



NORGES HØYESTERETT

EFTA Court
Rue du Fort Thungen
1499 Luxembourg
Luxembourg

Dok 56

Sak nr. 20-183236SIV-HRET, sivil sak, anke over dom: Anmodning om rådgivende tolkningsuttalelse

1. INNLEDNING

- (1) I medhold av artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelsen av et overvåkningsorgan og en domstol, jf. også den norske domstoloven § 51a, anmoder Norges Høyesterett herved om rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen til bruk i sak nr. 20-183236SIV-HRET. Ankende part i saken er Norep AS, mens Haugen Gruppen AS er ankemotpart.
- (2) Saken gjelder Norep AS' krav om avgangsvederlag etter agenturloven. I tingrettens og lagmannsrettens dom førte ikke slikt krav frem med henvisning til at Norep AS ikke kunne regnes som en «handelsagent» etter definisjonen i agenturloven § 1 første ledd.
- (3) Saken reiser spørsmål om tolkningen av Europarådets direktiv 86/653/EØF 18. desember 1986 om samordning av medlemsstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter. Reglene er gjennomført i norsk rett i lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) 19. juni 1992.
- (4) Høyesterett ber nå om at EFTA-domstolen uttaler seg om det nærmere innholdet i regelen i direktivets artikkel 1 nr. 2 første alternativ, nærmere bestemt vilkåret «formidle».

2. OVERSIKT OVER SAKENS PARTER

- (5) De involverte parter i saken for Høyesterett er
- (6) Ankende part: Norep AS
- Prosessfullmektig: Advokat Magne Mjaaland
SANDS Advokatfirma DA
Postboks 1829 Vika
0123 Oslo
- (7) Ankemotpart: Haugen Gruppen AS
- Prosessfullmektig: Advokat Thor Einar Kristiansen
Svensson Nøkleby Advokatfirma ANS
Postboks 294 Bragernes
3001 Drammen

3. SAKENS FAKTISKE BAKGRUNN

- (8) Norep AS' anke til Høyesterett gjelder anke over Hålogaland lagmannsretts dom 23. oktober 2020. Lagmannsretten avgjorde ved denne dommen Norep AS' anke over Salten tingretts dom 10. mars 2020.
- (9) Partene er i hovedsak enige om lagmannsrettens fremstilling av sakens historikk og bakgrunn. Lagmannsretten har innledningsvis i dommen beskrevet saksforholdet og saksgangen slik:

«Norep AS (heretter også Norep) ble stiftet i 1989, og har «agenturvirksomhet og detaljhandel, samt hva hermed står i naturlig forbindelse med» som virksomhet/art/bransje, i henhold til nøkkelopplysninger i Enhetsregisteret.

Haugen-Gruppen AS (heretter også 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, i henhold til 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.

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.

Etter 17 års samarbeid basert på 1991-avtalen, inngikk partene ny avtale i 2008. Også her er 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.

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.

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.

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.»

- (10) Salten tingrett kom til at agenturloven ikke kunne anvendes på dette samarbeidsforholdet, og frifant Haugen Gruppen AS i sin helhet.
- (11) Hålogaland lagmannsrett kom til samme resultat og forkastet anken. I dommen beskrives avtaleforholdet noe nærmere. Partene er i hovedsak enige om denne fremstillingen av Norep AS' virksomhet og beskrivelsen av norsk dagligvarebransje:

«Lagmannsretten finner bevist, og det fremstår ikke som omstridt, 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'. Lovens definisjon inneholder imidlertid 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'.

Til belysning av Noreps arbeid for HG har partene brukt tid i saken på å beskrive norsk dagligvarebransje og har blant annet fremlagt 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. Det er ikke nødvendig for retten å gå detaljert inn på dette ved vurderingen av om Norep har vært handelsagent i lovens forstand. Det nevnes kort at de tre store dagligvarekjedene i Norge, Coop, NorgesGruppen og Rema, som utgjør HGs tre kunder i dagligvaremarkedet, har hvert sitt hovedkontor. På nivået under hovedkontor er det et kjedekontor for hver type av 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.

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. Som salgsapparat for å fremme salg brukte HG i avtaleperioden Norep i Nord-Norge og egen salgsstyrke i resten av landet. 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.

Det er ikke helt klart for lagmannsretten om ankende part anfører at de har inngått avtaler i HGs navn. Det er uansett verken fremlagt fullmakt til dette i henhold til agenturloven § 18 eller dokumentasjon på slike avtaler. Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at Norep har inngått avtaler i HGs navn.

Spørsmålet er da om Norep kan sies å ha 'innhentet ordrer til hovedmannen'. Det er forklart for lagmannsretten at ordrer fra butikk til grossist utover på 1990- og 2000-tallet ble automatisert, slik at et elektronisk system automatisk genererte ny ordre til grossist når en vare nærmet seg slutten i butikk. Det har vært gitt ulike forklaringer på tidspunktet for opphør av sluttsedler og ordrer i papir og overgang til full-elektronisk bestilling av varer. Samlet finner lagmannsretten 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 av 2008 var gjeldende. Stein Pettersen har forklart at Norep lenger enn andre opererte med sluttsedler i papir. Dette er for så vidt bekreftet av vitnet Trygve Johansen. Det er fra Norep samtidig gitt uttrykk for at de er å anse som handelsagent selv om ordrer plasseres direkte fra butikk og grossist, noe lagmannsretten oppfatter som en bekreftelse på at ordrer plasseres direkte.

At ordrer er plassert direkte i hvert fall fra 2008, støttes også i noen grad av endringen i avtalens ordlyd punkt 3 i, femte underpunkt fra 1991 til 2008. I 1991 fremgikk her at det særlig påhviler E.H. 'å gi Norep underretning uten forsinkelser om hvorvidt og i hvilket omfang inngitte ordrer ikke kan aksepteres eller om at det oppstår leveringsforsinkelser'. I 2008-avtalen er dette endret til at det særlig påhviler HG 'å forsyne Norep med alle opplysninger som har betydning for at Norep skal kunne utføre salgsoppdraget på beste måte'. I forlengelsen av dette bemerker lagmannsretten at det ikke kan utelukkes at Norep i noen utstrekning innhentet ordrer til HG på 1990-tallet og begynnelsen av 2000-tallet. Det fremstår som sannsynlig at endringen i ordlyd reflekterer utviklingen som også Norep har skissert i dagligvarebransjen på 1990- og 2000-tallet, til å bli stadig mer sentral- og kjedestyrkt og automatisert. Dette tilsier 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.»

- (12) Norep AS' anke til Høyesterett rettet seg mot lagmannsrettens lovanvendelse. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 21. januar 2021 ble anken tillatt fremmet.

4. SAKENS RETTSLIGE BAKGRUNN

4.1. Relevant norsk lovgivning

(13) 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.»

(14) Det fremgår 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.

(15) Når agenturavtalen opphører har handelsagenten rett til avgangsvederlag etter agenturloven § 28 hvis lovens vilkår er oppfylt. Vilkårene samsvarer med de som angis i direktivets artikkel 17 nr. 2.

(16) Handelsagenten og hovedmannen har etter loven lojalitetsplikt overfor hverandre, og utslag av denne plikten er konkretisert i lovens §§ 5 til 7. Disse bestemmelsene gjennomfører direktivets artikkel 3 og 4.

4.2. Agentdirektivet (86/653/EØF)

(17) Agentdirektivet artikkel 1 nr. 2 inneholder slik definisjon av selvstendig handelsagent (dansk språkutgave):

«2. Ved handelsagent forstås i dette direktiv en selvstændig mellemmand, som er vedvarende antaget til at formidle salg eller køb af varer for en anden person, i det følgende benævnt agenturgiveren, eller til at formidle og afslutte saadanne forretninger i agenturgiverens navn og for dennes regning.»

(18) Tolkningsspørsmålet i saken dreier seg om uttrykket «formidle salg eller kjøp av varer» (artikkel 1 nr. 2 første alternativ).

(19) Det fremgår av direktivets artikkel 3 at handelsagenten skal ivareta agenturgiverens interesser og handle lojalt og redelig, og især blant annet «på passende vis bestræbe sig på at formidle og i givet fald afslutte de ham pålagte forretninger».

(20) Det fremgår av direktivets artikkel 4 nr. 3 at agenturgiveren innen en rimelig frist skal underrette handelsagenten «om sin accept eller sit afslag» av en «agenturforretning som denne har formidlet.»

(21) Det følger videre av direktivets artikkel 17 nr. 2 at opphørsgodtgjørelse blant annet skal gis såfremt handelsagenten har «skaffet agenturgiveren nye kunder eller i betydeligt omfang har øget forretningerne med den bestående kundekreds, og forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele».

4.3. EU-domstolens praksis

(22)

EU-domstolen har lagt til grunn at «formidle» er et selvstendig EU-rettslig begrep. I sin dom 4. juni 2019 i sak Trendsetteuse SARL mot DCA SARL (C-828/18) har domstolen gitt følgende analyse av begrepet «formidle»:

«24 I denne henseende skal det bemærkes, at selv om direktiv 86/653 ikke definerer uttrykket ‘formidle’, er den omstændighed, at den i direktivets artikel 1, stk. 2, omhandlede formidlingsaftale skal vedrøre ‘salg eller køb af varer for [...] agenturgiveren’, et udtryk for EU-lovgivers ønske om, at formålet med denne aftale skal være at indgå salgs- eller købsaftaler for agenturgiverens regning.

25 Det skal endvidere bemærkes, at eftersom artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 ikke indeholder nogen henvisning til de nationale lovgivninger for så vidt angår betydningen af begrebet ‘formidle’, skal begrebet ved anvendelsen af dette direktiv anses for at være et selvstændigt EU-retligt begreb, der skal fortolkes ens på Unionens område (jf. i denne retning dom af 19.12.2019, Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

26 I denne henseende fremgår det af fast retspraksis, at fastlæggelsen af betydningen og rækkevidden af de udtryk, som ikke er defineret i EU-retten, skal ske efter deres sædvanlige betydning i almindelig sprogbrug, idet der skal tages hensyn til den kontekst, hvori de anvendes, og de mål, der forfølges med den lovgivning, som de udgør en del af (jf. bl.a. dom af 29.7.2019, Spiegel Online, C-516/17, EU:C:2019:625, præmis 77).

27 Selv om flertallet af sprogversionerne af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 anvender udtryk, som kan oversættes til ‘forhandle’, indeholder sprogversionerne på bl.a. tysk og polsk et bredere udtryk, der kan oversættes til ‘tjene som mellemlid’.

28 Uanset denne forskel indebærer de udtryk, der anvendes i de forskellige sprogversioner af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, imidlertid ikke nødvendigvis, at handelsagenten selv kan fastsætte prisen på de varer, som den pågældende sælger for agenturgiverens regning.

29 Følgelig skal det i artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 indeholdte udtryk ‘formidle’ fortolkes under hensyn til den kontekst, hvori denne bestemmelse indgår, og de mål, der forfølges med direktivet.

30 Hvad for det første angår den kontekst, hvori bestemmelsen indgår, fremgår det for det første af artikel 3, stk. 1 og 2, i direktiv 86/653, at handelsagenten inden for rammerne af sin kontrakt skal varetage agenturgiverens interesser ved bl.a. på passende vis at bestræbe sig på at formidle og i givet fald afslutte de forretninger, som agenturgiveren har pålagt den pågældende. Formålet med en handelsagents virksomhed afhænger dermed af vilkårene i den kontrakt, som forbinder den pågældende med agenturgiveren, og navnlig af aftalen mellem parterne om, hvilke varer agenturgiveren har til hensigt at sælge eller købe med denne handelsagents medvirken (dom af 7.4.2016, Marchon Germany, C-315/14, EU:C:2016:211, præmis 31 og 32).

[...]

33 Det fremgår nemlig af artikel 4, stk. 3, i direktiv 86/653, sammenholdt med direktivets artikel 17, stk. 2, litra a), at en handelsagents primære opgaver består i at skaffe agenturgiveren nye kunder og i at udvikle forretningerne med den bestående kundekreds.

34 Således som den østrigske regering i det væsentlige har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, kan handelsagenten sikre udførelsen af disse opgaver gennem informations-, rådgivnings- og forhandlingsaktiviteter, der kan fremme indgåelsen af salget af varerne for agenturgiverens regning, uden at handelsagenten råder over en beføjelse til at ændre priserne på de nævnte varer.

35 For det andet ville en fortolkning af artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653, hvorefter bestemmelsen udelukker, at en person, der ikke råder over en beføjelse til at ændre priserne på de varer, som den pågældende sælger for agenturgiverens regning, kan anses for en 'handelsagent', være i strid med dette direktivs mål.

36 Således som det fremgår af anden og tredje betragtning til nævnte direktiv, har direktivet nemlig til formål at sikre handelsagenters retsbeskyttelse i forhold til deres agenturgivere, at fremme retssikkerheden i handelssamkvemmet og at lette samhandelen mellem medlemsstaterne ved at tilnærme deres retssystemer på området for handelsagenturer (dom af 21.11.2018, Zako, C-452/17, EU:C:2018:935, præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).»

- (23) I EU-domstolens dom 21. november 2018 i sak Zako SPRL mot Sanidel SA (C-452/17) avsnitt 37 flg. er det lagt til grunn at mellommannen kan gjøre andre oppgaver i tillegg til å formidle kjøp og salg, uten å miste statusen som handelsagent.

5. KORT OM BAKGRUNNEN FOR ANMODNINGEN

- (24) Agenturloven er ment å gjennomføre Agentdirektivet. Vilkårene for å regnes som handelsagent er noe forskjellig utformet i lovens § 1 første ledd og direktivets artikkel 1 nr. 2. Det anses hensiktsmessig å få EFTA-domstolens syn på om direktivets begrep «formidle» skal forstås slik at det forutsetter befattning med ordrer fra kunder til hovedmannen, slik at det utelukker en ordning der ordrene går direkte fra kunder til hovedmannen, særlig i lys av EU-domstolens tolkning av begrepet i sak C-828/18.

6. PARTENES ANFØRSLER

6.1. Norep AS

- (25) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Norep AS har inngitt:

«Agentdirektivets artikkel 1 nr. 2 første alternativ inneholder intet krav til at handelsagentens virke skal skje gjennom innhenting av ordrer til hovedmannen, men begrenser seg til å fastslå at agenten må være engasjert for å «formidle» salg eller kjøp av varer, dvs. opptre som et mellomledd som har til oppgave å promotere hovedmannens varer overfor bestående kundekrets og nye kunder.

Direktivet bygger i stor grad på det tyske regelverket om handelsagenter. I avsnitt 27 i dansk språkversjon av sak C-828/18, står det at bl.a. den tyske språkversjonen av artikkel 1 nr. 2 inneholder et uttrykk 'der kan oversettes til 'tjene som mellemlid'.

Direktivet har ingen bestemmelser om at handelsagenter må innhente ordrer for å omfattes. Artikkel 7 som omhandler agents rett til provisjon, underbygger at det ikke

stilles krav til innhenting av ordrer. Artikkel 7 er innført i agenturloven med flg. bestemmelse i § 10 første ledd:

‘Handelsagenten har rett til provisjon av avtaler som inngås i oppdragstiden, hvis:

- 1) avtalen er kommet i stand ved agentens medvirkning,
- 2) avtalen uten agentens medvirkning er inngått med en tredjemann som agenten tidligere har skaffet som kunde for liknende avtaler, eller
- 3) agenten har fått tildelt et bestemt område eller en bestemt kundekrets, og avtalen uten agentens medvirkning er inngått med en tredjemann som hører til området eller kundekretsen’

I forarbeidene til § 10 (Ot.prp. nr. 49 (1991–1992 s. 50) står det at en handelsagent også kan «ha rett til provisjon etter nr. 1 der agentens medvirkning verken er avtaleslutning eller ordreformidling». Tilsvarende gjelder etter § 10 første ledd nr. 2 og 3.

Den sentrale oppgaven for en handelsagent er å utføre salgsfremmende arbeid for hovedmannen, og artikkel 1 nr. 2 har som en presumsjon at kunders beslutning om å inngi ordrer, er et resultat av en forutgående innsalgsprosess hvor agenten har medvirket.

Hovedmannen kan i sine forretningsvilkår fastsette at ordrer fra kunder skal inngis direkte til ham. Det gir dårlig mening om en handelsagent som har utført salgsfremmende arbeid for en hovedmann, skal falle utenfor lovens virkeområde fordi ordrene går direkte til hovedmannen, og at det skal resultere i at agenten ikke omfattes av lovens vernebestemmelser, inkl. § 28 om avgangsvederlag.

Dersom agenturloven § 1 skal forstås slik at ordrer må tas opp av en handelsagent, for at agenten skal være beskyttet av loven, vil det stride mot et av formålene bak direktivet, som er å sikre handelsagenters rettsbeskyttelse, (jf. avsnitt 36 i sak C-828/18).»

6.2. Haugen Gruppen AS

(26) Nedenfor gjengis de bemerkninger som Haugen Gruppen AS har inngitt:

«Agentdirektivets artikkel 1 nr. 2 første alternativ gjelder ikke enhver form for markedsføringsaktivitet som noen utfører på vegne av andre i det øyemed å generere salg av varer og produkter.

Det er riktig at direktivet etter sin tekst ikke oppstiller noe krav om at agentens virke for salg skal skje gjennom innhenting av ordre. Direktivet kan på den annen side ikke forstås slik at det gjelder et forbud mot et slikt vilkår i nasjonal rett, når vilkåret om innhenting av ordre er en betingelse for at bindende avtale om salg av hovedmannens varer anses inngått etter nasjonal rett. Dansk nasjonal rett har også vilkår om at handelsagenten må innhente ordre til hovedmannen for å bli ansett som handelsagent. Det riktige rettslige spørsmål er, slik Haugen- Gruppen AS ser det, hvorvidt det kan anses å være i strid med direktivet at agenturloven har oppstilt et vilkår om når agenten kan anses å ha virket for at en salgsavtale er inngått. Agenten kan ikke anses å ha formidlet salgsavtalen uten at agenten har innhentet ordren til hovedmannen.

I argument 24 i saken Trendsetteuse SARL mot DCA SARL (C-828/18) fremgår det at selv om direktivet ikke har noen definisjon av uttrykket formidle, så er vilkåret ‘formidle’ et

'uttryk for EU-lovgivers ønske om, at formålet med denne aftale skal være at indgå salgs- eller købsaftaler for agenturgiverens regning'

Ren promotering av hovedmannens varer som ikke knytter seg til konkrete salg kan vanskelig innfortolkes i direktivets uttrykk å 'formidle' salg av hovedmannens varer. Dette er ikke i tråd med alminnelig forståelse av uttrykket 'formidle'. Det er heller ikke i tråd med direktivets formål og konteksten uttrykket skal fortolkes. Etter direktivet må formålet med avtalen mellom agenten og hovedmannen være at agenten skal inngå eller innhente salgsavtaler for agenturgiverens regning. Generell markedsføringsaktivitet alene, hvor den påståtte agent ikke deltar i selve avtaleslutningen eller avtaleinnhenting (innhente ordre som deretter aksepteres av hovedmannen), faller ikke inn under agentdirektivets uttrykk å 'formidle' salg av hovedmannens varer.

Det fremgår av tidligere avgjørelser fra EFTA-domstolen at det stilles tre kumulative vilkår som må være oppfylt for å bli ansett som handelsagent. Blant annet må man være å anse som selvstendig mellommann.

Når forståelsen av uttrykket «formidle» skal fastslås, må man også se hen til at direktivet oppstiller et klart vilkår om at man for å bli ansett som handelsagent i direktivets forstand må opptre som selvstendig mellommann i de avtaler om salg av hovedmannens varer som blir inngått. Man kan vanskelig anses å være mellommann ved inngåelse av salgsavtalene dersom uttrykket «formidle» ikke skal anses å stille slike kvalitative krav til agentens aktivitet at den har direkte sammenheng med de enkelte konkrete avtaler om salg av hovedmannens varer som kommer i stand.

Den aktivitet lagmannsretten har funnet bevist at Norep AS har utført faller ikke innenfor agentdirektivets formål fordi avtalene om salg av Haugen-Gruppen AS sine varer inngås mellom Haugen-Gruppen AS og dagligvarekjedenes grossistledd, ikke mellom Haugen-Gruppen AS og grossistleddets kjøpere (kjedenes butikker). Butikkene kjøper av grossistene ikke fra Haugen-Gruppen AS. Norep AS har ikke på noe måte medvirket i forhandlingene Haugen-Gruppen AS årlig gjennomfører med dagligvarekjedenes hovedkontorer hvor det blant annet avtales hvilket sortiment (varer) Haugen-Gruppen AS kan selge til kjedene, hvilke markedsaktiviteter som skal gjennomføres sentralt og lokalt, hvilken hylleplassering den enkelte vare skal ha i butikkene som er underlagt kjedene (planogram) med mer. Lagmannsrettens bevisvurdering er endelig.

Når agenturloven § 1 forstås slik at ordrer må innhentes av en handelsagent, for at handelsagenten skal være mellommann og beskyttet av loven, vil det ikke stride mot formålene bak direktivet. Formålet bak direktivet er å sikre beskyttelse for de som har inngått avtaler om å være mellommann ved salg av hovedmannens varer, (jf. avsnitt 24 i sak C-828/18). Formålet er ikke å gi rettsbeskyttelse til de som har inngått avtaler med hovedmenn hvor formålet ikke er å opptre som mellommann og inngå/ innhente salgsavtaler for hovedmannen, men arbeidet gjelder utførelse av annen type salgsfremmende arbeid i tilknytning til hovedmannens varer. Formålet bak direktivet gir ikke grunn til å strekke forståelsen av uttrykket «formidle» til å omfatte en større krets enn de som faktisk inngår/innhenter salgsavtaler til hovedmennene.

Direktivets artikkel 7, som gjelder handelsagentens krav på provisjon, kommer bare til anvendelse på de som oppfyller de tre kumulative vilkårene i artikkel 1 for å bli ansett som handelsagent. Artikkel 7 må tillegges begrenset betydning ved tolkingen av definisjonen på handelsagent. Artikkelen tjener et formål om å beskytte de som allerede er å anse som handelsagenter mot utvanning av provisjonsinntektene fra hovedmannens side. Det samme gjelder betydningen av agenturlovens § 10 med hensyn til forståelsen av kravet om å innhente ordre i lovens § 1 i nasjonal rett.

Artikkel 7 kan ikke forstås slik at den kommer til anvendelse for de som på intet tidspunkt i løpet av partenes avtaleperiode har opptrådt som mellommann mellom hovedmannen og den konkrete kjøperen av varen hovedmannen har solgt. Innholdet i artikkel 4 nr. 3 underbygger at det stilles krav til faktisk deltagelse i selve inngåelsen/innhenting av salgavtalen for å bli ansett som handelsagent.

Artikkel 1 nr. 2 har ikke som en presumsjon at kunders beslutning om å inngi ordrer, er et resultat av en forutgående innsalgsprosess hvor agenten har medvirket.»

7. SPØRSMÅL TIL EFTA-DOMSTOLEN

På bakgrunn av de ovennevnte forutsetningene i saken, og ut fra ønsket om dialog mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler, ber Høyesterett om EFTA-domstolens svar på følgende spørsmål:

1. Skal begrepet «formidle» i artikkel 1 nr. 2 i direktiv 86/653 forstås slik at det forutsetter befattning 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 kapittel 3 ovenfor?
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.

Oslo, 26. mai 2021

Hilde Indreberg
dommer

Elektronisk signert