



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 17.09.2020

Saksnr.: 19-085292ASD-BORG/03

Dommere:

Lagdommer	Fredrik Charlo Borchsenius
Lagdommer	Erik Bratterud
Ekstraordinær lagdommer	Anne Lise Rønneberg

Ankende part	Arntzen De Besche Advokatfirma AS	Advokat Jan Birger Jansen Advokatfullmektig Eirik Wigenstad
Ankende part	Trond Vernegg	Advokat Jan Birger Jansen Advokatfullmektig Eirik Wigenstad
Ankemothpart	Adresseavisen AS	Advokat Cecilie Amdahl Advokat Sigurd Holter Torp
Ankemothpart	Polaris Media Nord-Norge AS	Advokat Cecilie Amdahl Advokat Sigurd Holter Torp

DOM

Saken gjelder erstatningskrav mot advokat i forbindelse med rådgivning ved salg av aksjer.

Saksforholdet

Finn.no AS, heretter også bare Finn.no, driver en markedsplass på internett og formidler annonser for private og bedrifter. Det ble eiet med 89,88 prosent av Schibsted ASA, heretter også bare Schibsted, og 10,12 prosent av Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS. Disse to siste selskapene er heleide datterselskaper av Polaris Media ASA, heretter også bare Polaris Media. Saken gjelder salg av 0,13 prosent av aksjene i Finn.no fra Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS til Schibsted. For selgerne ble saken håndtert av morselskapet, Polaris Media, og dette brukes i dommen også som fellesbetegnelse på selgerne. Schibsted eier forøvrig 29 prosent av aksjene i Polaris Media.

Salget og de sentrale forhandlingene foregikk i desember 2015. Advokat Trond Vernegg var rådgiver for Polaris Media ved salget, og han var partner i Arntzen de Besche Advokatfirma AS, heretter også bare Arntzen de Besche.

Den vesentlige bakgrunnen for salget var reglene om konsernbidrag i skatteloven kapittel 10. De bestemmer at selskaper i samme konsern kan samordne skattepliktig underskudd og overskudd slik at konsernets samlede skattebelastning reduseres. Et selskap i et konsern med skattemessig overskudd kan gi konsernbidrag til et selskap i konsernet med skattemessig underskudd, og konsernets samlede skattebelastning det året vil da bli redusert. Et vilkår for konsernbidrag er at morselskapet har en eierandel på minst 90 prosent i datterselskapene.

Finn.no gikk med store overskudd. I Schibsted-konsernet var det flere selskaper med store regnskapsmessige underskudd. For Schibsted var det derfor skattemessig og kommersielt interessant å øke sin eierandel til over 90 prosent for på den måten å kunne få konsernbidrag fra Finn.no og redusere den samlede skattebelastningen.

Våren 2015 sendte Schibsted en uformell forespørsel til Polaris Media om å kjøpe 0,13 prosent av aksjene i Finn.no. Ledelsen i Polaris Media var i utgangspunktet ikke interessert i å selge, men fant at forespørselen burde vurderes seriøst. I mai 2015 engasjerte Polaris Media en gruppe av rådgivere for å vurdere konsekvensene av et slikt salg. Gruppen besto av leder i Sparebank 1 Markets, Stein Husby, partner i Deloitte, Per Forseth, og advokat Vernegg. Gruppen samarbeidet med Polaris Medias finansdirektør, Per Olav Monseth, og konsernsjefen i Polaris Media, Per Axel Koch. Gruppen utarbeidet et notat 5. juni 2015 til styrets nestleder hvor skattemessige, selskapsrettslige og forhandlingstaktiske konsekvenser av å selge aksjeposten ble vurdert.

I notatet 5. juni 2015 ble det lagt til grunn at dersom Schibsted fikk mulighet til å utnytte overskuddet i Finn.no fullt ut som konsernbidrag, ville dette medføre en årlig redusert skatt på ca. 120 millioner kroner for Schibsted som konsern. Det var allerede en aksjonæravtale mellom Schibsted, Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS om aksjene i Finn.no. På bakgrunn av den store mulige skattereduksjonen ble det i notatet anbefalt endringer i aksjonæravtalen ved eventuelt salg. Det ble særlig anbefalt at Polaris Media skulle få en andel av skattebesparelsen. Selskapet skulle ha krav på like stor utdeling per aksje som det Schibsted fikk gjennom konsernbidraget, og at det burde «presiseres at det ikke skal tas hensyn til at utbyttet må deles ut fra beskattede midler og derfor reduseres».

Den som eier mer enn 90 prosent av et selskap slipper i tillegg utbyttebeskatning. Notatet anslo at med et årlig overskudd i Finn.no på 500 millioner kroner, ville dette medføre en årlig redusert skatt på 3,6 millioner kroner for Schibsted.

Notatet anbefalte at Polaris Media ikke burde selge aksjene. I tråd med anbefalingen avslo Polaris Media i august 2015 å selge aksjer i Finn.no til Schibsted.

Schibsted tok snart ny kontakt vedrørende muligheten for et salg. Bernt Olufsen var styreleder i Polaris Media. Han var også ansatt i Schibsted. Olufsen hadde en samtale med Trond Berger. Han var finansdirektør i Schibsted med ansvar for skatt og finans. Etter dette sendte Olufsen en uformell henvendelse om mulig salg per e-post til konsernsjef Koch i Polaris Media den 30. september 2015. Der stod det bl.a.: «Foreløpige innspill fra Schibsteds side later til å være kompensasjonsutbytte for Polaris andel av skattefordeler, inntatt i aksjonæravtalen.»

I november 2015 kom det en formell henvendelse fra Schibsted til Polaris Media med spørsmål om å få kjøpt 0,13 prosent av aksjene i Finn.no.

Polaris Media bestemte at Bernt Olufsen var inhabil som leder i styret for denne saken ettersom han var ansatt i Schibsted. I styret i Polaris Media ble saken håndtert av nestleder Bente Rathe. Polaris Media engasjerte advokat Vernegg igjen, men denne gangen ble ikke de andre rådgiverne engasjert. Arntzen de Besche laget et internt notat datert 2. desember 2015. Der ble det foretatt en vurdering av selskapsrettslige spørsmål som kunne oppstå ved aksjesalget, og dette var hovedsakelig knyttet til hvorvidt aksjeloven § 3-8 gjaldt slik at overdragelsen måtte behandles på generalforsamling.

Det var avtaler mellom Adresseavisen AS, Polaris Media Nord-Norge AS og Finn.no om provisjon til Adresseavisen og Polaris Media Nord-Norge. Disse var sagt opp, og nye ble forhandlet parallelt med spørsmålet om salg av aksjeposten i Finn.no. Polaris Media oppfattet det slik at Schibsted hadde koblet forhandlingene.

Den 4. desember 2015 var det et møte mellom partene. For Schibsted møtte Jacob Møller og advokat Erik Thyness. Møller var leder for Schibsteds avdeling for M og A (mergers and acquisitions, norsk: fusjoner og overtakelser). Advokat Thyness var engasjert som advokat av Schibsted og var partner i Advokatfirmaet Wiersholm AS, heretter også bare Wiersholm. Fra Polaris Media møtte finansdirektør Monseth og advokat Vernegg. Inntrykket fra møtet var at partene sto langt fra hverandre.

Schibsted ville imidlertid ikke slippe saken, og i dagene som fulgte var det telefonkontakt mellom dem – i hvert fall mellom Monseth og Møller. Den 14. desember 2015 sendte advokat Thyness et utkast til ny aksjonæravtale til advokat Vernegg. Det ble sendt kopi til Møller i Schibsted og Monseth i Polaris Media. Punkt 3 i utkastet til aksjonæravtale omhandlet utbytte. Første ledd bestemte at utbytte i Finn.no skulle være 90 prosent, og dette var en økning fra 60 prosent. Annet ledd gjaldt utbytte til mindretallsaksjonær der det ble betalt konsernbidrag. Mindretallet fikk etter annet ledd her rett til utbytte som kompenserte for konsernbidraget. Men utkastet var utformet slik at det ikke ble tatt hensyn til skattefordelen majoritetsaksjonæren fikk. Advokat Vernegg utarbeidet et revidert utkast. Dette ble godkjent av Monseth og sendt til advokat Thyness den 15. desember 2015. Advokat Thyness foretok enkelte endringer og sendte dette tilbake samme kveld. Advokat Thyness la ved et regneark for å illustrere avtalens punkt om beregning av kompenserende utbytte etter punkt 3.

Det var styremøte i Polaris Media 17. desember 2015 for å behandle spørsmål om salg av aksjene. Administrasjonen i selskapet utarbeidet et saksfremlegg til styret om forslaget til salg. I dette fremgikk det at Polaris Media ville få kompenserende utbytte ved konsernbidrag og at dette ville ta hensyn til skattefordelen Schibsted ville få. Saksfremlegget ble oversendt til advokat Vernegg dagen før styremøtet. Styret vedtok å selge aksjeposten. Aksjonæravtalen ble ferdigstilt i løpet av de neste dagene, og det var da kontakt mellom advokatene Vernegg og Thyness. Aksjonæravtalen og avtalen om kjøp av aksjene ble undertegnet 22. desember 2015. Prisen for aksjene var 15 millioner kroner.

Det ble besluttet at Finn.no skulle gi konsernbidrag for 2015. Polaris Medias konsernsjef, Koch, er også styremedlem i Finn.no. Han fikk årsregnskap og forslag til utdeling av utbytte 6. april 2016. Dette viste at Polaris Media ville få utbytte på noe over 37 millioner kroner. Dette ga ikke kompensasjon for den skattefordelen Schibsted hadde ved å bruke underskudd i andre deler av konsernet til fradrag i konsernbidraget. Polaris Media hadde forventet at selskapet skulle fått omtrent ytterligere 12 millioner kroner i utbytte som kompensasjon for dette. Samme dag sendte Monseth en e-post til advokat Vernegg hvor han ga uttrykk for at beregningen ikke stemte med aksjonæravtalen fordi Polaris Media «ikke kompenseres for den skattefordelen Finn oppnår ved å avgi konsernbidrag».

Arntzen de Besche ved advokat Vernegg og advokat Eyvind Sandvik utarbeidet et notat som ble sendt Polaris Media 8. april 2016. Det fremgår av notatet at beregningen av utbytte

til Polaris Media var korrekt basert på hvordan dette var uttrykt i aksjonæravtalen. Da Monseth mottok notatet, sendte han en sms til advokat Vernegg og ga uttrykk for at han ikke kunne skjønne at det som sto var riktig.

Arntzen de Besche ved de samme advokater utarbeidet et nytt notat 10. april 2016. Dette notatet viser til at det følger av aksjonæravtalen at det skal foretas en justering for den skattefordel Finn oppnår ved å ta konsernbidrag, og at det var naturlig å knytte justeringen til eierandel. Justeringsbeløpet ble beregnet til å utgjøre 11 895 116 kroner for 2015. Monseth sendte notatet til Møller dagen etter. Schibsted var derimot ikke enige i disse beregningene. Schibsted avviste å endre forslaget til utdeling under henvisning til avtalens ordlyd og beregningene som var oversendt sammen med avtaleutkastet 15. desember 2015.

Det var et møte mellom Schibsted og Polaris Media 18. mai 2016 for å diskutere uenigheten. På forhånd utarbeidet Arntzen de Besche et notat med momenter til møtet. Schibsted fastholdt imidlertid sin posisjon. Polaris Media har senere besluttet å ikke gå til sak mot Schibsted ettersom det vurderte at det var lite sannsynlig å vinne frem med et søksmål.

Det ble innledet dialog mellom Arntzen de Besche og Polaris Media om bistanden de hadde mottatt fra advokat Vernegg og en eventuell kompensasjon fra advokatfirmaet for at avtalen hadde fått et annet innhold enn det Polaris Media mente den burde hatt. Partene kom imidlertid ikke til enighet. Advokat Vernegg har ikke fakturert Polaris Media for sin bistand våren 2016.

Den 3. september 2018 tok Polaris Media ut stevning mot advokat Vernegg og Arntzen de Besche med påstand om erstatning på grunn av mangelfull rådgivning ved inngåelsen av avtalen om salg av den aktuelle aksjeposten.

Oslo tingrett avsa 5. april 2019 dom med slik domsslutning:

1. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg dømmes in solidum til å betale erstatning til Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS på 88 600 000 – åttiåttmillionersekshundretusen – kroner.
2. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg dømmes in solidum til å betale 850 000 – åttehundreogfemtitusen – kroner til Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS i erstatning for saksomkostninger.

For nærmere detaljer vedrørende saksforholdet vises til tingrettens dom og lagmannsrettens bemerkninger nedenfor.

Advokat Vernegg og Arntzen de Besche har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Polaris Media krever høyere erstatning og har kommet med avledet anke.

Under saksforberedelsen for lagmannsretten fremmet advokat Vernegg og Arntzen de Besche krav om bevisfremleggelse overfor Schibsted. De ønsket bl.a. fremlagt korrespondansen mellom selskapet og Wiersholm. Lagmannsretten avsa kjennelse 10. desember 2020, og de ankende parter fikk ikke medhold i kravet om fremleggelse.

Ankeforhandling er holdt 18. til 21. august 2020 i Borgarting lagmannsretts ekstraordinære lokaler i hotell Plaza. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt syv vitner og to sakkyndige vitner. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

De ankende parter, **Arntzen De Besche Advokatfirma AS og advokat Trond Vernegg**, har i hovedtrekk anført:

Ansvarsgrunnlag

Det foreligger ikke ansvarsgrunnlag, og advokat Vernegg har ikke opptrådt uaktsomt. Det aktuelle ansvarsgrunnlaget her er profesjonsansvaret. Dette er strengt, jf. Rt-1995-1350 (DnB Eiendomsmegling) særlig side 1356. Men det er likevel et visst spillerom før det blir konstatert uaktsomhet, jf. Rt-2018-1234-A (Heimdal) særlig avsnitt 76.

Aktsomhetsvurderingen må ta utgangspunkt i advokat Verneggs oppdrag. Det gikk ut på at han skulle være advokat og ta hånd om de juridiske sider av avtalen og forhandlingene. De rent kommersielle sidene av avtalen var han ikke engasjert i. Han hadde ikke noen rolle ved fastleggelse av prisen på 15 millioner kroner.

Polaris Media fikk en god pris for aksjeposten. Videre fikk selskapet en rekke fordeler gjennom aksjonæravtalen. Det ble avtalt at utbyttet fra Finn.no skulle være 90 prosent av overskuddet, mens det tidligere bare var avtalt 60 prosent. Videre ble det avtalt at Polaris Media skulle få utbytte som kompenserte for konsernutbytte Schibsted eventuelt fikk, dog uten å ta hensyn til skattefordelen Schibsted kunne få. Polaris Media fikk også minoritesbeskyttelse i form av medsalgsrett og medsalgsplikt, og forkjøpsrett ble frafalt. Videre fikk Polaris Media en representant i styret.

Advokat Vernegg fikk ikke noen beskjed som tilsa at Schibsted hadde endret sitt syn på Polaris Medias krav om andel av skattefordelen, hverken fra Polaris Media eller Schibsted. Utkastet til aksjonæravtale 14. desember 2015 fra advokat Thyness var i overensstemmelse med Schibsteds standpunkt om at Polaris Media ikke skulle få andel av skattefordelen. Advokat Thyness sendte også utkastet til Monseth og Møller. Når advokat Vernegg ikke reagerte på utkastet til saksfremlegg til styret, må det ses på denne bakgrunn.

Ved vurdering av om det foreligger uaktsomhet må det også legges vekt på skadelidte og hvilke krav det er rimelig å stille til vedkommende. Her var Polaris Media var et stort konsern, og Koch og Monseth var meget kvalifiserte og profesjonelle. Advokat Vernegg

måtte legge til grunn at de leste og forstod dokumentene og utkastene de selv var med på å forhandle.

Det er riktig at advokat Vernegg fikk to e-poster fra sin kollega advokat Sandvik med signal om at utkastet til aksjonæravtale kunne ha et annet innhold enn Polaris Media hadde oppfattet. Men på bakgrunn av at advokat Vernegg ikke hadde fått beskjed om at Schibsted hadde endret syn på spørsmålet om andel av skattefordelen og at Polaris Media hadde fått et regneark som illustrerte beregningen av kompenserende utbytte, var det ikke uaktsomt av han ikke å følge opp dette.

Styret i Polaris Media avga en erklæring 31. desember 2015 til generalforsamlingen om salget, jf. aksjeloven § 3-8. I denne ble prisen på 15 millioner kroner angitt, men det ble ikke sagt noe om andel av skattefordel. Dette indikerer at denne ikke var av betydning for Polaris Media.

Kontakten mellom advokat Vernegg, Polaris Media og Schibsted i 2016 har ikke relevans for ansvarsspørsmålet.

Olufsens e-post 30. september 2015 og hans forklaring i lagmannsretten om notatet fra advokatfirmaet Wiersholm

I e-posten 30. september 2015 fra Olufsen til Per Axel Koch fremgår det at et innspill fra Schibsted kunne være «kompensasjonsutbytte for Polaris andel av skattefordeler». I lagmannsretten forklarte Olufsen at finansdirektør Berger i Schibsted hadde vist ham et notat fra Wiersholm og at denne passusen bygget på dette. Advokat Vernegg og Arntzen de Besche anfører at dette notatet er undergitt bevisforbud, jf. tvisteloven § 22-5. Schibsted har gitt klart uttrykk for at selskapet ikke vil utlevere advokatkorrespondanse eller opplyse innhold i råd fra advokat. Schibsted fikk også medhold i kjennelsen fra lagmannsretten 10. desember 2019 om at det ikke hadde plikt til å fremlegge denne korrespondansen. Denne delen av forklaringen fra Olufsen er ulovlig ervervet bevis, og lagmannsretten kan ikke legge vekt på den.

Årsakssammenheng og tap

Årsakssammenheng og tap henger nær sammen. Spørsmålet er hva som ville ha skjedd om advokat Vernegg hadde informert Polaris Media om at det var forskjell mellom det Polaris Media trodde var innholdet i aksjonæravtalen og det innholdet den fikk. Advokat Vernegg og Arntzen de Besche anfører at det da ikke ville blitt noen avtale. De peker på at Schibsted flere ganger hadde avvist å gi Polaris Media noen andel av skattefordelene ved konsernbidrag. Schibsted var villig til å gi en god pris for aksjene, og det gjorde selskapet. Verdivurderinger av Finn.no verdsatte posten på 0,13 prosent til ca. 11,5 millioner kroner, og Schibsted var villig til å betale 15 millioner kroner.

Fordelen ved å bruke konsernbidrag til å redusere skatt har en kostnad for Schibsted. Selskapet bruker av sitt underskudd for å oppnå skattefordelen, og reelt sett er skattefordelen bare en periodisering av skatten. Det er helt urealistisk at Schibsted ville gå med på å la Polaris Media få en andel av skattefordelen i all fremtid. Polaris Media krever minst 127 millioner kroner for andel av skattegevinsten. Det er helt urealistisk at Schibsted ville betalt 15 millioner kroner og i tillegg 127 millioner kroner eller mer for 0,13 prosent av aksjene i Finn.no.

Med aksjonæravtalen fikk Polaris Media som minoritetsaksjonær med mindre enn ti prosent av aksjene en betydelig bedre stilling enn det som fulgte av aksjeloven. Hvis Polaris Media i tillegg fikk andel av skattefordelen Schibsted ville få, var det mulig at kjøpet av den kontrollerende aksjeposten kunne bli gjenstand for skattemessig gjennomskjæring. Dette må ha vært en risiko Schibsted var klar over og det taler mot at selskapet ville gått med på å gi Polaris Media andel av skattefordelen.

Det er dermed mest sannsynlig at det ikke ville blitt noen avtale om salg.

Til tapsberegningen fra Polaris Media har advokat Vernegg og Arntzen de Besche anført at Schibstedskonsernets oppbygging, resultat og skattemessige posisjoner raskt kan endre seg. Det er derfor helt uaktuelt å legge til grunn et tap langt inn i fremtiden.

Hadde det ikke blitt en avtale om salg, har Polaris Media subsidiært anført at det har hatt et tap ved å miste sin forhandlingsposisjon. Selskapet har mistet sin posisjon til å kunne selge for å bringe Schibsted over 90 prosent eierandel i Finn.no. Advokat Vernegg og Arntzen de Besche anfører at dette ikke er noe tap. Schibsted hadde gitt klart uttrykk for at selskapet ikke ville kjøpe aksjeposten til noen høyere pris enn 15 millioner kroner, og dette var en god pris. Aksjonæravtalen ga Polaris Media en god beskyttelse. Det var ikke noen andre aktuelle kjøpere til aksjeposten.

Hvis det hadde blitt en avtale om salg, taler sammenhengen med forhandlingene om avtalene mellom Adresseavisen AS, Polaris Media Nord-Norge AS og Finn.no om provisjon for at avtalen om kjøp av de 0,13 prosent uansett ville blitt inngått slik de ble. Det man eventuelt kunne tenke seg var at Schibsted var villig til å betale marginalt mer for aksjeposten.

Skadelidtes medvirkning

Eventuelt ansvar må reduseres på grunn av skadelidtes medvirkning, jf. skadeserstatningsloven § 5-1. Polaris Media har bidratt til skaden og har unnlatt å minske risikoen for at tapet skulle oppstå. Polaris Media var et stort og profesjonelt selskap, og de to sentrale aktørene, Koch og Monseth, var meget kompetente og hadde omfattende erfaringer for næringslivet og forhandlinger. Monseth var selv med i forhandlingene. De hadde full innsikt i utkastet til aksjonæravtale, men har åpenbart ikke forstått det. Monseth

fikk tilsendt et regneark som forklarte beregningen av kompensierende utbytte, men han åpnet det ikke. Det er vist til LB-2018-27239.

De ankende parter har lagt ned slik påstand:

1. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg frifinnes.
2. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg tilkjennes sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotpartene, **Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS**, har i hovedtrekk anført:

Ansvarsgrunnlag

Det er et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere. En advokat har en sterk omsorgsforpliktelse. Se Rt-1995-1350 (DnB Eiendomsmegling). Dette forsterkes av at advokat Vernegg var spesialist og at transaksjonen dreiet seg om store verdier.

Advokat Vernegg var juridisk rådgiver ved transaksjonen. Han skulle bistå ved utforming av avtalen og generelt ivareta Polaris Medias interesser. Han var full klar over at det var sentralt for Polaris Media å få en andel av skattefordelen, og han fikk aldri beskjed fra Polaris Media om at dette var oppgitt.

Ordlyden i aksjonæravtalen var vanskelig tilgjengelig. Men nettopp derfor skulle advokat Vernegg ha sørget for at han var sikker på at Polaris Media hadde forstått innholdet i avtalen og at dette gikk på tvers av hva selskapet hadde som klar forutsetning. Dette skulle han ha gjort utvetydig og med tyngde, jf. Rt-2002-286.

Da advokat Vernegg fikk utkastet til aksjonæravtale fra advokat Thyness 14. desember 2015, burde han ha forsikret seg om at Polaris Media skjønnte dette. Mye tyder på at advokat Vernegg ikke selv skjønnte innholdet, og det er klart klanderverdig. Hvis han skjønnte det, er det minst like klanderverdig at han ikke gjorde Polaris Media oppmerksom på at innholdet var et annet enn det selskapet hadde som klar forutsetning for avtalen. Dette gjelder særlig når han ikke hadde fått noen beskjed fra Polaris Media om at det hadde oppgitt sin forutsetning om å få en andel av Schibsteds skattefordel.

Advokat Vernegg fikk to ganger spørsmål fra sin kollega advokat Sandvik om innholdet i avtalen var slik Polaris Media hadde hatt som forutsetning. Dette understreker at advokat Vernegg opptrådte grovt klanderverdig. Advokat Vernegg unnlot gi oppdragsbekreftelse, og han sørget ikke for dokumentasjon av sentral informasjon mellom seg og klienten. Den usikkerhet dette har skapt skal gå ut over ham.

Advokat Verneggs opptreden våren 2016 underbygger at han hadde vært uaktsom. Han argumenterte overfor Schibsted for at avtalen måtte forstås slik at den ga Polaris Media andel av skattefordel.

Olufsens e-post 30. september 2015 og hans forklaring i lagmannsretten om notat fra advokatfirmaet Wiersholm

Olufsens e-post 30. september 2015 er fremlagt i saken, og han har forklart seg om bakgrunnen, nemlig notatet fra Wiersholm han fikk lese hos finansdirektøren i Schibsted. Olufsen hadde ikke taushetsplikt for dette notatet, og Schibsted hadde gitt ham det. Det er ikke ulovlig ervervet bevis, og lagmannsretten kan legge vekt på det.

Årsakssammenheng

Polaris Media skal stilles i samme posisjon som om advokat Vernegg uaktsomhet tenkes bort. Han hadde da gjort oppmerksom på at utkastet til aksjonæravtale ikke sikret Polaris Media en andel av skattefordelen.

Denne vurderingen beror dels på et hypotetiske hendelsesforløp. Det er skadevolder som har bevisbyrden for hypotetisk hendelsesforløp, jf. bl.a. Rt-1996-1718.

Schibsted hadde en stor interesse i å få konsernbidrag, og det må legges til grunn at det ville akseptert å gi Polaris Media en andel av skattefordelen. Schibsted ville for 2015 ha en skattefordel på 120 millioner kroner og ville få betydelig skattefordel i årene fremover. Disse fordelene var identifisert av Schibsted og dets rådgivere.

Schibstedskonsernet har store fremførbare underskudd som kan brukes mot konsernbidrag. Schibsted hadde fremførbart underskudd på over 800 millioner kroner, og av dette var 600 millioner kroner ikke balanseført fordi det ikke var utsikt til at det kunne utnyttes. Videre er det sannsynlig at Schibstedskonsernet vil ha skattemessige underskudd i lang tid fremover. Dette skyldes særlig at konsernet er engasjert i utviklingsselskaper, og den norske konsernspissen bærer hovedkontorkostnader uten å ha tilsvarende skattepliktige inntekter. Dette understreker Schibsteds ønske om å kjøpe aksjeposten for å sikre seg konsernbidrag og de skattemessige fordelene også på lang sikt. Schibsted har også tatt konsernbidrag i alle årene fra 2015 på mellom 400 og 500 millioner kroner.

Det er riktig at Schibsted avsto å gi Polaris Media andel i skattefordelen på møtet 4. desember 2015, men dette må anses som et forhandlingsutspill. Schibsteds eneste mulighet til å få en eierandel over 90 prosent var ved å kjøpe aksjeposten fra Polaris Media.

Sammenhengen med avtalene mellom Adresseavisen AS, Polaris Media Nord-Norge og Finn.no om provisjon var ikke så sterk. Disse avtalene ville man fått på plass uansett, og de taler derfor ikke for at det uansett ville blitt en avtale om salg av aksjeposten med det resultat det ble.

Alminnelig logikk og økonomisk teori tilsier at Schibsted ville latt Polaris Media få en del av skattegevinsten for å få kjøpt aksjeposten og dermed kunne få konsernbidrag selv. Det er vist til sakkyndig utredning fra professorene Espen Moen og Christian Riis ved Handelshøyskolen BI 19. juni 2020 og forklaringen Riis ga i lagmannsretten.

Polaris Media krevet å få en andel av skattefordelen tilsvarende sin eierandel i Finn.no. Det vil si 9,98 eller tilnærmet 10 prosent. Dette er rimelig, og det er sannsynlig at Schibsted ville gått med på dette for selv å få 90 prosent av skattefordelen.

Tapet

Tapet må beregnes som det tapte tilleggsutbyttet for å kompensere for skattefordelen (kompenserende utbytte) Polaris Media gikk glipp av, altså ti prosent av den skattefordel Schibsted har hatt og vil få i fremtiden.

Siviløkonom Helge Rydning i rådgivnings- og revisjonsfirmaet BDO AS har foretatt en analyse og beregning av tapet. Denne er datert 19. juni 2020, og han har gitt forklaring i lagmannsretten.

Beregningen deler tapet i tre deler, (i) tapt tilleggsutbytte for årene 2015 til 2019, (ii) tapte renter og (iii) estimert tapt tilleggsutbyttet for 2020 og etterfølgende år. Rydning har beregnet tapt tilleggsutbyttet for årene 2015 til 2019 til 67,1 millioner kroner og tapte renter til én million kroner. Det estimerte tapet for fremtiden er angitt til mellom 59,2 millioner kroner og 98,7 millioner kroner. Forskjellen skyldes usikkerhet ved valg av rente for neddiskontering. En rente på syv prosent gir tap på 59,2 millioner kroner, mens en rente på fem prosent gir tap på 98,7 millioner kroner. Samlet gir dette et tap mellom 127,3 millioner og 166,8 millioner kroner. I rentesatsene er det tatt hensyn til usikkerhet.

Hadde advokat Vernegg varslet om at utkastet til aksjonæravtale ikke ga Polaris Media andel av Schibsteds skattefordel og det ikke var kommet til en avtale som sikret dette, ville det ikke blitt et salg av aksjeposten. Da ville Polaris Media fortsatt hatt 10,12 prosent av aksjene i Finn.no og en kontrollerende post i forhold til Schibsted. Polaris Media ville da fortsatt hatt en meget god forhandlingsposisjon for å selge denne posten. Det relevante her er forskjellen på å eie 9,99 prosent og 10,12 prosent. Spørsmålet er hva Schibsted ville vært villig til å betale for å komme over 90 prosent eierskap. Schibsted kunne få store fordeler ved å komme over 90 prosent, jf. særlig muligheten til å ta konsernbidrag og utnytte sine skattemessige underskudd i andre deler av konsernet. Denne verdien av en tapt forhandlingsposisjon er belyst i utredningen fra professorene Moen og Riis ved BI 19. juni 2020. Ankemotpartene anfører at tapet ved tapt forhandlingsposisjonen er det samme som tapet av tilleggsutbytte, mellom 127,3 millioner og 166,8 millioner kroner.

Ankemotpartene har kommet med en avledet anke, slik at de krever fastsatt en høyere erstatning enn i tingretten.

Skadelidtes medvirkning

Det er ikke grunnlag for reduksjon i ansvaret på grunn av skadelidtes medvirkning. Hovedregelen er full erstatning, og reduksjon på grunn av medvirkning er en snever unntaksregel. Polaris Media og de to ansatte, Koch og Monseth, kan ikke klandres for ikke å ha oppdaget at aksjonæravtalens punkt om utbytte ikke ga dem andel av Schibsteds skattefordel. Avtaleteksten var komplisert. De var ikke spesialister, men det var advokat Vernegg. Det er ikke knyttet noen uaktsomhet til at Monseth ikke åpnet regnearket som var vedlegg til utkastet advokat Thyness sendte tilbake 15. desember 2015. Dette hadde bare til formål å belyse den feilen advokat Vernegg og Arntzen de Besche hadde gjort i da de foreslo en endring i bokstav A i formelen.

Ved vurderingen etter skadeserstatningsloven § 5-1 kan det legges vekt på at de ankende parter er forsikret og at de har en egenandel på 500 000 kroner. Skulle man finne at det er uaktsomhet også på de skadelidtes side, må det foretas en avveining mellom skylden på begge sider. Det er langt mer å bebreide advokat Vernegg enn det er å bebreide Polaris Media, og det er ikke grunnlag for noen reduksjon på grunn av skadelidtes medvirkning.

Adresseavisen AS og Polaris Media Nor-Norge AS har lagt ned slik påstand:

1. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg dømmes in solidum til å betale erstatning til Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS fastsatt etter rettens skjønn.
2. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg dømmes in solidum til å erstatte Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS sakens kostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Ansvarsgrunnlag

Det aktuelle ansvarsgrunnlaget for advokat Vernegg er det ulovfestede ansvaret for egne uaktsomme handlinger, nærmere bestemt profesjonsansvaret for advokater. Ansvar for Arntzen de Besche bygger også på uaktsomhet hos advokat Vernegg, og grunnlaget er også domstoloven § 232 annet ledd.

Normen for aktsom adferd for profesjonsutøvere er streng, jf. Rt-1995-135 (DnB Eiendomsmegling) og senere avgjørelser. Ansvar forutsetter at det hadde vært mulig å handle annerledes og at profesjonsutøveren burde gjort det. Men ikke enhver kritikkverdig adferd vil gi grunnlag for ansvar, jf. HR-2018-1234 avsnitt 76.

Aktsomhetsnormen for en advokat må vurderes med utgangspunkt i fagets og bransjens standarder. Det fremgår av rettspraksis at advokater har en lojalitetsplikt overfor klienten og en omsorgsplikt innenfor oppdragets rammer. Dette gjelder også på områder som ikke ligger i kjernen av oppdraget. Lagmannsretten viser for eksempel til LB-2005-42548 hvor det fremgår:

I forbindelse med utførelsen av et oppdrag kan det oppstå eller bli avdekket uventede risiki som står i sammenheng med oppdraget. I så fall vil det kunne kreves av advokaten at han identifiserer slike risiki og tar adekvate eller hensiktsmessige skritt for å eliminere dem, eller i det minste at han informerer klienten slik at denne får et tilfredsstillende grunnlag for selv å treffe de nødvendige beslutninger.

Det sentrale i aktsomhetsvurderingen er om advokaten har misligholdt kravene klienten med rimelighet kunne stille til oppdragsutførelsen. Ved vurderingen er det naturlig å ta utgangspunkt i oppdragsavtalen og øvrige bevis som kan belyse oppdragets omfang og karakter.

Polaris Media holder til i Trondheim og hadde en rammeavtale med Arntzen de Besche. Da Polaris Media skulle vurdere tilbudet om å selge en aksjepost våren 2015, kontaktet selskapet sin faste advokatforbindelse. Advokat Vernegg ble innhentet fra Oslokontoret på grunn av sin spesialkompetanse, og han tok en høyere timepris enn det som fulgte av rammeavtalen. Dette taler for at aktsomhetsnormen må være streng.

Det ble ikke laget noen oppdragsavtale eller ordrebekreftelse, hverken i forbindelse med bistanden våren 2015 eller høsten samme år. Heller ikke andre skriftlige kilder gir noen god indikasjon på hva partene avtalte om oppdraget. Eventuell usikkerhet om oppdragets innhold må da gå ut over advokat Vernegg.

Våren 2015 var advokat Vernegg en del av gruppen spesialister, og hans oppgave var først og fremst de selskapsrettslige spørsmål. Høsten 2015 var han den eneste rådgiveren til Polaris Media. Lagmannsretten legger til grunn at hans oppdrag høsten 2015 derfor var noe bredere enn våren 2015. Han hadde høsten 2015 en mer generell oppgave i å bistå ved forhandlingene og inngåelse av avtale. Oppdraget høsten 2015 må forstås og vurderes på bakgrunn av at han kjente saken fra arbeidet våren 2015. Ett unntak gjelder; etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at prissettingen på aksjeposten isolert sett ikke var en del av hans oppdrag. Men lagmannsretten kan ikke se at det har betydning i saken.

Det er ikke grunnlag for at advokat Vernegg høsten 2015 bare skulle bistå ved selskapsrettslige spørsmål. Det underbygges også av at han deltok i forhandlingsmøtet 4. desember 2015 og at han utvekslet utkast til aksjonæravtale med advokat Thyness. Hvis advokat Verneggs oppdrag skulle vært begrenset til det rent selskapsrettslige, måtte det ha vært avtalt tydelig.

På bakgrunn av kontakten våren 2015 og konklusjonen i notatet 5. juni 2015 var det klart for advokat Vernegg at andel av Schibsteds skattefordel var et svært vesentlig punkt for Polaris Media. Det er ikke noe som tilsier at han fikk signaler om noe annet før møtet 4. desember 2015 eller i møtet. I dette møtet, hvor advokat Vernegg var til stede, fremmet Polaris Media krav om andel av skattefordelen.

Den 14. desember 2015 sendte advokat Thyness over utkast til ny aksjonæravtale til advokat Vernegg med kopi til Møller og Monseth. Utkastet var basert på den eksisterende aksjonæravtalen. Punkt 3 i utkastet gjaldt utbytte. I første ledd ble utbytte i Finn.no økt fra 60 til 90 prosent. Annet ledd i utkastet punkt 3 lød:

Dersom Selskapet yter konsernbidrag til en Part eller annet selskap som inngår i samme skattekonsern som en Part, jf aksjelovens § 8-5 og skattelovens § 10-4, skal den eller de Parter som ikke mottar konsernbidrag og som heller ikke inngår i samme skattekonsern som det mottagende selskap, kompenseres gjennom samtidig utbetaling av utbytte som beløpsmessig skal tilsvare konsernbidraget justert i henhold til antall aksjer som eies av henholdsvis (i) det eller de mottagende selskaper og eventuelle øvrige Parter som inngår i samme skattekonsern, og (ii) de Parter som ikke inngår i samme skattekonsern. I den utstrekning konsernbidraget kommer til fradrag i Selskapets skattepliktige overskudd senest i det inntektsår da det blir utbetalt, skal utbyttet imidlertid justeres for den skattefordel som Selskapet dermed oppnår. Utbyttebeløpet skal i tilfelle beregnes som $A \times B \times C$, der

A = konsernbidraget dividert på den samlede eierandel i Selskapets [sic] som innehas av det eller de selskaper som mottar konsernbidrag og eventuelle øvrige Parter som inngår i samme skattekonsern,

B = 1 – den skattesats som kommer til anvendelse ved beregningen av Selskapets skattefradrag og

C = eierandelen til den eller de Parter som ikke mottar konsernbidrag og som heller ikke inngår i samme skattekonsern som det eller de selskaper som mottar konsernbidrag.

«Selskapet» er Finn.no, «part som mottar konsernbidrag» er Schibsted, og «part som ikke mottar konsernbidrag» er Polaris Media.

Ordlyden og meningen er etter lagmannsrettens syn ikke enkel å oppfatte. Slik bestemmelsen er utformet, er det avgjørende formelen. Denne angir hvor stort kompenserende utbytte Polaris Media må ha for å bli likebehandlet når Schibsted får konsernbidrag. Men den tar ikke hensyn til skattefordel hos Schibsted ved konsernbidrag.

Advokat Vernegg sendte utkastet til sin kollega advokat Sandvik for gjennomgang og kommentarer. Advokat Sandvik var spesialist i skattesaker hos Arntzen de Besche. Han var en av to andre advokater i firmaet som advokat Vernegg involverte i saken. Det var advokat Verneggs oppgave å kommunisere utad med klienten. Advokat Sandvik foreslo

bl.a. å endre bokstav A i formelen slik at det bare skulle være konsernbidraget, og ikke justert for eierandeler.

Advokat Vernegg sendte det reviderte utkastet til Monseth og fikk klarsignal fra ham til å sende dette tilbake til Wiersholm. I oversendelsen gjorde ikke advokat Vernegg Monseth oppmerksom på at det kompensierende utbyttet ikke tok hensyn til skattefordelen hos Schibsted. Advokat Vernegg sendte utkastet til advokat Thyness 15. desember 2015 om formiddagen.

Forslaget til endringen i bokstav A i formelen slo ut i Polaris Medias disfavør. Dette oppdaget advokat Thyness. Han sendte et nytt revidert utkast tilbake til advokat Vernegg samme dag om kvelden. Monseth fikk kopi. I dette reviderte utkastet var innholdet i bokstav A endret tilbake til det opprinnelige. Videre var det lagt ved et regneark. Dette viser at Schibsteds opplegg for innhold i bokstav A ga mer utbytte til Polaris Media enn opplegget fra Polaris Media. Regnearket viser også forholdet mellom konsernbidrag og mulige utbytter. Regnearket bruker ikke reelle tall for konsernbidrag og mulige utbytter. Det bruker for eksemplets skyld 90 for konsernbidrag, og dette gir henholdsvis 7,5 og 6,75 i utbytte. Men regnearket viser likevel at det beregnede utbytte bare er for å kompensere for konsernbidraget og ikke gir andel av skattefordelen av dette.

Etter bevisføringen i saken legger lagmannsretten til grunn at Monseth ikke åpnet vedlegget. Lagmannsretten legger til grunn at han og advokat Vernegg denne kvelden snakket kort sammen om tilbakemeldingen fra advokat Thyness. Advokat Vernegg ga ikke uttrykk for at utkastet med formelen ikke ga Polaris Media noen andel av Schibsteds skattefordel.

Den 16. desember 2015 sendte Monseth en e-post til advokat Vernegg med fire spørsmål til ham. I første del av e-posten er det gjengitt en del av notatet fra 5. juni 2015:

For å sikre likebehandling av Polaris Media bør det i aksjonæravtalen presiseres at ved et konsernbidrag skal minoritetsaksjonærene ha krav på en like stor utdeling per aksje som Schibsted-konsernet får gjennom konsernbidrag. Det bør også presiseres at det ikke skal tas hensyn til at utbyttet må deles ut fra beskattede midler og derfor reduseres. ...

I tilknytning til dette reiste Monseth spørsmål om det i aksjonæravtalen burde vært med et punkt om garantier fra Schibsted i tilfelle brudd på avtalen. Advokat Vernegg sendte dette videre til advokat Sandvik. Advokat Sandvik kommenterte dette slik i e-post til advokat Vernegg:

I avtalen slik den nå er utbyttet til Polaris beregnet etter skatt. Dette er et vanlig resultat, og jeg har oppfattet det slik at dette allerede var akseptert i forhandlingene. I sommer var vi mer offensive og la til grunn at utbytte skulle deles ut uten å ta hensyn til skatt; det vil gi et høyere utbytte (10 i eksemplet fra W).

Når det gjelder konserninterne overføringer er dette en generell problemstilling som går utenfor det skatterettslige. Beskrivelsen nedenfor var vel gitt for å illustrere effekter av at en aksjonær kommer over 90 pst.

Advokat Vernegg besvarte Monseths e-post ved en e-post til Koch 16. desember 2015 om formiddagen. Der skrev advokat Vernegg:

Per Olav [Monseth] har snakket med Aschibsted v/Jacob Møller, M&A-sjef. Møller mener det er uproblematisk å ta inn noe om nedenstående.

Etter sammenhengen forstår lagmannsretten det slik at «nedenstående» viser til Monseths spørsmål om det bør med noe om garantier ved brudd på avtalen. Dette ble også tatt inn i et nytt tredje ledd i punkt 3 i aksjonæravtalen.

I e-post samme formiddag bekreftet advokat Vernegg til sine kolleger advokat Sandvik og advokat Hege Dahl at det var enighet om de endringene Wiersholm hadde foreslått.

Styret i Polaris Media skulle behandle salget i styremøte 17. desember 2015. Koch og Monseth redegjorde for dette i et saksfremlegg. Der står det bl.a.:

For å sikre likebehandling av Polaris Media er det i aksjonæravtalen presisert at ved et konsernbidrag skal Polaris Media ha krav på like stor utdeling per aksje som Schibsted-konsernet får gjennom konsernbidraget. Det er også presisert at det ikke skal tas hensyn til at utbyttet må deles ut fra beskattede midler og derfor reduseres.

Dette er positivt uriktig. Styret vedtok salget. Saksfremlegget ble sendt til advokat Vernegg den 16. desember 2015. Han sendte det videre til advokat Sandvik. Advokat Sandvik oppdaget forskjellen og sendte beskjed til advokat Vernegg den 18. desember 2015:

Jeg forsøkte akkurat å ringe deg. Jeg så gjennom saksfremlegget til styremøtet i PM ASA. Her fremgår det at utdelinger skal skje med samme kronebeløp per aksje for hhv konsernbidrag og utbytte; dvs at skatteeffekten ikke hensyntas. Det er ikke teksten i aksjonæravtalen som ble fremforhandlet. Der fremgår det uttrykkelig at skatteeffekten skal hensyntas. Jeg har oppfattet at dette var gjenstand for forhandling og at Schibsted vant det slaget. Hvis vår klient ikke har vurdert dette, bød de gjøres oppmerksom på det.

Advokat Vernegg svarte samme dag til advokat Sandvik at det «er aksjonæravtalen som gjelder», og advokat Sandvik kvitterte med at han bare ville avklare at det ikke var noen misforståelser.

Avtalen om kjøp av aksjene og aksjonæravtalen ble undertegnet 22. desember 2015.

Ved vurderingen av om advokat Vernegg har vært uaktsom må man som nevnt ta utgangspunkt i hans oppdrag, og det var generelt å bistå Polaris Media ved forhandlingene og inngåelse av avtale. I dette ligger etter lagmannsrettens syn også å ha forståelse for klientens mål og forutsetninger. Da oppdraget startet, var det klart at et viktig mål og en klar forutsetning for Polaris Media var å få en andel av Schibsteds skattefordel ved å komme over 90 prosent eierandel og dermed å få konsernbidrag. Dette var advokat

Verneegg klar over. Lagmannsretten finner ikke noe i bevismaterialet som tilsier at advokat Verneegg fikk beskjed fra Polaris Media om at dette var oppgitt.

Det er for lagmannsretten vanskelig å forstå hvordan feilen her har oppstått. Det synes å ha vært misforståelser og uklar kommunikasjon fra flere involverte. Lagmannsretten behøver ikke å ta nærmere stilling til dette. For lagmannsretten er disse tre forholdene sentrale: (i) I beskjeden fra advokat Sandvik den 16. desember 2015 fikk advokat Verneegg varsel om at teksten i utkastet til aksjonæravtale ga uttrykk for annet enn det som ble forutsatt om sommeren og at det ikke ble tatt hensyn til skatt. (ii) I saksfremstillingen til styret i Polaris Media kom det klart frem at selskapet trodde at det fikk en andel av Schibsteds skattefordel ved konsernbidrag. (iii) I meldingen fra advokat Sandvik 18. desember 2015 fikk Advokat Verneegg beskjed om at det var forskjell mellom aksjonæravtalen og saksfremlegget.

Lagmannsretten finner at aksjonæravtalen punkt 3 var til dels vanskelig tilgjengelig. Slik lagmannsretten ser det, var man i praksis nødt til å benytte regneeksempler for å forstå den. Full forståelse får man best ved å benytte reelle tall. Situasjonen var at advokat Verneegg var engasjert som advokat med spesialkompetanse og for å bistå generelt ved forhandlingene og avtaleinngåelsen. Den kompliserte avtaleteksten sammenholdt med Advokat Verneeggs oppgave tilsier etter lagmannsrettens syn at det må stilles strenge krav til at han forsikret seg om at innholdet var i overensstemmelse med klientens ønsker. Videre skulle han ha forsikret seg om at han hadde oppfattet hva som til enhver tid var klientens mål og forutsetninger. Dette gjorde han ikke.

I vurderingen av forholdet mellom klient og advokat er også klientens forhold og forutsetninger av betydning, og tilsvarende er skadelidtes forhold relevant ved aktsomhetsvurderingen. Monseth deltok i forhandlingene, han fikk oversendt utkastene, og han fikk regnearket med eksempler til illustrasjon fra advokat Thyness 15. desember 2015. Videre var Polaris Media en profesjonell part, og både Koch og Monseth var meget kvalifiserte. De kunne klart ha oppdaget forholdet; og om noe var uklart, kunne de kommet med spørsmål til advokat Verneegg. Men forholdet var at de hadde engasjert Advokat Verneegg nettopp for å ha en spesialist inne. Lagmannsretten legger derfor liten vekt på disse forholdene på Polaris Medias side i aktsomhetsvurderingen.

Advokat Verneegg hadde et oppdrag som advokat og skulle bistå i forhandlingene og ved inngåelsen av avtalen. Det var et punkt i avtalen som er vanskelig tilgjengelig, og han hadde klare signaler på at Polaris Media ikke hadde forstått det. Som advokat og med spesialkompetanse hadde han plikt til å sørge for at innholdet i avtalen var klart for klienten. Han har ikke gjort det. Dette er klanderverdig, og det er grunnlag for ansvar.

Årsakssammenheng og tap

Lagmannsretten behandler etter dette spørsmålene om årsakssammenheng og tap. For disse spørsmålene er det av betydning om lagmannsretten kan ta med i betraktning det Olufsen forklarte om bakgrunnen for e-posten av 30. september 2015, nærmere bestemt notatet fra

Wiersholm. Olufsen var ansatt i Schibsted, og han var styreformann i Polaris Media. Lagmannsretten behandler dette først.

Olufsens notat av 30. september 2015 og hans forklaring i lagmannsretten om notatet fra advokatfirmaet Wiersholm

I lagmannsretten forklarte Olufsen seg om bakgrunnen for e-posten 30. september 2015 der det stod: «[f]oreløpige innspill fra Schibsteds side later til å være kompensasjonsutbytte for Polaris andel av skattefordeler, inntatt i aksjonæravtalen.» Olufsen forklarte at han i september 2015 ble kalt inn til Berger, som var finansdirektør i Schibsted. Olufsen forklarte at han der fikk lese et notat fra Wiersholm. I dette ble det signalisert at en mulighet for å få kjøpe aksjeposten i Finn.no var å gi Polaris Media en del av skattefordelen. Berger ba Olufsen om å få i gang igjen forhandlinger om å kjøpe en aksjepost i Finn.no fra Polaris Media, og Olufsen sendte e-posten 30. september 2015 til Koch i Polaris Media.

E-posten er nytt bevis for lagmannsretten, og det samme er opplysningene om notatet fra Wiersholm. Olufsen var ikke vitne i tingretten. Det er klart at e-posten kan legges frem for lagmannsretten.

De ankende parter anfører at den delen av Olufsens forklaring som gjelder notatet fra Wiersholm er underlagt bevisforbud og at lagmannsretten ikke kan ta det med i betraktning.

Tvisteloven § 22-5 første og tredje ledd lyder:

Retten kan ikke ta imot bevis fra prester i Den norske kirke, ..., advokater, forsvarere i straffesaker, ... om noe som er betrodd dem i deres stilling. Det samme gjelder underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer.

...

Den som har krav på hemmelighold etter denne paragraf, kan samtykke i at beviset føres.

Som nevnt krevet advokat Vernegg og Arntzen de Besche under saksforberedelsen for lagmannsretten at Schibsted skulle fremlegge notatet, men de fikk ikke medhold, jf. kjennelsen 10. desember 2019. Lagmannsretten legger derfor til grunn at Schibsted ikke har samtykket i at beviset føres ved at Olufsen forklarer seg om det.

Bestemmelsen retter seg i første omgang mot at advokaten og dennes medhjelpere forklarer seg om hva de har blitt betrodd og om sine råd som bygger på dette. Den sier ikke bare at advokaten ikke har plikt til å forklare seg, men også at retten ikke kan ta imot slik forklaring. Bestemmelsen gjelder «bevis fra» advokater og forstås slik at notater fra advokaten omfattes. Advokaten kan ikke legge dem frem, og den som har fått notatene har ikke plikt til å legge dem frem. Se om den tidligere bestemmelsen i tvistemålsloven § 205

Rt-2004-1668. Bestemmelsen må videre forstås slik at den som har fått råd fra en advokat ikke har plikt til å forklare seg om dette.

Lagmannsretten forstår bestemmelsen slik at den i utgangspunktet også gjelder der et råd fra advokaten er videreformidlet fra klienten til en tredjemann. Lagmannsretten viser her til den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven § 119, HR-2020-1487-U avsnitt 15 og hensynet til å unngå omgåelser.

Situasjonen i vår sak er noe spesiell. Olufsen var ansatt i Schibsted, og han var samtidig styreformann i Polaris Media. Han fikk lese notatet fordi han var styreformann i Polaris Media og fordi Schibsted ønsket å få i gang forhandlinger med selskapet. Det er ikke opplyst noe om taushetsplikt for Olufsen i 2015 eller etter at han sluttet i Schibsted i mars 2016, og lagmannsretten legger til grunn at det ikke er avtalt noe om dette.

Tvisteloven § 22-5 gjelder det som er «betrodd». Spørsmålet er om opplysningene fra Schibsted og Wiersholms råd på bakgrunn av disse fortsatt er betrodd i en situasjon som her. Spørsmålet ble sparsomt opplyst i ankeforhandlingen, og lagmannsretten har funnet få kilder.

Rt-2009-1526 gjaldt den tilsvarende bestemmelsen i straffeprosessloven § 119. Det hadde vært et møte med samtale mellom tiltalte, en tredjeperson og en prest. I straffesaken ble det avspilt et lydopptak tredjepersonen hadde gjort av samtalen. Høyesterett bemerket at det gjaldt forskjellig regler for presten og tredjepersonen som var til stede. Når tiltalte hadde latt en tredjeperson være tilstede mens presten var der, smittet ikke taushetsplikten for presten over på tredjepersonen, avsnitt 26. Det var ikke et brudd på straffeprosessloven § 119 at opptaket ble avspilt. Opptaket var gjort uten at tiltalte og presten visste om det. Høyesterett fant at det var fremskaffet på utilbørlig måte, men at det etter en helhetsvurdering ikke var en saksbehandlingsfeil at det ikke ble avskåret.

HR-2020-1487-U gjaldt også straffeprosessloven § 119. Klienten hadde selv videreformidlet advokatkorrespondanse til tredjepersoner. Det var tatt beslag i slik advokatkorrespondanse. Tiltalte, som også var klienten, protesterte. Høyesterett slo først fast at videresending i seg selv ikke medfører at advokatkorrespondanse er unntatt fra bevisforbudet, avsnitt 15. I avsnitt 17 står det videre:

Det forholdet at advokatkorrespondanse er vidaresendt, kan derimot etter ei nærare vurdering av måten det er gjort på, innholdet i den og omstenda elles innebera at korrespondansen ikkje lenger kan reknast «betrodd [advokaten i hans] stilling» etter straffeprosesslova § 119. Ei slik nærare vurdering er ikkje gjort av lagmannsretten i saka her, og lagmannsrettens avgjerd må då opphevast for dette beslaget.

Lagmannsretten peker på at Schibsted bevisst lot Olufsen lese notatet, vitende om at han var styreformann i Polaris Media og for at han skulle formidle at Schibsted ønsket forhandlinger. Lagmannsretten kan da ikke se at det lenger er en del av det som er betrodd mellom Schibsted og Wiersholm. Det er ikke i strid med tvisteloven § 22-5 at Olufsen

forklarte seg om dette, og lagmannsretten er ikke avskåret etter denne bestemmelsen fra å ta hans forklaring her i betraktning.

Advokat Vernegg og Arntzen de Besche har anført at Olufsens forklaring om notatet er ulovlig ervervet bevis. Lagmannsretten peker på at det ikke er opplyst noe om taushetsplikt og at han fikk se det i egenskap av at han også var styreformann i Polaris Media. Lagmannsretten kan ikke se at denne delen av forklaringen er ulovlig ervervet bevis.

Etter tvisteloven § 22-7 kan bevis som er fremskaffet på utilbørlig måte nektes ført. Dette beror på en helhetsvurdering. Lagmannsretten viser til de samme momenter som ovenfor og kan ikke se at bestemmelsen kommer til anvendelse. Lagmannsretten er etter dette ikke avskåret fra å ta Olufsens forklaring her i betraktning.

Lagmannsretten bemerker at Olufsens forklaring om notatet ikke var særlig grundig eller brakte noe særlig nytt ut over hva som ville fulgt av mer alminnelige vurderinger av saksforholdet og økonomisk teori. Lagmannsretten legger derfor ikke stor vekt på det.

Nærmere om årsakssammenheng og tap

Slik lagmannsretten ser saken, henger spørsmålene om årsakssammenheng og tap nær sammen. Spørsmålet er hva som ville skjedd om advokat Vernegg hadde gjort Polaris Media oppmerksom på at utkastet til aksjonæravtale ikke ga selskapet andel av Schibsteds skattefordel.

Dette er vurderinger av et hypotetisk hendelsesforløp med mange spørsmål og stor usikkerhet. Lagmannsretten finner vurderingene vanskelige, og deler av dem må etter sin art og bevisbildet bli skjønnsmessige. Lagmannsretten bemerker at det følger av spørsmålenes art at det var begrenset veiledning partene hadde mulighet til å gi lagmannsretten gjennom bevisføring og argumentasjon.

Advokat Vernegg og Arntzen de Besche anfører at det ikke ville blitt noen avtale, eventuelt en avtale med et marginalt bedre vederlag. Dette støttes særlig av at andel av skattefordelen var en forutsetning for Polaris Media og at Schibsted tydelig to ganger hadde avvist dette. Polaris Media anfører på sin side at det ville blitt en avtale der Polaris Media ville fått ti prosent av Schibsteds skattefordel. Dette støttes særlig av at Schibsted var svært interessert i å kjøpe fordi selskapet da ville få en stor skattemessig fordel.

Lagmannsretten finner at et sentralt utgangspunkt for vurderingen er Schibsteds klare økonomiske fordel av å kjøpe aksjeposten for på den måten å kunne få konsernbidrag og oppnå skattefordeler. Dette hadde en stor verdi. Slik regnskapene var høsten 2015, var det klart at skattefordelen bare for året 2015 ville bli omtrent 120 millioner kroner. Det var også god grunn til at det kunne bli store skattefordeler i årene som fulgte. Det fremgår også klart av bevisføringen at Schibsted var meget interessert i å kjøpe aksjeposten. Det var Schibsted som bragte forhandlingene i gang igjen etter sommeren 2015, og Schibsted var i kontakt med Polaris Media etter møtet 4. desember 2015. Videre tilsier økonomisk teori at der to parter må samarbeide for å oppnå en økonomisk fordel, vil de gjøre det; mens

fordelingen av fordelene avhenger av styrkeforholdet mellom partene. Lagmannsretten viser her til forklaring fra sakkyndig Riis. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten det mest sannsynlig at Schibsted ville vært villig til å strekke seg svært langt for å få kjøpt aksjeposten.

Når det gjelder spørsmålet hvor langt Schibsted ville være villig til å strekke seg, er den klare økonomiske fordel, særlig på kort sikt, sentral. Men lagmannsretten peker også på at skattefordelen har en kostnad for Schibsted ved at den bruker av sitt regnskapsmessige underskudd som ellers kunne brukes senere år mot egne andre overskudd. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten det sannsynlig at Schibsted ville strekke seg svært langt, men ikke så langt at selskapet ville gå med på en avtale der Polaris Media fikk hele ti prosent av Schibsteds skattefordel i all fremtid eller å betale en tilleggspris på 127 millioner kroner eller mer for aksjeposten.

Polaris Media var på sin side fornøyd med sin posisjon og var ikke innstilt på å selge. På den annen side kunne en deling av Schibsteds skattefordel innebære at Polaris Media fikk et årlig markert større utbytte av aksjene i Finn.no, samtidig som de fleste rettigheter ble ivaretatt av aksjonæravtalen.

Spørsmålet blir om Polaris Media ville vært villig til å gå med på en avtale som ga dem noe mindre enn ti prosent av skattefordelen. Deler av bevisføringen taler for at selskapet ikke ville vært det, og lagmannsretten peker særlig på forklaringene fra Koch og Monseth. På den annen side var ti prosent andel av Schibsteds skattefordel deres første posisjon i forhandlingene. De avsto forslag om salg sommeren 2015, men gikk likevel med på nye forhandlinger høsten 2015 og fortsatte forhandlinger etter møtet 4. desember 2015. Når man er med på forhandlinger, er det svært vanlig at begge parter flytter sine posisjoner noe. Videre ville også en avtale som ga Polaris Media andel skattefordelen, men noe mindre enn ti prosent, gitt betydelig kontant utbytte. Lagmannsretten finner det derfor sannsynlig at Polaris Media ville vært villig til å gå med på en avtale som ga selskapet en noe mindre andel av skattefordelen enn ti prosent.

Lagmannsretten finner det mer sannsynlig at det ville blitt oppnådd en enighet om dette enn at det ikke ville blitt gjort det. Lagmannsretten har her også sett hen til at avtalen ble inngått først 22. desember 2015 og at den måtte inngås innen årsskiftet for å få virkning for 2015. Men lagmannsretten finner det sannsynlig at disse parter ville klart det.

Lagmannsretten finner det vanskelig å anslå det konkrete innholdet i en slik avtale.

Lagmannsretten finner det mer sannsynlig at det ville blitt avtalt at Polaris Media skulle få en andel av Schibsteds skattefordel enn at det ble betalt en tilleggspris.

Tapet Polaris Media har krevet erstattet består av tre poster, lidt tap, rentetap og fremtidig tap. Sakkyndig Rydning har beregnet lidt tap og rentetap til henholdsvis 67,1 millioner og én million kroner. Med en lavere andel blir dette noe lavere. Det fremtidige tapet, med ti prosent andel av skattefordelen, er i beregningen fra Rydning angitt å være mellom 59,2 millioner kroner og 98,7 millioner kroner, avhengig av rentesats for neddiskontering. I

rentesatsen er det tatt hensyn til usikkerhet. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at det er større usikkerhet enn det beregningene fra Rydning gir uttrykk for. Sannsynlig tap i fremtiden blir da også av denne grunn mindre enn det som fremgår av hans beregning.

Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at det samlede tapet er 100 millioner kroner. Lagmannsretten bemerker at vurderingen er klart skjønnsmessig. Med vurderingstema og bevisbildet som her, er det nær umulig å tallfeste eller konkretisere de enkelte elementene mer.

Polaris Medias tap er på 100 millioner kroner.

Skadelidtes medvirkning

Arntzen de Besche og advokat Vernegg har anført at erstatningen må reduseres som følge av skadelidtes medvirkning, jf. skadeserstatningsloven § 5-1. Det er særlig pekt på den sentrale rollen Koch og Monseth hadde og at bestemmelsen også omfatter unnlatelse av å fjerne risikoen for skade, jf. paragrafen nr. 2.

Koch og Monseth var begge kvalifiserte næringslivsledere og hadde avtaleutkastene. Monseth var selv med i forhandlingene med Schibsted. De kunne satt seg grundig inn i bestemmelsen i aksjonæravtalen punkt 3; og med den betydning dette punktet hadde, burde de nok gjort det. Det fremgår av saksforholdet at de ikke satte seg ordentlig inn i dette punktet, eventuelt at de ikke forstod det. Lagmannsretten legger til grunn at de heller ikke har hatt en grundig diskusjon med advokat Vernegg om hvordan bestemmelsen skulle forstås. Etter en samlet vurdering legger lagmannsretten til grunn at Polaris Media er noe å bebreide for at misforståelsen oppstod.

Bestemmelsen er en «kan-bestemmelse», eventuell nedsettelse av ansvaret må være rimelig, og bestemmelsen legger opp til et bredt skjønn. Lagmannsretten peker på at Polaris Media engasjerte advokat Vernegg som en advokat med særlig kompetanse nettopp for å få hjelp og støtte med avtalen og forhandlingene. Etter en samlet vurdering finner lagmannsretten at advokat Vernegg er klart mer å bebreide enn Polaris Media og at han var nærmere til å oppdage feilen enn selskapet. Lagmannsretten er kommet til at erstatningen ikke skal reduseres på grunn av skadelidtes medvirkning.

Polaris Media har krav på 100 millioner kroner i erstatning.

Saksomkostninger

Polaris Media har vunnet saken og har krav på fulle saksomkostninger for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2. Salæroppgaven er på 1 640 211 kroner for til sammen 397 timer. Advokat Vernegg og Arntzen de Besche har protestert og anført at timeantallet er for høyt. Etter tvisteloven § 20-5 skal «nødvendige kostnader» erstattes. De ankende parter har krevet erstatning for 400 timer. Vanligvis er det mer arbeid for ankende part enn ankemotparten. Men slik denne saken ligger an, finner lagmannsretten at arbeid i 397 timer har vært nødvendig. I tillegg kommer 129 925 kroner til de sakkyndige Riis og Moen og

346 450 kroner til de sakkyndige Rydning og Tenfjord. Polaris Media har kommet med en avledet motanke, og rettsgebyret for denne er 27 600 kroner; og dette omfattes også. Polaris Media tilkjennes saksomkostninger med 2 144 186 kroner for lagmannsretten.

I tingretten ble Polaris Media tilkjent 850 000 kroner i saksomkostninger. Denne delen av tingrettens dom er ikke påanket, og i lagmannsretten har Polaris Media ikke lagt ned påstand om saksomkostninger for tingretten.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg dømmes, en for begge begge for en, til å betale erstatning til Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS med 100 000 000 – etthundremillioner – kroner.
2. Arntzen de Besche Advokatfirma AS og Trond Vernegg dømmes, en for begge begge for en, til å betale saksomkostninger for lagmannsretten til Adresseavisen AS og Polaris Media Nord-Norge AS med 2 144 186 – tomillioneretthundreogførtifiretusenetthundreogåttiseks – kroner.

Fredrik Charlo Borchsenius

Jeg bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold,
jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 andre ledd.

Fredrik Charlo Borchsenius

Dokument i samsvar med undertegnet original
Signert elektronisk – Terje Jørgensen