

Vedlegg 1: Analogi fra agenturloven i andre salgsforhold?

De handelsreisende er ansatte arbeidstakere (selgere) som ofte lønnes med provisjon. I den grad deres lønn er basert på resultat, er sider som utbetalingstidspunkt, beregning og fastsettelse av lønnen regulert i lov 19. juni 1992 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven). Provisjon er en variant av bonus, slik begrepet er definert i oppgaven, og spørsmålet er hvorvidt den lovregulering som finnes for de handelsreisende kan være av mer allmenn interesse. Det vil si om prinsippene i loven også burde danne utgangspunktet for den rettslige situasjonen til selgere som ikke omfattes av begrepet.

I det følgende diskuteres hvorvidt agenturloven kan anvendes analogisk i andre salgsforhold. Deretter følger en gjennomgang av de aktuelle reglene som gjelder provisjon og avgangsvederlag.

1.1 Analogi mht. til andre selgere enn "handelsreisende"?

Loven regulerer i hovedsak forholdet mellom handelsagenter og deres hovedmenn. Handelsagentene er selvstendig næringsdrivende, og vil ikke bli omtalt nærmere. Handelsreisende er derimot definert som *".. en ansatt som har som oppgave å oppsøke tredjemenn og virke for salg eller kjøp av varer som ikke medbringes, ved å innhente ordrer til arbeidsgiver eller ved å inngå avtaler i arbeidsgivers navn."*, jf. agenturloven § 1. Handelsreisende er altså arbeidstakere som forholder seg til en arbeidsgiver, hvilket innebærer at arbeidsmiljølovens regler gjelder parallelt.

Bakgrunnen for agenturloven av 1992 var i hovedsak tilpasning til EF-retten. Etter EØS-avtalen skulle reglene i EFs rådsdirektiv av 1986 om samordning av medlemstatenes lovgivning om selvstendige handelsagenter¹ innarbeides i norsk rett. EF-direktivet inneholdt ikke regler om ansatte handelsreisende. Stortinget valgte imidlertid å inkludere denne yrkesgruppen i agenturloven, og på den måten avløse den eldre kommisjonslovens regler om samme yrkesgruppe. Bakgrunnen for dette var at det *"ville medføre uheldige virkninger å frata dem den beskyttelsen reglene i kommisjonsloven gir i dag"*.² I Sverige ble de gamle reglene om handelsreisende opphevet uten at det senere er kommet noen ny lov som spesielt regulerer de handelsreisendes stilling. I Danmark og Finland har man beholdt en viss regulering.

Handelsreisendes stilling var tidligere regulert i kommisjonsloven fra 1916, hvor de var kjennetegnet ved at de ikke hadde sitt eget kontor, men at de reiste fra sted til sted.

¹ Rådsdirektiv 86/653/EØF

² Inst.O.nr.69 (1992-1992), punkt 3 "Departementets merknader"

I agentloven fra 1992 er det avgjørende hvorvidt selgeren er ansatt, ikke om vedkommende reiser rundt. Hvilken stillingsbetegnelse som er brukt er ikke avgjørende. I utkastet til agentloven, utarbeidet av en arbeidsgruppe nedsatt av Justisdepartementet 1991, heter det at

*”oftest kalles de ikke handelsreisende, men salgsrepresentant, selger eller lignende. Dette er ikke avgjørende for om vedkommende omfattes av dette kapitlet eller ikke.”*³

Avgjørende for om en befinner seg innenfor lovens anvendelsesområde er etter dette om selgeren oppsøker arbeidsgiverens kunder og i den forbindelse virker for salg eller kjøp av varer. I kravet om at selger må oppsøke kunden ligger ikke mer enn at det er selger som skal ta første kontakt.

Uttalelser i forarbeidene kan tas til inntekt for en analogisk tolkning av loven i enkelte tilfeller. I ot.prp.nr.49 (1991-1992) i kapitlet som heter spesielle motiver, diskuteres det hvorvidt reglene skal få lik anvendelse overfor grupper som faller utenfor begrepet ”handelsagenter”, for eksempel eneforhandlere, forsikringsagenter, rederiagenter o.a. agentforhold utenom varehandelen. På side 40 heter det:

*”I forarbeidene til den endringen av kommisjonsloven som ble foretatt i 1973 ble det åpnet for en viss analogisk anvendelse av kommisjonslovens regler (jf. f.eks innstillingen side 59 flg.). Også i rettspraksis finnes støtte for analogisk anvendelse av kommisjonsloven for forhold som snevert sett faller utenfor (f.eks Rt.1980-243 og Rt.1989-852). Arbeidsgruppen er av den oppfatning at tilsvarende regler som i utkastet her bør bli lagt til grunn i lignende distribusjonsforhold så langt det er naturlig.”*⁴

Også rettspraksis inneholder eksempler på at agenturloven har blitt anvendt analogisk i enkelte tilfeller.

I Rt.1980-243 (Tampax-dommen) var spørsmålet om agenturlovens regler om etterprovisjon kunne anvendes analogisk overfor eneforhandlere. Dommen ble avsagt under dissens. Flertallet kom til at det ikke var grunnlag for noen analogisk anvendelse i dette tilfellet, men at analogi ikke kunne utelukkes i spesielle tilfeller, hvor man ellers ville komme til lite rimelige resultater. Mindretallet mente derimot at i tilfeller hvor eneforhandlerforholdet funksjonelt sett har samme innhold som et agentforhold, bør det være plass for en analogisk anvendelse av kommisjonslovens bestemmelser om avgangsvederlag.

I Rt.1989-852 ble en rederiagent tilkjent etterprovisjon etter en analogi fra kommisjonsloven av 1916. Retten avgjorde spørsmålet på konkret grunnlag, hvor det avgjørende var at det aktuelle agenturet funksjonelt sett hadde slike likhetstrekk med et handelsagentur at det var naturlig å anvende bestemmelsen analogisk. Forskjellen lå i at det her dreide seg om formidling av tjenester og ikke av varer.

³ s.118

⁴ Ot.prp.nr.49(1991-1992) s.40

Det er etter dette på det rene at agenturloven i enkelte tilfeller kan gis analogisk anvendelse på distribusjonsforhold som har samme funksjonelle innhold som agentforholdet. Verken forarbeidene eller Tampax-dommen behandler imidlertid analogisk anvendelse av de regler som gjelder *handelsreisende* i agenturloven. Spørsmålet er om betraktningene vedrørende agentforholdet kan anvendes også i forhold til de handelsreisende. Med andre ord: Vil bestemmelsene om handelsreisende kunne anvendes analogisk overfor andre salgsforhold med ”*samme funksjonelle innhold*” som handelsreisendeforholdet?

Etter mitt skjønn må dette kunne besvares bekreftende. Handelsreisendes vern gjennom agenturloven er begrunnet i at deres stilling anses mer sårbar enn andre arbeidstakeres stilling fordi de er provisjonsavlønnede. Det avgjørende er at de er provisjonsavlønnede. I den grad selgere, som strengt tatt faller utenom agenturloven, er provisjonsavlønnede, og det heller ikke finnes avtaler som regulerer det aktuelle spørsmålet, bør man derfor kunne bruke agenturloven analogisk.

Jeg forutsetter i det følgende at reglene om handelsreisende i agenturloven kan gis tilsvarende anvendelse på forhold som har samme funksjonelle innhold som handelsreisendeforholdet.

Hva innebærer så kravet om samme ”*funksjonelle innhold*”? Det kan etter mitt skjønn ikke legges avgjørende vekt på om det er tale om ”*oppsøkende salg*” eller ei. Hvem som tar kontakt med hvem bør ikke ha konsekvenser for vernet av arbeidstakeren. At den oppsøkende virksomheten nok oppfattes som mer krevende og kanskje bør lønnes bedre, er så sin sak. Men slik jeg oppfatter det, er det imidlertid ikke et argument for å sikre selgeren bedre rettigheter med hensyn til fremgangsmåte ved utbetaling av bonus/provisjon, eller krav på avgangsvederlag.

En handelsreisende kjennetegnes rent faktisk ved at han selv har stor innflytelse på omsetningen. Det blir ikke et salg uten vedkommendes egen innsats. Analogisk anvendelse av reglene om handelsreisende bør etter mitt skjønn derfor avgrenses mot selgere som ikke har innvirkning på kundens vurderinger av kjøpet. Dette vil for eksempel være tilfelle for kassaansatte eller butikkansatte, hvis oppgave i hovedsak består i å slå inn varene og ta i mot betaling. Disse forholdene ligger så langt fra den handelsreisendes arbeidsvilkår at det ikke virker naturlig å gi reglene analogisk anvendelse. Ved salg av større kapitalvarer, for eksempel biler, stiller saken seg annerledes. Salg vil i slike tilfeller ofte bero på selgerens evne til å overbevise kunden om at vedkommende gjør et godt kjøp, og mye av arbeidstiden vil gå med til nettopp dette. I den grad en bilselger lønnes med provisjon, vil det etter mitt skjønn være grunn til å gi agenturlovens regler om handelsreisende tilsvarende anvendelse.

Etter dette anser jeg salgsforhold, hvor selger har stor innflytelse på hvorvidt det blir et salg eller ei, å ha det ”*samme funksjonelle innhold*” som handelsreisendeforholdet. Dette betyr at reglene om provisjon og avgangsvederlag kan anvendes analogisk i disse tilfellene.

1.2 Analogi mht. salg av annet enn varer

Agenturloven omfatter kun salg av "varer". Salg av fast eiendom, verdipapirer eller skip reguleres ikke av agentloven. Tjenesteavtaler faller også utenom loven.

Når det gjelder formidling av annet enn "varer" finnes det uttalelser i forarbeidene som tyder på at agentloven kan få analogisk anvendelse. Det heter i Ot.prp.nr.49(1991-1992) s. 41 at:

"Handelsagentens virksomhet omfatter handel med varer. Dette vil være løsøre og ikke f.eks fast eiendom eller verdipapirer. Finansmeglere, eiendomsmeglere, speditører, forsikringsagenter mv. faller utenfor. Arbeidsgruppen vil imidlertid vise til det som ovenfor ble sagt om muligheten for analogisk anvendelse i slike forhold, og særlig til dommen i Rt.1989-852⁵ flg."

En del kjøp innebærer noe mer enn overleveringen av selve ytelsene, for eksempel vedlikehold, montering og lignende. Om slike kjøp heter det i forarbeidene:

"En del kjøpsavtaler inneholder også en del om montering av varen e l. Hvorvidt avtalen skal anses som en kjøpsavtale, og dermed gå inn under loven, eller som en tjenesteavtale og dermed i utgangspunktet falle utenfor, må avgjøres konkret. I og med at det i slike tilfeller etter omstendighetene kan være naturlig med analogisk anvendelse av visse av lovens regler, vil en eksakt grensedragning neppe ha avgjørende betydning." ⁶

Det kan etter dette bli tale om å anvende loven analogisk både på salg av tjenester og annet som ikke kan betraktes som varer, f.eks. eiendom, forutsatt at forholdet har slike likhetstrekk med et handelsagentur at analogi er naturlig. Det kan dessuten bli tale om analogier hvor kjøpet har innslag av andre momenter enn det rene kjøp, f.eks. montering mm.

1.3 Utfyllende regler

Hvor salgsforholdet ligger så langt unna handelsreisendeforholdet at det ikke er naturlig at agentlovens regler anvendes analogisk (forholdet har ikke det samme funksjonelle innhold), blir spørsmålet hva man skal falle tilbake på hva gjelder provisjon og evt. krav på avgangsvederlag, hvor intet er avtalt. Dette kan for eksempel være aktuelt i forhold til kassaansatte, som sjelden har stor innflytelse på salget. Spørsmålet er ikke behandlet verken i litteratur eller praksis så vidt meg bekjent, slik at drøftelsen er et uttrykk for egne betraktninger. Jeg finner det hensiktsmessig å sondre mellom reglene om provisjon og avgangsvederlag i denne diskusjonen.

⁵ Jf. Punkt 1.1, s.2 siste avsnitt

⁶ Ot.prp.nr.49(91-92) s.41

1.3.1 Provisjon

Jeg mener de beste grunner taler for å anvende de prinsipper for provisjon som slås fast i agenturloven, selv på forhold som ligger så langt unna handelsreisendeforholdet at det ikke er naturlig å anvende loven direkte analogisk. Reglene er gitt ut fra en antagelse om at provisjonslønnede står i en svakere stilling enn fastlønnede. I den grad arbeidstakeren er lønnet med provisjon kan jeg derfor ikke se at det finnes argumenter mot å utfylle avtalen med disse reglene. Det er tale om regler som ikke kan ses på som tyngende for arbeidsgiver, de gir heller et inntrykk av å være minimumskrav til folkeskikk/lojalitet i arbeidslivet. Dersom ikke annet er avtalt, bør arbeidstaker derfor etter mitt syn ha lik rett til utbetaling av provisjon en gang i kvartalet, og dessuten oversikt over eventuelle trekk som er foretatt, samt begrunnelsen for disse.

1.3.2 Avgangsvederlag

Handelsreisende har krav på avgangsvederlag i den grad de har tilført arbeidsgiver nye kunder gjennom arbeidet sitt. Reglene om avgangsvederlag i agenturlovens § 28 er altså av en litt annet karakter enn provisjonsbestemmelsene. De innebærer en så stor utgift for arbeidsgiver, at det ved første øyekast kan virke urimelig å gi dem anvendelse på selgere av alle slag, f.eks. kassaansatte. Det må imidlertid has in mente at avgangsvederlaget er ment å skulle være en belønning for at selgeren har skaffet arbeidsgiver økt omsetning eller økt kundemasse, som arbeidsgiver vil dra nytte av i fremtiden. Kassaansatte vil derfor ikke ha noe krav på avgangsvederlag, med mindre deres arbeid består i noe annet, og mer, enn å slå inn varer og motta betaling. I den utstrekning selgeren oppfyller de vilkår som oppstilles i loven, kan jeg ikke se at det skulle være noe prinsipielt i veien for at vedkommende fikk et avgangsvederlag. Ordningen med avgangsvederlag anser jeg som en rimelig og fornuftig løsning i alle tilfeller hvor arbeidsgiver i framtiden kan høste av sine tidligere ansattes arbeid. Jeg mener derfor at reglene bør gis analogisk anvendelse på salgsforhold generelt.

1.4 Konklusjon

Jeg har i det følgende kommet til at reglene om provisjon og avgangsvederlag i agenturloven kan anvendes analogisk på selgere som har stor innflytelse på salget. (Jeg mener slike salgsforhold har samme funksjonelle innhold som handelsreisendeforholdet.) Jeg er videre kommet til at loven kan anvendes analogisk i tilfeller hvor det ikke er tale om ”varer” i alminnelig forstand, men om tjenester, eiendom mv.

Dersom avtalen er taus mht. provisjon og avgangsvederlag, og salgsforholdet ikke kvalifiserer til analogisk anvendelse fordi selger har liten innflytelse på salget, vil en likevel kunne utfylle avtalen med prinsipper fra agenturloven om disse forholdene. Dette innebærer at selgere generelt, bør ha like krav mht. informasjon, utbetaling og beregning av provisjonen. Når det gjelder avgangsvederlaget, vil en utfylling

imidlertid ha liten betydning, siden selgere som ikke har særlig innflytelse på salget, vanskelig kan tenkes å oppfylle vilkårene for avgangsvederlag etter reglene i agenturlovens § 28 jf. avsnitt 1.5.2.

1.5 Reglene

Nedenfor følger en gjennomgang av reglene om provisjon og avgangsvederlag i agenturloven. Som foregående drøftelse har pekt på, mener jeg disse reglene bør kunne få anvendelse for selgere generelt.

1.5.1 Provisjonskravet

I agentloven § 37 heter det at i den grad den handelsreisende lønnes med provisjon, så kommer de samme regler som gjelder handelsagentene til anvendelse. Disse bestemmelsene finnes i §§ 10 til 15, og er i stor grad ufravikelige til fordel for den handelsreisende. I svensk rett finnes ingen regulering av provisjon for ansatte handelsreisende, i dansk og finsk rett er reglene gjort fravikelige. Lovkonsipistene i Norge begrunner valget med at:

”disse spørsmålene reguleres ikke av noen arbeidsrettslige lovbestemmelser, og vil derfor stå ulovfestet dersom de ikke reguleres av denne loven. På dette punkt mener arbeidsgruppen at det er så stor likhet mellom agenturforholdene og de handelsreisende at det er naturlig å ha tilsvarende regler”.

Og videre

”når først den handelsreisende lønnes ved provisjon, noe som fører til at han er i en mer usikker økonomisk stilling enn andre ansatte, bør han når det gjelder reglene om når provisjon forfaller og bortfaller, om provisjonsoppgave og om rett til opplysninger, sikres samme preseptoriske vern som handelsagenten”.

Dette innebærer at selgeren har krav på provisjon av avtaler som inngås i ansettelsestiden dersom selgeren har medvirket til avtalens inngåelse, jf § 10. Medvirkningskravet tolkes slik at det helt klart er oppfylt i de tilfeller hvor selgeren selv har sluttet avtalen med kunden, eller når vedkommende har formidlet ordren til arbeidsgiveren. Dersom kunden imidlertid selv henvender seg direkte til arbeidsgiver eller via en annen selger, og medvirkningen kun består i å bearbeide kunden, kreves det at denne bearbeidelsen har vært en vesentlig årsak til avtalen.⁷

Selgeren har videre krav på provisjon av avtaler som sluttes etter at vedkommende har fratrudd stillingen, dersom avtalen enten ble sluttet før selgeren fratrudd, eller dersom den ble sluttet i rimelig tid etter at selgeren hadde fratrudd, og den i hovedsak var kommet i stand som et resultat av selgerens arbeid før vedkommende sluttet, jf. § 11.⁸ Disse bestemmelsene kan fravikes ved avtale, jf. § 2, jf. §§ 10 og 11.

1.5.1.1 Inntjenings- og utbetalingstidspunkt

Når det gjelder inntjenings- og utbetalingstidspunkt, reguleres dette for de handelsreisende i agenturlovens § 12. Etter § 12 nr.1 inntjenes provisjonen når arbeidsgiver har oppfylt sin del av avtalen, i tilfeller av salg må det avgjørende være

⁷ nærmere om dette se Eftestøl, Ellen J. ”Agenturloven med kommentarer”, 1998, s.98 flg.

⁸ Eftestøl, Ellen J. ”Agenturloven med kommentarer”, 1998, s.107 flg.

om varene er levert, jf. kjøpsloven §§ 6-8. Paragraf 12 nr.2 tar sikte på tilfeller hvor arbeidsgiver ikke holder sin del av avtalen, dvs. ikke leverer varene som avtalt, og dette ikke skyldes forhold på kundens side. Her bestemmes at selgerens provisjon anses inntjent på det tidspunkt da arbeidsgiver skulle ha levert varen. Begrunnelsen er at selgeren ikke skal lastes for arbeidsgivers mislighold. Både § 12 nr.1 og 2 kan fravikes ved avtale. Det absolutt seneste tidspunkt provisjonen kan regnes som inntjent, er når tredjemann har oppfylt sin del av avtalen. Det vil si når kjøper betaler for varen, eller når vedkommende senest skulle ha betalt, hadde det ikke vært for arbeidsgiverens mislighold, jf. § 12 nr.3 og 4. Disse bestemmelsene kan ikke fravikes til skade for arbeidstaker, jf tredje ledd.

At provisjonen er inntjent innebærer ikke at selger har et ugjenkallelig krav på å få den utbetalt. Etter § 13 kan provisjonen på nærmere vilkår nemlig falle bort. Inntjenings tidspunktet er imidlertid avgjørende i forhold til når provisjonskravet forfaller til betaling.⁹

Utbetalingstidspunktet er regulert i § 12 annet ledd, hvor det heter at provisjonen skal utbetales senest innen en måned etter utløpet av det kvartal den ble inntjent i. Denne bestemmelsen kan heller ikke fravikes til skade for arbeidstaker, jf. tredje ledd. Partene står selvfølgelig fritt til å avtale at provisjonen skal forfalle tidligere, noe som i høy grad også praktiseres. Regelen er svært sjenerøs overfor arbeidsgiver, og kan i sin ytterste konsekvens lede til at selgeren i begynnelsen av ansettelsestiden kan komme til å vente fire måneder på sin første lønn, dersom lønnen ene og alene er basert på provisjon. En eventuell fastlønn følger imidlertid reglene i arbeidsmiljøloven § 55¹⁰ som fastsetter at måneds- og årslønte skal ha lønnsutbetaling minst to ganger i måneden dersom ikke annet avtales. Paragraf 12 er i tråd med direktivet, og identisk med samme bestemmelse i dansk og svensk rett. De norske forarbeidene inneholder ingen begrunnelse for at utbetalingstidspunktet ikke settes tidligere. Det fremkommer i danske og svenske forarbeider at direktivet er å anse som et maksimumsdirektiv, slik at medlemsstatene ikke burde kunne gjennomføre gunstigere regler for agenten/den handelsreisende på bekostning av hovedmannen/arbeidsgiver enn det direktivet gir anvisning på.¹¹ Begrunnelsen for dette er at handelsagenturkontraktene ofte er av internasjonal karakter, og direktivet er kommet i stand som følge av et harmoniseringsbehov. I finsk rett har man derimot valgt en annen og bedre løsning for agenten. Her skal utbetaling skje innen en måned etter utgangen av inntjeningsmåneden. Denne løsningen sies å stå i diskutabel stilling til direktivet.

1.5.1.2 Bortfall av provisjon

I visse nærmere angitte tilfeller faller selgers rett til provisjon bort dersom salgavtalen ikke gjennomføres, jf. § 13.

⁹ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende, avgitt av arbeidsgruppe nedsatt av Justisdepartementet 1991, s.47

¹⁰ NOU 2004:5 §14-13(1)

¹¹ Eftestøl, Ellen 1998 *Agenturloven med kommentarer* s117-118

*”Dette henger sammen med at provisjonen er direkte resultatorientert, det skal i hovedsak være en godtgjørelse til agenten for de avtalene som blir gjennomført. Det er uten betydning for bortfallet om provisjonen bare er inntjent, eller om den også er utbetalt..”*¹²

Typiske annullasjonsgrunnlag vil være at kjøper benytter seg av sin lovbestemte angrerett, at kjøper ikke er myndig, at vedkommende ikke evner å betale, at salgsavtalen inneholder faktiske feil m.v. Ved salg over telefon mv. er det en reell fare for at det ikke foreligger noen salgsavtale i det hele tatt. Det finnes flere eksempler på at selgerne sender ut varen og håper at kunden betaler uten å stille spørsmål.

Hovedregelen er at selger mister sitt krav på provisjon når avtalen ikke gjennomføres uavhengig av årsaken til annullasjonen, jf. § 13 første ledd. Bestemmelsen kan ikke fravikes til skade for selger, jf. femte ledd. Bestemmelsen skal hindre at selger innlater seg på avtaler med kunder som ikke har evne eller vilje til å betale for varen, siden selger er nærmere til å danne seg et inntrykk av dette før avtaleinngåelsen enn arbeidsgiver. Skyldes den manglende oppfyllelsen derimot forhold på arbeidsgivers side, har selgeren likevel krav på provisjon. I forarbeidene nevnes det eksempel at arbeidsgiver (hovedmannen) ikke klarer å levere den avtalte varen fordi fabrikken der varene produseres ikke greier å oppnå den avtalte kvalitet.¹³ Arbeidsgiver identifiseres i dette henseende også med sine andre ansatte, kontraktsmedhjelpere med videre. Det er dessuten arbeidsgiver som har bevisbyrden for at avtalen ikke er oppfylt, og at dette ikke skyldes forhold på arbeidsgivers egen side.

I bestemmelsens andre ledd fastslås at dersom den manglende oppfyllelse skyldes at arbeidsgiver har gitt henstand med betalingen, eller opphevet avtalen med kunden, har selger likevel krav på provisjon som om avtalen hadde blitt oppfylt. Men dersom agenten samtykker i betalingshenstanden eller opphevelse av avtalen, tapes likevel kravet på provisjon.

Dersom avtalen bare delvis oppfylles, faller selgerens krav på provisjon bort hva gjelder den ikke oppfylte del av avtalen, jf. tredje ledd. Dersom kunden for eksempel betaler to tredjedeler av den avtalte prisen, skal selger heller ikke ha mer enn to tredjedeler av provisjonen. Bestemmelsen viser til første og annet ledd, hvilket innebærer at dersom noe annet følger av disse bestemmelsene, går det foran. Dersom den delvise oppfyllelsen skyldes arbeidsgiver, vil for eksempel selger likevel ha krav på full provisjon.

Dersom provisjonen er utbetalt, må selgeren betale tilbake den delen av provisjonen som er bortfalt, jf. fjerde ledd. Et slikt krav på tilbakebetaling forfaller i følge forarbeidene¹⁴ til betaling i det selgeren har fått meddelelse om at provisjonen er bortfalt. Beskjeden kan gis i provisjonsnotaen, som etter § 14 skal sendes selgeren senest en måned etter utgangen av hvert kvartal. Når det gjelder renter, løses dette på vanlig måte i reglene i lov om renter ved forsinket betaling med mer av 17.des. 1976 nr.100, hvilket innebærer at arbeidsgiver har krav på morarenter fra en måned etter at

¹² Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende, 1991 s.50, kommentar til § 13

¹³ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende, 1991 s.51

¹⁴ Ot.prp.nr.49(1991-1992)s.53

agenten ble tilsendt skriftlig påkrav med betalingsoppfordring. Foreldelsesfristen er 3 år som ved vanlige pengekrav, jf. lov 18. mai 1979 om foreldelse av fordringer § 2. Fristen begynner å løpe i det provisjonen er bortfalt.¹⁵

1.5.1.3 Provisjonsoppgave

Selger har krav på å få en oversikt fra arbeidsgiver over provisjon som er inntjent og evt. som er falt bort, jf. § 14. En slik oversikt skal sendes arbeidstaker senest innen en måned etter at kvartalet er slutt. Den skal inneholde alle opplysninger som er relevante ved beregningen av provisjonen, slik at arbeidstaker selv skal kunne kontrollere at beregningen stemmer. Dersom provisjon er bortfalt i løpet av kvartalet, skal provisjonsoppgaven angi årsaken til det på en så klar og utfyllende måte at selger blir i stand til å vurdere riktigheten av det.¹⁶ Bestemmelsen er ufravikelig i favør av arbeidstaker, slik at det ikke kan avtales at provisjonsnotaen skal komme sjeldnere eller ha færre opplysninger enn det som går fram her. Det er derimot ikke noe i veien for at provisjonsnotaen kan komme oftere, eller med andre tremånedersintervaller enn foreskrevet. Etter § 15 har arbeidsgiver plikt til å dokumentere at provisjonsnotaen inneholder korrekte opplysninger, dersom arbeidstakeren krever slik dokumentasjon. Dersom arbeidsgiver ikke lojalt oppfylder denne plikten, enten ved å ikke gi fra seg opplysningene innen rimelig tid, eller ved å nekte å fremskaffe dokumentasjonen, har arbeidstakeren rett til å granske arbeidsgivers bokføring. Granskningsrett har arbeidstaker også dersom vedkommende mistenker at opplysningene som er oppgitt i provisjonsnotaen ikke stemmer med den faktiske situasjonen. Opplysningsplikten gjelder i den grad avtalen er gjennomført slik at provisjonen anses ”inntjent”.¹⁷ Videre er opplysningsplikten begrenset til informasjon som er tilgjengelig for arbeidsgiver. Dette innebærer i følge forarbeidene at arbeidsgiver har plikt til å gi de opplysninger som vedkommende selv besitter, men at det også kan tenkes at han i visse tilfeller har plikt til å innhente opplysninger fra andre.¹⁸

1.5.2 Avgangsvederlag

Agentlovens § 28 er hovedregelen om agentenes krav på økonomisk sluttoppgjør. I lovens § 41 bestemmes at handelsreisende som lønnes med provisjon har krav på avgangsvederlag på samme vilkår som en handelsagent, slik at § 28 gjelder tilsvarende. Tanken bak instituttet er at selgeren gjennom arbeidet sitt har tilført arbeidsgiver nye kunder, en verdi som selgeren gjennom provisjon ville fått del i dersom selgeren hadde fortsatt å arbeide for arbeidsgiveren, men som vedkommende går glipp av når han velger å slutte.¹⁹ Avgangsvederlaget skal kompensere for dette hypotetiske tapet. Regelen om avgangsvederlag er preseptorisk, og krever ingen ytterligere forankring i avtale.

Ingen av de øvrige nordiske landene har regler som gir den handelsreisende krav på avgangsvederlag. I Danmark har man imidlertid en bestemmelse i Lov om

¹⁵ Ot.prp.nr.49(1991-1992)s.53

¹⁶ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende 1991, s.55

¹⁷ Ot.prp.nr.49(1991-1992) s.54

¹⁸ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende 1991, s.56

¹⁹ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende 1991, s.93

rettsforholdet mellom arbeidsgivere og funksjonærer av 23. juli 1987 nr. 516 §§2a og 2b, som gir rett til en viss ”*fratredelsesgodtgørelse*”.

Det er flere vilkår som må være oppfylt for at krav på avgangsvederlag skal inntre. For det første må arbeidsforholdet ha opphørt. Det kan stilles spørsmål om hvorvidt en innskrenkning av arbeidsavtalen, for eksempel med hensyn til kundekrets eller produkter, kan utløse rett til avgangsvederlag for den delen av avtalen som bortfaller. Spørsmålet er behandlet i forarbeidene, hvor det konkluderes med at en endring av avtalen på denne måten ikke utløser noe krav.²⁰

Bestemmelsens første ledd nr. 1 stiller videre opp to alternative vilkår, enten må selgeren ha tilført arbeidsgiver nye kunder eller merkbart øket omsetningen med den bestående kundekrets. I tillegg må også arbeidsgiver ha vesentlige fordeler av dette. I forarbeidene er det uttalt at det skal legges til grunn en presumsjon for at de nye kundene vil fortsette forbindelsene med hovedmannen eller at den økede omsetningen med de gamle kundene vil fortsette. Men dersom det er slik at arbeidsgiver av saklige grunner legger ned virksomheten, vil arbeidsgiver ikke ha noen fordeler av det arbeidet selgeren har lagt ned, og selger vil derfor heller ikke ha krav på avgangsvederlag. Det understrekes at årsakene til nedleggelsen av driften må ha saklige grunner, og dessuten ikke ventes å kunne tas opp igjen i overskuelig fremtid. Ved salg av virksomheten slipper arbeidsgiver heller ikke unna utbetaling av avgangsvederlag. Virksomheten nyter likevel godt av selgerens arbeid, og indirekte får arbeidsgiver del i denne verdien gjennom kjøpesummen fra den nye eier.

Bestemmelsens nr. 2 oppstiller ytterligere vilkår for at selger skal ha rett til avgangsvederlag, nemlig at det må fremstå som rimelig at selgeren gis slik kompensasjon. Vurderingen av rimeligheten skal foretas på ”*bakgrunn av samtlige omstendigheter*”, og særlig ett forhold skal legges vekt på; nemlig selgerens tap av provisjon. Forarbeidene²¹ gir uttrykk for at denne bestemmelsen bare skal komme til anvendelse i unntakstilfeller. Hvor selgeren for eksempel tar med seg de kundene selgeren tilførte bedriften over i et nytt arbeidsforhold, vil man kunne hevde at et krav på avgangsvederlag er urimelig, jf. Rt.1999-579. På den andre side vil det at selgeren er underlagt en konkurransebegrensning i henhold til en avtale med arbeidsgiver være et sterkt argument for at det er rimelig at vedkommende skal ha et avgangsvederlag.

Når det gjelder størrelsen heter det i § 28 første ledd at avgangsvederlaget skal gis ”*hvis og i den utstrekning*” vilkårene i paragrafen er oppfylt. Dette innebærer at vilkårene for avgangsvederlag også danner utgangspunktet for utmålingen. Første skritt på veien er å fastslå hvor mange nye kunder selgeren har tilført bedriften, og størrelsen på den økede omsetningen med den eksisterende kundekretsen. Når man har dette på det rene kan man anslå verdien av handelen med den kundekretsen som skal ligge til grunn for beregningen av vederlaget. En fastsettelse av verdien må ta

²⁰ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende 1991, s.93

²¹ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende 1991, s.98

utgangspunkt i arbeidsgivers situasjon før og etter at selger begynte å arbeide.²² Fra rettspraksis kan nevnes en dom avsagt i Frostating lagmannsrett 3. november 1997, hvor beregningen av avgangsvederlaget er nærmere gjort rede for. Dommen ble anket til høyesterett (Rt.1999-579), hvor selger ble fratatt avgangsvederlaget under henvisning til at en slik kompensasjon ikke fantes rimelig, siden han tok med seg kundene sine over i det nye ansettelsesforholdet.

Tredje ledd i bestemmelsen inneholder maksimumsgrenser for avgangsvederlaget. Etter første punktum kan det ikke overstige vederlaget for ett år. Beregningen av årsvederlaget baserer seg på et gjennomsnitt etter nærmere angitte kriterier, jf. annet og tredje punktum.

Etter tredje ledd kan vederlaget innskrenkes dersom selgeren har påført arbeidsgiveren tap. For at arbeidsgiver skal ha rett til å motregne, må tapet ha oppstått som en følge av den handelsreisendes pliktbrudd, hvilket det påligger arbeidsgiver å bevise. Etter tredje og fjerde punktum statueres en tapsbegrensningsplikt for arbeidsgiver, og en lempningsregel for de tilfeller hvor full avkortning i avgangsvederlaget vil få en urimelig virkning. Når bestemmelsen kommer til anvendelse, vil måtte avgjøres ut fra alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.²³

Retten til avgangsvederlag bortfaller dersom arbeidsgiver kan avskjedige selger etter arbeidsmiljøloven § 66, jf. agentloven § 4(2). Det er verdt å merke seg at arbeidsgiver ikke behøver å ha avskjediget vedkommende, så lenge vilkårene for avskjed foreligger. Begrunnelsen er at det ikke er rimelig at selgeren får slik kompensasjon når vedkommende har gjort seg skyldig i et så grovt mislighold overfor arbeidsgiver at det kvalifiserer til avskjed.

Paragraf § 28 annet ledd, annet punktum, fastslår at selger heller ikke har rett på avgangsvederlag dersom vedkommende selv sier opp, med mindre det likevel finnes rimelig at den handelsreisende skal få slik kompensasjon. Etter forarbeidene refererer unntaket seg til situasjoner hvor det er forhold på arbeidsgivers side (pliktbrudd) som gjør at det er rimelig at arbeidstakeren sier opp, eller der det foreligger personlige forhold (alder, sykdom e.l.) hos selgeren som gjør det rimelig at vedkommende ikke lenger ønsker å fortsette i jobben.

Etter § 41(4) gjelder lovens § 31 tilvarende for handelsreisende, hvilket betyr at dersom den handelsreisende ikke fremsetter sitt krav på avgangsvederlag innen ett år fra arbeidsforholdets opphør, bortfaller kravet.

Dersom selgeren dør, overtar dødsboet kravet på avgangsvederlaget.

²² nærmere om utmålingen Eftestøl, Ellen J: "Agenturloven med kommentarer", Oslo 1998 s.215 flg.

²³ Utkast til lov om handelsagenter og handelsreisende 1991, s.128

Vedlegg 2: Skatt og arbeidsgiveravgift av bonusutbetalinger

1.1 Skatt av bonus

I den generelle skattemessigheten for arbeidsinntekter i Lov 26.mars 1999 nr.14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven) § 5-1, heter det at ”*enhver fordel vunnet ved arbeid...*” er skattepliktig inntekt. Begrepet ”fordeler” favner vidt. En presisering av begrepet gis i § 5-10 første ledd bokstav a hvor det heter at:

Fordel vunnet ved arbeid omfatter blant annet:

a. lønn, honorar, feriepenger og annen godtgjørelse vunnet ved arbeid i og utenfor tjenesteforhold, men ikke i virksomhet.¹ Som annen godtgjørelse anses blant annet tantieme, gratiale, ventepenger, drikkepenger, provisjon, premier, priser, stipend og lignende ytelser, samt ytelser som omfattes av §§ 5-11 til 5-14...

Både pengeytelser, utgiftsgodtgjørelser, naturalytelser, aksjer, opsjoner og lønn vil være en del av skattepliktig inntekt. Enkelte unntak fra denne regelen er lovfestet i skattelovens § 5-15, men disse har ikke interesse i forhold til bonus. Det heter i forarbeidene²⁴ blant annet at:

”I tjenesteforhold må fordeler som arbeidstaker erverver fra arbeidsgiver, med få unntak anses som vunnet ved arbeid. Foruten kontant lønn og andre fordeler som arbeidstakeren har rettslig krav på, omfatter arbeidsregelen også andre og mer tilfeldige fordeler som arbeidstakeren mottar fra arbeidsgiveren.”

Dette må bety at bonusutbetalinger, selv om de anses som diskresjonære, jf. punkt 3.1, blir å skatte som inntekt. Det er imidlertid et vilkår for iverksetting av skattelegging at fordelen er innvunnet. Det er alminnelig prinsipp i skatteretten at det bare er endelige opptjente inntekter som skattelegges. Det betyr likevel ikke at fordelen blir å skatte før arbeidstakeren får beløpet utbetalt, selv om bonusen er opptjent på et tidligere tidspunkt. Dette kommer til uttrykk i skatteloven § 14- 3.

1.2 Arbeidsgiveravgift

Folketrygden finansieres ved særlige avgifter fra arbeidsgiver og fra de trygdede, samt ved tilskudd fra staten. Hva gjelder arbeidsgiveravgiften er det arbeidsgiver som har ansvaret for å beregne beløpet og innbetale dette til skatteoppkreveren annenhver måned. Etter lov om folketrygd 28.februar 1997 nr.19 § 23-2 plikter enhver som har noen tilsatt i sin tjeneste å svare arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse som skal innberettes. I bestemmelsens tredje ledd heter det at det skal betales arbeidsgiveravgift av naturalytelser og annen godtgjørelse i den utstrekning beløpet er skattepliktig etter skatteloven. Jeg har ovenfor konkludert med at bonus skattelegges som arbeidsinntekt. Det følger av dette at arbeidsgiver også plikter å betale arbeidsgiveravgift av bonusutbetalingen.

²⁴ Ot.prp.nr.86(1997-1998), kommentarer til § 5-1

Vedlegg 3: Om bonuskravs stilling ved arbeidsgivers konkurs, virksomhetsoverdragelse og ektefelleskifte

1.1 Omfattes bonus av lønnsgarantiordningen?

Dersom arbeidsgiver går konkurs, og krav på opptjent lønn og bonus ikke dekkes av boets midler, vil arbeidstaker være hjulpet gjennom den statlig finansierte lønnsgarantiordningen. Garantien omfatter ”krav på lønn⁹ og annet vederlag for arbeid i tjenesteforhold”, jf. § 1(2). Spørsmålet er hvorvidt bonuser omfattes av garantien. Om dette heter det i en brosjyre utgitt av Arbeidstilsynet²⁵ at

”Begrepene provisjon og bonus brukes ulikt i arbeidslivet og brukes undertiden om hverandre. Hvorvidt kravene faller innenfor lønnsbegrepet i lønnsgarantisammenheng må avgjøres konkret. Provisjonslønn faller innenfor lønnsbegrepet. Det samme gjelder bonus som relaterer seg til en arbeidsinnsats fra vedkommende arbeidstaker.”

Grensedragningen med hensyn til hvilke bonuser som dekkes av ordningen, bør etter dette derfor følge det som fremgår av oppgavens kap. 3.

1.1.1 Erstatning for tapt bonus/provisjon

Siden arbeidstaker ikke har hatt muligheten til å arbeide ut oppsigelsestiden på grunn av arbeidsgivers konkurs, har arbeidstakeren heller ikke hatt noen mulighet til å opparbeide seg provisjon i denne perioden. Det fremgår av forvaltningspraksis at arbeidstaker i slike tilfeller som hovedregel vil ha krav på erstatning for tapte inntektsmuligheter. Begrunnelsen er at arbeidsgiver i slike situasjoner er i mora, og at det er forhold på arbeidsgivers side som er årsaken til at arbeidsavtalen ikke oppfylles. Et slikt erstatningskrav vil være fortrinnsberettiget iht. dekningsloven § 9-3(1)nr.3 og dekningsberettiget over lønnsgarantien.²⁶ Beregningen av provisjonskravet i oppsigelsestiden tar utgangspunkt i et gjennomsnitt av den provisjon arbeidstakeren har opptjent pr. måned det siste året før fristdagen, eller den delen av året som arbeidstakeren har vært i arbeidsgivers tjeneste, jf. dekningsloven § 9-3(1) nr.1(3), tredje punktum.

At arbeidsgiver er i mora ved konkurs innebærer at også andre omstendigheter kan føre til at arbeidstaker har krav på erstattet provisjon. For eksempel vil en selger kunne ha krav på erstatning for provisjon av de avtaler som er inngått men ennå ikke gjennomført pga. selgers konkurs.

²⁵ Den statlige lønnsgarantiordningen, bestillingsnr.429, punkt 5. 3.1

²⁶ Den statlige lønnsgarantiordningen”, bestillingsnr.429, punkt 5..3.1

1.2 Virksomhetsoverdragelse

Det er lovfestet i arbeidsmiljøloven at ved virksomhetsoverdragelse vil de individuelle rettigheter og plikter som påhviler tidligere innehaver som følge av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet, og som foreligger på tidspunktet for innehaverskiftet, overføres til den nye innehaver, jf. aml. § 73b nr.1(1). Den nye og den gamle eier hefter solidarisk for krav som skriver seg fra arbeidsforholdet/arbeidsavtalen, jf. annet ledd. Jeg ser det slik at det ikke er tvilsomt at evt. bonuser som er avtalt, men ikke utbetalt på overføringstidspunktet, skal betales i henhold til avtalen. Dette må gjelde uavhengig av om utbetaling er gjort betinget av vilkår som etter overdragelsen blir umulig å oppfylle, f.eks at arbeidstakeren skal være ansatt på utbetalingstidspunktet. I en rapport om virksomhetsoverdragelse utgitt av Arbeids- og administrasjonsdepartementet med forslag til endringer i arbeidsmiljøloven kap. XIIA som følge av nytt EU-direktiv, heter det at

”Eksempler på individuelle rettigheter er lønnsbestemmelser, tillegg, frynsegoder, bonusavtaler, arbeidstid, arbeidsoppgaver, ansiennitet, taushetsplikt, konkurransekarantene og tittel.”

Nøyaktig den samme formuleringen finnes igjen i Arbeidslivslovsutvalgets forslag til ny arbeidsmiljølov i NOU 2004:5, s.356.

Det er etter dette på det rene at bonusavtaler skal oppfylles etter sitt innhold uavhengig av virksomhetsoverdragelsen.²⁷

²⁷ Jan Fougner m.fl. ”Omstilling og nedbemanning”, 2003, s.139 uttaler at: ”Det er tvilsomt om, og i så tilfelle i hvilket omfang bonusordninger overføres.”. Jeg har vanskelig for å se begrunnelsen for dette standpunktet.

1.3 Betingede bonuskravs stilling ved skifte mellom ektefeller

Lov 4.juli 1991 nr.47 om ekteskap (ekteskapsloven) inneholder regler om deling av formuen ved separasjon, skilsmisse m.v. I norsk rett skal ektefellenes formue deles likt etter fradrag for gjeld, såfremt partene ikke avtaler annet, jf. § 58 jf. § 65. Etter § 60 er skjæringstidspunktet for hva som skal deles den dagen da begjæring om separasjon eller skilsmisse kom inn til fylkesmannen, eller idet samlivet ble brutt dersom dette skjedde først.

Det reiser seg da et problem i forhold til bonuser som deles ut i etterkant, betinget av at bedriften går med overskudd i inntjeningsåret. Resultatet foreligger ikke før regnskapet er i orden, hvilket medfører at bonusen ikke utbetales før året etter. Utgangspunktet er at betingede fordringer som hovedregel ikke skal deles når betingelsen ikke er inntrådt. Det må imidlertid være rom for unntak, jf. Holmøy/Lødrup: *Ekteskapsloven* med kommentarer s.409. En dom i Borgarting lagmannsrett²⁸ illustrerer problemet. En del av saken var her at A hadde krav på bonus i henhold til arbeidsavtalen, bonusen skulle tas av selskapets overskudd som først kunne beregnes i det regnskapsåret var omme og regnskapet i orden. Bonusen var knyttet til As aksjer, som partene gjennom en skifteavtale hadde blitt enige om at B ikke skulle nyte godt av. Avtalen ble i lagmannsretten delvis tilsidesatt etter ekteskapslovens § 65. Retten fant at bonusen måtte deles med As tidligere ektefelle, selv om beregningen og utbetalingen fant sted relativt lenge etter at partene gikk fra hverandre. Retten uttalte blant annet:

”Selv om det kan skape vanskeligheter for oppgjøret mellom partene om man må ta med et slikt beløp som først kan endelig beregnes og utbetales en god stund etter at de har gått fra hverandre, taler etter lagmannsrettens oppfatning sterke grunner for i dette tilfelle å ta hensyn til bonusen som var opptjent mens partene levet sammen. Det var en ytelse som man hadde grunn til å vente ville komme, og som på mange måter må likestilles med lønnen. Man peker her særlig på at bonusen for dem som var i samme kategori som A, skulle fordeles etter deres relative andel av omsetningen”

Dommen ble anket til Høyesterett²⁹ hvor A ble frifunnet for alle krav, siden høyesterett fant at den allerede inngåtte skifteavtalen mellom partene ikke kunne tilsidesettes etter § 65. Bonuskravet ble således ikke behandlet.

I de tilfeller hvor ektefellene ikke har inngått noen skifteavtale, mener jeg de beste grunner taler for å falle tilbake på lagmannsrettens konklusjon. I den grad bonusen er opptjent på skjæringstidspunktet, inngår den da i delingsgrunnlaget, selv om bonusen er betinget av overskudd i bedriften og selv om den ikke utbetales før etter at partene har gått fra hverandre.

²⁸ LB1999-03740

²⁹ Rt.2001-716

Hvor partene inngår skifteavtale, bør det derfor avtales eksplisitt hvorvidt eventuell bonus som kommer til utbetaling i etterkant av samlivsbruddet skal deles eller ei. Det er ingen kurant sak å kreve revisjon av skifteavtaler etter el. § 65.

I tilfeller hvor bonusen må betraktes som en gave, jf. avsnitt 3.1, slik at arbeidstakeren ikke har noen forventninger om utbetalingen, vil saken stille seg annerledes. Ved vurderingen av om slike bonuser skal inngå i delingsgrunnlaget bør utbetalingstidspunktet legges til grunn. Det innebærer at bonus utbetalt før skjæringstidspunktet i el. § 60 skal deles, og omvendt.