



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 9. juni 2022 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Henrik Bull
dommer Knut H. Kallerud
dommer Ingvald Falch
dommer Borgar Høgetveit Berg

HR-2022-1148-A, (sak nr. 21-154761SIV-HRET)
Anke over Agder lagmannsretts dom 9. juli 2021

I.

A

Nettforsk AS

(advokat Per Conradi Andersen)

mot

SinkabergHansen AS

(advokat Ida Espolin Johnson – til prøve)

II.

SinkabergHansen AS

(advokat Ida Espolin Johnson – til prøve)

mot

Nettforsk AS

A

(advokat Per Conradi Andersen)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Bull:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder ansvar for morselskap og for den som var enestyre og daglig leder i så vel morselskap som datterselskaper, for sakskostnader idømt datterselskapene i en patentsak.
- (3) A stiftet i 2004 selskapet Nettforsk AS. Som biolog interesserte han seg for metoder for bekjempelse av lakselus, som i årene etter årtusenskiftet ble et stor problem i oppdrettsnæringen. Han utviklet en metode som gikk ut på å benytte to kjemiske midler i bestemt rekkefølge, «kombinasjonsmetoden», som førte til at man trengte å tilsette mindre av hvert middel i vannet i merdene enn det som var anbefalt av produsentene.
- (4) I mars 2011 fikk Nettforsk norsk patent på metoden. Metoden er også blitt meddelt patent i flere andre land og av Den europeiske patentorganisasjon.
- (5) Det ble stiftet tre datterselskaper til Nettforsk. Aksjekapitalen i så vel morselskap som datterselskaper har vært 100 000 kroner. A har vært enestyre og daglig leder i samtlige selskaper i konsernet.
- (6) I oktober 2009 ble EcoLice AS stiftet. Dette selskapet stod for lisensiering av patentet, som fortsatt var eid av Nettforsk. Opprinnelig var Nettforsk eneste aksjonær i EcoLice, men senere overtok As bror to prosent av aksjene. Det ble i årene etter inngått noen lisensavtaler mellom EcoLice og oppdrettsbedrifter.
- (7) Music Angel Europe AS ble stiftet i mai 2011 og har Nettforsk som eneste aksjonær. Selskapet har importert og solgt minihøytalere og ladestasjoner for mobiltelefoner og lignende, og hadde særlig i årene i 2011–2016 god inntjening. De vesentligste inntektene i Nettforsk-konsernet stammer fra denne virksomheten.
- (8) Den 3. mars 2014 ble så selskapet Sea Lice Research Norway AS – heretter Sea Lice – opprettet, også dette selskapet med Nettforsk som eneste aksjonær. Et par dager senere fikk Sea Lice overført de norske patentrettighetene til kombinasjonsmetoden fra Nettforsk. Etter ytterligere noen dager ble det inngått en avtale mellom Sea Lice og EcoLice der det fremgikk at det var EcoLice som skulle forfølge alle inngrep i patentrettighetene, mens Sea Lice påtok seg å forsvare dem mot alle typer innsigelser, for eksempel gyldighetssøksmål.
- (9) Den som får et søksmål om uhjemlet bruk av et patent rettet mot seg – et inngrepssøksmål – vil gjerne svare med å anlegge et søksmål der det anføres at patentet er ugyldig. Frifinnelse i en inngrepssak kan nemlig ikke bygge på at patentet er ugyldig, med mindre dette blir fastslått i en egen gyldighetssak, jf. patentloven § 61. Inngrepssak og gyldighetssak forenes gjerne til felles behandling.
- (10) På tidspunktet for opprettelsen av Sea Lice hadde kombinasjonsmetoden møtt motbør. Statens legemiddelverk forbød 10. september 2013 markedsføring av kombinasjonsmetoden fordi ett av virkestoffene som ble brukt, var et legemiddel uten markedsføringstillatelse, som det følgelig var forbudt å reklamere for. Dermed ble det

vanskelig å skaffe nye lisenshavere. Videre ble det satt frem to innsigelser mot patentet. Patentstyret opprettholdt patentet i vedtak 27. februar 2014. Dette ble påklaget til Klagenemnda for industrielle rettigheter, som imidlertid innstilte saken da spørsmålet i stedet ble avgjort i det gyldighetssøksmålet som jeg straks kommer til.

- (11) Endelig nektet oppdrettsselskapet SinkabergHansen AS å inngå lisensavtale for sin bruk av de aktuelle virkestoffene. SinkabergHansen viste til at selskapet brukte virkemidlene med de dosene som produsentene anbefalte, ikke de lavere dosene som kombinasjonsmetoden foreskrev. Patentkravene dekket imidlertid enhver bruk av de aktuelle midlene i den foreskrevne rekkefølgen, uavhengig av dose.
- (12) Selskapene som betalte lisensavgift, gjorde det klart at de ikke ville fortsette med det dersom det ikke ble grepet inn overfor SinkabergHansen. EcoLice sendte derfor 23. februar 2014 søksmålsvarsel om inngrepssøksmål til SinkabergHansen, og 12. mars ble det tatt ut stevning.
- (13) Samme høst ble det også anlagt inngrepssøksmål mot Bindalslaks AS, som var et heleid datterselskap av SinkabergHansen. Saken ble forent med saken mot SinkabergHansen.
- (14) SinkabergHansen og Bindalslaks anla gyldighetssøksmål mot Sea Lice, for SinkabergHansens vedkommende ved stevning 10. oktober 2014. Inngrepssakene og gyldighetssakene ble forent til felles behandling.
- (15) I dom 2. juni 2015 kom Oslo tingrett til at patentet var ugyldig. Sea Lice og EcoLice ble dømt til å erstatte motpartenes sakskostnader både i inngrepssakene og gyldighetssakene. Sea Lice ble dømt til å betale 2 087 474 kroner og EcoLice til å betale 2 547 416 kroner.
- (16) Sea Lice og EcoLice anket inngrepssakene og gyldighetssakene til Borgarting lagmannsrett, som i dom 24. oktober 2016 forkastet ankene. Sea Lice og EcoLice ble ansett solidarisk ansvarlige for sakskostnadene i lagmannsretten og dømt til å betale 2 930 897 kroner til ankemotpartene.
- (17) Anke til Høyesterett ble nektet fremmet ved beslutning 9. februar 2017. SinkabergHansen og Bindalslaks ble tilkjent 100 000 kroner i sakskostnader fra Sea Lice og EcoLice i fellesskap.
- (18) Jeg omtaler i det følgende inngreps- og gyldighetssakene under ett som «patentsaken».
- (19) Sea Lice og EcoLice betalte ikke sakskostnadene ved forfall. Etter en del kontakt mellom partene fremsatte SinkabergHansen 10. mai 2017 konkursbegjæring mot Sea Lice og EcoLice. Konkurs ble åpnet i begge selskaper 14. juni 2017. Konkursbehandlingen i Sea Lice ble innstilt 12. oktober 2018 på grunn av manglende midler til fortsatt bobehandling. Konkursboet i EcoLice ble tatt opp til slutning 7. november 2018 med en dividende på i underkant av fire prosent.
- (20) Etter saksanlegg 22. juni 2018, som førte til innstilte forlikrådsforhandlinger, tok SinkabergHansen og Bindalslaks 15. juli 2019 ut søksmål mot Nettforsk som eneksjonær i EcoLice og Sea Lice og mot A som enestyre og daglig leder i samtlige selskaper med påstand om erstatning for sakskostnadene som Sea Lice og EcoLice ikke hadde betalt. Sakene mot de to saksøkte ble forent til felles behandling.

(21) Bindalslaks ble i desember 2019 innfusjonert i SinkabergHansen, slik at SinkabergHansen deretter har vært eneste saksøker.

(22) Aust-Agder tingrett avsa 22. september 2020 dom med slik domsslutning:

- «1. Nettforsk AS og A frifinnes.
2. SinkabergHansen AS dømmes til å erstatte Nettforsk AS og As saksomkostninger med kr. 544.673,- innen 2 – to – uker etter forkynt dom.»

(23) SinkabergHansen anket til Agder lagmannsrett, som 9. juli 2021 avsa dom med slik domsslutning:

«Saken mellom SinkabergHansen AS og Nettforsk AS

1. Nettforsk AS dømmes til å betale SinkabergHansen AS i alt 4.235.160 – firemillionertohundreogtrettifemtusenett hundrogseksti – kroner. Nettforsk AS er solidarisk ansvarlig med A til å betale dette beløpet.
2. Nettforsk AS dømmes til å betale SinkabergHansen AS saksomkostnader for lagmannsretten med 150.000 – etthundreogfemt titusen – kroner.
3. Nettforsk AS dømmes til å betale SinkabergHansen AS saksomkostnader for tingretten med 240.000 – tohundreogførtitusen – kroner.
4. Oppfyllelsesfristen for pengebetalingene er 2 – to – uker regnet fra forkynnelsen av dommen.

Saken mellom SinkabergHansen AS og A

1. A dømmes til å betale SinkabergHansen AS i alt 4.235.160 – firemillionertohundreogtrettifemtusenett hundrogseksti – kroner. A er solidarisk ansvarlig med Nettforsk AS til å betale dette beløpet.
2. A dømmes til å betale SinkabergHansen AS saksomkostnader for lagmannsretten med 150.000 – etthundreogfemt titusen – kroner.
3. A dømmes til å betale SinkabergHansen AS saksomkostnader for tingretten med 240.000 – tohundreogførtitusen – kroner.
4. Oppfyllelsesfristen for pengebetalingene er 2 – to – uker regnet fra forkynnelsen av dommen.»

(24) Lagmannsretten kom til at Nettforsk og A ikke kunne holdes ansvarlige for at EcoLice og Sea Lice hadde henholdsvis anlagt inngrepssøksmålene og forsvart seg i gyldighets sakene i tingretten. Etter tapet i tingretten var det imidlertid etter lagmannsrettens mening uaktsomt overfor motpartene å bevirke at sakene ble anket videre, særlig gitt den svake kapital situasjonen i EcoLice og Sea Lice og den omstendighet at sakene etter lagmannsrettens syn i hovedsak stod i samme stilling for lagmannsretten som for tingretten. Nettforsk og A ble derfor dømt til å erstatte SinkabergHansen saksomkostnadene for lagmannsretten og Høyesterett med tillegg av forsinkelsesrenter beregnet frem til avsluttet ankeforhandling for lagmannsretten i saken nå, som var 24. juni 2021.

- (25) A og Nettforsk har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. SinkabergHansen har inngitt avledet motanke. Den gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Saken står i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.

Partenes syn på saken

- (26) De ankende parter og ankemotparter i den avlede anken – *A og Nettforsk AS* – har i korte trekk anført følgende:
- (27) A og Nettforsk har ikke opptrådt uaktsomt overfor SinkabergHansen i patentsaken, hverken ved å anlegge inngrepssakene og forsvare seg i gyldighetssakene for tingretten, eller ved å anke sakene til lagmannsretten og Høyesterett. Det er heller ikke grunnlag for å gjøre noen av dem ansvarlige for SinkabergHansens sakskostnader i patentsaken på grunnlag av selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd.
- (28) Utgangspunktet i norsk rett er at bare partene i en rettssak kan holdes ansvarlige for sakskostnadene. Tvisteloven § 20-7 annet ledd åpner likevel for at tredjeparter kan trekkes inn i saken som mulig ansvarlige. Rettspraksis om ansvar for en tredjepart for sakskostnadene idømt en insolvent part viser imidlertid at det skal mye til: Standpunktet i saken må anses som urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken.
- (29) Når sakskostnadsspørsmålet i stedet forfølges i egen sak slik som her, må det kreves enda klarere holdepunkter for å holde tredjeparter ansvarlige for den tapende parts sakskostnader.
- (30) Bestemmelsen i aksjeloven § 17-1 om skyldansvar for aksjonær, daglig leder og styremedlem som i denne egenskap volder skade for andre, må ses på bakgrunn av at det er legitimt å redusere egen risiko for tap nettopp ved å velge aksjeselskapsformen for sin virksomhet.
- (31) Å legge lisensvirksomheten og rettighetene til patentet i hvert sitt datterselskap var et forretningsmessig fornuftig valg basert på planer om videre produktutvikling. Det var ikke et forsøk på å isolere Nettforsk fra risikoen for å bli idømt sakskostnader i patentsaken.
- (32) Kravet i aksjeloven § 3-4 om at selskapet skal ha en forsvarlig egenkapital, må ses i sammenheng med den virksomheten som drives, og hvilken risiko for tap man står overfor. Det kan dermed ikke oppstilles noe krav til selskapskapital for å dekke motpartens eventuelle sakskostnader i en rettsprosess uavhengig av utsiktene til at saken fører frem. Bare dersom det nærmest fremstår som «hodeløs gjerning» å føre eller forsvare seg i en sak, kan det være i strid med § 3-4, med mulighet for ansvar etter § 17-1, å gjøre dette uten tilstrekkelig kapital til å dekke motpartens sakskostnader.
- (33) I dette tilfellet var det gode utsikter til at patentsaken ville føre frem for EcoLice og Sea Lice, også etter tingrettens dom. Saken var dessuten helt avgjørende for den videre virksomheten. Det må også ha betydning.
- (34) Uansett foreligger det ikke årsakssammenheng. Det er uklart hva A og Nettforsk skulle ha gjort annerledes. I alle fall er det grunn til nedsettelse på grunn av skadelidtes medvirkning.

- (35) Det er heller ikke grunnlag for selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd. Opprettelsen av Sea Lice og oppgavefordelingen mellom EcoLice og Sea Lice var som nevnt forretningsmessig fornuftig, ikke et forsøk på å isolere Nettforsk fra sakskostnadsansvaret. Nettforsk finansierte rett nok datterselskapenes egne prosesskostnader, men det i seg selv begrunner ikke ansvarsgjennombrudd. Det som skjedde, var hverken utilbørlig overfor kreditor eller innebar noen sammenblanding mellom selskapene, som er de vilkårene som rettspraksis har oppstilt for et eventuelt ansvarsgjennombrudd.
- (36) Under enhver omstendighet var det feil av lagmannsretten å dømme A og Nettforsk til å betale deler av SinkabergHansens sakskostnader i erstatningssaken nå.
- (37) A og Nettforsk AS har nedlagt slik påstand:
- «Prinsipalt:
1. Tingrettens dom stadfestes.
 2. A og Nettforsk AS tilkjennes sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett.
- Subsidiært:
1. Lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse oppheves.
 2. A og Nettforsk AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»
- (38) Ankemotparten og ankende part i den avledede anken – *SinkabergHansen AS* – har i korte trekk anført følgende:
- (39) Under patentsaken ble adgangen etter tvisteloven § 20-7 til å trekke tredjeparter inn i saken ikke brukt fordi SinkabergHansen anså det som utenkelig at A, gjennom sine selskaper, ikke ville stå ved kostnadsansvaret i tilfelle tap. Dette kan ikke lede til noen annen terskel for medhold i erstatningskravet nå.
- (40) Det var erstatningsbetingende uaktsomt, jf. aksjeloven § 17-1 og § 3-4, å sørge for at patentsaken ble ført gjennom underkapitaliserte datterselskaper, slik at SinkabergHansen ikke fikk dekket sine sakskostnader. Både A og Nettforsk er så vel direkte ansvarlige som medvirkere til dette.
- (41) Overføringen av patentet fra Nettforsk til Sea Lice rett før saksanlegg hadde ingen aktverdig forretningsmessig begrunnelse, det ble bare gjort for å verne Nettforsk mot et sakskostnadsansvar, og Sea Lice var uten egne midler til å føre saken. Heller ikke EcoLice hadde tilstrekkelige midler til å føre inngrepssaken. Begge selskaper var avhengige av å få finansiert egne sakskostnader gjennom tilskudd – «konsernbidrag» – fra Nettforsk. Dette opplegget innebærer en uakseptabel, og dermed erstatningsbetingende, omgåelse av tvistelovens sakskostnadsregler.
- (42) I alle fall var det uaktsomt å anke etter tapet i tingretten uten tilstrekkelig finansiering, slik lagmannsretten la til grunn.

- (43) Det foreligger årsakssammenheng. A og Nettforsk hadde en rekke handlingsalternativer. Det kan ikke være aktuelt å sette ned erstatningsansvaret på grunn av skadelidtes medvirkning.
- (44) Videre er det grunnlag for ansvarsgjennombrudd. Gjennom opplegget med overføring av patentet til et underkapitalisert selskap rett før inngrepssøksmålet ble tatt ut, skjedde det en sammenblanding mellom selskapene både organisatorisk – med A i alle roller – og økonomisk. Når hensikten var å skjerme Nettforsk mot kostnadsansvaret hvis sakene ble tapt, er det også utilbørlig å gjøre aksjelovens ansvarsbegrensning gjeldende overfor en ufrivillig kreditor som SinkabergHansen. Svensk høyesterett har konstatert ansvarsgjennombrudd i en lignende sak.
- (45) A og Nettforsk er etter dette solidarisk ansvarlige for SinkabergHansens sakskostnader i patentsaken både for tingrett og lagmannsrett. De har imidlertid betalt de beløpene de ble dømt til å betale i lagmannsretten, slik at kravet for Høyesterett er redusert til å gjelde tilkjente sakskostnader for patentsaken i tingretten med tillegg av forsinkelsesrente.
- (46) Sakskostnadskravet for lagmannsretten i erstatningssaken nå fastholdes.
- (47) SinkabergHansen AS har nedlagt slik påstand:

«I saken mellom Nettforsk AS og SinkabergHansen AS

- 1) Anken forkastes.
- 2) Nettforsk AS og A dømmes en for begge, begge for en, til å betale til SinkabergHansen AS erstatning etter rettens skjønn oppad begrenset til kr. 4 634 880 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 17. juni 2015 til betaling skjer.
- 3) Nettforsk AS og A betaler en for begge, begge for en, SinkabergHansen AS' omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

I saken mellom A og SinkabergHansen AS

- 1) Anken forkastes.
- 2) A og Nettforsk AS dømmes en for begge, begge for en, til å betale til SinkabergHansen AS erstatning etter rettens skjønn oppad begrenset til kr. 4 634 880 med tillegg av forsinkelsesrenter fra 17. juni 2015 til betaling skjer.
- 3) Nettforsk AS og A betaler en for begge, begge for en, SinkabergHansen AS' omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Ansvarsspørsmålet

Rettslige utgangspunkter

- (48) Som det fremgår av tvisteloven § 20-7 første ledd, er det parten som har ansvaret for kostnadene som er idømt i en rettssak. Bestemmelsens andre ledd åpner imidlertid for at

krav om erstatning for sakskostnader fra en tredjepart «etter regler utenfor dette kapittel» kan tas med i samme sak – såkalt subjektiv kumulasjon. Bestemmelsen forutsetter altså at et slikt ansvar for en tredjepart kan eksistere, men gir ikke selv noe rettsgrunnlag for det.

(49) I Schei mfl. Tvisteloven – lovkommentar, nettutgave per 11. april 2022, heter det i punkt 2 i kommentarene til § 20-7 at annet ledd særlig tar sikte på en «ulovfestet regel, forankret i rettspraksis, om at den som anlegger sak eller benytter rettsmidler på vegne av en insolvent sammenslutning, kan bli holdt personlig ansvarlig for motpartens sakskostnader i solidaransvar med sammenslutningen».

(50) Slik det også fremgår av kommentarene, har denne regelen sitt opphav i praksis etter tvistemålsloven, som «ikke [gir] et helt entydig bilde». Det dreier seg om «en form for skyldansvar, ikke et rent risikoansvar på objektivt grunnlag»:

«Sammenslutningens standpunkt må anses urimelig sett i forhold til mulighetene for å vinne saken, og den som handler på vegne av selskapet er eller bør være klar over dette.»

(51) Skoghøy, Tvisteløsning 3. utgave side 1330, sammenfatter praksis slik:

«[U]tsikten til at søksmålet eller rettsmiddelerklæringen skal føre frem, har vært liten, og ... vedkommende har eller burde ha vært klar over at sammenslutningen var insolvent og dermed ikke ville være i stand til å gjøre opp et mulig saksomkostningsansvar.»

(52) Når kravet om erstatning for sakskostnader rettes mot en beslutningstaker i et aksjeselskap, kan disse generelle utgangspunktene forankres i selskapsrettslige regler. I Rt-1999-589, som direkte dreide seg om det kunne fremmes krav i ettertid om sakskostnadsansvar for en tredjepart – noe Høyesterett svarte bekreftende på – uttalte Høyesterett på side 591–592 at de materiellrettslige vilkårene for et slikt ansvar følger av erstatningsrettslige regler, særlig aksjeloven § 15-1, som nå er § 17-1. Denne bestemmelsen fastslår ansvar for «daglig leder, styremedlem, medlem av bedriftsforsamlingen, gransker eller aksjeeier» som «i den nevnte egenskap forsettlig eller uaktsomt» har voldt skade på «[s]elskapet, aksjeeier eller andre». Det dreier seg med andre ord om et skyldansvar. I bestemmelsens annet ledd slås det fast at en medvirker som opptrer forsettlig eller uaktsomt, kan holdes ansvarlig også når skadevolderen selv ikke kan holdes ansvarlig.

(53) Den videre omtalen av ansvaret i Rt-1999-589 følger de synspunkter jeg har gjengitt fra lovkommentaren og Skoghøy. Også i HR-2017-828-U nøyde ankeutvalget seg med å konstatere at saksøkte «burde ha forstått hva som ville bli utfallet i saken, og at selskapet ikke hadde midler til å dekke sakskostnader». Tilsvarende formulering finnes i Rt-1997-713, og i kommentarene til § 20-7 i Schei mfl. Vilråene for å idømme en tredjepart ansvar for sakskostnader synes dermed i utgangspunktet å være de samme, enten ansvaret er ilagt etter den ulovfestede læren eller forankres i aksjelovens ansvarsbestemmelse.

(54) I aksjeloven § 3-4 heter det at selskapet til enhver tid skal ha «en egenkapital og en likviditet som er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet». Det følger imidlertid ikke uten videre av det at et selskap ikke kan anlegge sak, eller anke etter å ha tapt i lavere instanser, med mindre selskapet har tilstrekkelig midler til å dekke et mulig sakskostnadsansvar – i tillegg til annen gjeld som vil være uprioritert i konkurs.

Aksjeselskapsformen innebærer en aksept av begrenset ansvar for økonomisk virksomhet. Dessuten er det ikke generelt et vilkår for å gå til sak for domstolene, eller anke etter et tap, at man kan stille sikkerhet for motpartens sakskostnader. Et slikt krav ble uttrykkelig avvist av lovgiver i forbindelse med vedtakelsen av tvisteloven, se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 287–288. Risikoen for å bli saksøkt av noen som ikke kan gjøre opp for seg, er altså en risiko alle til en viss grad kan utsettes for. Det gjelder uansett om saksøkeren er en sammenslutning med begrenset ansvar, eller om saksøkeren hefter ubegrenset, men har begrensede midler.

- (55) Når det i rettspraksis er oppstilt et ansvar for en tredjepart for en sammenslutnings sakskostnadsansvar, er dette likevel et uttrykk for at det går en grense for hva en motpart må akseptere i så måte. Et sentralt vurderingstema er da – som det følger av det jeg allerede har sitert – om troen på at sammenslutningen ville vinne saken, var «urimelig», slik det står i lovkommentaren, eller at «utsikten» til å nå frem må ha vært «liten», for å sitere Skoghøy. Jeg forstår dette slik at muligheten må være nokså beskjeden før det kan bli tale om ansvar.
- (56) I den rettspraksis som jeg til nå har nevnt, har grunnlaget for å konstatere erstatningsansvar vært konsentrert om kombinasjonen av en dårlig sak og manglende midler til å dekke idømte sakskostnader. Siden grunnlaget for en tredjeparts ansvar for en sammenslutnings sakskostnader i prinsippet er rettsordenens ansvarsregler mer generelt, må imidlertid også andre handlemåter fra tredjemanns side kunne føre til ansvar.
- (57) En aktuell problemstilling er disposisjoner i forkant av en rettssak som isolerer beslutningstakeren eller et annet selskap i et konsern fra det sakskostnadskravet som vedkommende eller selskapet ellers ville ha blitt idømt som part i tilfelle av en tapt sak. Den svenske Högsta Domstolen påla i dom 11. desember 2014 i sak T 2133-14 *Processorbolaget* eierne bak et selskap som de hadde benyttet som saksøker i et søksmål, ansvar for sakskostnadene etter at selskapet hadde tapt saken. Det ble vist til at selskapet bare hadde vært et middel for å drive rettsprosessen med begrenset ansvar for dem selv, men med fortsatt mulighet for gevinst om saken førte frem.
- (58) Högsta Domstolen begrunnet resultatet med prinsippet om selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd. Dette er også anført som et grunnlag for ansvar i saken her. I Rt-1996-672 *Kongeparken* på side 678–679 tok Høyesterett ikke direkte stilling til om det er grunnlag for ansvarsgjennombrudd i norsk selskapsrett. Det ble likevel gitt uttrykk for at et «eventuelt ansvarsgjennombrudd» måtte begrunnes hovedsakelig ut fra to typer argumenter: For det første om det fremtrer som utilbørlig overfor kreditorene å opprettholde ansvarsbegrensningen, og for det andre om det har vært en sammenblanding mellom selskapene som medfører at selve det formelle selskapsforholdet ikke fortjener vern. Det må foretas en helhetsvurdering.
- (59) Etter mitt syn kan situasjonen være slik at det er grunnlag for å konstatere erstatningsansvar etter de retningslinjene som følger av rettspraksis om tredjeparts ansvar for sakskostnader, samtidig som de vilkårene for ansvarsgjennombrudd som Høyesterett oppstilte i kongeparksaken, kan anses oppfylt. Det vil bero på en konkret vurdering.
- (60) De fleste sakene om en tredjepersons ansvar for idømte sakskostnader er avgjort etter at reglene om subjektiv kumulasjon i tvisteloven § 20-7 har vært benyttet. A og Nettforsk har anført at når motparten ikke brukt denne muligheten, men velger å forfølge kravet i en

senere sak, må det føre til at det stilles strengere beviskrav. Etter min mening kan det ikke oppstilles et slikt krav. Det kan være gode grunner til ikke å ville bebyrde en sak med å trekke inn dette spørsmålet. Noe annet er at dersom kravet forfølges i en egen sak senere, vil spørsmålet måtte avgjøres av en domstol som ikke har den samme nærhet til den opprinnelige saken, samtidig som spørsmålet nok gjerne vil bli prosedert i større bredde enn når det skal avgjøres i tilknytning til en sak som har vært konsentrert om et annet spørsmål. Det kan sette sitt preg på bevisbedømmelsen.

- (61) *Oppsummert* oppfatter jeg rettstilstanden slik at en beslutningstaker i en sammenslutning i utgangspunktet bare kan bli ansvarlig for sammenslutningens sakskostnader dersom saken har små utsikter til å føre frem, og sammenslutningen i lys av det mulige kostnadsansvaret har en uforsvarlig kapitaldekning – og den aktuelle tredjepersonen innser eller burde skjønne begge deler. Imidlertid kan ansvar også bli aktuelt i andre tilfeller, særlig dersom man gjennom disposisjoner før en rettssak forsøker å isolere seg fra et kostnadsansvar som man ellers ville ha risikert å bli idømt i egenskap av part. Det må foretas en konkret helhetsvurdering.

Den konkrete vurderingen

- (62) Jeg ser først på spørsmålet om A er ansvarlig for hele eller deler av sakskostnadene som Sea Lice og EcoLice ble idømt i patentsaken. For hans del er det i så fall tale om et erstatningsansvar basert på hans roller som daglig leder og enestyre i alle de involverte selskapene: Det var han som traff alle beslutninger om selskapsstruktur, overføring av rettigheter mellom selskapene, saksanlegg og så videre.
- (63) Som nevnt gjelder rettspraksis knyttet til ansvar for tredjepart for sakskostnader særlig saksanlegg eller anke med liten utsikt til å føre frem. Slik er ikke situasjonen i denne saken – og det er heller ikke anført. SinkabergHansen la ned betydelige ressurser i patentsaken både i tingretten og lagmannsretten og tok ikke utfallet for gitt. Jeg nevner likevel følgende:
- (64) Da EcoLice 12. mars 2014 anla inngrepssak overfor SinkabergHansen, med en nærliggende mulighet for at SinkabergHansen ville svare med et gyldighetssøksmål, hadde Patentstyret nettopp opprettholdt patentet etter å ha behandlet to innsigelser mot det. Det var da rimelig grunn til å tro – selv om det ikke var sikkert – at domstolene ville komme til samme resultat. Ble gyldighetssaken vunnet, var det videre nærliggende å tro at inngrepssøksmålet ville føre frem.
- (65) Av de samme grunnene var det heller ikke etter tapet i tingretten et urimelig standpunkt å forvente at lagmannsretten ville komme til at patentet var gyldig, og at inngrepssøksmålene ville føre frem. Da lagmannsretten behandlet saken, hadde dessuten Den europeiske patentorganisasjon opprettholdt patentet etter muntlig behandling av en innsigelse.
- (66) I sin skriftlige forklaring for Høyesterett har revisor for As selskaper uttalt at selv etter tapet i tingretten ble regnskapet basert på en antakelse om at det var mer enn 50 prosent sannsynlig at man ville vinne frem i lagmannsretten, siden Den europeiske patentorganisasjon hadde opprettholdt patentet. Så lenge sannsynligheten var mer enn 50 prosent, tilsa gjeldende standarder for god regnskapsskikk for små selskaper at det ikke skulle gjøres avsetninger for et mulig sakskostnadsansvar.

- (67) Slike vurderinger av prosessrisiko er selvsagt alltid beheftet med usikkerhet, men det er på det rene at A hele tiden har benyttet seg av kyndige rådgivere, og jeg legger til grunn at regnskapet her gjenspeiler deres vurderinger. Dermed er det etter mitt syn heller ikke grunnlag for å konstatere brudd på kapitalkravet i aksjeloven § 3-4 på grunn av manglende midler til å dekke et eventuelt sakskostnadskrav.
- (68) Om man bare legger til grunn den tilnærmingen som har vært vanlig i rettspraksis om tredjepersons ansvar for sakskostnader – en dårlig sak i kombinasjon med manglende kapital – kan A ikke bli holdt ansvarlig for sakskostnadene som ble idømt EcoLice og Sea Lice – hverken for tingretten eller lagmannsretten.
- (69) I dette tilfellet er det imidlertid grunn til også å se nærmere på As handlemåte umiddelbart før inngrepssaken. Etter at søksmålsvarsel var sendt fra EcoLice 23. februar 2014, ble Sea Lice stiftet 3. mars 2014 med Nettforsk som eneaksjonær og en aksjekapital på 100 000 kroner. Patentet ble så 5. mars 2014 besluttet overført fra Nettforsk til Sea Lice. Verdien av patentet ble satt til null kroner. Dermed var det Sea Lice, ikke Nettforsk med sine adskillig større midler, som måtte saksøkes i det gyldighetssøksmålet som sannsynligvis ville følge når EcoLice anla inngrepssøksmål, noe EcoLice gjorde 12. mars 2014. At A regnet med å bli møtt av et gyldighetssøksmål, fremgår av et intervju med ham i Dagens Næringsliv 13. mars 2014.
- (70) I sin skriftlige forklaring for Høyesterett gir A uttrykk for at hensikten med å opprette Sea Lice var å bruke dette selskapet blant annet til å arbeide for markedsføringstillatelse og utvikle et legemiddel. For å skaffe investorer måtte han da overføre patentet til det nye selskapet. En slik selskapsstruktur, med et morselskap og patentrett og lisensvirksomhet i hvert sitt datterselskap, kan nok i utgangspunktet være hensiktsmessig. Realiteten – som A må ha vært klar over – var imidlertid at inntil patentsaken eventuelt var vunnet, ville Sea Lice ikke kunne drive annen virksomhet enn å føre saken. Aksjekapitalen i Sea Lice og de inntektene selskapet hadde fra EcoLice, kunne ikke en gang dekke selskapets egne sakskostnader. Her måtte Nettforsk skyte til midler gjennom konserntilskudd. Dersom Sea Lice tapte saken, var det dermed også klart at selskapet ikke ville kunne dekke idømte sakskostnader på egen hånd.
- (71) Ettersom det var en realistisk mulighet for at Sea Lice ville vinne frem i gyldighetssaken, og at tapsrisikoen dermed ikke ville materialisere seg, er vi riktignok utenfor den situasjonen som i rettspraksis til nå har ført til ansvar for sakskostnader for en tredjepart. Gjennom å overføre patentet fra et godt kapitalisert selskap til et selskap med høyst utilstrekkelig kapital rett før han igangsatte inngrepssaken og dermed måtte regne med gyldighetssøksmålet, utsatte imidlertid A som enestyre og daglig leder i Nettforsk og Sea Lice forsettlig motparten i patentsaken for en åpenbar tapsrisiko som motparten ellers ikke ville ha hatt. Jeg mener dette må lede til erstatningsansvar basert på skyld for A for *sakskostnadene som ble idømt Sea Lice*.
- (72) Også Nettforsk som eneaksjonær i Sea Lice må etter mitt syn bli erstatningsansvarlig for sakskostnadene som Sea Lice ble dømt til å betale til SinkabergHansen. A var enestyre og daglig leder også her, og dessuten eneaksjonær. Overføringen av patentet til Sea Lice, som skapte tapsrisikoen for SinkabergHansen, skjedde ved et generalforsamlingsvedtak i Nettforsk.

- (73) Årsakssammenhengen er klar, både når det gjelder A og Nettforsk: Hadde patentet ikke blitt overført til Sea Lice, men forblitt i Nettforsk under sakens gang, ville Nettforsk ha hatt midler til å betale de idømte sakskostnadene.
- (74) Jeg ser ikke grunn til å redusere erstatningen på grunn av skadelidtes medvirkning. Gyldighetssøksmål er som nevnt et nærliggende og vanlig forsvarstiltak når man blir utsatt for et inngrepssøksmål, og gyldighetssøksmålet førte dessuten frem. At SinkabergHansen ikke ventet lenger enn til 10. mai 2017 med å begjære konkurs i Sea Lice og EcoLice etter at anken i patentsaken var nektet fremmet for Høyesterett i beslutning 9. februar 2017, kan etter mitt syn heller ikke føre til noen reduksjon. Det er ikke sannsynliggjort at Sea Lice ville ha blitt i stand til å betale hele eller deler av sakskostnadskravet om SinkabergHansen hadde ventet lenger.
- (75) Etter dette er ikke nødvendig for meg å gå nærmere inn på spørsmålet om eventuelt ansvarsgjennombrudd mellom Sea Lice og Nettforsk.
- (76) Når det gjelder As og Nettforsks ansvar for *sakskostnadene som ble idømt EcoLice*, kan jeg derimot ikke se at det foreligger selvstendig grunnlag for erstatningsansvar.
- (77) EcoLice ble stiftet i 2009 og hadde i flere år før patentsaken stått for lisensvirksomheten knyttet til kombinasjonsmetoden. Denne virksomheten genererte inntekter for selskapet, selv om de altså viste seg utilstrekkelige til å kunne dekke sakskostnadene som selskapet til slutt ble idømt. At lisensvirksomheten ble drevet gjennom et datterselskap med begrenset ansvar, må regnes som en helt ordinær måte å organisere slik virksomhet på. Det var dermed også naturlig at dette selskapet stod som saksøker i inngrepssaken. Overføringen av patentet fra Nettforsk til Sea Lice innebar riktignok at EcoLice ikke i samme grad kunne basere inngrepssøksmålet på at patentets gyldighet ville bli forsvart av et selskap med tilstrekkelige finansielle ressurser til dette. Men gyldighetssaken ble faktisk forsvart av Sea Lice – med finansiering fra Nettforsk. Selv om patentet var forblitt i Nettforsk, ville videre SinkabergHansen ikke hatt noen større sikkerhet for at Nettforsk ville ha gitt EcoLice tilstrekkelige midler til å dekke idømte sakskostnader i inngrepssaken.
- (78) Det foreligger altså ikke slike særlige omstendigheter for EcoLice som det gjør for Sea Lice. Den konklusjonen som jeg allerede har kommet til om manglende ansvar for A og Nettforsk basert på en vurdering av prosessrisiko og kapital situasjonen i selskapene, må dermed bli stående.
- (79) Når situasjonen for EcoLice var slik som jeg har beskrevet den, er heller ikke vilkårene for et eventuelt selskapsrettslig ansvarsgjennombrudd som ble oppstilt i kongeparksaken, oppfylt i forholdet mellom EcoLice og Nettforsk. Det er derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet.
- (80) Min konklusjon er altså at A og Nettforsk er solidarisk ansvarlige for de sakskostnadene som Sea Lice ble dømt til å betale til SinkabergHansen og Bindalslaks i alle tre instanser, men at de er ikke ansvarlige for de sakskostnadene som EcoLice ble idømt i noen instans.

Beregning av tapet

- (81) Sakskostnadene i tingretten i saken mellom Sea Lice og SinkabergHansen er 2 087 474 kroner. SinkabergHansen har i tillegg krevd forsinkelsesrenter fra 17. juni 2015, som jeg antar er oppfyllelsesfristen overfor Sea Lice i henhold til tingrettens dom. Denne saken gjelder imidlertid erstatningskravet mot A og Nettforsk. Saken er dårlig opplyst med hensyn til når dette kravet første gang ble fremsatt overfor dem. Prosessfullmektig for A og Nettforsk har imidlertid opplyst at sak mot dem med krav om betaling av sakskostnadene i patentsaken første gang ble anlagt 22. juni 2018. Jeg legger derfor til grunn dette tidspunktet. Forsinkelsesrente løper da fra 30 dager etter dette tidspunktet, det vil si fra mandag 23. juli 2018, jf. forsinkelsesrenteloven § 2.
- (82) I patentsaken skilte ikke lagmannsretten mellom EcoLice og Sea Lice, men dømte selskapene til i fellesskap å betale 2 930 897 kroner til SinkabergHansen og Bindalslaks. EcoLice og Sea Lice ble med andre ord ansett som solidarisk ansvarlige. Tilsvarende gjelder for sakskostnadene på 100 000 kroner tilkjent i Høyesteretts ankeutvalgs ankenektelse 9. februar 2017. Når Sea Lice altså ble ansett som ansvarlig for EcoLices sakskostnader i lagmannsretten og Høyesterett, må As og Nettforsks ansvar for Sea Lices sakskostnadsansvar også omfatte dette. Hadde ikke Sea Lice blitt stiftet og fått overført patentet, ville dette sakskostnadsansvaret ha påhvilt Nettforsk.
- (83) I erstatningssaken som behandles nå, kom som tidligere nevnt lagmannsretten til at A og Nettforsk var ansvarlige for sakskostnadene for lagmannsretten og Høyesterett i patentsaken. Mitt syn innebærer altså, om enn på et annet grunnlag, samme resultat med hensyn til sakskostnadene for disse instansene. Det er opplyst at A og Nettforsk allerede har betalt det som lagmannsretten dømte dem til å betale. Dermed bør det nå avsies dom for betaling bare av sakskostnadene som Sea Lice ble idømt av tingretten i patentsaken, det vil si 2 087 474 kroner, med tillegg av forsinkelsesrente fra 23. juli 2018.

Sakskostnader

- (84) Når to saker er forenet til felles behandling, skal sakskostnadene fastsettes separat for hver sak, jf. HR-2017-331 avsnitt 134. Sakskostnadene skal videre fastsettes for hver instans, jf. Rt-2009-420 avsnitt 17, men slik at Høyesterett legger sitt resultat til grunn for avgjørelsen av om det skal tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd.
- (85) Problemstillingene og utfallet i saken mellom SinkabergHansen og Nettforsk er imidlertid i det alt vesentlige de samme som i saken mellom SinkabergHansen og A. Vurderingen etter tvisteloven § 20-2 av om SinkabergHansen – med det resultatet som jeg har kommet til – må anses å ha vunnet sakene og bør tilkjennes sakskostnader, kan dermed i praksis foretas felles for de to sakene.
- (86) Etter tvisteloven § 20-2 annet ledd første punktum er saken vunnet hvis parten har fått medhold fullt ut «eller i det vesentlige», og etter annet punktum er det samlede utfallet avgjørende dersom saken dreier seg om flere krav mellom de samme partene. Slik jeg ser på sakene, er det samlede utfallet at SinkabergHansen har fått medhold i at A og Nettforsk er ansvarlige for sakskostnadene i patentsaken med unntak av sakskostnadene som EcoLice ble idømt i tingretten, som var 2 547 416 kroner. Når sistnevnte beløp holdes opp mot det totale beløpet som A og Nettforsk nå holdes ansvarlige for, må det sies at

SinkabergHansen totalt sett har fått medhold «i det vesentlige». I tingretten krevde SinkabergHansen rett nok erstatning fastsatt skjønnsmessig og begrenset oppad til 12 000 000 kroner, men det skyldes i stor grad at man tok høyde for påløpte og fremtidige forsinkelsesrenter. Forsinkelsesrente er holdt utenfor de sakskostnadsbeløpene jeg har vist til.

- (87) I utgangspunktet har dermed SinkabergHansen krav på å bli tilkjent sakskostnader. Imidlertid følger det av tvisteloven § 20-2 tredje ledd at motparten helt eller delvis kan fritas for sakskostnadsansvaret hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig. Det skal blant annet legges vekt på styrkeforholdet mellom partene, og om det var god grunn til å få saken prøvd ut fra rettsspørsmålene og bevissspørsmålene i saken. Jeg mener at det er grunnlag for å benytte dette unntaket slik at det ikke tilkjennes sakskostnader for noen instans. Som lagmannsretten bemerker, har spørsmålet om ansvarsgrunnlag vært det vesentligste tvistepunktet i saken, og det som har medført mest arbeid og kostnader for partene. I motsetning til lagmannsretten mener jeg at A og Nettforsk bare kan holdes ansvarlige for de sakskostnadene som Sea Lice ble idømt, og da basert på at Sea Lice ble opprettet og patentet overført til dette selskapet rett før patentsaken ble anlagt. Dette er en problemstilling som ikke tidligere har vært avklart, og som A og Nettforsk etter min mening hadde grunn til å ville se rettens avgjørelse av. SinkabergHansen har ikke fått medhold i at A og Nettforsk også kan holdes ansvarlige for sakskostnadene basert på EcoLices rolle i patentsaken. Videre peker jeg på at Nettforsk er et mindre aksjeselskap, mens SinkabergHansen er et meget stort selskap med solid økonomi.

Konklusjon

- (88) Jeg finner det mest praktisk å utforme en domsslutning som er felles for sakene SinkabergHansen mot Nettforsk og SinkabergHansen mot A og – med hensyn til sakskostnadsspørsmålet – felles også for de tre instansene og stemmer for denne

D O M :

1. Nettforsk AS og A betaler, én for begge og begge for én, til SinkabergHansen AS 2 087 474 – tomillionerogåttisyvtusenfirehundreogsyttifire – kroner med tillegg av forsinkelsesrente fra 23. juli 2018 og til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. For øvrig forkastes anker og motanker.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (89) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (90) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (91) Dommer **Falch:** Likeså.
- (92) Justitiarius **Øie:** Likeså.

(93) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Nettforsk AS og A betaler, én for begge og begge for én, til SinkabergHansen AS 2 087 474 – tomillionerogåttisyvtusenfirehundreogsyttifire – kroner med tillegg av forsinkelsesrente fra 23. juli 2018 og til betaling skjer. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
2. For øvrig forkastes anker og motanker.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.