

EUROJURIS INFORMERER

Nr. 1/2019 - 25. årgang

Juss for næringslivet





Eurojuris Norge AS er en sammenslutning av 17 selvstendige advokatfirmaer spredt over hele landet. Våre advokater bistår næringslivet, organisasjoner, det offentlige og privatpersoner med alle typer juridiske tjenester. Advokatfirmaene i Eurojuris Norge har en sterk lokal forankring og god lokalkunnskap, og de er ledende firmaer innen sine regioner. Eurojuris Norge er dessuten tilsluttet Eurojuris International, Europas ledende uavhengige nettverk av advokatfirmaer.

Ved utgivelsene av Eurojuris Informerer ønsker vi å dele vår kunnskap om relevante og praktiske temaer på ulike rettsområder. Denne gangen inneholder heftet artikler for næringslivet.

Næringslivets bruk av advokater øker mer enn til andre grupper. Årsakene til dette er mange. Kompleksitet og internasjonalisering trekkes ofte frem. Et annet utviklingstrekk er at selve advokatrollen har endret seg. Den tradisjonelle oppfatningen om at advokater skriver avtaler og deretter brukes når det oppstår uenighet, er ikke lenger dekkende. Advokater brukes nå oftere som rådgivere og som sparringspartnere, og er ofte en integrert del av kompetansegruppen som utvikler og drifter selskaper.

Utviklingen skjerper også kravene til de råd og den kunnskap som advokater skal tilby. Å være en kompetent rådgiver for næringslivet er krevende. Foruten kompetanse og forretningsforståelse, er tilgang og krav om tilgjengelighet annerledes enn tidligere.

I dette heftet viser vi frem kompetansen til noen av de dyktige advokatene tilknyttet vårt nettverk. I Eurojuris Norge har vi mange advokater med særskilt høy kompetanse som næringslivsrådgivere. De rådgir og bistår ulike parter i mangfoldet av sakstyper og problemstillinger. Gjennom deres arbeid høstes erfaringer som deles i nettverket, og som benyttes til ytterligere å øke kvaliteten på våre tjenester.

Vi håper tekstene skaper forståelse og kommer til nytte. Ved spørsmål til artiklene eller annet kan advokatene i Eurojuris Norge selvsagt kontaktes for mer informasjon.

God lesing!

Bjarte Røyrvik
Styreleder i Eurojuris Norge AS

Besøk vår hjemmeside
www.eurojuris.no
Utgivelsesdato: Mars 2019

	Side
Salg av aksjeselskap – prosess og fallgruver <i>Advokat Erik Rosen</i>	4
Arbeidsgivers plikter overfor ansatte ved virksomhetsoverdragelse <i>Advokat Mona Marthinussen</i>	10
Hvem representerer aksjeselskapet utad? <i>Advokat Andreas Jebens</i>	16
Samarbeid og informasjonsutveksling mellom konkurrenter <i>Advokat Fredrik Alver</i>	21
Direktekrav i entrepriseforhold <i>Advokat Benjamin Nordhaug og advokatfullmektig Kristiane Fasseland Fahret</i>	29
Vedlikeholdsplikt og tilbakelevering ved leie av næringslokaler <i>Advokat Malén Stølen og advokatfullmektig Ulrik Haukali</i>	36
Grensen mellom nettverkssalg og ulovlige pyramider <i>Advokatfullmektig Thea Tveter</i>	44
Advokatfirma Alver	51

Salg av aksjeselskap – prosess og fallgruver

Av advokat Erik Rosen
erik.rosen@novalaw.no



Erik Rosen er forretningsadvokat med bred erfaring fra ledelse og styrearbeid. I tillegg er han siviløkonom og finansanalytiker. Rosen er en problemløser innenfor feltene strategi- og forretningsutvikling, egenkapitalfinansiering og kjøp og salg av selskaper, og arbeider særlig med høyteknologibedrifter som satser internasjonalt.

Her får du noen råd på veien om du skal selge et aksjeselskap. Det kan være et personlig salg, eller et salg på vegne av bedriften du arbeider i. Prosessen blir forsøksvis forklart fra A til Å. Gangen i prosessen, rollene til de ulike involverte og de sentrale avtalene blir gjennomgått. Mot slutten av artikkelen blir det såkalte «*principal-agent-problemet*» belyst.

Artikkelen baserer seg på et salg der tilrettelegger/megler engasjeres. De fleste rådene kan være nyttige også om salget skjer uten slik mellommann.

INNTA PLASSENE

Beslutningen er fattet – aksjeselskapet skal selges. Det er også bestemt at salget skal gjennomføres med hjelp fra en *tilrettelegger*, dvs. et firma som bistår med å finne kjøpere og gjennomføre salget. Andre betegnelser på slike rådgivere er «Corporate Advisors», «M&A-rådgivere» og «bedriftsmeglere». Hva bør dere gjøre nå?

Før tilrettelegger i det hele tatt kontaktes, anbefales det å gjøre en del forberedende arbeid:

1. Etabler en prosjektgruppe i selskapet. Definer hvilke roller hvert enkelt medlem skal ha. Vurder også om gruppen bør styrkes, f.eks. med én som har spisskompetanse innen gjennomføring av slike salgsprosesser.

2. Kartlegg aktuelle tilretteleggere. Undersøk kvalitet, gjennomførte transaksjoner av lignende type og kundetilfredshet gjennom eget nettverk og ved søk på internett. Lag en liste med de mest aktuelle.

3. Gå gjennom egen forretning og avdekk behov for «reparasjonsarbeid». Still dere i kjøpers sted. Hva ville dere da ha reagert på om dere gjennomgikk selskapet? Sjekk forhold som økonomistyring, arbeidskapitalbinding, kunde- og leverandørrisiko, risiko for å miste nøkkelpersoner, styrken til immaterielle rettigheter, selskapsdokumentasjon og viktige kontrakter. Når det gjelder kontrakter, er det f.eks. viktig å avklare om et eierskifte gir oppsigelsesadgang. Vurder om dere skal benytte rådgivere innen økonomi og juss for utvalgte deler av dette arbeidet.

4. Iverksett korrektive tiltak på grunnlag av gjennomgangen.

5. Basert på den informasjonen selskapet har formalisert innen strategiutvikling, markeds- og konkurrentanalyser, prognoser og funn som er gjort i egen gjennomgang av forretningen – lag så to dokumenter: (i) en *én-sides overordnet presentasjon* som forklarer essensen i investeringsmuligheten og (ii) en *bedriftspresentasjon*, f.eks. i PowerPoint, som er langt mer omfattende, typisk 20-30 sider. Den skal egne seg som støtte til presentasjoner ledelsen kan holde. Det er ikke nødvendig å ha med prisforventninger, men dere



Figur: Salgsprosessen

bør for egen del gjøre dere opp noen tanker omkring spørsmålet.

6. Vurder om ledelsen eller de som skal presentere er gode nok til å få frem budskapet. Det å være en god leder betyr ikke at man automatisk er en god selger av aksjeselskaper. Kanskje kunne dere engasjere ekspertise innen muntlig presentasjonsteknikk som kan gi dere råd og forbedringsforslag? Dere bør i alle fall, som et minimum, gjennomføre en intern prøvegjennomgang.

7. Etabler en kommunikasjonsstrategi. Hvem skal vite om prosessen internt, og når? Hva med f.eks. kunder og leverandører – skal de informeres, og på hvilken måte?

Når dette er gjort, skal dere være klare for å gå inn i neste fase, salgsfasen. Denne er todelt. Først må innsalg til tilrettelegger gjøres. Deretter skal dere være med å selge selskapet sammen med denne.

FERDIG

Forberedelsene før kontakt med tilrettelegger er avsluttet. Dere er altså klare for å starte den utadrettede delen av prosessen.

Hovedansvarlig hos selgerne, typisk styreleder hos hovedaksjonæren, kontakter nå de utvalgte tilretteleggermiljøene per telefon. Dersom det er en interesse for å se på den oppdragsmuligheten som presenteres, sendes én-siders presentasjonen

En god start på prosessen kan være å få med seg en spesialist inn i selgergruppen for å ivareta deres interesser.



som dere har forberedt, til kontaktpersonen hos tilrettelegger. Ofte vil det være lurt å skrive i oversendelsesmailen at dere gjerne tar et møte, og at de selvsagt bare kan kontakte bestemte personer i selskapet for å avklare ulike spørsmål, f.eks. finansdirektøren om regnskap.

Dersom en tilrettelegger ikke har gitt seg selv en frist for tilbakemelding, må dere følge opp dersom dere ikke har hørt noe i løpet av en ukes tid.

Antar vi nå at selskapet dere ønsker å selge er interessant nok, vil dere slippe til for et innsalgsmøte hos tilretteleggerne. Her bruker dere den mer omfattende selskapspresentasjonen som basis. Av og til vil dere bli bedt om å oversende denne på forhånd, noe dere selvsagt etterkommer. Ledelsen for selskapet har hovedansvaret for den innledende presentasjonen. Prosjektleder for salget, altså typisk styreleder hos eier, bør også være til stede. Normalt vil det ikke være behov for konfidensialitetsavtaler. Tilretteleggerne vil oppfatte det som unødig byråkrati, og husk at dere er i en salgssituasjon der dere må skape minst mulig friksjon. De er

dessuten i en posisjon som gjør at de ønsker å verne om hemmelig informasjon. De vil ikke risikere f.eks. pressedeckning for å ha lekket hemmelig informasjon. Hold da heller tilbake svært sensitiv informasjon, som oppfinnelser som ennå ikke er patentsøkt.

Selve valget av tilrettelegger er en vurdering som blir helt konkret, og vi begrenser oss derfor til kun å omtale avtalerettslige sider og kommersielle vilkår.

Det må inngås en skriftlig avtale med den tilretteleggeren dere ønsker å arbeide med. Det er eierne (eller majoritetseierne) som inngår denne avtalen, en såkalt «mandatavtale». Normalt gir denne tilrettelegger en enerett til å markedsføre selskapet mot investorer og industrielle kjøpere. Avtalen inneholder typisk et mindre fastpris-element («retainer») og en salgsprovisjon («suksessfee»). Salgsprovisjonen kommer bare til utbetaling dersom salget faktisk skjer. Tilrettelegger tar altså en betydelig risiko her, men vil til gjengjeld kreve meget godt betalt ved et vellykket salg. Hvor mange prosent av salgssummen tilrettelegger vil kreve, avhenger blant annet av hvor

lettsolgt selskapet antas å være og forventet salgpris. Det finnes bransjenormer for denne typen avtaler, men det er ofte avvik fra disse i det førte forslaget som oversendes, både hva gjelder vilkår og priser. Det kan derfor være en meget god investering å bruke advokat med erfaring med slike avtaler.

Fra tilrettelegger er engasjert, er det denne som er ansvarlig for fremdrift i prosessen. Glem imidlertid ikke at dere fortsatt er eiere av prosessen. Det er selgerne det får størst konsekvenser for om man ikke lykkes med salget – ikke tilrettelegger.

GA

Nå starter markedsføringen av produktet, og «produktet» i denne sammenheng, det er jo deres selskap. Parallelt igangsettes andre aktiviteter. Tilrettelegger vil be dere om å engasjere advokat. De har erfaringer fra samarbeid med ulike advokatfirmaer og foreslår ofte at dere tar kontakt med ett eller to av disse. Glem imidlertid ikke at det er dere, selgerne, som skal betale regningen til advokatene, ikke tilretteleggeren. Prisen betyr derfor lite for dem, så lenge kvaliteten er god nok. Husk også at advokater ikke har lov til å arbeide provisjonsbasert

(«no-cure-no-pay»), slik som tilretteleggerne. Advokatregningen vil være timebasert, og dere må gjøre opp denne enten salget lykkes eller mislykkes. Det kan ha påløpt mange timers jobb før det er avklart.

Hovedoppgaven til selgers advokat er å påse at aksjesalgssavtalen blir gyldig inngått, samt å sikre korrekt oppgjør. Dessuten skal advokaten bidra til å redusere annen risiko, f.eks. relatert til garantier.

Aksjekjøpsavtalen utarbeides normalt på grunnlag av en avtale om hovedvilkår («Head Terms»). Hovedvilkårsavtalen er normalt bare bindende når det gjelder konfidensialitet og tvisteløsning, samt at den inneholder bindende bestemmelser om en tidsbegrenset enerett til å forhandle. Andre vilkår i hovedvilkårsavtalen er normalt ikke juridisk bindende. I praksis vil imidlertid også disse ikke-bindende vilkårene legge klare føringer for hvordan selve aksjekjøpsavtalen skal utformes. Partene vil forutsette at hovedvilkårene er utgangspunktet for det første utkastet av aksjekjøpsavtalen.

Ettersom mye i praksis allerede er låst opp når aksjekjøpsavtalen skal utarbeides, anbefaler vi å

Vær ærlige med dere selv med hensyn til om dere har all nødvendig kompetanse og kapasitet for å være gode innkjøpere av tilrettelegger- og advokattjenester.

involvere advokat i prosessen med forhandling av hovedvilkårene. Advokaten kan komme med viktige innspill med hensyn til juss og avtalerett. Om advokaten skal være med direkte i en forhandling eller bare være involvert mellom møtene, må vurderes konkret fra tilfelle til tilfelle. En ulempe med å ha med en advokat i selve forhandlingsmøtene der hovedvilkår skal forhandles, er at man risikerer at også kjøper tar med en advokat. Det kan gjøre diskusjonene vanskeligere og øke risikoen for at man ikke blir enige om å gå videre med selve salget.

Advokaten bistår også i forbindelse med å tilrettelegge for kjøpers gjennomgang av selskapet («due diligence», eller bare «DD»). Ved siden av advokat, vil typisk også revisor involveres for å klargjøre for gjennomgang av finansiell informasjon. Selskapet håndterer normalt fremskaffelse av informasjon om tekniske, organisatoriske og markedsmessige forhold selv. Advokaten har ofte en koordinerende rolle for å samle all informasjon i et virtuelt datarom.

Dersom ikke alle aksjer selges, vil man nesten uten unntak også inngå en aksjonæravtale. Advokaten jobber tett sammen med selskapets prosjektgruppe og tilrettelegger under forhandlingene av aksjonæravtalen.

Det er viktig å huske at selv om dere har fått en tilrettelegger som nå er ansvarlig for hele

salgsprosessen, godt hjulpet av advokater og revisorer, så må selgerne følge tett opp for å sikre at jobben blir godt nok gjennomført. Vær oppmerksom på at det foreligger et såkalt «*principal-agent-problem*». Tilrettelegger («agenten») og selgerne («principalene») har ulike incentiver og målsetninger. Agentens, dvs. tilretteleggerens, hovedansvar er å tjene penger på transaksjoner. De vil ha incentiver til å legge innsatsen inn på de oppdragene som gir best avkastning i forhold til egen innsats.

Selskaper med relativt lav markedsverdi er ofte tyngre å selge. Dessuten vil provisjonen i kroner og ører bli lavere. Med lav salgspris vil tilrettelegger rett og slett tjene mer på å selge høyt prisede selskaper, selv om de får lavere prosentvis provisjon. Dersom et oppdrag går tregt, kan det derfor være fristende for tilrettelegger å redusere aktiviteten til fordel for nye oppdrag, særlig når prisforventningene også er betydelig høyere.

En annen side av principal-agent-problemet er at selgerne og tilretteleggere ikke vil handle på grunnlag av samme informasjon. Tilretteleggere vil kunne gjøre antakelser om selgernes ønsker og holdninger som ikke er korrekte. Denne utfordringen kan reduseres betydelig ved gode rutiner for informasjonsutveksling mellom selgerne og tilrettelegger.

Vær bevisst det såkalte
«*principal-agent-problemet*».

Principal-agent-problemet tilsier at god oppfølging fra selgernes side kan være svært verdiskapende. Dere vil oppnå bedre kostnadskontroll og sikre at tilretteleggers og andre rådgiveres leveranser er av høy kvalitet, fornuftig priset og basert på riktig informasjon. Vi skal heller ikke undervurdere de mer menneskelige virkningene av tett oppfølging, og hva det kan bety for tilretteleggers engasjement.

I MÅL – OG ET RÅD TIL SLUTT

Proessen med salg av et aksjeselskap som her er beskrevet, kan virke omfattende, men normalt er det også store verdier som står på spill. Dere bør beregne cirka 6 -12 måneder fra beslutning om salg er fattet til salget er gjennomført.

Vær ærlige med dere selv med hensyn til om dere har nødvendig kompetanse og kapasitet for å være gode innkjøpere av tilrettelegger- og advokattjenester. Vil dere være tjent med å engasjere en spesialisert rådgiver som kun skal ha fokus på selgernes interesser, dvs. redusere principal-agent-problemet? Det kan typisk være en forretningsadvokat med styreefaring og høy kompetanse innen kjøp og salg av bedrifter. Vedkommende kan gå inn i styret straks salgsbeslutningen er fattet og være med til salget er gjennomført. Hvorvidt advokatfirmaet som advokaten arbeider i også kan ha rollen som juridisk rådgiver i transaksjonen, må vurderes konkret. Beslutningen må alltid fattes av dere selv. I større transaksjoner vil en slik dobbeltrolle normalt ikke være ønskelig.



Arbeidsgivers plikter overfor ansatte ved virksomhetsoverdragelse

Av advokat Mona Marthinussen
mmarthinussen@eurojuris.no



Mona Marthinussen begynte som advokat i Svensson Nøkleby Advokatfirma ANS i november 2018. Hun har tidligere vært advokat og partner i Advokatfirmaet Eurojuris Harstad AS. Mona Marthinussen bistår både arbeidsgivere og arbeidstakere ved arbeidsrettslige problemstillinger.

1. INNLEDNING

Ved kjøp og salg av virksomheter melder det seg en rekke arbeidsrettslige spørsmål. Dersom transaksjonen regnes som en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, gir kapittel 16 i arbeidsmiljøloven de ansatte flere rettigheter som både nåværende og fremtidig arbeidsgiver må kjenne til.

For å sikre en god prosess er det viktig at både kjøper og selger av virksomheten har et bevisst forhold til de problemstillingene som kan oppstå.

2. NÅR FORELIGGER DET EN VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE?

Ved overdragelse av foretak, bedrifter eller deler av bedrifter oppstår spørsmålet om kapittel 16 i arbeidsmiljøloven gjelder for overdragelsen.

For at reglene i arbeidsmiljøloven skal gjelde, må det for det første skje en overdragelse. Overdragelsen må i tillegg omfatte en *selvstendig økonomisk enhet*, og denne enheten må *beholde sin identitet* etter overdragelsen. Dersom disse vilkårene anses oppfylt, regnes overføringen som en virksomhetsoverdragelse.

Hva som ligger i disse vilkårene, er utdypet i praksis i Høyesterett og EU-domstolen, og alle transaksjoner må vurderes konkret. Det finnes ingen fasitsvar på hvor grensen trekkes mellom hva som regnes og ikke regnes som en virksomhetsoverdragelse.

Det avgjørende for om det foreligger en virksomhetsoverdragelse i arbeidsrettslig forstand, vil bero på en helhetsvurdering der særlig endring av den ansvarlige for driften av virksomheten vil være avgjørende. I helhetsvurderingen vil man i tillegg vurdere om driften skal fortsette på samme sted, om kundelister beholdes, om utstyr skal benyttes videre, og om arbeidsoppgavene er de samme, men også andre forhold vil kunne påvirke vurderingen.

Det er ikke et vilkår at hele virksomheten skal overføres til en annen arbeidsgiver – også deler av virksomheten kan omfattes. Dersom for eksempel en salgsavdeling blir overført til en ny virksomhet, og salgsavdelingen fremstår som den samme enheten etter overføringen, vil dette falle inn under regelverket. Overføring av en leieavtale vil omfattes dersom det også innebærer en videreføring av den aktuelle virksomheten. Rene aksjesalg vil derimot ikke omfattes. I et slikt tilfelle er arbeidsgiveren den samme, men det skjer en endring i eierforholdene.

Vurderingen av hvilke overdragelser som omfattes, er skjønnsmessig, og det kan ha stor betydning for både kjøper, selger og arbeidstaker om en faller utenfor eller innenfor reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 16. Det er derfor viktig å avklare disse spørsmålene tidlig i prosessen.

Denne artikkelen vil fokusere på hvilke plikter arbeidsgiver har dersom transaksjonen er en

ID 69635868 © Iakov Filimonov | Dreamstime.com



virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

3. PLIKT TIL Å GI ARBEIDSTAKERNE INFORMASJON

Etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven §§ 16-5 og 16-6 har kjøper og selger i fellesskap plikt til å informere og foreta drøftelser med tillitsvalgte, samt informere arbeidstakere om overdragelsen. Drøftelsen med de tillitsvalgte skal skje så snart

som mulig, og må senest være gjennomført dagen før avtalen om transaksjonen signeres. Hensikten med regelen er å sikre tillitsvalgte en reell mulighet for å komme med innspill. I de aller fleste tilfeller vil det derfor ikke være tilstrekkelig at drøftelsene finner sted like før overdragelse. Tillitsvalgte kan pålegges taushetsplikt om innholdet i drøftelsene, noe som vil være spesielt viktig ved børsensitive transaksjoner.

Ved en virksomhetsoverdragelse har de ansatte flere rettigheter som både nåværende og fremtidig arbeidsgiver må kjenne til.



Kjøper og selger må minimum drøfte følgende forhold med de tillitsvalgte:

- Grunnen til overdragelsen.
- Fastsatt eller foreslått dato for overdragelsen.
- De rettslige, økonomiske og sosiale følgene av overdragelsen for arbeidstakerne, eksempelvis endringer av arbeidssted, endringer av pensjonsordninger eller forsikringer og så videre.
- Endringer av tarifforhold.
- Planlagte tiltak overfor arbeidstakerne, eksempelvis om tidligere eller ny arbeidsgiver planlegger en nedbemanning før eller etter overdragelsen. Eventuelle planlagte tiltak skal så tidlig som mulig drøftes med tillitsvalgte med sikte på å oppnå en avtale.
- Reservasjons- og fortrinnsrett, og fristen for å utøve slike rettigheter.

Plikten til å drøfte disse forholdene med tillitsvalgte gjelder før overdragelsen.

Arbeidstakere som omfattes av virksomhetsoverdragelsen, har krav på å få informasjon om forholdene som er nevnt ovenfor så tidlig som mulig, i praksis så snart som mulig etter at en avtale er signert.

4. OVERFØRING AV ARBEIDSFORHOLD

Når det, i lovens forstand, foreligger en virksomhetsoverdragelse, har arbeidstakerne rett til fortsatt ansettelse hos den nye arbeidsgiveren. Rettslig sett overføres arbeidsforholdene automatisk på tidspunktet for virksomhetsoverdragelsen. Dette gjelder uavhengig av eventuell avtale mellom tidligere og ny arbeidsgiver. Se nærmere om oppsigelse av arbeidstakere nedenfor.

I de tilfeller hvor deler av virksomheten overdras, kan det oppstå usikkerhet rundt hvilke arbeidstakere som omfattes av overføringen. Det avgjørende vil da være om arbeidstakeren er knyttet til den del av virksomheten som overføres, eller den delen som ikke overføres. Men her kan det oppstå tvilstilfeller. Det kan være viktig for den som overdrar deler av virksomhet, eller den som overtar deler av virksomhet, å sikre seg nøkkel-

personell. Det kan derfor være avgjørende for alle parter i transaksjonen å ha et bevisst forhold til dette.

5. ANSATTES LØNNS- OG ARBEIDSVILKÅR

Det klare utgangspunktet er at alle rettigheter som følger av arbeidsavtalen og arbeidsforholdet, overføres til ny arbeidsgiver. Det vil også omfatte eventuelle muntlige avtaler en arbeidstaker har hatt med tidligere arbeidsgiver om eksempelvis mulighetene for hjemmekontor. Ny arbeidsgiver kan ikke pålegge arbeidstakerne å inngå nye arbeidsavtaler med endrede vilkår. Arbeidsforholdet forsetter å løpe som før.

6. TARIFFAVTALER

Utgangspunktet er at også tariffavtaler overføres til ny arbeidsgiver. Det er imidlertid mulig for ny arbeidsgiver å fri seg fra tariffavtalen ved å erklære dette skriftlig overfor fagforeningen innen tre uker etter datoen for overdragelsen, med mindre det er et annet rettsgrunnlag som gir uttrykk for at arbeidsgiveren ikke kan fri seg fra tariffavtalen.

Det er viktig å være bevisst hvem som er part i tariffavtalen. Det er normalt ikke tilstrekkelig å sende melding til klubben. Meldingen må sendes

til selve tariffparten. Arbeidstakernes individuelle rettigheter under avtalen vil uansett gjelde til utløpet av tariffperioden eller til det inngås ny avtale som er bindende for arbeidsgiver og de overførte arbeidstakerne.

Det er den nye arbeidsgiveren alene som gis adgang til å velge å fri seg fra tariffavtalen. Fagforeningen kan ikke nekte arbeidsgiver å tre inn i denne. Dersom den nye arbeidsgiveren benytter seg av adgangen til å fri seg fra tariffavtalen, vil det ikke foreligge fredsplikt, og fagforeningen vil da kunne kreve opprettet tariffavtale under trussel om streik.

7. KOLLEKTIVE PENSJONSORDNINGER

I planleggingsfasen er det viktig for ny arbeidsgiver å kartlegge hvilke pensjonsordninger som gjelder i virksomheten, både de kollektive og de individuelle forpliktelsene som påhviler arbeidsgiver.

I utgangspunktet overføres også pensjonsrettigheter automatisk til ny virksomhet, men ny arbeidsgiver har et valg også når det gjelder de kollektive pensjonsordningene. Arbeidsgiver kan velge at de pensjonsordningene som ny arbeidsgiver allerede har for sine arbeidstakere,

Ny arbeidsgiver kan ikke pålegge arbeidstakerne å inngå nye arbeidsavtaler med endrede vilkår.

skal gjelde også for de nye arbeidstakerne. Dette gjelder også der ordningene er dårligere enn de ordningene arbeidstakerne hadde forut for virksomhetsoverdragelsen.

Dersom arbeidstakernes tidligere pensjonsordninger ikke kan videreføres etter overdragelsen, plikter ny arbeidsgiver å sørge for at de overførte arbeidstakerne sikres rett til videre opptjening etter en annen kollektiv pensjonsordning.

Det er ingen krav om at ny pensjonsordning må ha samme dekningsgrad som tidligere ordning for at den skal kunne gjøres gjeldende. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at individuelt avtalte pensjonsordninger, for eksempel avtale med daglig leder om førtidspensjon eller avtaler med arbeidstakerne om tilleggspensjon, vil følge prinsippene om videreføring av arbeidstakers rettigheter i ny virksomhet. For å fri seg fra slike forpliktelser, vil ny arbeidsgiver normalt måtte kompensere arbeidstakerne.

8. ANSATTES REPRESENTASJON

Mange arbeidsgivere er ikke oppmerksomme på at de tillitsvalgte som berøres av overdragelsen, som klar hovedregel, skal beholde sin rettsstilling og funksjon dersom virksomheten bevarer sin uavhengighet etter overdragelsen. Dette gjelder også for de ansattes eventuelle styreprerentanter.

Dersom virksomheten ikke bevarer sin uavhengighet, skal de overførte arbeidstakerne fortsatt være representert på egnet måte frem til nyvalg kan avholdes.

9. ARBEIDSTAKERS RESERVASJONSRETT

Arbeidstaker kan velge å utøve såkalt reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse. Det vil si at arbeidstaker motsetter seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver. For partene vil det, som nevnt, ofte ha betydning å sikre seg nøkkelpersonell i virksomheten. Loven har derfor lagt

opp til en ordning der arbeidstakere som ønsker å benytte seg av reservasjonsretten, må varsle arbeidsgiver om dette innen en frist arbeidsgiver har fastsatt. Fristen kan ikke være kortere enn 14 dager etter at arbeidstaker fikk informasjon om overdragelsen.

Konsekvensen av å benytte seg av reservasjonsretten er at arbeidsforholdet hos den tidligere arbeidsgiveren avsluttes på overdragelsestidspunktet, og at arbeidstaker da ikke tiltrer ny stilling hos ny arbeidsgiver. Det gjelder i slike tilfeller ingen oppsigelsesfrist. Det er viktig å merke seg at arbeidstaker som benytter seg av reservasjonsretten, har fortrinnsrett til ny, passende stilling hos tidligere arbeidsgiver i ett år etter overdragelsen.

10. ARBEIDSTAKERS VALGRETT

Høyesterett har i tillegg til reservasjonsretten lagt til grunn at arbeidstakerne, unntaksvis, har en valgrett dersom overdragelsen fører til inngripende negative endringer for dem. Dette innebærer at de kan velge å fortsette sitt arbeidsforhold hos eksisterende arbeidsgiver eller bli overført til ny arbeidsgiver. Utøvelse av valgrett kan fort føre til en overtallighetssituasjon hos eksisterende arbeidsgiver, som igjen kan føre til oppsigelser. Høyesterett har slått fast at arbeidsgiver, ved utvelgelse av arbeidstakere til oppsigelse i en slik overtallighetssituasjon, kan vektlegge at arbeidstaker som har utøvet valgrett, hadde mulighet til arbeid hos ny arbeidsgiver.

11. VERN MOT OPPSIGELSE

Med unntak av oppsigelser som følge av overtallighet etter utøvd valgrett, eventuelt overtallighet hos ny arbeidsgiver, er det ikke lov å si opp arbeidstakere på grunn av virksomhetsoverdragelse. Dersom en oppsigelse skjer i forbindelse med virksomhetsoverdragelse, har arbeidsgiver bevisbyrden for at oppsigelsen er saklig og ikke skyldes virksomhetsoverdragelsen.



Det kan ofte oppstå behov for omorganiseringer og/eller nedbemanning etter at virksomhetsoverdragelsen er gjennomført. I slike tilfeller er det viktig at arbeidsgiver følger normale prosedyrer for nedbemanning. Arbeidstakerne i den nye virksomheten har for eksempel krav på å få videreført den ansienniteten de har opparbeidet seg hos tidligere arbeidsgiver.

I enkelte tilfeller kan det være grunnlag for nedbemanning i et selskap før en overdragelse finner sted, men det er viktig at en slik prosess gjennomføres i henhold til regelverket, og at arbeidsgiver sikrer at det foreligger tilstrekkelig saklig grunn for å gjennomføre prosessen.

12. KONSEKVENSER AV MANGLENDE OVERHOLDELSE AV REGELVERKET

Dersom arbeidstakernes rettigheter etter regelverket ikke blir respektert, kan både tidligere og ny arbeidsgiver bli erstatningsansvarlig overfor arbeidstakerne. Dersom tidligere arbeidsgiver for eksempel sier opp en eller flere arbeidstakere rett forut for virksomhetsoverdragelsen, og oppsigelsen ikke var saklig, kan arbeidstakerne rette søksmål både mot tidligere og ny arbeidsgiver. I tillegg til erstatning vil arbeidstakerne da også kunne kreve ansettelse hos ny arbeidsgiver. Det er derfor viktig at virksomhetene samarbeider godt om prosessene knyttet til overføringen av arbeidstakere, og at begge virksomheter har oversikt over hele prosessen.

Hvem representerer aksjeselskapet utad?

Av advokat Andreas Jebens
andreas.jebens@adnor.no



Andreas Jebens er advokat i Adnor Advokat i Trondheim. Han arbeider hovedsakelig med fast eiendom og forretningsjuss, og han bistår både bedrifter og privatpersoner.

1. INNLEDNING

Et aksjeselskap må ofte foreta rettshandler med andre rettssubjekter. Dette kan være alt fra ordinære avtaler om selskapets drift, som avtaler med ulike leverandører, til disposisjoner av mer ekstraordinær art.

Denne artikkelen gir en oppsummering av sentrale forhold som har betydning for spørsmålet om representasjon av aksjeselskaper.

2. AKSJELOVENS UTGANGSPUNKT

Aksjeloven inneholder særskilte bestemmelser som handler om selskapets forhold utad. Utgangspunktet etter aksjeloven § 6-30 er at styret representerer selskapet utad og «tegner dets firma».

Denne kompetansen gjelder imidlertid det samlede styret. En praktisk løsning er derfor at styret i medhold av aksjeloven § 6-31 gir slik rett, såkalt «signaturrett», videre til én eller flere personer som derved får kompetanse til å forplikte selskapet. Slik signaturrett kan kun gis til styremedlemmer, daglig leder eller navngitte ansatte i selskapet.

Det er selskapets styre som kan tildele signaturrett. Den som har signaturrett i medhold av aksjeloven § 6-31, kan derved ikke selv tildele signaturrett til en annen. En endring av hvem som skal ha signaturrett må altså skje ved nytt styrevedtak.

Dersom signaturrett gis til flere personer, kan man velge om disse skal ha signaturrett hver for seg eller i fellesskap. I det sistnevnte tilfellet vil disse måtte opptre sammen for å representere selskapet, med mindre det for én av disse foreligger annet særskilt representasjonsgrunnlag i det aktuelle tilfellet. Signaturrett, som altså gir kompetanse til å representere selskapet utad, skal registreres i Foretaksregisteret.

Daglig leder har likevel, i medhold av aksjeloven § 6-32, kompetanse til å representere selskapet utad i saker som inngår i den «daglige ledelse». Hva som inngår i den daglige ledelse, er i aksjeloven negativt avgrenset ved angivelse av at dette ikke omfatter saker som etter selskapets forhold er av «uvanlig art» eller «stor betydning». Hva som er av «uvanlig art» eller «stor betydning», vil blant annet avhenge av selskapets formål, bransje, størrelse og økonomi, og vil derfor stille seg ulikt fra et selskap til et annet. Spørsmål om daglig leders kompetanse til å representere selskapet utad vil derfor måtte avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle.

Dersom styret har gitt daglig leder signaturrett i medhold av § 6-31, som nevnt ovenfor, vil denne adgangen til å representere selskapet være mer omfattende enn daglig leders representasjonsadgang etter § 6-32. I et slikt tilfelle vil ikke daglig leders alminnelige kompetanse etter aksjeloven ha selvstendig betydning. Den ovennevnte begrensningen med tanke på hvilke forhold som



er av «uvanlig art» eller «stor betydning», vil da ikke medføre innskrenkninger i daglig leders adgang til å representere selskapet utad.

3. SÆRSKILTE FULLMAKTER – SÆRLIG PROKURA

Spørsmål om kompetanse til å representere selskapet utad vil også suppleres av ulike typer fullmakt.

Prokura er en særskilt og vidtrekkende fullmakt som i utgangspunktet gir fullmektigen, «prokuristen», myndighet til å opptre på vegne av selskapet i alt som hører til driften av dette, jf. prokuraloven § 1. Prokuristens myndighet er likevel begrenset ved at denne blant annet ikke kan overdra eller behefte selskapets faste

eiendom, eller opptre på selskapets vegne i søksmål, med mindre dette følger av uttrykkelig fullmakt.

I motsetning til hva som gjelder for tildeling av signaturrett etter aksjeloven § 6-31, kan prokurafullmakt gis til enhver fysisk person uten hensyn til tilknytning eller ansettelse i selskapet. Som for overføring av signaturrett, kan også prokurafullmakt gis til én eller flere personer. Dersom prokurafullmakt gis til flere personer, kan man velge om disse skal ha prokura hver for seg eller i fellesskap (kollektivprokura). Ved kollektivprokura vil prokuristene måtte opptre sammen for å representere selskapet, med mindre én av disse skulle ha et annet særskilt grunnlag for å representere selskapet i det aktuelle tilfellet.

Utgangspunktet etter aksjeloven er at styret representerer selskapet utad.



En procurafullmakt gir omfattende adgang til å representere selskapet utad, og vil i mange tilfeller rekke lenger enn daglig leders alminnelige representasjonsadgang. Også procurafullmakt skal registreres i Foretaksregisteret. En prokurist kan ikke overføre procuraen til en annen.

I tillegg til procurafullmakt vil fullmaktsreglene i avtaleloven kapittel 2, og i visse tilfeller ulovfestede regler, kunne gi grunnlag for å representere selskapet utad.

Særlig praktisk i så måte er såkalte stillingsfullmakter som er regulert i avtaleloven. Det avgjørende vil da være om den aktuelle personen har en stilling i selskapet som etter lov eller sedvane innebærer kompetanse til å binde selskapet innenfor visse grenser.

4. EKSTERN VERSUS INTERN KOMPETANSE

Selv om selskapet utad skulle være representert av én eller flere personer med kompetanse som nevnt i det foregående, vil det i visse tilfeller kunne oppstå motstrid mellom slik ekstern kompetanse og intern kompetanse. Det kan for eksempel foreligge styrevedtak, instruks e.l. som

begrenser representantens adgang til å binde selskapet.

I et tilfelle hvor selskapets representant har gått ut over sin myndighet, og derved sin interne kompetanse, vil det oppstå spørsmål om medkontrahentens kunnskap om myndighetsforholdet.

Et sentralt spørsmål vil i slike tilfeller være om selskapets representant er legitimert, altså om denne overfor medkontrahenten fremstår som berettiget til å foreta den aktuelle disposisjon. I Rt. 2011 s. 410 konkluderte Høyesteretts flertall med at daglig leder i det aktuelle selskapet ikke hadde intern kompetanse til å inngå den omhandlede leiekontrakten, men at han blant annet som følge av fremlagt e-postkorrespondanse med selskapets innkjøpsjef likevel var legitimert til å inngå avtalen og derved forpliktet selskapet.

Avtalen i denne saken ble for øvrig ansett inngått til tross for at leiekontrakten ikke var signert. Saken reiser i så måte interessante spørsmål også i avtalerettslig sammenheng – uten at dette vil bli nærmere behandlet her.

I aksjeloven § 6-33 reguleres overskridelse av myndighet begått av noen som representerer selskapet utad etter reglene i §§ 6-30 til 6-32. Dersom selskapet i et slikt tilfelle godtgjør at medkontrahenten forstod eller burde ha forstått at selskapets representant har opptrådt ut over sin myndighet, og det ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende, vil selskapet etter bestemmelsens ordlyd være ubundet av disposisjonen. I praksis vil det imidlertid være utfordrende for selskapet å godtgjøre medkontrahentens kunnskap om myndighetsoverskridelsen, og selskapet vil derfor ofte være bundet av disposisjonen.

Til tross for lovens klare ordlyd, hvoretter selskapet fullt ut vil være bundet eller ubundet av den aktuelle disposisjonen, tilsier rettspraksis etter tilsvarende bestemmelse i den tidligere aksjeloven av 1976 at dette kan nyanseres noe. I Sandakergårddommen, Rt. 1995 s. 1026, tolket Høyesterett den eldre lovens § 8-15 supplert av avtaleloven § 36 slik at selskapet vil kunne bli delvis bundet av disposisjonen.

5. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Denne begrensede sammenfatningen viser at man ved disposisjoner både for og med et aksjeselskap bør ha et klart forhold til spørsmålet om hvem som representerer aksjeselskapet utad.

Internt i eget selskap bør man sørge for å ha rutiner og instruksjoner som tar sikte på at den eksterne kompetanse ikke overgår den interne. Som Høyesterett uttaler i den ovennevnte avgjørelsen i Rt. 2011 s. 410 er det

«selskapet som er nærmest til å sørge for at rutiner og instruksjoner er på plass, slik at ansatte vet hvilken kompetanse de har og tar nødvendige forbehold dersom de fremforhandler avtaler de ikke selv kan slutte».

Videre bør man ved disposisjoner overfor et aksjeselskap ha rutiner for å forsikre seg om at selskapets representant har den nødvendige kompetansen til å representere selskapet. Dersom det er tvil om dette, vil det som hovedregel være å anbefale at avtalen inngås overfor den som er tildelt signaturrett etter aksjeloven § 6-31, eller eventuelt styret dersom slik signaturrett ikke er gitt.

Ved disposisjoner både for og med et aksjeselskap bør man ha et klart forhold til spørsmålet om hvem som representerer aksjeselskapet utad.

Eurojuris Norge tilbyr NHO-medlemmer:

- Advokattjenester av høy kvalitet
- En times gratis førstekonsultasjon
- 15 % rabatt på gjeldende priser
- Topprioritet og 24 timers responstid
- Eget NHO-telefonnummer – 800 32 500



Samarbeid og informasjonsutveksling mellom konkurrenter

Av advokat Fredrik Alver
fa@alver.as



Fredrik Alver er advokat i Advokatfirmaet Alver AS på Lillehammer. Han bistår innen en rekke forretningsjuridiske og selskapsrettslige områder, med særlig kompetanse innen konkurranserett og offentlige anskaffelser.

I. INNLEDNING

Konkurranseretten er for mange et litt ukjent rettsområde. Det første mange tenker på når de hører ordene konkurranserett eller konkurranselov, er de sakene som har fått stor mediedekning nasjonalt og internasjonalt. Ett eksempel er Telenor-saken der Konkurransetilsynet ila overtredelsesgebyr på NOK 788 millioner for å hindre utbyggingen av et tredje mobilnett i Norge.

Konkurranserettens overordnede formål er å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, og å verne om forbrukernes interesser. Konkurranse er ikke et mål i seg selv, men konkurranse er det middelet man har funnet best egnet for å oppnå formålet.

Dette gjenspeiles i den norske konkurranselovens formålsbestemmelse og i EU-retten som den norske konkurranseloven springer direkte ut av. Konkurranseretten er en cocktail av rettsregler, samfunnsøkonomiske prinsipper og en god dose markeds kunnskap. Ofte må man danne tverrfaglige team med advokater, økonomer og bransjefolk for å få full oversikt over en virksomhets konkurranserettslige posisjon.

Selv om mediedekningen kan gi inntrykk av at regelverket kun rammer de største virksomhetene som opererer på markedet, er det svært viktig å påpeke at alle potensielt sett omfattes av atferdsreglene i konkurranseretten.

Grovt sett består konkurranseretten av tre regelsett. Det er for det første reglene om *fusjonskontroll* (kontroll med foretakssammenslutninger)

Konkurranserettens formål er å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser og å verne om forbrukernes interesser.



i konkurranselovens kapittel 4. Dette innebærer en meldeplikt for foretakssammenslutninger dersom de involverte foretakene har årlig omsetning over NOK 1 milliard samlet og over MNOK 100 hver for seg.

Derneft har man reglene om *misbruk av dominerende stilling*, som innebærer et forbud mot en rekke typer atferd for en virksomhet som kan anses som dominerende i sitt relevante marked.

For det tredje omfattes reglene som forbyr *konkurransbegrensende samarbeid mellom konkurrenter*.

Sistnevnte forbudsbestemmelse finner man igjen i den norske konkurranseloven § 10. Denne bestemmelsen legger en rekke begrensende føringer for hvilken samhandling og hvilket samarbeid som ellers konkurrerende aktører kan ha med hverandre. Herunder gir bestemmelsen begrensninger for hvilken informasjon til konkurrenter fritt kan utveksle med hverandre. Det er denne informasjonsutvekslingen mellom konkurrenter som i det følgende skal gjennomgås nærmere, i tillegg til en mer generell introduksjon til rammene for konkurranseloven § 10.

2. GENERELT OM KONKURRANSELOVEN § 10

2.1 Forbudet

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid som begrenser, eller som potensielt kan begrense, konkurransen i markedet. Alle former for samarbeid, inkludert utveksling av informasjon, som kan påvirke partenes markedsatferd, enten partene imellom eller i forhold til andre aktører, kan rammes av forbudet. I tillegg til de mest åpenbare og grove kartellovertredelsene kan f.eks. spesialiseringsavtaler, produksjonsavtaler, FoU-samarbeid, innkjøps-samarbeid, prosjektsamarbeid (felles anbud), markedsførings-samarbeid og informasjonsutveksling rammes.

Bestemmelsens første ledd sier at:

«Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt».

Slik bestemmelsen er utformet, er det ikke noe krav om at konkurransbegrensningen må være vesentlig, men den må være merkbar, dvs. at rent bagatellmessige virkninger ikke fører til overtredelse av forbudet.

2.2 Vilkår: «avtale», «beslutning truffet av sammenslutninger» eller «samordnet opptreden»

Det er etter ordlyden et vilkår at det enten er inngått en avtale, at det er en beslutning truffet av sammenslutninger av foretak, eller at det foreligger samordnet opptreden. Praksis viser at dette tolkes vidt. Både formelle avtaler og samarbeid som ikke hviler på rettslige bindende avtaler, omfattes. En felles, underforstått forståelse mellom to parter kan etter omstendighetene utgjøre samordnet opptreden selv om det ikke foreligger direkte kommunikasjon. Informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan f.eks. i seg selv utgjøre «avtale» eller «samordnet opptreden», eller være en del av slikt «samarbeid».

2.3 Foretaksbegrepet

Det er videre et krav om at avtaler som nevnt må være inngått mellom «foretak». Med foretak menes enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet, jf. konkurranseloven § 2. Forbudet gjelder i utgangspunktet ikke avtaler mellom foretak innen samme konsern, selv om disse utgjør ulike juridiske enheter: Dette kommer av det som i EU-retten omtales som

«single economic entity», og bygger på prinsippet om at foretakene i samme konsern er så nært knyttet sammen at de utgjør samme økonomiske enhet ved at avtaler mellom disse kun ses på som en intern allokering.

2.4 Konkurrentbegrepet og markedsavgrensning

Det ligger i bestemmelsens art at avtalen eller den samordnede opptreden i utgangspunktet må foreligge mellom to foretak som er konkurrenter for at forbudet skal komme til anvendelse. For eksempel kan en elektriker og en rørlegger samarbeide om en rekke ting uten at konkurranseloven får sin anvendelse, ettersom de ikke er konkurrenter. To elektrikerfirmaer må derimot være svært varsomme med å samarbeide med hverandre dersom de opererer i samme marked.

Det er ikke gitt at et firma i Kristiansand og et firma i Trondheim er i samme marked, og dermed vil de heller ikke være konkurrenter i lovens forstand. Enhver konkurranserettslig analyse må derfor gjøre en avgrensning av det relevante markedet, både produktmessig (f.eks. rørlegger, elektriker, snekker) og i geografisk forstand (f.eks. lokalt, regionalt, nasjonalt, EU, globalt).

Konkurranseloven forbyr samarbeid som begrenser – eller som potensielt kan begrense – konkurransen i markedet.



Selv om to parter ikke er direkte konkurrenter, kan man likevel bli omfattet av forbudet i enkelte situasjoner: Konkurranseloven § 10 omfatter både det man kaller horisontalt samarbeid (mellom to aktører på samme trinn i omsetningskjeden, f.eks. to produsenter) og vertikalt samarbeid (mellom to aktører på ulike trinn i omsetningskjeden, f.eks. en produsent og en distributør).

Horisontalt samarbeid er som et utgangspunkt mer skadelig enn vertikalt samarbeid, og det er kun i enkelte typetilfeller at vertikale relasjoner anses skadelig. Vertikalt samarbeid kan lettere være skadelig dersom ett av foretakene er store nok til å kunne utøve markedsrett.

2.5 Formål og virkning

Ved vurderingen av et samarbeid eller samordnet opptreden under konkurranseloven § 10 skiller

man gjerne mellom avtaler som har til formål å begrense konkurransen, og avtaler som har til virkning å begrense konkurransen. Gjennom praksis fra EU-domstolen, som også er fulgt opp av nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter i Norge, er det lagt til grunn at et samarbeid som man finner å ha som formål å begrense konkurransen, aldri eller svært sjelden kan anses lovlig i henhold til § 10. Det er i slike tilfeller ikke nødvendig å vurdere virkningen samarbeidet har på konkurransen i markedet. Formålsovertredelser vil typisk være rene pris-samarbeid (karteller), kvantumsbegrensninger, avtaler om markedsdeling eller andre særlig alvorlige overtredelser av § 10.

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig bare å fastslå at det ikke foreligger en formålsovertredelse ved

lovlighetsvurderingen. Det må også foretas en konkret vurdering av de virkninger samarbeidet har på konkurransen. Man vurderer typisk om samarbeidet fører til høyere priser, dårligere kvalitet, mindre utvalg eller annet som anses som negativt for forbrukerne i markedet. Uansett må det gjøres en objektiv vurdering, og partenes subjektive hensikt eller eventuelle legitime formål skal ikke ha noen innvirkning på vurderingen. Man kan si det slik at målet helliger ikke middelet.

Dersom en koordinert opptreden mellom et foretak og dets konkurrenter har som sin virkning at den enten hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen i det relevante markedet, dvs. er skadelig for konkurransen, vil et slikt samarbeid som utgangspunkt være i strid med konkurranseloven § 10, med mindre man finner at det skapes

netto effektivitetsgevinster etter bestemmelsens tredje ledd, jf. nærmere om dette nedenfor.

2.6 Rettsvirkning og sanksjoner

Avtaler som er i strid med forbudet i § 10 første ledd, er ulovlige og helt eller delvis ugyldige, jf. bestemmelsens annet ledd som sier at avtalen eller beslutningen skal «ikke ha noen rettsvirkning». Overtredelser kan videre føre til en rekke sanksjoner. Det kan ilegges overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av de involverte selskapenes årlige omsetning, og også medføre personlig bøte- og fengselsstraff ved alvorlige overtredelser samt erstatningsansvar. Videre kan man etter omstendighetene bli avvist fra fremtidige anbudskonkurranser og derigjennom miste store potensielle inntekter. Det er altså vesentlige og alvorlige sanksjoner som kan ilegges ved et

brudd, avhengig av graden av overtredelsen og skaden det påfører samfunnet og forbrukerne.

2.7 Unntak ved effektivitetsgevinster

Konkurranseloven § 10 tredje ledd inneholder som nevnt et unntak fra forbudet i første ledd. Unntaket gjelder for samarbeid som genererer effektivitetsgevinster som overstiger det samfunnsøkonomiske tapet som følge av samarbeidet, som ikke begrenser konkurransen mer enn absolutt nødvendig, og som ikke utelukker konkurransen i markedet. Dersom man i et konkret tilfelle finner at utveksling av informasjon skulle være i strid med § 10 første ledd fordi det som sådan fører til en konkurransebegrensning, kan det altså likevel være lovlig etter tredje ledd dersom man finner at informasjonsutvekslingen fører til netto samfunnsøkonomiske positive resultater.

3. UTVEKSLING AV INFORMASJON MELLOM KONKURRENTER

3.1 Generelt om informasjonsutveksling

Informasjonsutveksling vil ofte være en integrert del av en annen form for samarbeid som foregår mellom konkurrenter, både i lovlige og ulovlige samarbeid. Likevel kan informasjonsutveksling være lovstridig i seg selv.

Uttekslingen av informasjon kan enten skje direkte mellom konkurrenter, eller den kan skje indirekte, gjennom en felles eksternt part. Eksempler på det siste er informasjonsutveksling gjennom en bransjeorganisasjon, eller gjennom leverandører, forhandlere, kjeder, osv.

Jo viktigere et konkurranseparameter er for konkurransen i markedet, desto lettere vil det kunne ha en konkurransebegrensende virkning dersom foretaket og dets konkurrenter utveksler informasjon om nettopp dette. Pris er f.eks. alltid et helt sentralt konkurranseparameter, og rene

samarbeid om pris vil dermed nesten alltid være i strid med loven. Det vil derfor være avgjørende å vurdere hva man diskuterer med sine konkurrenter.

Utteksling av informasjon mellom konkurrenter vil være lovlig så fremt informasjonen man deler, enten er offentlig tilgjengelig for enhver eller ikke utgjør partenes forretningshemmeligheter. Det forutsettes at taushetsbelagt kundeinformasjon utveksles med kundens samtykke. Uttveksling av informasjon kan altså i seg selv være lovstridig, enten man selv gir informasjonen eller man tar imot informasjon fra andre.

Dersom man deltar i et møte hvor man passivt mottar informasjon fra en annen part, er det viktig å merke seg at man kan rammes av forbudet selv om man ikke aktivt går inn for å dele slik informasjon. Praksis viser at man må ta aktiv avstand fra informasjonen man mottar i slike tilfeller, og få dette protokollert, dersom man skal unngå mistanke.

Det må presiseres at informasjonsutveksling i mange tilfeller kan være nødvendig, effektiv og føre til økt konkurranse. Man ser ofte at et selskap øker intern effektivitet ved å sammenligne seg selv mot sine konkurrenters metoder, tilgjengelige priser osv. Spørsmålet er derfor hvor grensen går for at utveksling av informasjon kan være i strid med regelverket.

3.2 Informasjonsutveksling og stilltende samarbeid

Når man vurderer samarbeid mellom konkurrenter, vil det ofte kunne være et spørsmål om informasjonsutveksling mellom partene har medført at man har lagt til rette for et såkalt stilltende samarbeid mellom partene der man tilpasser sin strategi etter øvrige aktører, uten at man aktivt samarbeider. Dersom aktør A mottar aktør Bs fremtidige priser, kan A enkelt tilpasse



sitt prisnivå stilltende. Et stilltende samarbeid kan særlig være aktuelt i markeder som er konsentrerte, dvs. der det er få markedsaktører. Konkurransetilsynet har f.eks. viet oppmerksomhet til bankmarkedet der rentevarsling potensielt kan føre til et stilltende samarbeid.

3.3 Typetilfeller

Man må være særskilt oppmerksom på utveksling av følgende typetilfeller av informasjon (med mindre den er offentlig tilgjengelig):

- Priser, prisendringer eller rabatter
- Kostnader, marginer og overskudd
- Kommersiell strategier
- Salgvilkår
- Kundeinformasjon
- Produktsammensetning
- Fremtidig informasjon om nye satsningsområder (både geografiske satsningsområder eller nye produktområder, herunder investeringer og FoU-satsninger)
- Annen spesifikk markedsinformasjon

Denne listen er ikke uttømmende for hva slags

informasjon som vil være ulovlig å utveksle, og er kun ment som eksempler på hva man særlig må være oppmerksom på. Det innebærer at all informasjon rundt noe som utgjør et konkurranseparameter mellom konkurrenter, og således også vil utgjøre forretningshemmeligheter, vil kunne være i strid med § 10.

3.4 Momenter i vurderingen

3.4.1 Generelt

Generelt sett anses informasjonsutveksling å være skadelig for konkurransen dersom markedet blir kunstig gjennomslukt for aktørene som en direkte følge av delingen, og dermed kan danne grunnlag for en samordnet opptreden. Informasjonsutveksling mellom konkurrenter kan i et konkret tilfelle redusere eller eliminere den usikkerheten som foreligger i markedet, slik at partene kan tilpasse seg på en konkurransebegrensende måte. Enkelte markedsaktører vil derfor kunne få et konkurransefortrinn, samtidig som de andre aktørene på markedet som ikke er del av samarbeidet, potensielt kan bli utestengt, eller at deres virksomhet på andre måter vanskeliggjøres.

Informasjonsutveksling fører raskere til samordnet opptreden i strid med konkurranseloven § 10 i markeder som er transparente, konsentrerte, stabile og symmetriske. Problemet i denne typen markeder er at aktørene enkelt kan komme til en felles forståelse om koordinerende atferd, og derigjennom overvåke hverandre og sanksjonere eventuelle avvik fra den samordningen som oppstår som følge av informasjonsutvekslingen.

3.4.2 Alder på informasjonen som utveksles

Det er ofte avgjørende for å vurdere om informasjonsutveksling er i strid med konkurranseloven § 10 om informasjonen anses for å være historisk eller være nåtidig/fremtidig. Det er langt mer skadelig for konkurransen dersom man deler nåtidig eller fremtidig informasjon fremfor historiske data. Dette fordi historiske data som regel ikke vil minske usikkerheten i markedet eller gi enkelte aktører en konkurransevridende fordel. Hva som er «historiske» data, må vurderes konkret i den enkelte sak eller sektor, og vil avhenge av flere momenter.

3.4.3 Generell vs. spesifikk informasjon

Utveksling av aggregert informasjon, dvs. generell informasjon som ikke kan individualiseres til et konkret selskap, eller som ikke gir uttrykk for

konkrete strategiske detaljer, vil lettere anses som lovlig enn hva som er tilfellet ved spesifikk informasjon.

3.4.4 Hyppighet av informasjonsutvekslingen

Hyppig deling av informasjon mellom konkurranter anses lettere for å være i strid med § 10 enn hva som er tilfellet med informasjon man sjelden deler, eller kun deler ved én enkelt anledning. Men det er viktig å presisere at dette ikke er avgjørende for vurderingen. Ett enkelt tilfelle av informasjonsutveksling kan være nok til å utgjøre et brudd på forbudet. Vurderingen vil henge sammen med markeds karakteristika og forholdene ellers i det konkrete tilfellet. Dersom det er få konkurrenter og man opererer med relativt langsiktige kontrakter, vil dette føre til at man lettere finner brudd ved et enkeltstående tilfelle av informasjonsutveksling enn i motsatt fall.

3.4.5 Betydningen av at man åpent utveksler informasjon

Dersom partene helt åpent, i det offentlige, utveksler informasjon med konkurrenter, kan dette minske sjansene for at utvekslingen leder til en samordnet opptreden. Det er likevel på generelt grunnlag ikke et unnskyldelig forhold at man har vært helt åpen om informasjonsutvekslingen.

Det er langt mer skadelig for konkurransen om man deler nåtidig eller fremtidig informasjon fremfor historiske data.

Direktekrav i entrepriseforhold

Av senioradvokat Benjamin Nordhaug og advokatfullmektig Kristiane Fasselund Fahret
bn@halvorsenco.no og kff@halvorsenco.no



Benjamin Nordhaug er senioradvokat i Advokatfirmaet Halvorsen & Co. Han jobber primært med fullskala kontraktsrettslig rådgivning, fast eiendoms rettsforhold, samt løpende selskapsrettslig rådgivning til selskaper, styrer og aksjonærer.



Kristiane Fasselund Fahret er advokatfullmektig i Advokatfirmaet Halvorsen & Co. Hun er tilknyttet firmaets forretningsjuridiske avdeling, og jobber primært med konkurs- og insolvensrettslige forhold. I tillegg arbeider Fahret med kontraktsrett og fast eiendoms rettsforhold.

I. INNLEDNING

Utgangspunktet i norsk rett er at kun partene i en kontrakt kan bli forpliktet av kontraktens innhold. Dette innebærer at mislighold av en kontrakt i utgangspunktet kun kan få rettsvirkninger for kontraktspartene. Denne hovedregelen har sitt utspring i det vi kaller *relativitetsgrunnsetningen*.

Relativitetsgrunnsetningen innebærer at en kontrakt oppstår og består mellom de som har inngått kontrakten. Det er altså kun de som har valgt å inngå kontrakten, som blir bundet av dens innhold. To parter kan således som utgangspunkt ikke inngå en avtale seg imellom som pålegger forpliktelser overfor en tredjepart som ikke har tilsluttet seg kontrakten.

Direktekrav er et unntak fra utgangspunktet om at kontrakter bare kan få rettsvirkning mellom partene. Gjennom læren om direktekrav kan en kontraktspart fremme erstatnings-, prisavslags- eller avhjelps krav direkte mot tidligere salgssledd, eller underleverandør dersom mangelen kan tilskrives en av disse.

For kreditor – altså den som får et krav under kontrakten – vil adgangen til å fremme direktekrav mot andre enn kontraktspartene utelukkende være positiv, da kreditor jo får flere skyldnere som kan holdes ansvarlig. Dette vil være særlig gunstig for kreditor dersom kreditors kontraktspart f.eks. er avviklet, har gått konkurs eller av andre grunner ikke har mulighet eller vilje til å gjøre opp for seg.

2. RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER

Den typiske direktekravsituasjonen kan eksemplifiseres som følger: En byggherre (A) engasjerer en entreprenør (B) for å utføre et arbeid, og det inngås en kontrakt mellom A og B. Ofte vil B ha behov for å engasjere underentreprenører (C) for å utføre deler av det kontraktsarbeidet B har forpliktet seg til å levere til A. Dersom B ikke leverer til A i henhold til kontrakt, og dette skyldes forhold hos C, så oppstår spørsmålet om A kan rette krav mot C.

Direktekrav kan også oppstå i den motsatte situasjonen, altså hvor B ikke oppfyller rettmessig overfor C som følge av forhold hos A. C kan da i visse tilfeller ha et krav mot A.

Direktekrav kan ha sin bakgrunn i kontrakt, deliktansvar eller at det har oppstått en ugrunnet berikelse. I det følgende vil vi kun behandle direktekrav med grunnlag i kontrakt.

Innenfor kontraktsretten kan direktekrav begrunnes ved en subrogasjonstankegang, hvor etter kreditor (A) trer inn i kontraktsmotpartens (B) krav mot tredjepart (C) i og med at kontrakt inngås mellom kontraktsmotparten og tredjeparten. Direktekrav i kontrakt kan også begrunnes i en tanke om springende regress, hvor kreditor (A) kun vil ha et krav mot tredjepart (C) dersom kreditors kontraktsmotpart (B) har et krav mot vedkommende tredjepart (C).

Det kan tenkes situasjoner hvor det er eksplisitt avtalt at A har rett til å rette krav mot C dersom forhold hos C er grunnen til kontraktsbrudd overfor A. Dette vil typisk være nedfelt i kontrakten mellom A og B, og konsekvensen av dette vil da være at A, for det tilfellet at B ikke klarer å levere iht. kontrakten som følge av forhold hos C, får tiltransportert Bs krav mot C til seg. Det kan også være eksplisitt avtalt i kontrakten mellom B og C at C kan bli direkte ansvarlig overfor A. I slike tilfeller er det klart nok at A kan fremsette direktekrav mot C.

Spørsmålet er om A i visse tilfeller kan fremsette direktekrav mot C også i tilfeller hvor dette ikke er særlig nedfelt i kontrakt.

Innenfor enkelte rettsforhold finnes det lovfestede regler om direktekrav. Slike regler fremkommer bl.a. av kjøpsloven § 84, forbrukerkjøpsloven § 35, avhendingsloven § 4-16 og bustadoppføringslova § 37. I slike tilfeller fremkommer direktekravsadgangen direkte av bakgrunnsretten, og kreditors direktekravsadgang er således lovfestet.

Høyesterett har frem til nå nylig i fem dommer behandlet spørsmål om ulike former for ulovfestet direktekrav. Ingen av disse dommene har endelig



konkludert med at det foreligger en generell, ulovfestet direktekravsadgang innenfor kontraktsretten. Avgjørelsene er basert på en tanke om tiltransportering av krav, eller at det aktuelle tilfellet har ligget nært opp mot lovregulerte tilfeller.

3. HØYESTERETS DOM AV 27. NOVEMBER 2018 (HR-2018-2256-A)

Spørsmålet om ulovfestet direktekrav ble på nytt behandlet av Høyesterett i dom avsagt den 27. november 2018 (HR-2018-2256-A). I dommen oppsummerer Høyesterett rettstilstanden frem til domstidspunktet, og gjennomgår rettskildene om ulovfestet direktekravsrett.

3.1 Sakens faktiske forhold

Saken gjaldt et spørsmål om en entreprenør kunne fremme direktekrav mot to underrådgivere som var engasjert av entreprenørens avtalepart.

Det var inngått en entrepriseavtale mellom Atlant Entreprenør SVS AS og Bright Arkitekter AS, som igjen engasjerte underrådgiverne Bright Rådgivende Ingeniører Elektro AS og Bright Rådgivende Entreprenører VVS AS.

Tre år etter at kontrakt ble inngått mellom entreprenøren og arkitekten, ble det åpnet konkurs hos arkitekten. Entreprenøren mente at det var begått feil under prosjekteringen, både av arkitekten og de to underrådgiverne som var engasjert av arkitekten.

På dette tidspunktet hadde altså arkitekten gått konkurs, og entreprenøren fremmet derfor erstatningskrav direkte mot de to underrådgiverne, med grunnlag i direktekrav. Underrådgiverne bestred ansvar overfor entreprenøren, og entreprenøren anla derfor søksmål mot underrådgiverne.

Tingretten og lagmannsretten kom til at entreprenøren ikke hadde adgang til å fremme direktekrav mot underrådgiverne. Da saken ble vurdert å reise prinsipielle spørsmål, ble anke til Høyesterett tillatt fremmet.

I det følgende redegjøres det for Høyesteretts dom, som ble avsagt under dissens 3-2.

3.2 Flertallets vurdering

Flertallet starter sin vurdering med å konstatere at det i norsk kontraktsrett ikke er etablert en alminnelig ulovfestet direktekravsrett. Spørsmålet

for Høyesterett var derfor om Atlant Entreprenør AS kunne gjøre direktekrav gjeldende mot underrådgiverne med grunnlag i rettspraksis.

Før flertallet går inn på den konkrete vurderingen, redegjøres det for rettskildene, henholdsvis rettspraksis, utvikling i lovgivningen og NS-standardene.

3.2.1 Flertallets oppsummering av rettspraksis

Flertallet gjennomgår fem tidligere avgjørelser hvor direktekravsadgang på ulovfestet grunnlag er behandlet. Etter gjennomgangen av rettspraksis konkluderer flertallet med at

«Det har vært en forsiktig utvikling i retning av større aksept for direktekrav på ulovfestet grunnlag». (premiss 63)

Det blir i denne sammenheng påpekt særlig at det er snakk om relativt få dommer over en lengre tidsperiode, og at alle begrunnelsene er *«nøye forankret i det aktuelle saksforholdet»*. (premiss 63).

3.2.2 Flertallets oppsummering av utvikling i lovgivningen

Høyesterett påpeker at utviklingen i lovgivningen kan være et moment når domstolene skal vurdere

om det er grunnlag for å videreutvikle reglene om ulovfestet direktekravsadgang. Det konkluderes likevel med at flertallet ikke kan se at det finnes lover som gir særlig støtte for løsningen av den aktuelle saken. Dette fordi ingen av lovhjemlene ligger nært nok det konkrete saksforholdet.

3.2.3 Flertallets oppsummering av NS-standardene

Høyesterett påpeker at det finnes standardkontrakter med og uten bestemmelser om direktekrav. Partene i den aktuelle saken hadde benyttet seg av en standardkontrakt (NS 8402) som ikke inneholder bestemmelser om direktekrav. Flertallet er av den oppfatning at

«...det må ha vært et bevisst valg når det ikke ble gitt rett til å fremme direktekrav etter NS 8402». (premiss 72)

Flertallet tolker bransjepraksis dithen at bransjen selv legger til grunn at direktekrav er hensiktsmessig i noen typetilfeller, men ikke i andre. Videre poengteres det igjen at partene i foreliggende sak kunne velge standardkontrakt med eller uten bestemmelser om direktekrav, men at partene falt ned på en standard uten bestemmelser om direktekrav.

Høyesterett konkluderte med at entreprenøren ikke kunne fremme direktekrav mot underentreprenørene. Det var avgjørende at partene hadde benyttet en standardkontrakt som ikke åpner for direktekrav.

3.2.4 Flertallets oppsummering av rettskildene

Etter en gjennomgang av rettskildene konkluderes flertallet med at adgangen til å fremme direktekrav nok står noe sterkere i dag enn tidligere, men at

«... det er fortsatt ikke grunnlag for å konstatere at det eksisterer noen alminnelig rett til å fremme direktekrav i entrepriseforhold.» (premiss 80)

I tilfeller som faller utenfor lov eller avtale, må adgangen til å fremme direktekrav «fremdeles vurderes konkret ut fra de momenter som er fremhevet i rettspraksis.» (premiss 80)

3.2.5 Flertallets konkrete vurdering

Flertallet i Høyesterett bestod av tre av fem dommere.

Det første vurderingstemaet var om Veidekke-dommen (Rt. 1998 s 656) gir rett til å fremme direktekrav i saken. I Veidekke-dommen ble direktekrav tillatt. Det utslagsgivende momentet for å tillate direktekrav var etter flertallets vurdering at Veidekke hadde hatt en «særlig stilling» som underentreprenør:

Spørsmålet var dermed om underleverandørene i saken hadde hatt en slik særlig stilling overfor entreprenøren.

Ved denne vurderingen legger flertallet til grunn at det forhold at faktureringsrutinene fulgte kontraktskjeden, og at entreprenøren rettet alle krav mot sin egen kontraktsmotpart frem til konkursåpningen, viser at kontraktsmotparten ikke spilte noen «...underordnet og passiv rolle når det gjaldt kontraktsforholdene» (premiss 91).

Flertallet påpeker dog at dette ikke alene er avgjørende, og uttaler i den forbindelse at;

«Det er godt mulig at det i fravær av andre momenter kunne vært grunn til å utvide den ulovfestede direktekravsadgangen til også å omfatte et tilfelle som i saken her.» (premiss 93)

Flertallet konkluderer likevel med at «det i vår sak – etter mitt syn – foreligger tungtveiende momenter som taler mot» å utvide den ulovfestede direktekravsadgangen til å omfatte det aktuelle saksforholdet (premiss 93).

De tungtveiende grunnene som flertallet la avgjørende vekt på, ble vurdert på bakgrunn av et rettslig utgangspunkt om at en kontrakt kun binder kontraktspartene, og da direktekrav er et brudd på dette prinsippet må direktekravsadgangen kunne begrunnes godt i den konkrete saken.

Flertallet påpeker at dersom direktekrav tillates i saken, så vil det «være tale om en utfylling som ville innebære plikter for noen som ikke er part i avtalen» (premiss 97). Å legge plikter på andre enn kontraktspartene gjennom utfylling av avtalen krever en «høyere terskel enn hvor utfylling av kontrakten bare har betydning for partene selv» (premiss 97).

I lys av det ovennevnte påpeker flertallet at det på avtaletidspunktet ikke fantes en bakgrunnsrett som «med noenlunde sikkerhet» etablerer en direktekravsrett i et tilfelle som i dommen (premiss 98).

Til tross for det ovennevnte er flertallet fortsatt av den oppfatning at «det kan være grunnlag for å utvide direktekravsadgangen noe gjennom domstolspraksis» (premiss 101).

Det avgjørende grunnlag for at flertallet likevel ikke konkluderte med å akseptere direktekravsadgangen i den aktuelle saken var at partene hadde benyttet en standardkontrakt som ikke åpner for direktekrav, til tross for at det forelå andre standardkontrakter som inneholdt direktekravsadgang. Dette forholdet kom etter flertallets vurdering «inn med atskillig tyngde» (premiss 102).

Flertallet legger i denne sammenheng betydelig vekt på at

«... det er tale om profesjonelle parter som må ta konsekvensene av sitt valg av kontraktsformular og eventuelle forsømmelser i den forbindelse.» (premiss 103)

I tillegg til partenes valg av standardkontrakt uten direktekravsadgang la flertallet også vekt på at det ikke forelå «noen avgjørende reelle hensyn som likevel tilsier at entreprenøren tillates å rette krav direkte mot underrådgiverne» (premiss 107).

Flertallet påpeker særlig at det kan fremstå som urimelig dersom underentreprenørene slipper unna ansvar for egne feil, kun som følge av at underentreprenørens kontraktsmotpart har gått konkurs. At dette likevel ikke blir ansett som et tilstrekkelig tungtveiende reelt hensyn, begrunner flertallet med at «Resultatet er imidlertid et utslag av den kontraktsmodellen de profesjonelle partene har valgt...» (premiss 109).

Høyesterett konkluderte på denne bakgrunn med at entreprenøren ikke kunne fremme direktekrav mot underentreprenørene.

3.2.6 Mindretallets konkrete vurdering

Mindretallet i Høyesterett kom til at entreprenøren hadde direktekravsadgang mot underle-

verandørene. Begrunnelsen for dette var, kort oppsummert, at mindretallet la til grunn at rettsstillingen på entrepriserettens område var at;

«Dersom skyldneren har hatt en «særlig stilling» under utførelsen av kravshaverens oppdrag, slik Høyesterett fant var tilfellet i Veidekke-dommen, kan direktekrav fremsettes etter den såkalte dobbelbegrensingsmodellen. Men direktekrav er ikke utelukket selv om dette kriteriet ikke er oppfylt. I så fall må det gjøres en nærmere avveining av behovet og betenkelighetene.» (premiss 127).

Mindretallet fant at en «bredere avveining av behovet og betenkelighetene» tilsa at direktekravsadgangen var i behold (premiss 132). Etter en gjennomgang av ulike hensyn som etter mindretallets vurdering tilsier at direktekravsadgangen var i behold, uttaler mindretallet om størrelsen på direktekravet at;

«Kravene er begrenset til de sistnevnte selskapenes respektive ansvar overfor Bright Arkitekter.»

4. VURDERING AV DOMMEN

Etter vår vurdering bidrar Høyesteretts resonnement og konklusjon i dommen ikke i tilstrekkelig grad til å avklare om det foreligger en ulovfestet og generell adgang til å fremsette direktekrav.

Rettskildebildet etter dommen er, etter vår vurdering, at en ulovfestet direktekravsadgang forutsetter at den direktekravet fremsettes mot har hatt en «særlig stilling» ved utførelsen av kontraktsarbeidet. Hva som skal til for at vedkommende har hatt en særlig stilling, er dog uavklart.

Forut for dommen har det i juridisk teori vært lagt til grunn at direktekrav i entreprise kan begrunnes i en nærmere avveining av behov og betenkeligheter. Dette var mindretallets utgangspunkt i dommen, men flertallet har ikke lagt dette til grunn utover å vise til reelle hensyn. De reelle hensynene som vurderes av flertallet er, etter vår vurdering, langt på vei en vurdering av avveining av behov og betenkeligheter. Vår vurdering er at det derfor, mest sannsynlig, fortsatt er relevant å foreta en vurdering av behov og betenkeligheter for å avklare om det er adgang til å fremme direktekrav.

Dommen synes etter vår vurdering å gi grunnlag for en noe utvidet direktekravsadgang sammenlignet med Veidekke-dommen. Dette fremkommer av at Høyesterett uttaler eksplisitt at det ikke var avgjørende at forholdene skilte seg fra situasjonen i Veidekke-dommen, i tillegg til at Høyesterett uttaler at det er godt mulig at det i mangel av andre momenter kunne vært grunnlag for direktekrav også i den aktuelle saken.

Det er vår vurdering at man bør sørge for å regulere direktekravsadgangen særskilt i kontrakten.



Slik vi leser dommen har Høyesterett lagt betydelig vekt på at partene i saken hadde benyttet en standardkontrakt som ikke regulerte direktekravsadgangen. Partene i saken hadde benyttet NS8402, som er en forenkling av NS8401. NS8401 og NS8402 er begge rådgiverkontrakter mellom oppdragsgiver og rådgiver i et prosjekt. NS8401 er utarbeidet med sikte på fastprisoppdrag, mens NS8402 er utarbeidet med sikte på oppdrag som utføres etter løpende honorar eller medgått tid.

Alternativet til oppdragsgiver i den konkrete saken hadde vært å benytte NS8401, hvor direktekravsadgangen er inntatt. Dersom partene hadde inngått avtale etter NS8401, ville direktekravsadgangen ha vært avtalt mellom kontraktpartene, men dette ville ikke ha bundet underleverandørene, som jo ikke hadde tilsluttet seg kontrakten.

I og med at NS8402 er ment å være en forenkling av NS8401, burde Høyesterett, etter vår vurdering, ha vurdert om og eventuelt i hvilken grad NS8401 er å anse som relevant bakgrunnsrett ved tolking og utfylling av NS8402. En slik vurdering har ikke Høyesterett foretatt.

Etter vår vurdering er dommen dog i tråd med tidligere Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2012 s. 1729, hvor det i premiss 58 er uttalt at;

«Prinsippet om en objektiv fortolkning av avtaler mellom næringsdrivende får derfor en særlig styrke i entrepriseforhold»

Da Høyesterett i HR-2018-2256-A etter vår vurdering synes å legge nesten avgjørende vekt på partenes valg av standardkontrakt, kan dommen etter vår vurdering tas til inntekt for en ytterligere styrking av prinsippet om objektiv ordlydstolkning av kontrakter mellom profesjonelle parter.

Det er uansett vår vurdering at man, med bakgrunn i dommen, bør sørge for å regulere direktekravsadgangen særskilt i kontrakten, for ikke å risikere å miste muligheten til å holde andre enn egen kontraktsmotpart ansvarlig for forhold som kan føres tilbake til kontraktsmotpartens underleverandører.



Vedlikeholdsplikt og tilbakelevering ved leie av næringslokaler

Av advokat Malén Stølen og advokatfullmektig Ulrik Haukali
malen.stolen@projure.no og ulrik.haukali@projure.no



Malén Stølen er advokat i Projure Advokatfirma AS i Stavanger. Hun er en del av Projures faggruppe for næringsrett, hvor hun blant annet arbeider med selskapsrett og næringseiendom.



Ulrik Haukali er advokatfullmektig i Projure Advokatfirma AS. Han er en del av Projures faggruppe for arbeidsrett, og kan bistå i arbeidsrettslige problemstillinger for både arbeidsgivere og arbeidstakere.

I. INNLEDNING

I leieforhold hvor både utleier og leier er næringsdrivende, kan partene fritt avtale hvordan ansvar skal fordeles under leieforholdet. Det er viktig å ha en god avtale som er tilpasset de konkrete partene og leieforholdet. En god leieavtale sørger for et godt leieforhold så lenge leieforholdet varer, men det er også et viktig instrument ved opphør.

Derfor anbefaler vi at partene i størst mulig grad prøver å forutse hvilke situasjoner som kan oppstå i løpet av leieperioden, og sikre at det som er viktig for hver av partene, blir tydelig regulert i avtalen. Generelt er det i begge parter interesse at alt «kommer på bordet» før leieavtalen inngås. Misforståelser, ulik oppfatning av formuleringer eller fravær av momenter vil forsure forholdet mellom partene samtidig som de er nødt til å samarbeide. Nesten aldri vil noen være tjent med å unngå å forhandle om ubehagelige elementer.

Etter husleieloven er det ikke noe vilkår at leieavtalen skal være inngått skriftlig. Når en

annen enn eier befinner seg i og disponerer lokalene, er det tilstrekkelig bevis på at en leieavtale faktisk er inngått, men vi vet ikke nødvendigvis så mye om avtalens innhold.

Hvis avtalen er muntlig eller uklar, gjelder hovedregelen om at avtalen vil bli tolket til ugunst for den som burde ha uttrykt seg tydeligere ved avtaleinngåelsen. Det er alltid veldig vanskelig å føre bevis om hva som ble sagt flere år tilbake i tid. Derfor vil vi understreke viktigheten av en god og presis skriftlig avtale.

Det oppstår ofte spørsmål om hvilket ansvar hver av partene har for vedlikehold av lokalet eller bygget. Hvem tar kostnaden hvis det er behov for oppgradering eller reparasjoner? Utleier og leier kan ha svært ulik oppfatning av hvor omfattende vedlikeholdsgrep som er nødvendig å ta.

Når leieren flytter ut og utleier skal overta lokalet, kan situasjonen mellom partene tilspisse seg hvis partene har ulik forståelse av hvordan lokalene skal tilbakeleveres. Lokalene kan være i en helt annen tilstand når leieforholdet begynner



enn når det avsluttes. Tilstandsforringelsen kan for eksempel skyldes manglende vedlikehold, skade eller slitasje. Hvem som har ansvaret og må ta kostnaden, avhenger av avtalen mellom partene.

2. STANDARDKONTRAKTER OG BAKGRUNNSRETTE

Foreningen Næringseiendom har sammen med Huseiernes Landsforbund og Forum for

Næringseiere utarbeidet ulike standardkontrakter, som i stor grad benyttes i næringsleieforhold. Reguleringen i standardkontraktene regnes for å være balanserte, slik at både utleiers og leiers interesser skal være ivaretatt. Standardkontraktene er nærmest ansett som «markedspraksis». Når et leieforhold skal etableres, tas det ofte utgangspunkt i en standardkontrakt, som så gjennomgår tilpasninger for at avtalen skal passe best til partenes behov.

Vi vil understreke viktigheten av en god og presis skriftlig leieavtale.

Men hva hvis partene ikke har regulert for eksempel ansvaret for kostnader til vedlikehold og oppgradering i avtalen? Husleieloven er såkalt *bakgrunnsrett*, og vil gjelde der det ikke er avtalt andre løsninger mellom partene. Da vil husleieloven benyttes som supplerende normsett for å bestemme rettsforholdet mellom partene. Selv med en detaljert leieavtale vil derfor husleieloven kunne ha stor betydning.

3. UTLEIERS OG LEIERS VEDLIKEHOLDS-PLIKT UNDER LEIEFORHOLDET

Hvis ikke annet er avtalt, vil utleier etter husleieloven ha plikt til å holde lokalet og eiendommen ellers i *kontraktmessig stand* i hele leietiden. Hvis det ikke fremgår noe av leieavtalen om hvilken stand lokalet skal være i, har utleier plikt til å holde lokalet og eiendommen i *vanlig god stand*. Dette betyr at leier har krav på at lokalene ikke forfaller. Det eneste leier må godta er konsekvensen av normal bruk og slitasje. Leier har ikke krav på standardøkning av lokalene. Om den alminnelige standard øker fra vindusruter med 2 lag til 3 lag, må leier avfinne seg med 2-lagsvinduer i hele leieperioden. Leier kan ikke kreve at utleier driver kontinuerlig vedlikehold av lokalet og eiendommen, men må godta at vedlikeholdet gjennomføres periodisk.

Etter lovens system har utleier ansvar for alt vedlikehold som ikke positivt fremgår som leiers ansvar. Ansvaret som etter loven er pålagt leier, omfatter vedlikehold av dørlåser, kraner, vannklosetter, elektriske kontakter og brytere, varmtvannsbeholdere, røykvarslere, brannslukningsutstyr og inventar og utstyr i husrommet som ikke er en del av den faste eiendommen. Vedlikeholdsplikten omfatter også utbytting av deler der det er nødvendig. Må det foretas utskiftninger som følge av alminnelig slit og elde, er det i utgangspunktet en del av utleiers vedlikeholdsplikt å stå for utskiftningen. Selv ved normal bruk, og uansett om det utføres alminnelig vedlikehold av for eksempel gulvet eller el-anlegget i et lokale, vil slit og elde føre til at både gulvet og el-anlegget må skiftes ut etter en viss tid.

Hva som er normal slitasje, må også sees i forhold til hva lokalene er leiet til. En utleier må kunne forvente noe mer slitasje ved utleie til et bilverksted, enn et kunstgalleri. Skyldes behovet for utskiftning derimot at leier ikke har oppfylt sin vedlikeholdsplikt etter avtalen, kan ansvaret bli overført til leieren.

Loven legger den største vedlikeholdsbyrden på utleier. I leieforhold mellom næringsdrivende er det imidlertid vanlig at en større del av vedlikeholdsbyrden er lagt på leier enn det som fremgår av loven.



Loven legger den største vedlikeholdsbyrden på utleier. Utleier vil være ansvarlig for det meste; fra utendørs vedlikehold av kledning, uteområder, inngangspartier, til innendørs vedlikehold som sliping og skift av gulf, maling av vegger og vedlikehold av vinduer og dører. Kostnader til denne typen vedlikehold og utskiftninger betegnes gjerne som *eierkostnader*. Inkludert i eierkostnadene er utleiers kostnader til forsikring, eiendomsskatt og administrasjon.

I leieforhold mellom næringsdrivende er det imidlertid vanlig at en større del av

vedlikeholdsbyrden er lagt på leier enn det som fremgår av loven. Normalt har utleier ansvaret for utvendig vedlikehold og leier for innvendig vedlikehold av lokalet. Særlig der leieren leier lokalet til et formål som krever stor grad av tilpassing, vil det være hensiktsmessig at en del av vedlikeholdsansvaret flyttes over på leier. I denne typen leieforhold vil det også være behov for større tilpassing av leieavtalen, for å få en tydelig fordeling av kostnadene knyttet til leiertilpassing. Med mindre annet er avtalt, kan leier kreve vederlag ved tilbakelevering av lokalet hvis det er gjort vesentlige forbedringer av lokalet som

leieren har påkostet, og forbedringene er gjort med samtykke fra utleier. I praksis kan dette bety at utleier må betale for noe som er unyttig for utleier.

4. BAREHOUSE-AVTALER

Utleier kan også avtale seg helt bort fra ansvar for vedlikehold og oppgradering, som er typisk for en «Barehouse»-avtale. Begrepet «Barehouse»-avtale sier ikke i seg selv noe konkret om innholdet av avtalen, men er en betegnelse som typisk brukes på kontrakter hvor leier er pålagt en større del av eierkostnadene. Leier vil da gjerne ha tatt på seg det fulle vedlikeholdsansvaret. En slik avtale kan være aktuelt hvor leier er enbruker av bygget. I standardkontrakt for «Barehouse»-avtale har leier ansvaret for alt vedlikehold og utskiftninger, betaling av eiendomsskatt og forsikring av bygget, samt skade- og driftsavbruddsrisiko mv. for bygget. Ansvaret som påhviler leier i disse kontraktene, ligger nært opptil ansvaret leier ville hatt om leier selv var eier av lokalet. Hvis standardkontrakten for barehouse bare er benyttet som et utgangspunkt, men det er gjort tilpasninger av avtaler, vil i hvilket omfang leier har påtatt seg eierkostnadene bero på en tolkning av avtalen.

I forbindelse med tilbakelevering bør utleier og leier ha en felles befarings-

5. TILBAKELEVERING AV LOKALENE VED LEIEFORHOLDETS OPPHØR

5.1 Mangelfull tilbakelevering av lokalene

En tvist om tilbakeføring vil typisk oppstå når utleieren og leieren har ulik oppfatning om lokalenes tilstand ved tilbakelevering etter utløpet av leieperioden. Et praktisk eksempel gjelder tilfellene hvor leieren tilpasser lokalene til sin virksomhet. Samtaler med utleier i forkant av avtaleinngåelse kan ha gitt leieren en forventning om at tilpasningene er i tråd med leieavtalen, uten at dette nedtegnes skriftlig. Utleieren kan på sin side ha motsatt forståelse. Hvis partene ikke har en god skriftlig avtale som regulerer tilbakeleveringen, vil de måtte lene seg på husleielovens regler. Husleielovens regler kan gi et helt annet resultat enn hva utleieren eller leieren hadde tiltenkt, noe som gir en uforutsigbar situasjon for begge.

5.2 Lokalenes stand ved tilbakelevering

Tilbakelevering av lokalene ved leieforholdets oppgjør er regulert i husleieloven kapittel 10. Hvis partene ønsker en annen løsning ved tilbakelevering, må dette gjøres skriftlig. Den dagen leieforholdet opphører, skal leieren stille lokalene med tilbehør til utleierens



disposisjon. Stilles ikke husrommet til utleierens disposisjon den dagen leieforholdet er opphørt, foreligger en forsinkelse som utleieren kan kreve vederlag tilsvarende avtalt leie for inntil leierens bruk opphører.

Hvis ikke noe annet er avtalt, skal lokalene være ryddet, rengjort og i samme stand som ved overtakelsen, sett bort i fra alminnelig slit og elde eller mangler som utleieren plikter å utbedre. Kravet må ses i sammenheng med leierens vedlikeholdsplikt under leieforholdet. Det kan neppe kreves full nedvask og rens av et profesjonelt rengjøringsbyrå, men leieren må regne med å rydde, kaste søppel, vaske gulv, vinduer og skap. Har det for eksempel vært drevet kjøkken som har ført til fett på vegger og tak, må disse også rengjøres.

Lovens utgangspunkt, og det som er vanlig å avtale, er at leieren ikke skal betale erstatning for elde og normal slitasje. Er lokalene i dårligere stand enn hva som er avtalt, eller som nevnt ovenfor, kan utleieren kreve dekket nødvendige utgifter til utbedring.

5.3 Reklamasjonsfrist

Hvis utleier får tilbakelevert lokalene i dårligere stand enn tilstanden var forut for leieforholdet, plikter utleieren å varsle leieren om at det foreligger en situasjon som medfører en gjenoppbyggingsplikt for leieren.

I henhold til husleieloven § 10-3 må varselet være fremsatt «innen rimelig tid etter at utleieren burde ha oppdaget mangelen.»

Her vil det ofte oppstå uenighet og tvister, hvor vurderingstemaet vil bli om utleier har overholdt denne reklamasjonsfristen, og fremsatt varselet «innen rimelig tid». Om utleier har varslet innen rimelig tid, beror på en helhetsvurdering av de faktiske forhold. Av betydning vil være utleiers profesjonalitet og kvalifikasjoner, men også hvor lett mangelen lot seg konstatere.

I den gamle husleieloven var det fastsatt en 14 dagers frist på å fremme krav. I gjeldende husleielov av 1999 er dette endret til en mer upresis og skjønsmessig frist, men det var ikke meningen å utvide fristen. Profesjonelle utleiere

bør derfor som en tommelfingerregel ikke oversitte 14 dager. For god ordens skyld bør utleier samme dag, eller dagen etter besiktelse, skriftlig varsle leieren om forholdene som kreves gjenopprettet.

Varslingsfristen løper fra tidspunktet utleieren burde ha oppdaget mangelen, og tidligst fra dagen utleieren har fått tilbakelevert lokalene. Det legges til grunn at utleieren besikter lokalene ved overtakelse. Åpenbare mangler som er lett synlige, må det varsles om relativt raskt. For eksempel hvis leieren har latt søppel ligge igjen, gulvene er skitne eller lokalet er forlatt med hull i veggene som ikke er reparert.

Hvis utleieren må foreta tidkrevende undersøkelser for å avdekke mangelenes art og omfang, er det liten grunn til å pålegge utleieren en reklamasjonsplikt før mangelen er klarlagt. I lovforarbeidene til husleieloven uttalte imidlertid departementet at en frist på 14 dager vanligvis ville gi utleier tilstrekkelig tid til å områ seg. Det bør forventes at en profesjonell utleier engasjerer en fagkyndig til å vurdere lokalene slik at utleier har anledning til å varsle leieren om eventuelle forhold innen 14 dager etter tilbakelevering.

5.4 Krav til varselet

En annen praktisk problemstilling er om innholdet i varselet er tilstrekkelig klart for leieren. Husleieloven er som nevnt taus med hensyn til formkrav. Selv om loven ikke inneholder et formkrav til varselet, er det i rettspraksis og -teori innarbeidet et presisjonskrav til varselet. I juridisk teori er det trukket fram at varselet bør redegjøre for mangelenes art og omfang. Poenget er å gi leieren en mulighet til å vurdere anklagene.

I rettspraksis finnes eksempler på at domstolene foretar en konkret vurdering av varselet. Hvis

retten finner varselet for generelt utformet, risikerer utleier at gjenoppretingskravet går tapt. Varselet bør derfor gi uttrykk for at utleier har befart lokalene og påpeke konkrete forhold som forventes ryddet, rengjort eller tilbakeført.

I dom av Stavanger tingrett fra 2009 foretok tingretten en konkret vurdering av utleiers varselbrev. Utleier skrev i punkt 1 at «*lokalene skal tilbakeleveres i henhold til vanlige regler etter husleielovens bestemmer; ryddet og rengjort og frie for bygningskader av betydning for ny leier.*» Punktet ble ansett for å være for vagt og generelt til at det tilfredsstilte varsel etter husleieloven § 10-3.

Videre i brevet stod det at «*alle gulvflatene i lokalene må rengjøres og utbedres for eventuelle skaden*». Retten fant dette punktet konkret nok til å oppfylle kravet til varsel i § 10-3. Utleier fikk delvis medhold i sitt krav.

Utleier bør derfor konkretisere manglene presist slik at det ikke oppstår tvil om det er reklamert på en klar og tydelig måte, innen rimelig tid.

6. PRAKTISKE TIPS OG BETYDNINGEN AV GOD DOKUMENTASJON

For å kunne fastslå et verditap som følge av mangelfull tilbakelevering av lokalene, er god dokumentasjon av lokalenes tilstand ved leietidens start helt sentralt. I saker om tilbakelevering er partene ofte uenige om i hvilken stand lokalene var i ved avtaleinngåelsen. Det er utleier som må sannsynliggjøre at det er leieren som har påført skaden under leieforholdet eller slitasje utover hva utleier må tåle.

I en dom avsagt av Agder lagmannsrett i 2016 ga retten utleier av restaurantlokaler medhold i krav om erstatning for at lokalene ikke ble levert tilbake i tråd med avtale og husleielov. Usikkerhet om lokalenes tilstand ved leieforholdets



begynnelse, medførte imidlertid et skjønsmessig fradrag i erstatningen. Utleiers opprinnelige krav var på om lag 1,6 millioner kroner, men erstatningen ble av lagmannsretten fastsatt til 1 million.

I dom fra Gulating lagmannsrett fra 2017 ble et erstatningskrav fra utleier på ca. 300 000 kroner skjønsmessig fastsatt til 30 000 kroner av retten. Etter opphør av leieforholdet hadde utleier engasjert en takstmann som fastslo utbedringskostnader til ca. kr 300 000. Utleier hadde hatt felles befaring med leieren i forkant av opphørsdato, uten å ha påpekt de manglene som takstrapporten anga. Dette hadde betydning for lagmannsretten som dermed reduserte kravet utleier hadde fremsatt.

Et praktisk tips er å sikre god dokumentasjon av lokalene på utleietidspunktet. Dette kan for eksempel gjøres ved å ta bilder av lokalene. Vedlagt kontrakten kan utleier sette opp en liste som gir en nøyaktig beskrivelse av hvordan lokalene er på utleietidspunktet, og som signeres av både utleieren og leieren. Et annet alternativ

er å få en verddivurdering og tilstandsrapport av en takstmann som signeres av begge parter ved starten av leieforholdet. Det kan være nyttige verktøy for senere dialog med leieren om tilbakeføring av lokalene, eventuelt som bevis i en etterfølgende retts sak.

I forbindelse med tilbakelevering bør utleier og leier ha en felles befaring. Utleieren må etter beste evne påpeke synlige mangler som forventes ryddet, rengjort eller tilbakeført. Utleier bør av bevismessige hensyn skrive en protokoll av hva som forventes tilbakeført, med signatur fra begge parter.

Denne korte beskrivelsen av forholdet mellom utleier og leier illustrerer tydelig at det er viktig å foreta en grundig analyse av leiekontrakten, gjerne med en rådgiver. Problemet er ofte ikke knyttet til hva som står i kontrakten, men til forhold som ikke er omfattet.

Fjellvettregelen «*vær forberedt på uvær og kulde, selv på korte turen*» gjelder også i leieforhold.

Grensen mellom nettverkssalg og ulovlige pyramider

Av advokatfullmektig Thea Tveter
ttveter@eurojuris.no



Thea Tveter er advokatfullmektig i Svensson Nøkleby Advokatfirma ANS i Drammen. Hun arbeider hovedsakelig med selskapsrett og kontraktsrett, samt immaterialrett og markedsføringsrett.

I. INNLEDNING

I.1 Nettverkssalg eller Multi-Level Marketing (MLM)

Nettverkssalg eller MLM er en forretningsmodell som bygger på et nettverk av medlemmer som omsetter produkter. Markedsføring og distribusjon flyttes fra regulære utsalgssteder til et nettverk av distributører og forbrukere. Det blir færre ledd mellom produsent og forbruker, og kostnader knyttet til butik- og kontorarealer reduseres.

Nettverkssalg foregår typisk gjennom direktosalg, hvor distributøren henvender seg direkte til kunden med et begrenset antall produkter. Nettverket utvides gjerne ved å involvere bekjente. Formålet med systemet er å få flyttet produkter over et størst mulig nettverk, slik at man får solgt flest mulig produkter.

Fordi nettverksselskaper bruker bekjente til å utvide nettverket, blir det tradisjonelt ikke markedsført via massemedier. I stedet blir person-til-person-reklame brukt. En slik form for markedsføring bidrar til en personlig relasjon mellom distributør og kunden, og kunden får større tillit til distributørens opplysninger om produktet. De siste årene har markedsføringen i stadig større grad blitt nettbasert og flyttet til sosiale medier.

I likhet med ulovlig pyramidespill bygger også MLM-virksomhet på en pyramidestruktur. MLM

skiller seg fra pyramidespill ved at det omsettes faktiske varer og/eller tjenester.

Det er et problem at pyramidespill tilsynelatende fremgår som en MLM-virksomhet – kamuflert bak omsetning av varer og tjenester. Selskapene fokuserer markedsføringen utad typisk på salg av varer og tjenester, mens virksomhetens sentrale formål, vervingen, formidles til deltakere i lukkede rom. En slik type markedsføring medfører at virksomheten utad kan fremstå som lovlig og dekke over virksomhetens egentlige karakter.

Pyramidespill er en hierarkisk forretningsmodell som hovedsakelig består i pengeforflytning ved verving av nye medlemmer på et lavere nivå. I de klassiske pyramidespillene er det ingen omsetning av varer eller tjenester. Selskapet tjener penger på verving og utnyttelse av egne medlemmer. En ulovlig pyramide oppstår når verving av nye medlemmer utgjør den største inntektskilden, og selskapets/deltakernes inntekt stammer direkte eller indirekte fra vederlaget for å delta. Det er sammenhengen mellom vervingen og gevinsten som utgjør den sentrale faktoren i et pyramidespill. Når verving av nye medlemmer avtar i antall og gevinsten kun baseres på dette, er systemet forutbestemt til å kollapse. Et fåtall mennesker – de første i kjeden – vil sitte igjen med all gevinst, og de siste deltakerne vil miste sine innskudd.

I og med at også virksomheter som i realiteten er en ulovlig pyramide, ofte omtaler seg som en



MLM-virksomhet, kan det være vanskelig å skille en lovlig virksomhet fra en ulovlig pyramide.

I.2 Klassiske pyramidespill

På 1920-tallet utviklet italieneren Charles Ponzi et konsept hvor investorer ble lokket med stort overskudd til liten eller ingen risiko. Konseptet bygget på et stadig tilfang av nye investorer, og hvor avkastning til de tidligere investorene i realiteten ble betalt med penger fra de nyere investorene. Et slikt konsept vil ikke være bære-

kraftig over tid da det forutsetter en stadig strøm av nye investorer, og systemet vil kollapse når denne strømmen tørker inn. Ponzi ble dømt til 5 års fengsel og ga opphav til konseptet «Ponzi-svindelen». Ponzi-svindelen er det første kjente eksemplet på pyramidespill.

Økokrim anslo i 1997 at den totale omsetningen for ulovlige pyramidespill som markedsføres i Norge utgjorde mellom 50 og 100 millioner kroner i de mest aktive periodene. Vi antar

I de klassiske pyramidespillene er det ingen omsetning av varer eller tjenester. Selskapet tjener penger på verving og utnyttelse av egne medlemmer.



at omsetningen har økt betydelig. Det siste tiåret har Lotteritilsynet sett en oppblomstring av konsepter som er svært tilpasningsdyktige overfor rammeverket. Disse selskapene ligger i grenseland mellom lovlige nettverksvirksomhet og ulovlige pyramider, og de opererer ofte i en juridisk gråsoner når det gjelder flere regelverk.

Problemet er ikke nødvendigvis pyramidestrukturen i seg selv, men at verdiskapningen i slike selskaper hovedsakelig skjer som følge av verving av nye deltakere til konseptet, og ikke som følge av salg av varer og tjenester. Lotteritilsynet mottar svært mange tips og spørsmål om ulike pyramidespill hvert år. Mange av disse er knyttet til selskaper som blir markedsført som MLM-selskaper med store lovnader, uten at den reelle verdiskapningen – eller mangelen på sådan – fremkommer tydelig.

Spørsmålet om hvor grensen mellom lovlige MLM-virksomhet og ulovlige pyramider skal trekkes, har vært tema i en rekke nyere saker både i EU-domstolen og nasjonale domstoler, samt vedtak fra Lotteritilsynet. Disse har bakgrunn i Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF

av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked (direktiv om urimelig handelspraksis), hvor direktivets punkt 14 inneholder forbud mot salgsfremmende pyramideordninger. Direktivet regulerer virksomheter som både har salg av varer og/eller tjenester og verving av nye distributører, altså MLM-virksomhet/nettverkssalg, men det skilles mellom (i) pyramideordninger, hvor salg i hovedsak er generert av andre selgere som er rekruttert, og (ii) MLM, hvor selgeren primært kompenseres for personlig salg, men også for salg generert av andre selgere som er rekruttert.

2. LOTTERILOVENS FORBUD MOT PYRAMIDE-LIGNENDE OMSETNINGSSYSTEMER

I Norge reguleres forbud mot pyramidespill av lotteriloven § 16. Hovedbegrunnelsen for å forby pyramidespill er at det i etterkant av pyramidespill og en del pyramidelignende omsetningssystemer lett kan oppstå økonomiske og sosiale problemer for deltakerne.

I forbindelse med gjennomføringen av direktiv om urimelig handelspraksis ble det i lotteriloven presisert at forbudet også gjelder enkelte pyra-

midelignende omsetningssystemer. Et kjennetegn ved ulovlige pyramidelignende omsetningssystemer er at det er stor tilpasningsdyktighet til myndighetenes reguleringer, og virksomhet og markedsføring «skreddersys» for å gå klar av forbudets rekkevidde. Det var dermed viktig å utforme en åpen og fleksibel lovbestemmelse, med vurderingsbestemte og ikke deskriptive kriterier. Hensikten med et straffebed var å ramme både de rene og de kamouflerte pyramidespillene, men ikke alminnelig MLM-virksomhet.

For at en virksomhet skal omfattes av lotterilovens forbud mot pyramidelignende omsetningssystemer, stiller lotteriloven opp fire vilkår, som alle må være oppfylt:

- 1) Det må dreie seg om en pyramidelignende struktur, dvs. et arrangement som er bygget opp i forskjellige nivåer;
- 2) hvor det ytes vederlag for deltakelse,
- 3) hvor deltakerne stilles i utsikt en mulighet for inntekt, og
- 4) hvor en slik inntekt særlig skyldes at andre verves til systemet snarere enn ved salg eller forbruk av produkter:

Det er det reelle innholdet i virksomheten som er avgjørende for vurderingen av om vilkårene i lotterilovens forbudsbestemmelse er oppfylt, og ikke hvordan virksomheten formelt sett fremstår.

3. GRENSEN MELLOM LOVLIG MLM-VIRKSOMHET OG ULOVLIGE PYRAMIDER

For det første må virksomheten ha en «pyramidelignende» struktur. En fellesnevner for ulovlige pyramidespill og lovlige MLM-virksomhet er, som nevnt, pyramidestrukturen. Det er ikke pyramidestrukturen i seg selv som er problematisk ved slike ulovlige systemer. Likevel er den en grunnleggende forutsetning for at det skal være tale om et ulovlig pyramidelignende omsetningssystem. Det første momentet i slike vurderinger er hvordan forretningen er bygget opp. En pyramidelignende struktur kjennetegnes ved at det er tale om et arrangement som er bygget opp i flere nivåer. Det har ingen betydning hvordan virksomheten rettslig er organisert. Derimot er det avgjørende hvordan virksomheten faktisk fungerer. Blant annet la Borgarting lagmannsrett i en rettskraftig dom fra 2018 (LB-2016-19049 I WorldVentures) til grunn at ulike roller i denne saken skulle vurderes samlet – til tross for at det var et avtalerettslig skille mellom disse, og at

Hovedbegrunnelsen for å forby pyramidespill er at deltakerne lett kan oppleve økonomiske og sosiale problemer i etterkant.

det heller ikke var noen rettslig forpliktelse for selgerne til å være medlemmer eller motsatt.

For det andre må det være «*ytet vederlag*» for deltakelse. Dette kan i en del tilfeller være vanskelig å avgjøre, og hva som ligger i dette, har vært et sentralt spørsmål i flere avgjørelser fra EU-domstolen og nasjonale domstoler, i tillegg til vedtak fra Lotteritilsynet. Avgjørelsene fastslår at det ikke er avgjørende om deltakerne er avtalerettslig forpliktet til å betale vederlag eller til å kjøpe produkter. Det avgjørende er om deltakerne faktisk yter vederlag for å få muligheten til å motta inntekter fra omsetningssystemet. Betalingen tar ulike former, og størrelsen på vederlaget har ingen betydning. Årsaken til at virksomheten krever vederlag er også uten betydning for vurderingen, og deltakerbetalingen kan være direkte eller indirekte.

For det tredje må deltakeren få «*mulighet til å oppnå inntekten*» som følge av deltakelse i systemet. Rettskildene viser at dette ikke skal tolkes veldig strengt. Det avgjørende for vurderingen er om deltakeren stilles i en teoretisk mulighet for inntekt. Inntekt i denne sammenheng innebærer en utbetaling fra systemet som kan inneholde enhver type fordel eller verdi i form av penger, varer, tjenester eller andre ytelser. Systemet kan også legge opp til at man mottar inntekter fra andres verving. Forarbeidene fremhever at den enkeltes motiver for å delta, ikke er relevant for vurderingen av om en virksomhet er lovlig eller ikke. Dette kan imidlertid ha betydning for en vurdering av straffeskyld.

Fordi forbudet er rettet mot pyramidelignende omsetningssystemer hvor aktiviteten særlig består i å verve nye deltakere for å oppnå deltakerbetaling fra disse, må minst 50 % av inntektene fra systemet stamme fra verving av nye medlemmer. I slike tilfeller vil inntekten komme fra verving snarere enn omsetning av

produkter, og virksomheten ligger derfor nær opp til de klassiske pyramidespillene. Rettspraksis viser at denne vurderingen kan være kompleks og sammensatt. Det kan være vanskelig å kvantifisere fordelene som nye medlemmer/deltakere får, og det kan også være forskjellige måter å beregne kompensasjonen som eksisterende deltakere mottar på.

Det må uansett foretas en konkret helhetsvurdering av virksomheten, hvor formålet er å skille hvor pengestrømmene skriver seg fra, og om de særlig stammer fra verving eller omsetning av produkter. Videre uttales det at det må omsettes reelle varer eller tjenester i virksomheten. Det må skilles mellom reell økonomisk aktivitet og deltakernes pengeinnskudd, men det er ikke et krav for vurderingen at det skal foretas en nøyaktig beregning av pengestrømmen i virksomheten. Det er tilstrekkelig at det er en indirekte sammenheng mellom vederlaget betalt av nye deltakere og kompensasjonen, betalt til eksisterende deltakere.

Dersom produktene/tjenestene eller andre ytelser er overpriset i forhold til reell markedsverdi, kan denne overprisen regnes som et vederlag for å delta i virksomheten. I vurderingen av om det er betalt overpris, vil medlemmenes faktiske bruk av medlemsfordelene være et sentralt moment.

En problemstilling i denne sammenheng knytter seg til spørsmål om jurisdiksjon, og hva som skal legges til grunn i vurderingen av 50 %-regelen. Det følger av lotteriloven § 2 at Lotteritilsynet fører tilsyn med virksomhet i Norge. Utgangspunktet for dette er straffeloven § 4, der det fremgår at «straffelovgivningen gjelder for handlinger foretatt i Norge». Samtidig er virksomhetene som vurderes, ofte internasjonale og har virksomhet utenfor Norges landegrensler. Det kan være at en isolert vurdering av den norske

ID 63427796 © Ken Wölter | Dreamstime.com



virksomheten, gir unyanserte eller tilfeldige resultater, men loven er klar her: Det er tallene fra Norge som i utgangspunktet er relevante ved vurderingen. Andre omstendigheter er kun relevante dersom de er egnet til å belyse forhold ved virksomheten i Norge.

4. STRAFF OG HÅNDHEVING

Lotteriloven § 17 regulerer hvilke strafferettslige rettsvirkninger et brudd på § 16 kan medføre.

Lotterilovens alminnelige straffebestemmelse i § 17 første ledd slår fast at

«Den som forsettlig eller uaktsomt overtrer bestemmelser i loven her eller bestemmelser eller vilkår i medhold av denne loven, straffes med bøter eller fengsel inntil ett år.»

Det følger imidlertid av § 17 annet ledd at overtredelse av § 16 første og annet ledd alltid anses som grov overtredelse av loven. Grov overtredelse straffes med bøter eller fengsel

Hensikten med forbudet mot pyramidelignende omsetningssystemer er ikke å ramme pyramidelignende omsetningssystemer som primært omsetter produkter.

inntil tre år. Den øvre delen av strafferammen for grove overtredelser er forbeholdt for de mer profesjonelle aktørene.

Lotteritilsynet har ansvar for tilsyn av for eksempel ulovlig markedsføring, ulovlige pengespill og pyramider. Lotterinemnda er et klageorgan som skal behandle klager over Lotteritilsynets vedtak i første instans. Lotteritilsynet har etter lotteriloven hjemmel til å ilegge ulike administrative reaksjoner, som pålegg, administrative forelegg, tvangsmulkt og tvangsinn drivelse.

Administrative reaksjoner kan være et godt og effektivt virkemiddel ved overtredelse av mange av lotterilovens bestemmelser. Et slikt reaksjonspor gir den ansvarlige mulighet til selv å rette opp forholdet. Men når reaksjonshjemlene kun er av administrativ karakter, vil de som driver ulovlig pyramidevirksomhet, sitte igjen med all gevinsten.

Spørsmålet blir dermed om pålegg og stans av virksomheter som driver ulovlig pyramidespill, er tilstrekkelige reaksjonshjemler for å rette opp i det ulovlige forholdet. Lotteritilsynet har ikke hjemmel til å fastsette økonomiske sanksjoner eller straff, og overtredere har dermed mulighet til å oppnå stor økonomisk gevinst ved å drive slike ulovlige pyramider. Lotteritilsynet forventes å være effektive og handlekraftige i sin håndtering av lotteriloven. Dersom Lotteritilsynet skal kunne bekjempe denne formen for ulovlig forretningsvirksomhet, er det avgjørende at de har sanksjonshjemler som har avskrekkende effekt. Det skal ikke lønne seg å bryte loven.

Alternativet er å overlate saken til politiet og påtalemyndighetene. Imidlertid ser man i praksis at de fleste saker stanser etter tilsyn eller vedtak av Lotteritilsynet, og eventuelt etter klagebehandling hos Lotterinemnda.

Men når reaksjonshjemlene kun er av administrativ karakter, vil de som driver ulovlig pyramidevirksomhet sitte igjen med all gevinsten.

Våre advokater bistår deg
når du trenger det, *der* du trenger det



Lillehammer - Gjøvik - Otta - Moelv

ALVER

ADVOKATFIRMA

ADVOKATFIRMAET ALVER AS | WWW.ALVER.AS | 612 68 700 | POST@ALVER.AS



Finn ditt lokale Eurojuris-kontor

Advokatfirmaet Eurojuris Harstad

Telefon: 77 00 21 00
E-post: harstad@eurojuris.no

Advokatfirma Eurojuris Narvik

Telefon: 75 80 34 00
E-post: narvik@eurojuris.no

Angell Advokatfirma Bodø

Telefon: 75 54 45 00
E-post: post@angelladvokatfirma.no

ADNOR Advokat Trondheim

Telefon: 73 99 09 00
E-post: advokat@adnor.no

Larhammer Aarseth Advokatfirma Molde

Telefon: 71 19 16 00
E-post: molde@eurojuris.no

Advokatfirmaet Tollesfen Sogndal

Telefon: 57 62 88 50
E-post: post@advokat-tollesfen.no

Stiegler WKS Advokatfirma Bergen

Telefon: 55 21 54 00
E-post: bergen@stieglerwks.no

Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund

Telefon: 52 70 10 30
E-post: haugesund@eurojuris.no

Projure Advokatfirma Stavanger

Telefon: 51 85 84 00
E-post: stavanger@projure.no

Advokatfirma Tofte Kristiansand

Telefon: 38 17 70 00
E-post: post@advtofte.no

Advokatfirma Hald & Co Arendal/Grimstad

Telefon: 37 00 49 70
E-post: post@haldco.no

Advokatfirmaet Alver Lillehammer/Gjøvik

Telefon: 61 26 87 00
E-post: firmapost@alver.as

Advokatfirmaet Halvorsen & Co Lillestrøm

Telefon: 64 84 00 20
E-post: post@halvorsenco.no

Advokatfirmaet NOVA Oslo

Telefon: 23 10 30 00
E-post: post@novalaw.no

Svensson Nøkleby Advokatfirma Drammen

Telefon: 32 25 55 00
E-post: drammen@eurojuris.no

Advokatfirmaet Frøstrup Løitegaard Porsgrunn

Telefon: 35 93 19 00
E-post: firmapost@ov.as

Advokatfirmaet Ytterbøl & Co Sarpsborg

Telefon: 69 16 18 00
E-post: sarpsborg@ytterbol.com

Fredrikstad

Telefon: 69 36 60 00
E-post: fredrikstad@ytterbol.com