



E-2/21-15

RETTSMØTERAPPORT

i sak E-2/21

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Norges Høyesterett i saken mellom

Norep AS

og

Haugen Gruppen AS

om tolkningen av rådsdirektiv 86/653/EØF av 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter.

I Innledning

1. Ved brev 26. mai 2021, registrert ved EFTA-domstolen 11. juni 2021, fremsatte Norges Høyesterett en anmodning om rådgivende uttalelse i saken for den domstol mellom Norep AS («Norep») og Haugen Gruppen AS («HG»).
2. Saken for den anmodende domstol gjelder Noreps anke over Hålogaland lagmannsretts dom om et krav fra Norep om avgangsvederlag etter lov av 19. juni 1992 om handelsagenter og handelsreisende («agenturloven»). Kravet førte ikke frem i tingretten eller lagmannsretten med den begrunnelse at Norep ikke kunne regnes som en «handelsagent» etter definisjonen i agenturloven § 1 første ledd.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. Rådsdirektiv 86/653/EØF av 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter (EUT 1986 L 382, s. 17)

(«direktivet») ble innlemmet i vedlegg VII til Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») da EØS-avtalen trådte i kraft.

4. Den andre betraktning i fortalet til direktivet lyder:

Forskjellene i de nasjonale lovgivninger om handelsagentur har betydelig innvirkning på konkurransevilkårene og utøvelsen av agenturvirksomhet i Fellesskapet, og er til skade for den beskyttelse handelsagentene har i forholdet til sine hovedmenn og for rettsikkerheten ved handelstransaksjoner. Forskjellene skaper dessuten betydelige hindringer for inngåelse og gjennomføring av handelsagenturavtaler der hovedmann og handelsagent er etablert i forskjellige medlemsstater.

5. Den tredje betraktning i fortalet til direktivet lyder:

Varehandelen mellom medlemsstatene bør foregå under tilsvarende vilkår som på et felles marked, og dette forutsetter en tilnærming av medlemsstatenes rettsordninger i den grad det er nødvendig for at dette felles marked skal fungere godt. Reglene om lovvalg fjerner i denne henseende ikke ovennevnte ulemper for handelsagentur, selv ikke om det ble utarbeidet ensartede regler, og den foreslåtte harmonisering er derfor nødvendig til tross for at disse reglene finnes.

6. Direktivet artikkel 1 nr. 2 lyder:

I dette direktiv menes med «handelsagent», en selvstendig mellommann som har varig fullmakt til enten å formidle kjøp eller salg av varer for en annen person, heretter kalt «hovedmann», eller til å formidle eller foreta slike transaksjoner i hovedmannens navn eller på vegne av denne.

7. Direktivet artikkel 3 lyder:

1. I utøvelsen av sin virksomhet skal handelsagenten ivareta hovedmannens interesser og handle lojalt og i god tro.

2. Handelsagenten skal særlig:

(a) gjøre de nødvendige anstrengelser for å formidle og eventuelt foreta de transaksjoner som pålegges ham,

(b) meddele hovedmannen alle nødvendige opplysninger han har til rådighet,

(c) etterkomme rimelige instruksjoner gitt av hovedmannen.

8. Direktivet artikkel 4 nr. 3 lyder:

I tillegg skal hovedmannen, innen et rimelig tidsrom, underrette handelsagenten om hvorvidt han antar eller avslår handelstransaksjoner som handelsagenten har skaffet hovedmannen, og om en eventuell manglende gjennomføring av transaksjonene.

9. Direktivet artikkel 7 lyder:

1. Handelsagenten skal ha rett til provisjon for handelstransaksjoner foretatt i det tidsrom som omfattes av agenturavtalen:

(a) dersom transaksjonen er foretatt som et resultat av hans handling, eller

(b) dersom transaksjonen foretas med en tredjemann som han tidligere har skaffet som kunde for transaksjoner av samme art.

2. Handelsagenten skal også ha rett til provisjon for transaksjoner foretatt i det tidsrom som omfattes av agenturavtalen:

- enten når han er tildelt et bestemt geografisk område eller en bestemt kundegruppe,

- eller når han har enerett til et bestemt geografisk område eller en bestemt kundegruppe,

og transaksjonen er foretatt med en kunde som hører til området eller gruppen. Medlemsstatene skal i sin lovgivning innføre en av mulighetene nevnt i de to strekpunkter ovenfor.

10. Direktivet artikkel 8 lyder:

Handelsagenten skal ha rett til provisjon for handelstransaksjoner foretatt etter at agenturavtalen er opphørt:

(a) dersom transaksjonen hovedsakelig er et resultat av den virksomhet handelsagenten har utøvd i det tidsrom som omfattes av agenturavtalen, og dersom transaksjonen er foretatt innen en rimelig frist etter avtalens opphør, eller

(b) dersom tredjemanns ordre i samsvar med vilkårene i artikkel 7 er mottatt av hovedmannen eller handelsagenten før avtalens opphør.

11. Direktivet artikkel 17 nr. 2 lyder:

(a) Handelsagenten skal ha rett til godtgjørelse dersom, og i det omfang

- han har skaffet hovedmannen nye kunder eller merkbart øket antall transaksjoner med eksisterende kunder, og hovedmannen fortsatt har vesentlige fordeler av transaksjoner med disse kundene, og

- utbetaling av godtgjørelse er rimelig, alle forhold tatt i betraktning, særlig handelsagentens tap av provisjon på transaksjoner med disse kundene. Medlemsstatene kan fastsette at disse forhold også kan omfatte anvendelse av en konkurranseklausul i henhold til artikkel 20.

(b) Godtgjørelsen skal ikke overstige et beløp som tilsvarer en årsgodtgjørelse beregnet ut fra handelsagentens gjennomsnittlige årsvederlag i de fem foregående år, og dersom avtalen er inngått for mindre enn fem år siden, skal godtgjørelsen beregnes ut fra det gjennomsnittlige vederlag for det aktuelle tidsrom.

(c) Tildelingen av en slik godtgjørelse skal ikke være til hinder for at handelsagenten kan gjøre krav på skadeserstatning.

Nasjonal rett

12. Agenturloven § 1 første ledd lyder slik:

Med en handelsagent forstås i denne lov den som i næringsvirksomhet etter avtale med en annen (hovedmannen) har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn.

13. Ifølge den anmodende domstol fremgår det av lovens forarbeider (Ot.prp. nr. 49 (1991–1992) side 13) at det er forutsatt at enhver som regnes som en handelsagent i EU-direktivets forstand, også vil være omfattet av lovens definisjon.

14. Når agenturavtalen opphører har handelsagenten videre rett til avgangsvederlag etter agenturloven § 28 hvis lovens vilkår er oppfylt. Vilkårene samsvarer med de som angis i direktivets artikkel 17 nr. 2. Handelsagenten og hovedmannen har etter loven lojalitetsplikt overfor hverandre, og utslaget av denne plikten er konkretisert i lovens §§ 5 til 7. Disse bestemmelsene gjennomfører direktivets artikkel 3 og 4.

III Faktum og saksgang

15. Norep ble stiftet i 1989 og har «agenturvirksomhet og detaljhandel, samt hva hermed står i naturlig forbindelse med» som virksomhet/art/bransje, etter nøkkelopplysninger i Enhetsregisteret.

16. HG ble stiftet i 1979 og har «handel, markedsføring, administrasjon, eiendomsforvaltning og hva dermed står i naturlig forbindelse samt deltagelse i andre selskaper, eventuelt ved kjøp av aksjer» som virksomhet/art/bransje, og «engroshandel med bredt utvalg av nærings- og nytelsesmidler» som næringskode, etter nøkkelopplysninger i Enhetsregisteret. Det er opplyst at HG er importør av internasjonale merkevarer i dagligvarebransjen. Selskapet har siden 1980-tallet hatt som kunder de tre store dagligvarekjedene i Norge: Coop, NorgesGruppen og Rema.

17. Norep inngikk 17. april 1991 avtale med Erik Haugen Management AS (nå HG). Avtalens overskrift er «Samarbeids kontrakt». Av avtalens punkt 1 a fremgår at Norep «skal ... være E.H.s eneagent på nåværende og fremtidige produkter som måtte komme i regi av E.H., i det nærmere beskrevne geografiske område». For øvrig beskriver avtalen hva det påhviler partene å foreta seg, økonomiske forhold og avtalens gyldighet. Under forhandlingene om avtalen var spørsmål om godtgjørelse ved oppsigelse av avtalen tema mellom partene. Avtalen inneholder ikke bestemmelser om dette. Partene er uenige om hvorvidt avtalen er en agentavtale som reguleres av agenturloven.

18. Etter 17 års samarbeid basert på 1991-avtalen, inngikk partene ny avtale i 2008. Også her var avtalens overskrift «Samarbeidskontrakt», og Norep er i punkt 1 a omtalt som eneagent. Avtalen inneholder ikke bestemmelser om godtgjørelse ved oppsigelse av avtalen. Verken dette eller agenturlovens anvendelse var tema mellom partene under forhandlingene om avtalen. Det fremgår av avtalen at den er «en revisjon av og erstatter» 1991-avtalen. Partene er uenige om hvorvidt avtalen er en agentavtale som reguleres av agenturloven.

19. I november 2018 sa HG opp partenes avtale. Bakgrunnen for oppsigelsen var at Coop, NorgesGruppen og Rema besluttet å utføre all fysisk håndtering av produkter i butikkene selv. HG hadde da ikke lenger behov for tjenesten Norep utførte, noe Norep har akseptert. I januar 2019 fremmet Norep krav om avgangsvederlag etter agenturloven § 28. Kravet utgjorde ett års provisjon basert på et gjennomsnitt av siste fem års omsetning. HG bestred at agenturloven kommer til anvendelse, og at Norep har krav på avgangsvederlag.

20. Norep tok 24. juni 2019 ut stevning for Salten tingrett, med påstand om at avtaleforholdet mellom partene «er regulert av agenturloven». Stevningen ble senere rettet to ganger. HG krevde saken avvist da den ikke gjaldt et rettskrav etter tvisteloven § 1-3. Ved Salten tingretts kjennelse 4. oktober 2019 ble søksmålet avvist. Kjennelsen ble anket for så vidt gjelder sakskostnadsavgjørelsen. Ved Hålogaland lagmannsretts kjennelse

6. desember 2019 ble Norep pålagt å betale sakskostnader for tingretten med 75 000 kroner og for lagmannsretten med 25 800 kroner.

21. Norep tok 10. oktober 2019 ut ny stevning for Salten tingrett, med påstand om at HG betaler erstatning fastsatt etter rettens skjønn. Kravet ble senere endret slik at det prinsipielt ble krevd avgangsvederlag etter agenturloven, subsidiært erstatning.

22. Salten tingrett kom til at agenturloven ikke kunne anvendes på dette samarbeidsforholdet, og fant at HG ikke var ansvarlig overfor Norep.

23. Hålogaland lagmannsrett kom til samme resultat og forkastet anken. Dommen inneholder en mer detaljert beskrivelse av avtaleforholdet. Partene er i hovedsak enige om denne fremstillingen av Noreps virksomhet og beskrivelsen av norsk dagligvarebransje.

24. Lagmannsretten fant det bevist at Norep gjennom avtalen med HG «i næringsvirksomhet etter avtale med en annen ... har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg ... av varer for hovedmannens regning». Retten bemerket imidlertid at lovens definisjon inneholder en nærmere angivelse av på hvilken måte avtaleparten skal «virke for salg» for å bli ansett som handelsagent, det vil si «ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn».

25. Til belysning av Noreps arbeid for HG brukte partene tid i saken på å beskrive norsk dagligvarebransje og fremla blant annet NOU 2011: 4 Mat, makt og avmakt – om styrkeforholdene i verdikjeden for mat, og Meld. St. 27 (2019–2020) Daglegvare og konkurranse – kampen om kundane. Ifølge den beskrivelse har de tre store dagligvarekjedene i Norge, Coop, NorgesGruppen og Rema, som utgjør HGs tre kunder i dagligvaremarkedet, hvert sitt hovedkontor. På nivået under hovedkontoret er det et kjedekontor for hver type butikk: Obs, Extra, Prix, Mega og Marked/Matkroken under Coop, Spar/Eurospar, Joker, Meny, Kiwi og Bunnpris under NorgesGruppen og Rema 1000 under Rema. Hver butikktype har en rekke butikker fordelt rundt i landet. Mellom butikkene og kjedekontorene er grossistledet Coop logistikk for Coop, ASKO logistikk for NorgesGruppen og Rema Distribusjon for Rema. Det er opplyst at priser, betingelser og sortiment fastsettes av hovedkontorene, i tillegg til valg av samarbeidspartnere og markedsaktiviteter for kjedene. Alle produkter må godkjennes på hovedkontornivå før de er tillatt å selge på butikknivå. Planogram utarbeides også sentralt, det vil si hvor, i hvilket antall og på hvilken måte den enkelte vare skal plasseres i butikk.

26. Ut fra denne strukturen forhandler HG priser, betingelser, sortiment og godkjenning av varer med hovedkontorene. HG mottar ordrer fra og leverer varer til grossistledet, ikke direkte til butikkene. I avtaleperioden brukte HG Norep i Nord-Norge og sin egen salgsstyrke i resten av landet som salgsapparat for å fremme salg. Etter partenes avtale punkt 3 i, første underpunkt, skulle Norep «fremme HGs salg i området best mulig gjennom regelmessige besøk hos detaljister og grossister». Etter punkt 1 a skulle Norep

betjene sitt geografiske område med «salg og oppfølging». Etter punkt 1 b skulle Norep «ved aktivt og seriøst salgsarbeid fremme salget og distribusjonen av HGs produkter». Etter punkt 6 a skulle HG betale provisjon til Norep «av netto fakturert grossistomsetning direkte eller indirekte til Noreps geografiske område» før fratrekk av rabatter.

27. Det var ikke helt klart for lagmannsretten om Norep anførte at de hadde inngått avtaler i HGs navn. Det ble uansett ikke fremlagt fullmakt om dette etter agenturloven § 18, eller dokumentasjon som bekreftet slike avtaler. Lagmannsretten fant det ikke sannsynliggjort at Norep hadde inngått avtaler i HGs navn.

28. Spørsmålet var da om Norep kunne sies å ha «innhentet ordrer til hovedmannen». Det ble forklart for lagmannsretten at ordrer fra butikk til grossist utover på 1990- og 2000-tallet ble automatisert, slik at et elektronisk system automatisk genererte nye ordrer til grossist når varelageret for et gitt produkt nærmet seg slutten i en butikk. Det ble gitt ulike forklaringer på tidspunktet for opphør av sluttседler og ordrer i papir og overgang til full-elektronisk bestilling av varer. Samlet fant lagmannsretten det mest sannsynlig at både ordrer fra butikk til grossist og fra grossist til HG gikk elektronisk og direkte, uten Norep som mellomledd, i hele perioden partenes avtale fra 2008 var gjeldende. Vitner forklarte at Norep opererte med sluttседler i papir lenger enn andre. Det ble fra Norep samtidig gitt uttrykk for at de var å anse som handelsagent selv om ordrer ble plassert direkte fra butikk og grossist, noe lagmannsretten oppfattet som en bekreftelse på at ordrer ble plassert direkte

29. At ordrer ble plassert direkte i hvert fall fra 2008, støttes ifølge lagmannsretten også i noen grad av endringen i avtalens ordlyd punkt 3 i, femte underpunkt, fra 1991 til 2008. I 1991-avtalen fremgikk det at det særlig påhvilde E.H. «å gi Norep underretning uten forsinkelser om og i hvilket omfang inngitte ordrer ikke kan aksepteres eller om at det oppstår leveringsforsinkelser». I 2008-avtalen ble dette endret til at det særlig påhvilde HG «å forsyne Norep med alle opplysninger som har betydning for at Norep skal kunne utføre salgsoppdraget på beste måte». I forlengelsen av dette bemerket lagmannsretten at det ikke kunne utelukkes at Norep i noen utstrekning innhentet ordrer til HG på 1990-tallet og begynnelsen av 2000-tallet. Det fremsto som sannsynlig for lagmannsretten at endringen i ordlyden reflekterte utviklingen i dagligvarebransjen på 1990- og 2000-tallet, som også er skissert av Norep, nemlig at det ble stadig mer sentral- og kjedestyrte og automatisert. Ifølge lagmannsretten tilsa dette at Norep fra før 2008, og i hvert fall fra 2008, ikke innhentet ordrer til HG, men utførte slike oppgaver som kjedene selv overtok i 2018/2019.

30. Noreps anke til Høyesterett rettet seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 21. januar 2021 ble anken tillatt fremmet.

31. På denne bakgrunn besluttet Høyesterett å utsette saken og forelegge EFTA-domstolen følgende spørsmål:

1. Skal begrepet «formidle» i artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653 forstås slik at det forutsetter befatning med ordrer fra kunder til hovedmannen, slik at ordrene ikke kan gå direkte fra kunder til hovedmannen, [slik faktum i denne sak er beskrevet i anmodningen]?

2. I den grad svaret på spørsmål 1 er nei, hvilke momenter er relevante i vurderingen av om salgsrelatert aktivitet skal regnes som «formidling» etter artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653?

IV Skriftlige innlegg

32. I samsvar med artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 90 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- Norep AS, representert ved advokat Magne Mjaaland,
- den tyske stat, representert ved Johannes Möller, dr. David Klebs, Mathias Hellmann og dr. Ulrich Bartl, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkingsorgan («ESA»), representert ved Ingibjörg Ólöf Vilhjálmsdóttir, Marianne Arvei Moen, Catherine Howdle, Michael Sánchez Rydelski og Melpo-Menie Joséphidès, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Lorna Armati og Mislav Mataija, som partsrepresentanter.

V Fremsatte forslag til svar

Norep AS

33. Norep AS foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Spørsmål 1:

Norep AS har ikke angitt et bestemt svar på dette spørsmål.

Spørsmål 2:

Norep AS har ikke angitt et bestemt svar på dette spørsmål.

Den tyske stat

34. Den tyske stat foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Spørsmål 1:

Handelsagentdirektivet artikkel 1 nr. 2 skal forstås slik at en salgsagent også kan formidle [vermitteln] avtaler etter denne bestemmelse ved at ordrer plasseres direkte fra kunder til hovedmannen, dersom de øvrige vilkår i bestemmelsen er oppfylt.

Spørsmål 2:

«Vermitteln» [formidling] etter handelsagentdirektivet artikkel 1 nr. 2 krever at det ytes et salgsfremmende bidrag for å inngå en avtale, som i det minste bidrar til inngåelsen av avtalen. Bidrag fra tredjeparter eller hovedmannen som spiller en avgjørende rolle i inngåelsen av avtalen, i tillegg til salgsagentens bidrag, er irrelevante så lenge handelsagentens bidrag ikke er ubetydelig.

ESA

35. ESA foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Spørsmål 1:

Begrepet «formidle» i artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653/EØF av 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter skal ikke forstås slik at det forutsetter befatning med ordrer fra kunder til hovedmannen, slik at ordrene ikke kan gå direkte fra kunder til hovedmannen.

Spørsmål 2:

Momentene som er relevante i vurderingen av om en salgsrelatert aktivitet skal regnes som «formidling» etter artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653/EØF av 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter, må tolkes bredt basert på ovenstående analyse og i sammenheng med avtalen mellom partene som den anmodende domstol skal vurdere.

Kommisjonen

36. Kommisjonen foreslår at de forelagte spørsmål besvares på følgende måte:

Spørsmål 1:

Artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653, og spesielt begrepet «formidle», skal forstås slik at det ikke nødvendigvis forutsetter befatning med ordrer fra kunder til hovedmannen, eller utelukker en ordning der ordrer går direkte fra kunder til hovedmannen.

Spørsmål 2:

Salgsrelatert aktivitet skal regnes som «formidling» etter artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653 dersom formålet med aktiviteten er å inngå salgs- eller kjøpsavtaler for hovedmannen, slik at agenten opptrer som mellommann mellom hovedmannen og kunder.

Páll Hreinsson
Saksforberedende dommer