenda. Vörurnar komi, eins og í þessu máli, í umbúðum sem stefndi fjarlægji ekki, heldur sé neytendum ætlað að fjarlægja þær. Stefndi fái því engu ráðið um framleiðslu og gerð hennar, pökkun hennar eða flutning. Allt sé þetta á hendi annarra aðila. Þessu til stuðnings megi benda á skilgreiningu á „dreifingaraðila“ í lögum um öryggi vöru og opinbera markaðsgæslu nr. 134/1995, en samkvæmt 2. mgr. 4. gr. þeirra teljist dreifingaraðili vera hver sá í aðfangakeðjunni sem stundar starfsemi sem hefur ekki áhrif á öryggiseiginleika vöru. Það sé því með engu móti hægt að halda því fram að stefndi eða starfsmenn hans hafi hagað sér með saknæmum hætti.

Fram sé komið að það hafi verið stefnandi sem keypti sælgætisúðann handa dóttur sinni Írenu Rut, en ekki Írena sjálf. Því sé hafnað að stefndi hefði selt fimm ára barni sælgætisúðann án nærveru foreldris. Það hafi því verið á ábyrgð stefnanda að leiðbeina dóttur sinni um hvernig ætti að neyta þessa sælgætis, en það hafi verið sérstaklega mikilvægt í ljósi þess að það hafi verið gert ráð fyrir að neytendur gætu keypt áfyllingu á brúsann.

Enn fremur hefði stefnandi átt að leiðbeina Írenu Rut um notkun sælgætisúðans betur þar sem á umbúðunum komi fram að leita skuli til læknis ef þirringur í auga sé viðvarandi eftir 15 mínútna skol, fari innihald úðans í auga neytandans eða annarra. Enn fremur að sælgætið geti valdið óþægindum í tungu hjá viðkvæmum aðilum og varað sé við neyslu í of stórum skömmtum.

Ósannað sé að ólögfestar strangar bótareglur séu til staðar sem leggi bótaábyrgð á stefnda í þessu máli. Lögin um skaðsemisábyrgð hafi tekið gildi 1. janúar 1992 en frá þeim tíma hafi ekki gilt neinar ólögfestar reglur á þessu sviði skaðabótaréttarins.

### Varan haldin ágalla samkvæmt lögum um skaðsemisábyrgð

Stefndi hafni því að umræddur sælgætisúði hafi verið haldin ágalla í skilningi 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð. Samkvæmt 2. mgr. 6. gr. laganna hvíli sönnunarbyrðin á tjónþola og stefndi hafnar því að slík sönnun hafi tekist.

Samkvæmt 5. gr. laganna teljist vara vera haldin ágalla þegar hún er ekki svo örugg sem með réttu mátti vænta eftir öllum aðstæðum en svo séu tiltekna þrjár aðstæður í ákvæðinu sem verði að skoða sérstaklega. Í athugasemdum með ákvæðinu í greinargerð laganna komi fram að matið á því hvað teljist vera nægilega örugg vara verði að fara eftir almennum hlutlægum mælikvarða, en ekki sérstökum hugmyndum tjónþola um hvernig nota eigi vöruna.

Hættan á tjóni hafi ekki verið meiri en almennt megi búast við um vörur af þessari tegund. Notkunin hafi einfaldlega ekki verið hefðbundin af hálfu Írenu Rutar og í raun röng, sbr. 2. tl. 1. mgr. 5. gr. Ofan á þessa röngu notkun svelgdist

henni á, sem geti gerst við neyslu hvaða matvæla sem er, en hefði henni ekki svelgst á hefði Írena Rut aldrei orðið fyrir líkamstjóni. Stefndi beri ekki skaðabótaábyrgð á líkamstjóni Írenu Rutar vegna þess að henni svelgdist á.

Nafnið á sælgætisúðanum gefi til kynna að um súrt sælgæti sé að ræða. Rannsóknir á pH-gildi svipaðrar vöru gefi ekki til kynna að varan sem slík sé hættuleg. Benda verði á að margir lime-drykkir séu með pH-gildið 2,0 og þyki ekki hættulegir. Stefnandi hafi ekki sýnt fram á að matvæli eða drykkir með lágt pH-gildi séu hættulegir mönnum. Innihaldið hafi ekki verið hættulegt.

Stefnandi hafi ekki lagt fram gögn um önnur sambærileg mál vegna líkamstjóns sem eigi að hafa orsakast vegna neyslu á Sour-blast sælgætisúðanum. Sé um að ræða einstakan atburð með mjög óheppilegum afleiðingum.

Stefnandi byggi ekki á því að varan sjálf hafi brotið í bága við lög og reglugerðir um öryggiskröfur, s.s. lög um öryggi vöru og opinbera markaðsgæslu nr. 134/1995 eða reglugerð um merkingu, auglýsingu og kynningu matvæla nr. 588/1993.

Til viðbótar framangreindum rökum taki stefndi undir sjónarmið meðstefnda í málinu, eins og þau komi fram í greinargerð hans, og geri þau að sínum eftir því sem við geti átt. Eigi það jafnt við um málsástæður í aðal- og varakröfu meðstefnda.

Með vísan í framangreint sé ljóst að sýkna verði stefnda.

Fallist sé á fyrirliggjandi matsgerð í málinu og einnig útreikning stefnanda á kröfu um bætur á grundvelli skaðabótalaga nr. 50/1993. Þó sé ekki fallist á kröfu stefnanda um dráttarvexti frá 18. ágúst 2006, stefnubirtingardegi, en ekki hafi verið gerð fjárfkrafa í málinu á hendur stefnda fyrr en með framlagningu sóknar þann 20. september 2007. Verði stefndi talinn skaðabótaskyldur sé þess krafist að upphaf dráttarvaxta verði miðað við 20. október 2007, eða mánuði eftir að stefndi fékk gögn í hendur til að geta metið fjárhæð bóta, sbr. 1. ml. 9. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001.

Krafist sé málskostnaðar úr hendi stefnanda á grundvelli 1. mgr. 129. gr. og 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Vísad sé til laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991, einkum 3. og 10. gr., laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993, einkum 3. gr. laganna og fylgiskjal I, tilskipunar ráðsins nr. 374/85, skaðabótalaga nr. 50/1993, laga um öryggi vara og opinbera markaðsgæslu nr. 134/1995, reglugerðar um merkingu, kynningu og auglýsingu matvæla nr. 588/1993, laga um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðisins nr. 21/1994 og laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001.

## **Niðurstaða**

Af hálfu stefnanda er á því byggt að Írena Rut Sigríðardóttir, hafi orðið fyrir líkamstjóni er hún, hinn 19. ágúst 2003, saup á Sour Blast sælgætisúða.

Stefnandi, Sigríður Anna Jónsdóttir, móðir Írenu Rutar, bar fyrir dómi að hún hefði hinn 19. ágúst 2003 keypt Sour Blast sælgætisúða í Biðskýlinu í Njarðvík. Meðan hún fór inn í biðskýlið kvað hún mágkonu sína hafa beðið eftir sér í bíl fyrir utan með syni sína tvo. Hafi þær verið á leið í berjamó með börnin sín. Sigríður kvaðst hafa gefið börnunum úðann á leiðinni heim. Seinni part dags, er þær Írena Rut voru komnar heim, hafi Írena Rut komið hlaupandi til hennar og þá staðið á öndinni. Systir Írenu hafi sagt henni að Írena Rut hefði opnað brúsann með sælgætisúðanum og drukkið af honum. Kvaðst Sigríður hafa tekið Írenu og snúið henni við og bankað á hana. Við það hafi hún jafnað sig en hafi alltaf verið hóstandi. Kvaðst Sigríður hafa látið telpuna, sem þá var fimm ára gömul, sofa hjá sér alla nóttina. Hún hafi ekki verið búin að jafna sig daginn eftir.

Fyrir liggur samkvæmt gögnum málsins að daginn eftir, eða 20. ágúst 2003, var komið með Írenu Rut á Heilbrigðisstofnun Suðurnesja þar sem hún var skoðuð og tekin af henni lungnamynd.

Sigríður bar að áður en Írena Rut saup á vökvanum hafi hún úðað upp í sig. Kvað hún telpuna hafa verið hrausta fram að þessu atviki. Í dag þurfi alltaf öðru hverju að hreinsa slím og sé hún alltaf að ræskja sig. Ef hún fái kvef sé hún sífellt hóstandi.

Ester Marit Arnbjörnsdóttir, mágkona Sigríðar, bar fyrir dómi að á leið sinni í berjamó með börnin hefðu þær komið við í Biðskýlinu í Njarðvík. Sigríður hafi farið inn í sjoppuna. Kvaðst Ester Marit vita að Sigríður keypti úðann þar því dóttir hennar hafi einnig fengið sælgætisúðann.

Valdimar O. Hermannsson, fyrrverandi framkvæmdastjóri CU2, bar fyrir dómi að hann hefði verið starfandi hjá fyrirtækinu á árinu 2003. CU2 hafi verið kynningarfyrirtæki og hafi þeir verið með sælgætisúðann í kynningarsölu. Hafi þeir m.a. farið til Suðurnesja í kynningarsölu. Engar athugasemdir hafi verið gerðar við innflutning á þessari vöru.

Baldur Friðriksson, eigandi Biðskýlisins í Njarðvík, staðfesti fyrir dómi að hann hefði keypt umræddan sælgætisúða af stefnda CU2.

Stefndi, Biðskýlið Njarðvík ehf., hefur ekki andmælt því að hafa haft sælgætisúðann til sölu í verslun sinni í ágústmánuði 2003. Þá liggur fyrir samkvæmt reikningi á dskj. nr. 20 að biðskýlið keypti sælgætisúða af CU2. Í ljósi þessa, og með hliðsjón af framburði stefnanda og Esterar Maritar Arnbjörnsdóttur, verður að telja nægilega sýnt fram á að sá vökví sem Írena Rut saup á hafi verið keyptur í Biðskýlinu í Njarðvík. Með hliðsjón af framansögðu verður einnig að telja sannað að biðskýlið hafi keypt sælgætisúðann af stefnda CU2. Telst stefndu því réttilega stefnt í málinu og er ekki fallist á málsástæðu stefndu um aðildarskort.

Stefnandi byggir kröfur sínar í málinu aðallega á ákvæðum laga nr. 25/1991 um skaðsemisábyrgð, en einnig er krafa hans reist á grundvelli sakarreglunnar og á óskráðum ströngum bótareglum.

Stefndu byggja sýknukröfur sínar á því að stefndu beri hvorki hlutlæga bótaábyrgð á tjóni stefnanda né ábyrgð reista á grundvelli sakarreglunnar.

Stefndu mótmeala því að Sour Blast úðinn, sem seldur var stefnanda í ágúst 2003, hafi verið haldinn ágalla í skilningi 5. gr. laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991.

Í nefndri 5. gr. segir að vara teljist haldin ágalla þegar hún er ekki svo örugg sem með réttu mátti vænta eftir öllum aðstæðum, einkum eftirfarandi:

1. Hvernig hún var boðin og kynnt.
2. Notkun þeirri sem með sanngirni mátti gera ráð fyrir.
3. Hvenær vöru var dreift.

Í málinu liggur frammi eintak af Sour Blast úðabrúsa. Er brúsinn lítill og ber hann með sér að ætlunin sé að neyta vökvans, sem í honum er, með því að úða honum upp í sig. Rétt ofan við miðjan brúsann er hins vegar skrúfgangur og virðist tiltölulega auðvelt að opna brúsann með því að skrúfa hann þar í sundur. Samkvæmt því sem fram hefur komið gerði Írena Rut það og gat því óhindrað sopið á vökvanum. Viðvörðun er á brúsanum á ensku þar sem varað er við því að börn innan þriggja ára neyti hans. Varað er við því að úða í augu. Þá er varað við því að neyta mikils magns á stuttum tíma þar sem það geti valdið ertingu (irritation) á tungu.

Samkvæmt framburði Michaels V. Clausen barnalæknis fyrir dómi er fólki almennt ekki að svelgjast á. Ef það hins vegar gerist þá sé eitthvað sem fari ofan í öndunarfarin. Þá fari fæða niður í barkann og áfram niður í lungun. Í flestum tilvikum kvað hann fæðuna fara niður í hægri lungu. Síðan fari það eftir því á hverju fólki svelgist. Ekki skipti miklu máli ef um er að ræða vökva sem ekki er ertandi, en ef um ertandi efni er að ræða þá geti orðið verulegar skemmdir á öndunarfarunum. Ráðist það af því hvaða efni það er. Ástæðu þess að fólki svelgist á kvað hann geta verið tímabundna óstjórn á öndunarfarunum. Þá kvað hann meiri hættu á því að svelgjast á fá maður eitthvað óvænt í munninn.

Í framburði Þorsteins Blöndal, sérfræðings í lungnasjúkdómum, fyrir dómi kom fram að skaðinn fari eftir því á hverju fólki svelgist. Skaðlaust sé að svelgjast á vatni og gosdrykkjum en í tilfalli Írenu Rutar hafi pH mæling sýnt afar lága súrtölu, eða 1,5, sem sýni að komist slíkt efni í sneringu við slímhúð brenni efnið slímhúðina umsvifalítið. Í framburði hans kom einnig fram að sýrustig sé mælt á skalanum 7 til 0. Hlutlaust sýrustig sé 7. Því súrari sem vökvi sé því lægra sé sýrustigið. Taldi Michael líklegt að manni svelgist fremur á ef maður neyti vökva sem maður á ekki von á. Kvað hann það hafa komið sér á óvart hve sýrustigið í sælgætisúðanum mældist lágt.

Hermann Þórðarson, efnaverkfræðingur hjá Nýsköpunarstofnun Íslands, framkvæmdi greiningu á pH stigi, eða sýrustigi, Sour Blast sælgætisúða. Í niðurstöðu hans, sem dags. er 2. apríl 2007, kemur fram að sýnið sem hann rannsakaði barst honum í óopnuðum umbúðum. Niðurstaða hans var sú að Sour Blast mældist að meðaltali með pH stig 1,5 plús eða mínus. Framkvæmdar voru fjórar mælingar.

Hermann kom fyrir dóm til skýrslugjafar. Bar hann að sýrustig sælgætisúðans hefði verið það lágt að það reyndist vera fyrir utan staðla. Staðfesti hann það, sem áður er fram komið, að eftir því sem sýrustigið er lægra því mun súrari er lausnin. Bar hann að fyrir hvert stig aukist sýrustyrkurinn tífalt. Lausn með pH 1 sé því hundrafalt súrari en lausn með pH 3. Kvað hann flest matvæli vera á bilinu 5-8. Ávaxtasafar, berjasafar og gosdrykkir á bilinu 3-4. Mjög súrir ávextir, eins og sítrónur og lime, kvað hann vera í kringum 2 til 2,4. Munurinn á Sour Blast og gosdrykkjum sé um það bil 100 faldur ef gert sé ráð fyrir að gosdrykkir séu um 3,5. Vökvinn gæti verið um það bil þrisvar sinnum sterkari en sítróna eða upp í 10 sinnum sterkari þar sem sítrónur séu mismunandi. Taldi Hermann sýrustig úðans fyrir neðan það sem teljist eðlilegt í matvælum, súrara en hann teldi eðlilegt að reikna með í matvælum. Kannaðist Hermann ekki við að til væru reglur um pH innihald matvara.

Fyrir liggur, samkvæmt því sem að framan er rakið, að sýrustig sælgætisúðans var mjög lágt og miklu lægra en búast má við og eðlilegt má teljast í matvælum. Þá liggur fyrir að umbúðir utan um vökvann voru með þeim hætti að auðvelt var fyrir fimm ára barn að opna þær og súpa á vökvannum, sem verður að teljast óforsvaranlegt. Að barninu svelgdist á svo súrur vökva telst eðlilegt í ljósi þess sem fram kom í framburði læknanna og rakið er hér að framan. Fyrir liggur að um sælgæti er að ræða og vitað er að börn eru stór hluti neytenda slíks varnings. Með hliðsjón af því, og einnig með hliðsjón af því hvers konar efni var í sælgætisúðanum, verður að telja að varúðarorðin á umbúðum brúsans hafi verið öldungis ófullnægjandi.

Samkvæmt framansögðu er sýnt fram á það í málinu að sælgætisúðinn sem Írena Rut neytti uppfyllir skilyrði 5. gr. laga nr. 25/1991 um vöru sem haldin er ágalla.

Þorsteinn Blöndal, yfirlæknir og sérfræðingur í lungnasjúkdómum, og Stefán Már Stefánsson lagaprófessor voru dómkvaddir til þess að meta heilsutjón Írenu Rutar Stefánsdóttur sem hún taldist hafa orðið fyrir er hún saup á Sour Blast sælgætisúðanum. Matsgerð þeirra er dags. 29. júní 2007. Í niðurstöðum matsmanna segir m.a. að eftir að Írena Rut saup á súrur sælgætisdrykk hafi hún fengið hósta og samfall á miðblaði hægra lunga. Tvívegis hafi verið gerð berkjuspeglun til að soga upp slímtappa í berkju miðblaðsins, í fyrra sinni 2003 og hið síðara í júní 2004. Þetta hafi þó ekki borið árangur og samfall á miðblaði hafi áfram verið til staðar. Hafi verið fylgst reglulega með ástandi hennar á tímabilinu 2003 til febrúar 2006 og allan tímann hafi hósti verið viðvarandi. Haustið 2005 hafi hún einnig fengið lungnabólgeinkenni með hita og lausum uppgangi og hafi hún þá þurft að taka inn sýklalyf sem hún hafði verið sett á áður. Í nóvember 2005 hafi hún aftur þurft á sýklalyfjum að halda vegna sýkingareinkenna.

Skoðun dómkvaddra matsmanna er sú að umræddur atburður hafi valdið Írenu Rut heilsutjóni í hægra lunga. Í kjölfarið hafi hún fengið íferð í hægra lunga og samfall á miðblaði hægra lunga sem samkvæmt lungnamyndum hafi staðið óbreytt að mestu frá ágúst 2003 til febrúar 2006. Einkenni hafi einkum lýst sér í slímkennendum hósta og minna úthaldi að því er ætla má. Við röntgenmyndatöku 3. febrúar 2006 hafi komið í ljós að miðblaðið í hægra lunga Írenu Rutar var meira loftað og um sama leyti fóru hóstaekenni hennar batnandi.

Það sé þó afgerandi að þegar bornar eru saman fyrrgreind tölvusneiðmynd, sem gerð var 26. júní 2007, og tölvusneiðmynd frá 13. ágúst 2004, þá komi fram að ástandið sé algerlega óbreytt og að fyrri röntgenmyndir vanmeti ástand telpunnar. Hún sé með varanlegt mein þannig að miðblað hægra lunga loftist ekki eðlilega og muni samkvæmt áliti matsmanna ekki nýtast henni til öndunar. Þar að auki sé hætta á sýkingum vegna berkjuvíkkana á þessu svæði.

Niðurstaða matsmanna er sú að varanlegur miski Írenu Rutar vegna hins tilgreinda atviks, 19. ágúst 2003, sé 8%. Varanleg örorka sé 8%. Stöðugleikapunktur er ákveðinn 13. apríl 2005. Þjáningabætur ákveðast frá slysdegi 19. ágúst 2003 til 13. apríl 2005 án rúmlegu.

Ekkert í málinu bendir til að Írena Rut hafi haft lungnasjúkdóm fyrir hið umdeilda atvik. Þá hefur ekkert komið fram er bendi til að barnið hafi ekki fengið rétta meðhöndlun í kjölfar atviksins.

Í 1. mgr. 4. gr. laga nr. 25/1991 segir m.a. að framleiðandi teljist sá sem býr til fullunna vöru. Í 2. mgr. segir að auk þess skuli hver sá teljast framleiðandi sem í atvinnuskyni flytur vöru til landsins í þeim tilgangi að selja hana, leigja eða versla með hana á annan hátt.

Samkvæmt framburði Valdimars O. Hermannssonar fyrir dómi flutti CU2 inn Sour Blast sælgætisúðann. Telst félagið því framleiðandi vörunnar í skilningi 2. mgr. 4. gr. laganna. Stefndi, Biðskýlið Njarðvík ehf., telst vera dreifingaraðili samkvæmt 3. mgr. 4. gr. laganna.

Samkvæmt 6. gr. laga um skaðsemisábyrgð skal framleiðandi greiða bætur fyrir tjón sem rakið verður til ágalla vöru sem hann hefur framleitt eða dreift. Dreifingaraðili ber ábyrgð á skaðsemistjóni beint gagnvart tjónþola og síðari dreifingaraðilum, sbr. 10. gr. laganna.

Í athugasemdum með 10. frumvarps um skaðsemisábyrgð segir að sameiginlegt sé með 6. og 10. gr. að samkvæmt þeim stofnast ábyrgð án tillits til þess hvort tjón verður rakið til sakar. Ábyrgðin sé hlutlæg eftir báðum greinum. Hins vegar eru reglur þessara greina frumvarpsins frábrugðnar að því leyti að ábyrgð dreifingaraðila samkvæmt 10. gr. er háð því að framleiðandi eða fyrri dreifingaraðilar beri bótaábyrgð á skaðsemistjóni. Ábyrgð eftir 10. gr. megi því líkja við ábyrgð sjálfskuldarábyrgðarmanns.

Stefnandi hefur sýnt fram á með óvefengjanlegum hætti að hún varð fyrir líkamstjóni í kjölfar þess að hún neytti Sour Blast sælgætisúðans. Samkvæmt 6. gr. laga nr. 25/1991 ber stefndi CU2, samkvæmt því sem rakið hefur verið, skaðabótaábyrgð á því tjóni sem framleiðandi sælgætisúðans í skilningi 2. mgr. 4. gr. laga nr. 25/1991. Þá ber stefndi, Biðskýlið Njarðvík ehf., ábyrgð á tjóni stefnanda samkvæmt 10. gr. laganna. Báðir stefndu hafa stuðlað að dreifingu umræddrar vöru og því að hún var seld almenningi. Samkvæmt 11. gr. laganna bera stefndu óskipta ábyrgð á tjóni stefnanda. Þegar af þessum ástæðum þykja ekki efni til að fjalla um skaðabótaskyldu á grundvelli sakarreglunnar.

Hvort ákvæði laga um skaðsemisábyrgð nr. 25/1991 eru í andstöðu við reglur á Evrópska efnahagssvæðinu breytir engu um réttarstöðu aðila eða niðurstöðu málsins sem byggist á ákvæðum íslenskra laga.

Varakrafa stefnda CU2 byggir á eigin sök stefnanda. Í ljósi umfjöllunar um ágalla vörunnar, sbr. 5. gr. laganna um skaðsemisábyrgð, hér að framan, er ekki fallist á að um neina eigin sök sé að ræða af hálfu stefnanda málsins.

Matsgerð dómkvaddra matsmanna hefur ekki verið mótmælt sem slíkri. Þá er ekki mótmælt tölulegum útreikningi stefnanda á skaðabótakröfu sinni. Er því á hana fallist eins og hún er fram sett.

Af hálfu stefndu er mótmælt vaxtakröfu af bótum vegna varanlegrar örorku frá stöðugleikapunkti 13. apríl 2005. Samkvæmt 16. gr. skaðabótalaga nr. 50/1993 bera bætur fyrir varanlega örorku vexti frá upphafsdegi metinnar örorku samkvæmt 5. gr. Vextir af varanlegri örorku reiknast því frá 29. júní 2007, sbr. dagsetning matsgerðar dómkvaddra matsmanna. Þá er fallist á með stefndu að dráttarvexti skuli reikna frá 20. október 2007 er mánuður var liðinn frá því að endanleg kröfugerð stefnanda lá fyrir.

Samkvæmt framansögðu verða kröfur stefnanda teknar til greina að öðru leyti en því að vextir reiknast eins og greinir í dómsorði.

Samkvæmt þessari niðurstöðu ber stefndu að greiða stefnanda in solidum málskostnað sem ákveðst 1.329.536 krónur, þ.e. þóknun lögmanns stefnanda, Ívars Pálssonar hdl., 800.000 krónur, og útlagður kostnaður, 529.536 krónur, sem greiðist í ríkissjóð. Krafa um útlagðan kostnað vegna kæru til Hæstaréttar Íslands, 12.700 krónur, er ekki tekinn til greina, en telja verður að sá kostnaður sé innifalinn í 150.000 króna kærumálskostnaði sem stefnanda var tildæmdur með dómi réttarins 29. apríl 2008. Við ákvörðun málflytningaþóknunar er ekki tekið tillit til virðisaukaskatts.

Kristjana Jónsdóttir héraðsdómari kvað upp dóm þennan.

## **D Ó M S O R Ð**

Stefndu, CU2 og Biðskýlið Njarðvík ehf., greiði in solidum stefnanda, Sigríði Önnu Jónsdóttur f.h. ófjárráða dóttur hennar, 3.388.255 krónur með 4,5% ársvöxtum af 1.218.028 krónum frá 19. ágúst 2003 til 29. júní 2007, af 3.388.255 krónum frá þeim degi til 20. október 2007, en með dráttarvöxtum, samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá þeim degi til greiðsludags.

Stefndu greiði stefnanda in solidum 1.329.536 krónur í málskostnað, þ.e. þóknun lögmanns stefnanda, Ívars Pálssonar hdl., 800.000 krónur og útlagðan kostnað, 529.536 krónur, sem greiðist í ríkissjóð.

Kristjana Jónsdóttir