Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
TAMARE ĆAPETA,
predstavljeni 9. junija 2022 [1]

Zadeva C-64/21

Rigall Arteria Management Sp. z o.o. sp. k.
proti
Bank Handlowy w Warszawie S.A.

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče, Poljska))

„Predhodno odločanje – Direktiva 86/653/EGS – Člen 7(1)(b) – Samozaposleni trgovski zastopniki – Plačilo – Pravica do provizije za posle, sklenjene med trajanjem pogodbe o trgovskem zastopanju s strankami, ki jih je trgovski zastopnik predhodno pridobil za podobne posle – Kogentno ali dispozitivno pravilo – Možnost odstopanja na podlagi pogodbe“

I. Uvod

1. Obravnavana zadeva izhaja iz predloga za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče, Poljska) v zvezi z razlago člena 7(1)(b) Direktive Sveta 86/653/EGS z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih. [2]

2. Člen 7(1)(b) Direktive 86/653 določa, da ima trgovski zastopnik pravico do provizije za posel, sklenjen v obdobju, ki ga zajema pogodba o trgovskem zastopanju, če je bil tak posel sklenjen s tretjo osebo, ki jo je že prej pridobil kot stranko pri sklepanju podobnih poslov. Za to provizijo bom uporabljala izraz „provizija za ponavljajoče se posle“. [3]

3. Glavno vprašanje, ki se postavlja v tej zadevi, je, ali je treba člen 7(1)(b) Direktive 86/653 šteti za kogentno ali dispozitivno pravilo oziroma ali lahko stranki, ki skleneta pogodbo o trgovskem zastopanju, posledično izključita pravico trgovskega zastopnika do provizije za ponavljajoče se posle.

[1] Jezik izvirnika: angleščina.

[2] UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 177.

[3] Glej na primer Saintier, S., in Scholes, J., *Commercial Agents and the Law*, Routledge, London, 2005, str. od 116 do 118; Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, peta izdaja, Bloomsbury Professional, London, 2020, str. 99.

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

4. Člen 7(1) Direktive 86/653 določa:

„Za sklenitev posla v obdobju, ki ga zajema pogodba o trgovskem zastopanju, ima trgovski zastopnik pravico do provizije:

(a) če je bil posel sklenjen zaradi njegovega posredovanja; ali

(b) če je bil posel sklenjen s tretjo osebo, ki jo je že prej pridobil kot stranko pri sklepanju podobnih poslov.“

B. Poljsko pravo

5. Člen 761(1) civilnega zakonika,[4] s katerim je v poljsko pravo prenesen člen 7(1) Direktive 86/653, določa:

„Zastopnik lahko zahteva provizijo za pogodbe, sklenjene med trajanjem pogodbe o trgovskem zastopanju, če so bile sklenjene zaradi njegove dejavnosti ali če so bile sklenjene s strankami, ki jih je zastopnik že prej pridobil za podobne pogodbe.“

III. Dejansko stanje v postopku v glavni stvari, vprašanje za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

6. Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je družba Rigall Arteria Management Sp. z o.o. sp.k. (v nadaljevanju: Rigall Arteria Management) z družbo Bank Handlowy w Warszawie S.A. (v nadaljevanju: Bank Handlowy) sklenila niz pogodb o trgovskem zastopanju, ki so zajemale obdobje od 1. junija 1999 do 30. junija 2015. Družbi Rigall Arteria Management in Bank Handlowy sta na podlagi teh pogodb nastopali v vlogi trgovskega zastopnika oziroma naročitelja.

7. Pogodba o trgovskem zastopanju se je nanašala na opravljanje storitev finančnega posredništva, ki so zajemale posredovanje pri izvajanju pomožnih in promocijskih dejavnosti v zvezi z obdelavo kreditnih kartic in akvizicijo strank zanje ter drugimi finančnimi storitvami, ki jih ponuja družba Bank Handlowy.

8. V pogodbi o trgovskem zastopanju je bil opisan način plačila trgovskih zastopnikov, pri čemer je bilo pojasnjeno, da se plačilo izračuna glede na število sklenjenih pogodb. V večini primerov se je za vsako izdano kreditno kartico ali vsako vlogo za odobritev posojila, ki ji je bilo ugodeno, izplačal določen znesek. V pogodbi ni bila določena nobena vrsta provizije, ki ne bi bila provizija za pogodbe, sklenjene ob neposredni udeležbi trgovskega zastopnika.

[4] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (zakon z dne 23. aprila 1964 o civilnem zakoniku) (Dz. U. iz leta 2019, pozicija 1145, prečiščeno besedilo s spremembami) (v nadaljevanju: civilni zakonik).

9. Družba Bank Handlowy je 17. decembra 2014 odpovedala pogodbo o trgovskem zastopanju. Družba Rigall Arteria Management je zato od družbe Bank Handlowy zahtevala, naj ji predloži informacije o proviziji, ki bi jo moral trgovski zastopnik prejeti za obdobje od 1. junija 1999 do 31. januarja 2015.

10. Družba Bank Handlowy je to zahtevo zavrnila, pri čemer je med drugim trdila, da je na podlagi podatkov, ki jih je dotlej sporočila trgovskemu zastopniku, mogoče izračunati znesek celotnega plačila, ki bi ga ta moral prejeti na podlagi sklenjene pogodbe o trgovskem zastopanju, in da zato ni nobenega razloga za predložitev dodatnih podatkov. Družba Rigall Arteria Management je pri Sąd Okręgowy w Warszawie (regionalno sodišče v Varšavi, Poljska) vložila tožbo, s katero je zahtevala predložitev podatkov o pogodbah, ki jih je družba Bank Handlowy sklenila s strankami, ki jih je pred tem pridobila zaradi posredovanja trgovskega zastopnika.

11. Sąd Okręgowy w Warszawie (regionalno sodišče v Varšavi) je s sodbo z dne 20. junija 2016 to tožbo zavrnilo. To sodišče je med drugim ugotovilo, da iz besedila pogodbe, sklenjene med strankama, ne izhaja, da je trgovski zastopnik upravičen do provizije za ponavljajoče se posle.

12. Sąd Apelacyjny w Warszawie (višje sodišče v Varšavi, Poljska) je s sodbo z dne 28. februarja 2018 zavrnilo pritožbo družbe Rigall Arteria Management. Natančneje, menilo je, da je določba, ki ureja provizijo za ponavljajoče se posle iz člena 761(1) civilnega zakonika, s katerim se izvaja člen 7(1)(b) Direktive 86/653, dispozitivna, zaradi česar naj bi stranki pogodbe o trgovskem zastopanju imeli možnost, da to področje uredita drugače. Po mnenju navedenega sodišča je iz okoliščin obravnavane zadeve razvidno, da sta pogodbeni stranki pravico trgovskega zastopnika do take provizije implicitno izključili, kar naj bi izhajalo tako iz dejstva, da ta oblika provizije v vsebini pogodbe ni navedena, kot tudi iz ravnanja strank med izvajanjem pogodbe.

13. Družba Rigall Arteria Management je zoper to sodbo vložila kasacijsko pritožbo pri Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče), ki je predložitveno sodišče v obravnavani zadevi. Družba Rigall Arteria Management v utemeljitev te pritožbe navaja kršitev člena 761(1) civilnega zakonika, razlaganega ob upoštevanju člena 7(1)(b) Direktive 86/653, ker naj bi se ta določba štela za dispozitivno.

14. Predložitveno sodišče navaja, da še ni bilo pojasnjeno, ali je v skladu s poljskim pravom mogoče s pogodbo spremeniti ali izključiti pravico trgovskega zastopnika do provizije za ponavljajoče se posle. Glede na to, da je bila z upoštevnim poljskim zakonom prenesena Direktiva 86/653, predložitveno sodišče meni, da je razlaga tega zakona odvisna od tega, ali je mogoče člen 7(1)(b) te direktive razlagati kot kogentno ali dispozitivno pravilo.

15. V teh okoliščinah je Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je treba člen 7(1)(b) [Direktive 86/653] razlagati tako, da je z njim samozaposlenemu trgovskemu zastopniku priznana brezpogojna pravica do provizije za pogodbo, ki je bila med trajanjem pogodbe o trgovskem zastopanju sklenjena s tretjo osebo, ki jo je zastopnik že prej v zvezi s podobnim poslom pridobil kot stranko, ali pa je to pravico mogoče s pogodbo izključiti?“

16. Pisna stališča so Sodišču predložile družbi Rigall Arteria Management in Bank Handlowy, nemška, italijanska in poljska vlada ter Evropska komisija. Na obravnavi 23. marca 2022 so družbi Rigall Arteria Management in Bank Handlowy, nemška in poljska vlada ter Komisija ustno predstavile stališča.

IV. Analiza

17. Direktiva 86/653 je izjema med zakonodajnimi akti Unije, ker ureja pogodbe med podjetji. Uporablja se za pogodbe o trgovskem zastopanju,[5] sklenjene med trgovskim zastopnikom in naročiteljem, pri čemer oba delujeta kot neodvisna gospodarska subjekta.[6] Direktiva 86/653 se uporablja izključno za pogodbe, na podlagi katerih trgovski zastopnik svoje dejavnosti opravlja za plačilo.[7] Ta direktiva harmonizira le nekatere vidike poslovnega razmerja med trgovskimi zastopniki in naročitelji ter, natančneje, osnovne vzajemne pravice in obveznosti strank (poglavje II), plačilo trgovskih zastopnikov (poglavje III) ter sklenitev in prenehanje veljavnosti pogodbe o trgovskem zastopanju (poglavje IV). Člen 7(1)(b) Direktive 86/653 je del poglavja III (členi od 6 do 12) te direktive.

18. Upoštevati je treba, da je bila Direktiva 86/653 v osemdesetih letih prejšnjega stoletja sprejeta na podlagi določb, ki so urejale notranji trg in so zahtevale soglasje,[8] in sicer po dolgotrajnih in zapletenih pogajanjih, v okviru katerih so nekatere države članice menile, da taka direktiva sploh ni potrebna[9]. Ta direktiva je bila torej plod kompromisnih dogovorov med državami članicami, ki so imele zelo raznolike poglede na zakonsko urejanje pogodb na splošno, zlasti pa na urejanje pogodb o trgovskem zastopanju.

19. Tako ni presenetljivo, da je moralo Sodišče že večkrat podati razlago različnih določb Direktive 86/653.[10] Vendar je Sodišče tokrat prvič pozvano, naj pojasni naravo člena 7(1)(b) te direktive.

20. Predložitveno sodišče v bistvu sprašuje, ali lahko stranki pogodbe o trgovskem zastopanju spremenita ali izključita pravico trgovskega zastopnika do provizije za ponavljajoče se posle, kot je določena v členu 7(1)(b) Direktive 86/653.

21. Da bi odgovorila na to vprašanje, bom najprej obravnavala pristojnost Sodišča za sprejetje predhodne odločbe v okoliščinah obravnavane zadeve (A). V nadaljevanju bom opravila vsebinsko presojo (B), v okviru katere bom najprej podala nekaj uvodnih ugotovitev glede razlike med kogentnimi in dispozitivnimi pravili, ki bolj na splošno urejajo pogodbe (B.1), nato pa se bom posvetila razlagi člena 7(1)(b) Direktive 86/653 (B.2).

5 Samozaposleni trgovski zastopnik in naročitelj s sklenitvijo pogodbe o trgovskem zastopanju vzpostavita trajno pogodbeno razmerje. Naloga trgovskega zastopnika je, da za naročitelja išče stranke, se zavzema za posredovanje poslov in za morebitno sklepanje poslov med naročiteljem in zadevnimi strankami. Glej Direktivo 86/653, zlasti člena 1(2) in 3. Tak opis nalog trgovskega zastopnika temelji na dejanskih poslovnih razmerjih, kakršna obstajajo v okviru dejanskih gospodarskih dejavnosti. Glej v zvezi s tem sodbo z dne 12. decembra 1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, točka 26).

6 Za analizo Direktive 86/653 glej Saintier, S., „Commercial agency in European Union private law“, v Twigg-Flesner, C. (ur.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, str. od 273 do 285; glej tudi sklicevanja v opombah 3 in 71 teh sklepnih predlogov. Za širšo razpravo glej na primer Jansen, N., in Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, str. od 587 do 594.

7 V skladu s členom 2(1), prva alinea, Direktive 86/653 se ta direktiva ne uporablja za trgovske zastopnike, ki za svojo dejavnost ne prejemajo plačila.

8 Direktiva 86/653 je bila sprejeta, preden je bil zdajšnji člen 114 PDEU z Enotnim evropskim aktom, ki je začel veljati 1. julija 1987, uveden v okvir Pogodbe. Sprejeta je bila na podlagi členov 57(2) in 100 EGS (zdaj člena 53(1) in 115 PDEU).

9 Glej na primer dokument Sveta št. 7251/1/83 REV 1 z dne 14. junija 1983; dokument Sveta št. 9274/84 z dne 19. septembra 1984; dokument Sveta št. 7242/85 z dne 6. junija 1985. Glej v zvezi s tem tudi Lando, O., „The EEC Draft Directive Relating to Self-Employed Commercial Agents: The English Law Commission *versus* the EC Commission“, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, zvezek 44, 1980, str. 1.

10 Sodišče je na podlagi predlogov za sprejetje predhodne odločbe, ki so jih nacionalna sodišča predložila v zvezi z Direktivo 86/653, izreklo že približno dvajset sodb. Kljub nejasnosti besedila te direktive pa je Komisija ugotovila, da je bilo izvajanje Direktive 86/653 uspešno, saj se je število čezmejnih poslov trgovskega zastopanja povečalo. Glej v zvezi s tem delovni dokument služb Komisije, Ocena Direktive 86/653 (ocena REFIT), SWD(2015) 146 final, 16. julij 2015 (v nadaljevanju: poročilo REFIT).

22. Na podlagi te analize bom nazadnje ugotovila, da je Sodišče pristojno za sprejetje predhodne odločbe v obravnavani zadevi in da je treba člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlagati kot dispozitivno pravilo, zaradi česar imata stranki pogodbe o trgovskem zastopanju možnost, da uporabo tega pravila spremenita ali izključita.

A. Pristojnost Sodišča

23. Direktiva 86/653 se v skladu s svojim členom 1(2) uporablja za trgovske zastopnike, katerih dejavnosti vključujejo zlasti posredovanje pri „prodaji ali nakupu izdelkov“ ali sklepanje takih poslov. Vendar se zdi, kot je razvidno iz točke 7 teh sklepnih predlogov, da se postopek v glavni stvari ne nanaša na prodajo blaga, ampak na prodajo (finančnih) storitev. Zato se morda postavlja vprašanje, ali je Sodišče pristojno za sprejetje predhodne odločbe v obravnavani zadevi, [11] glede na to, da se Direktiva 86/653 ne uporablja v okoliščinah, ki so podlaga za nastanek spora o glavni stvari [12].

24. Ne glede na navedeno pa se zdi, kot so navedle družba Rigall Arteria Management, nemška vlada in Komisija, da je mogoče pristojnost Sodišča za podajanje odgovora na vprašanje za predhodno odločanje, predloženo v obravnavani zadevi, ugotoviti na podlagi sodne prakse, ki izvira iz sodbe Dzodzi. [13]

25. Sodišče je na podlagi te sodne prakse že razsodilo, da je pristojno za razlago Direktive 86/653, če se v okviru nacionalne zakonodaje, s katero se ta direktiva prenese v nacionalno pravo, sprejme ena sama rešitev, ki velja za vse vrste pogodb o trgovskem zastopanju, tudi če gre v konkretnem primeru za položaj, ki se ne nanaša na blago, ampak na storitve. V takem primeru velja, da je ugotovitev pristojnosti zagotovo v interesu Unije, in sicer zaradi izogibanja prihodnjim razhajajočim se razlagam. [14]

[11] Poudariti je treba, da je bilo več spornih pogodb o trgovskem zastopanju sicer sklenjenih, preden je Poljska 1. maja 2004 pristopila k Uniji (glej točko 6 teh sklepnih predlogov), vendar v postopku pred Sodiščem ni bil izpostavljen noben pomislek v zvezi s tem, ali se Direktiva 86/653 v obravnavani zadevi uporablja *ratione temporis*. V vsakem primeru menim, da ta vidik glede na sodno prakso Sodišča ni problematičen, saj imajo zadevne pogodbe o trgovskem zastopanju pravni učinek tudi po navedenem datumu. Glej v zvezi s tem sodbo z dne 3. julija 2019, UniCredit Leasing (C-242/18, EU:C:2019:558, točka 32). Sodišče namreč v sodni praksi, ki se nanaša na Direktivo 86/653, tega vprašanja ni obravnavalo v zvezi z dejanskim stanjem, ki je zajemalo obdobje pred pristopom k Uniji in po njem. Glej sodbo z dne 17. oktobra 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, točka 20); glej v zvezi s tem tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca F. G. Jacobsa v zadevi Centrosteel (C-456/98, EU:C:2000:137, točke od 21 do 25).

[12] Glej v zvezi s tem sklep z dne 6. marca 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, neobjavljen, EU:C:2003:133, točke od 13 do 20) (v zvezi z življenjskim zavarovanjem, rentami in varčevanjem); sodbi z dne 3. decembra 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, točka 16) (v zvezi z bančnimi storitvami in zavarovanjem), in z dne 17. maja 2017, ERGO Poisťovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, točka 28) (v zvezi z zavarovalnimi storitvami).

[13] Na podlagi prve zadeve, iz katere izhaja ta ustaljena sodna praksa: glej sodbo z dne 18. oktobra 1990, Dzodzi (C-297/88 in C-197/89, EU:C:1990:360, točke od 36 do 43).

[14] Glej v zvezi s tem sodbe z dne 16. marca 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, EU:C:2006:176, točke od 11 do 19); z dne 28. oktobra 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, točke od 23 do 28); z dne 17. oktobra 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, točki 30 in 31); z dne 3. decembra 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, točke od 17 do 19), in z dne 17. maja 2017, ERGO Poisťovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, točke od 29 do 32). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Tancheva v zadevi The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2020:1061, točka 45 in opomba 39).

26. Poleg tega, kot je Sodišče poudarilo v novejši sodni praksi, izoblikovani zunaj okvira Direktive 86/653, je razlaga, ki jo Sodišče poda v zvezi z določbami prava Unije v položajih, za katere se ne uporablja to pravo, upravičena, kadar se te določbe neposredno in brezpogojno uporabljajo za take položaje na podlagi nacionalnega prava, da bi se zagotovilo enako obravnavanje teh položajev in enakovrednih položajev, za katere se uporablja pravo Unije.[15]

27. V obravnavani zadevi je iz navedb, ki jih je predložitveno sodišče podalo v odgovor na zaprosilo Sodišča za pridobitev informacij, razvidno, da je poljski zakonodajalec pri prenosu Direktive 86/653 v nacionalno pravo (civilni zakonik) v zvezi z uporabo določb, ki izhajajo iz prava Unije, izrazil namero po enakem obravnavanju pogodb o trgovskem zastopanju ne glede na to, ali se te nanašajo na blago ali storitve.

28. V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da se člen 7(1)(b) Direktive 86/653 na podlagi poljskega prava neposredno in brezpogojno uporablja za položaj v postopku v glavni stvari in da z vidika pravnega reda Unije obstaja interes, da Sodišče odloči o predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo predložitveno sodišče.

29. Menim torej, da je Sodišče pristojno za sprejetje predhodne odločbe v obravnavani zadevi.

B. Vsebinska presoja

1. Uvodne ugotovitve o razlikovanju med kogentnimi in dispozitivnimi pravili

30. V pogodbenem pravu držav članic obstajajo razlike med kogentnimi in dispozitivnimi pravili, ki se nanašajo na materialnopravne pravice in obveznosti pogodbenih strank.[16] Na kratko, kogentna pravila ne dopuščajo nikakršnega odstopanja, zato jih pogodbeni stranki ne smeta izključiti iz pogodbe, medtem ko dispozitivna pravila niso nujno del pogodbe, če se pogodbeni stranki dogovorita, da bosta svoje razmerje uredili drugače.

31. Poleg tega v številnih pravnih sistemih obstajajo različne vrste kogentnih in dispozitivnih pravil.[17]

32. Kogentna pravila so lahko v celoti prisilna, kar pomeni, da pogodbeni stranki od njih ne smeta odstopati. Lahko pa so le delno prisilna, pri čemer je mogoče taka pravila s pogodbo izključiti, vendar le pod določenimi pogoji. Delno prisilna pravila lahko na primer dopuščajo nekatera odstopanja, ki so v interesu šibkejše stranke ali s katerimi se ohranja bistvo zadevnega pravila ali določenega minimalnega praga, ki ga določi zakonodajalec.

[15] Glej na primer sodbi z dne 12. decembra 2019, G.S. in V.G. (Grožnja javnemu redu) (C-381/18 in C-382/18, EU:C:2019:1072, točka 43), in z dne 30. januarja 2020, I.G.I. (C-394/18, EU:C:2020:56, točka 48). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Pikamäeja v zadevi Deutsche Post in drugi (C-203/18 in C-374/18, EU:C:2019:502, točke od 43 do 62); sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Bobka v zadevi J & S Service (C-620/19, EU:C:2020:649, točke od 27 do 96), in moje sklepne predloge v zadevi BALTIJAS STARPTAUTISKĀ AKADĒMIJA in STOCKHOLM SCHOOL OF ECONOMICS IN RIGA (C-164/21 in C-318/21, EU:C:2022:333, točke od 57 do 64).

[16] Glej na primer Hesselink, M.W., „Non-Mandatory Rules in European Contract Law“, *European Review of Contract Law*, zvezek 1, 2005, str. 44; Grigoleit, H.C., „Mandatory Law (Fundamental Regulatory Principles)“, v Basedow, J. in drugi, *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[17] Glej v zvezi s tem v opombi 16 teh sklepnih predlogov navedeno delo Hesselink, str. od 56 do 61.

33. Prav tako obstaja tudi več vrst dispozitivnih pravil. Ta izraz se najpogosteje uporablja za tako imenovana dopolnilna ali klasična privzeta pravila. Taka dispozitivna pravila se uporabljajo za zapolnitev vrzeli, ki jih stranki v pogodbi bodisi namenoma bodisi nehote nista obravnavali, kar pomeni, da nekaterih vidikov pogodbenega razmerja nista uredili. Obstajajo pa tudi druge vrste dispozitivnih pravil. Te med drugim vključujejo vzorčna pravila, s katerimi si pomagamo pri sestavljanju pogodbe, saj nakazujejo na rešitve, ki jih lahko pogodbeni stranki uporabita za ureditev določenih vprašanj. Zdi se, da se taka vzorčna pravila delijo na vsaj dve skupini: v prvi so taka, ki strankama zagotovijo seznam različnih možnih izbir, ne da bi kakor koli izključevala druge možne izbire (za kar bom uporabila izraz „odprto dispozitivno vzorčno pravilo“), v drugi pa taka, ki možnosti izbire, ki jih imata stranki, omejijo zgolj na to, kar je v teh pravilih izrecno določeno.

34. Nazadnje, opozoriti je treba, da se v nacionalnem pogodbenem pravu uporabljajo različne tehnike, s katerimi se nakaže, ali gre pri določenih pravilih za kogentna ali dispozitivna pravila in za katero vrsto teh pravil gre. Pogosto pa pogodbeno pravo ne določa pravne narave konkretnega pravila, kar pomeni, da je pojasnjevanje takih vprašanj prepuščeno sodiščem.

35. Opisano velja tudi za Direktivo 86/653. Ta namreč vsebuje različne vrste kogentnih in dispozitivnih pravil, za opis pravne narave teh pravil pa je bilo uporabljenih več tehnik. [18]

36. V zvezi s kogentnimi pravili, v nekaterih določbah Direktive 86/653 je izrecno navedeno, da pogodbeni stranki od teh določb ne smeta odstopati. [19] Druge določbe pa so le delno prisilne. Te bodisi določajo minimalna pravila, od katerih stranki ne smeta odstopati, [20] ali pa tako odstopanje dopuščajo, vendar le, če to ni na škodo trgovskega zastopnika [21]. Nekatera odstopanja so dovoljena šele po prenehanju veljavnosti pogodbe, zaradi česar se o njih ni mogoče vnaprej dogovoriti. [22]

37. V zvezi z dispozitivnimi pravili pa je v nekaterih določbah Direktive 86/653 jasno navedeno, da so pravila, določena v zadevni določbi, privzeta pravila, ki jih je treba uporabiti, če se stranki o posameznem vidiku pogodbe nista dogovorili. [23]

38. Nazadnje, nekatere določbe Direktive 86/653 ne vsebujejo ničesar, kar bi nakazovalo, ali gre za kogentne ali dispozitivne določbe. [24] To velja tudi za člen 7(1)(b) te direktive, katerega razlaga je predmet obravnavane zadeve. Iz Direktive 86/653 pravzaprav ni razvidno, kakšna je narava celotnega člena 7 te direktive.

[18] Glej v zvezi s tem sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja v zadevi Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:230, točke od 81 do 91) in sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Szpunarja v zadevi Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2016:809, točki 36 in 37).

[19] Glej Direktivo 86/653, člen 5 („Pogodbene stranke ne smejo odstopati od določb členov 3 in 4.“); člen 13(1) („Te pravice ni mogoče izključiti.“)

[20] Glej Direktivo 86/653, člen 15(2) („Pogodbene stranke se ne morejo dogovoriti o krajših odpovednih rokih.“).

[21] Glej Direktivo 86/653, člen 10(4) („Dogovori o odstopanju od določb iz odstavkov 2 in 3 na škodo trgovskega zastopnika niso dovoljeni.“); člen 11(3) („Dogovori o odstopanju od določb odstavka 1 na škodo trgovskega zastopnika niso dovoljeni.“); člen 12(3) („Dogovori o odstopanju od določb iz odstavkov 1 in 2 na škodo trgovskega zastopnika niso dovoljeni.“).

[22] Glej Direktivo 86/653, člen 19 („Pogodbene stranke pred potekom pogodbe ne morejo odstopati od določb členov 17 in 18 na škodo trgovskega zastopnika.“).

[23] Glej Direktivo 86/653, člen 6(1) („Če med pogodbenimi strankami ni dogovora glede plačila […]“); člen 15(5) („Če se pogodbene stranke niso dogovorile drugače […]“).

[24] To poleg člena 7 Direktive 86/653 velja na primer tudi za člene 8, 9 in 10(1) te direktive.

2. Razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653

a) Besedilo

39. Naj spomnim, da se v obravnavani zadevi postavlja vprašanje, ali lahko stranki pogodbe o trgovskem zastopanju s pogodbo izključita pravilo iz člena 7(1)(b) Direktive 86/653, na podlagi katerega je trgovski zastopnik upravičen do provizije za ponavljajoče se posle.

40. Čeprav ni nikjer izrecno navedeno, ali je člen 7(1)(b) Direktive 86/653 kogentno ali dispozitivno pravilo, menim, da gre v tej zadevi za enega redkih primerov, v katerem je mogoče odgovor, ki ga je treba podati na vprašanje predložitvenega sodišča, izpeljati iz besedila določbe, katere razlaga se zahteva.

41. Kot je razvidno iz točke 4 teh sklepnih predlogov, člen 7(1) Direktive 86/653 določa, da ima trgovski zastopnik v obdobju, ki ga zajema pogodba o trgovskem zastopanju, pravico do provizije:

„(a) če je bil posel sklenjen zaradi njegovega posredovanja; *ali*

(b) če je bil posel sklenjen s tretjo osebo, ki jo je že prej pridobil kot stranko pri sklepanju podobnih poslov.“ [25]

42. Iz uporabe veznika „ali“ v tej določbi je mogoče sklepati, da je trgovski zastopnik upravičen do ene od obeh vrst provizij, ki sta navedeni v členu 7(1)(a) in (b) Direktive 86/653. [26]

43. Po mojem mnenju so posamezni izrazi, če se obravnavajo zunaj okvira, v katerem so uporabljeni, povsem brez pomena. Iz besedila člena 7(1)(b) Direktive 86/653, ki ga torej ni mogoče razlagati ločeno od člena 7(1)(a) te direktive, izhaja, da ta določba vsebuje odprto dispozitivno vzorčno pravilo (glej točko 33 teh sklepnih predlogov).

44. Zato menim, da člen 7(1) Direktive 86/653 vsebuje seznam predlogov, ki strankama pri sklepanju pogodbe omogoča, da z njega izbereta ustrezno rešitev. Povsem mogoče je, da se je zakonodajalec Unije za navedeni rešitvi odločil, ker gre za najpogostejša načina, na katera je mogoče v okviru pogodb o trgovskem zastopanju urediti vprašanje provizije. [27] Pogodbeni stranki se z izbiro ene od navedenih možnosti izogneta plačilu transakcijskih stroškov, ki nastanejo zaradi pogodbenega dogovarjanja. [28] Vendar ta vzorčna pravila za stranki niso zavezujoča, saj se lahko ti svobodno odločita za drugačno možnost.

[25] Moj poudarek. Veznik „ali“ je uporabljen tudi v drugih jezikovnih različicah Direktive 86/653, kot so nemška, španska, francoska, hrvaška, italijanska, portugalska in slovenska različica.

[26] Opozoriti je treba, da se veznik „ali“ uporablja tudi v drugih določbah Direktive 86/653, pri čemer za nobeno od teh določb ni navedeno, ali gre za prisilno ali delno prisilno določbo. Glej člen 7(2) Direktive 86/653; glej tudi člena 8 in 10(1) te direktive, ki ju je mogoče razumeti kot odprto dispozitivno vzorčno pravilo. Nasprotno pa je v nekaterih določbah, ki so v Direktivi 86/653 izrecno navedene kot kogentne, uporabljen veznik „in“: glej Direktivo 86/653, člena 11(1) in 17(2)(a); glej tudi člen 17(3) te direktive, kjer je v angleški različici uporabljen veznik „and/or“ [v slovenski različici je ta del besedila izpuščen, op.p.].

[27] V zvezi s težavami, ki jih ima zakonodajalec pri iskanju najboljše rešitve za opredelitev vsebine dispozitivnih pravil, glej delo Hesselinka, navedeno v opombi 16 teh sklepnih predlogov, str. od 77 do 83. S tega vidika je za ustrezno določitev pravila mogoče med drugim uporabiti sociološko tehniko, ki upošteva obstoječo prakso v zvezi z nekaterimi vrstami pogodb. V odločitvi zakonodajalca pa se lahko odraža tudi njegovo razumevanje tega, katera vrsta pravila je ekonomsko najučinkovitejša ali katero pravilo najbolje odraža ustrezno ravnotežje med interesi strank v običajnih položajih.

[28] V zvezi s pomenom dispozitivnih pravil z vidika prihranka transakcijskih stroškov glej na primer delo Hesselinka, navedeno v opombi 16 teh sklepnih predlogov, str. 46; Storme, M.E., „Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law“, *European Review of Private Law*, zvezek 15, 2007, str. 233, na str. 237 in 238.

45. Ker člen 7(1) Direktive 86/653 pogodbenima strankama ponuja zgolj predloga rešitev, ta določba ni kogentno pravilo, prav tako pa je ni mogoče razlagati kot dispozitivno privzeto pravilo. To pa zato, ker ta določba ne vsebuje niti enega pravila, ki bi urejalo pravico trgovskega zastopnika do provizije in s katerim bi bilo mogoče zapolniti vrzeli, ki jih stranki v pogodbi morda nista uredili.[29] Namesto tega strankama ponuja možnost izbire. Ker sta točki (a) in (b) člena 7(1) Direktive 86/653 ločeni z veznikom „ali“, se stranki pogodbe o trgovskem zastopanju ali sodišče, ki odloča o sporu med njimi, ne moreta sklicevati na to določbo, ne da bi pred tem izbrali eno od ponujenih rešitev.

46. Res je, da je mogoče veznik „ali“ v nekaterih primerih razumeti kot „in“.[30] Vendar to v primeru člena 7(1) Direktive 86/653 ne bi bilo smiselno. Na podlagi besedila točke (b) tega člena je namreč mogoče sklepati, da se je to, kar je opisano v točki (a), že zgodilo: posel je bil sklenjen zaradi neposrednega posredovanja trgovskega zastopnika. Medtem ko obstaja možnost, da trgovski zastopnik prejme le provizijo na podlagi točke (a), pa si je težko (ne pa tudi nemogoče) predstavljati, da bi trgovski zastopnik za posredovanje pri strankah, ki jih je za naročitelja „že prej pridobil“, prejel zgolj provizijo iz točke (b), pri čemer ta ne bi predpostavljala obstoja provizije za posle, ki so bili s temi strankami sklenjeni zaradi neposrednega posredovanja trgovskega zastopnika iz točke (a). Če bi nameraval zakonodajalec Unije vzpostaviti pravico do provizije iz točke (b), ki zajema tudi provizijo iz točke (a), bi bilo precej nenavadno, da bi to namero izrazil s samostojnima stavkoma, ločenima z veznikom „ali“.

47. Razlaga, v skladu s katero bi bilo mogoče člen 7(1) Direktive 86/653 razumeti kot en sam stavek, ki trgovskemu zastopniku priznava pravico do provizije tako iz naslova neposrednih kot tudi ponavljajočih se poslov, bi torej zahtevala spremembo veznika „ali“ v veznik „in“ ter neupoštevanje dejstva, da odstavek (b) predpostavlja tudi obstoj odstavka (a). Vendar bi taka razlaga celo v tem primeru pomenila zgolj to, da bi se člen 7(1) Direktive 86/653 spremenil v eno samo pravilo, medtem ko bi vprašanje glede kogentnosti ali dispozitivnosti tega pravila ostalo nerešeno.

48. Kot bom pokazala v nadaljevanju, pa tako daljnosežne razlage zadevne določbe ne upravičujejo niti sistemski razlogi, povezani s pogodbeno svobodo, ali cilji Direktive 86/653 niti zgodovina nastanka tega akta in sobesedilo, v katero je umeščen člen 7(1)(b) te direktive.[31] To z drugimi besedami pomeni, da stališču, v skladu s katerim bi bilo treba člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlagati kot dispozitivno pravilo, pritrjujejo tudi ostali razlogi, ki jih bom obravnavala v nadaljevanju.

b) Sistemski razlogi v zvezi s pogodbeno svobodo

49. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je treba določbe prava Unije razlagati ob upoštevanju temeljnih pravic, ki so sestavni del splošnih pravnih načel, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče in ki so zdaj vključene v Listino Evropske unije o temeljnih pravicah (v

[29] To je tudi razlog, zaradi katerega člena 7(1)(b) Direktive 86/653 ni mogoče razlagati, kot trdita družba Rigall Arteria Management in poljska vlada, kot delno prisilno določbo, ki pogodbenima strankama sicer dopušča, da od nje odstopata, vendar le, če je tako odstopanje v korist trgovskega zastopnika. Kot sem že nakazala, je rešitev iz te določbe le ena od možnosti za ureditev vprašanja provizije trgovskega zastopnika.

[30] Glej, kot verjetno najbolj znan primer, sodbo z dne 12. julija 2005, Komisija/Francija (C-304/02, EU:C:2005:444, točka 83), v kateri je Sodišče menilo, da veznik „ali“ v prejšnjem členu 228(2) ES (zdajšnjem členu 260(2) PDEU) ne nasprotuje temu, da država članica za isto kršitev prava Unije naloži tako denarno kazen kot tudi pavšalni znesek.

[31] V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča je treba pri razlagi določbe prava Unije upoštevati ne le njeno besedilo, ampak tudi sobesedilo in cilje, ki jih uresničuje ureditev, katere del je. Glej na primer sodbo z dne 16. februarja 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, točka 27).

nadaljevanju: Listina).[32] Glede na navedeno zahtevo po sistematični razlagi bi želela najprej opozoriti, da je ugotovitev, da je člen 7(1)(b) Direktive 86/653 dispozitivno pravilo, skladno z načelom pogodbene svobode.

50. Pogodbena svoboda, na katero se sklicujeta družba Bank Handlowy in nemška vlada, je temeljno načelo nacionalnih pravnih redov in pravnega reda Unije. Priznana je v členu 16 Listine, in sicer v okviru svobode gospodarske pobude.[33]

51. Pogodba o trgovskem zastopanju je gospodarska pogodba (sklenjena med podjetji), saj sta tako trgovski zastopnik kot tudi naročitelj gospodarska subjekta.[34] To pomeni, da za poslovna razmerja v zvezi s trgovskim zastopanjem načeloma velja pogodbena svoboda, ki varuje pravico obeh strank do opravljanja dejavnosti. Ta svoboda, ki vključuje avtonomijo strank pri določanju pogodbenih pogojev, pa ni absolutna in jo je mogoče upravičeno omejiti, zlasti če so take omejitve predpisane z zakonom in sorazmerne, kot določa člen 52(1) Listine.[35]

52. V obravnavani zadevi pa Direktiva 86/653 ne vsebuje nobene določbe, v kateri bi bilo jasno navedeno, da je člen 7(1)(b) te direktive namenjen omejevanju pogodbene svobode.

53. Čeprav je Komisija na obravnavi zatrjevala, da cilj splošnega interesa, to je varstvo trgovskih zastopnikov kot šibkejše stranke pogodbe o trgovskem zastopanju, govori v prid omejitvi pogodbene svobode strank v zvezi s provizijo iz člena 7(1)(b) Direktive 86/653, pa to ne spremeni dejstva, da taka utemeljitev v upoštevnem pravu Unije ni predpisana, kot to določa člen 52(1) Listine.

54. V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da Direktiva 86/653 ne vsebuje nobene pravne podlage, v skladu s katero bi bilo mogoče člen 7(1)(b) te direktive razlagati kot prisilno ali delno prisilno določbo, glede na to, da v tem členu ni določena nobena ustrezno utemeljena omejitev pogodbene svobode strank v zvezi s svobodno izbiro vrste provizije, kot to določata člena 16 in 52(1) Listine.

c) Cilji

55. Razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653 kot dispozitivnega pravila ni v nasprotju s cilji, ki se uresničujejo s to direktivo.

56. Morda je sicer res, da je ocena, v skladu s katero so trgovski zastopniki šibkejše stranke pogodb o trgovskem zastopanju, vplivala na odločitev zakonodajalca Unije, da v Direktivo 86/653 vključi kogentne določbe. Vendar varstvo trgovskih zastopnikov ni ne edini ne glavni cilj te

[32] Glej na primer sodbi z dne 25. maja 2016, Meroni (C-559/14, EU:C:2016:349, točka 45), in z dne 21. decembra 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, točka 70).

[33] Glej na primer sodbo z dne 21. decembra 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, točka 79). Kot je navedeno v Pojasnilih k Listini, člen 16 Listine kodificira sodno prakso Sodišča, v kateri je že priznano, da je pogodbena svoboda del prava Unije. Glej v zvezi s tem sodbi z dne 18. julija 2007, Société thermale d'Eugénie-Les-Bains (C-277/05, EU:C:2007:440, točka 28), in z dne 5. oktobra 1999, Španija/Komisija (C-240/97, EU:C:1999:479, točka 99); glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Szpunarja v zadevi Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, točke od 75 do 84).

[34] Glej točko 17 teh sklepnih predlogov. V skladu z Oceno Direktive 86/653 iz leta 2015, ki jo je pripravila Komisija, je večina trgovskih zastopnikov malih in srednjih podjetij (v nadaljevanju: MSP) ali samostojnih podjetnikov, medtem ko je večina naročiteljev prav tako MSP. Glej poročilo REFIT, navedeno v opombi 10 teh sklepnih predlogov, točki 3.2.3 in 6.

[35] V skladu s členom 52(1) Listine je mogoče uresničevanje pravic, ki jih priznava Listina, omejiti, če so te omejitve predpisane z zakonom, če spoštujejo bistveno vsebino teh pravic in svoboščin ter če so, ob upoštevanju načela sorazmernosti, potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Evropska unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih. Glej na primer sodbo z dne 21. decembra 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, točka 83).

direktive.[36] Vsekakor namreč velja, da to, da so pomisleki glede šibkejšega položaja trgovskih zastopnikov v postopku odločanja vplivali na izbiro določenih rešitev, ne more privesti do ugotovitve, kot predlaga Komisija, da Direktiva 86/653 vsebuje le kogentna pravila, ki so namenjena zagotavljanju varstva trgovskih zastopnikov.

57. Iz druge in tretje uvodne izjave Direktive 86/653 je razvidno, da je glavni namen te direktive vzpostaviti notranji trg trgovskega zastopanja in odpraviti ovire za čezmejne dejavnosti trgovskih zastopnikov in naročiteljev.[37] Kot sem v zvezi s tem navedla že v prejšnjih sklepnih predlogih,[38] je eden od pokazateljev volje zakonodajalca Unije, ki ga je v pravu Unije mogoče objektivno ugotoviti, izbira pravne podlage za zadevni ukrep. Direktiva 86/653 je bila sprejeta na dvojni pravni podlagi, ki se uporablja na področju notranjega trga (glej točko 18 teh sklepnih predlogov). To kaže, da je bil glavni namen te direktive odprava ovir za čezmejne pogodbe o trgovskem zastopanju.[39]

58. Ta cilj se uresničuje z odpravo „razlik v nacionalnih zakonodajah“, ki so v besedilu druge uvodne izjave Direktive 86/653 navedene kot glavna ovira. Tehnika, ki jo je zakonodajalec Unije izbral, da bi trgovskim zastopnikom in naročiteljem iz različnih držav članic olajšal sklepanje čezmejnih pogodb o trgovskem zastopanju, je torej sestava nabora harmoniziranih pravil (ki so lahko prisilna, delno prisilna, privzeta ali vzorčna), ponujenih strankam pogodb o trgovskem zastopanju na ozemlju celotne Unije.[40]

59. Kadar se zakonodajalec Unije odloča o primerni vsebini harmoniziranih pravil, lahko upošteva in bi moral upoštevati, da je treba s temi pravili zagotoviti varstvo trgovskih zastopnikov kot šibkejših strank v pogodbah o trgovskem zastopanju.[41] Vendar to ne pomeni, da je lahko tako varstvo samostojen cilj Direktive 86/653, glede na sedanjo delitev pristojnosti med Unijo in njenimi državami članicami pa to niti ne more biti.[42]

[36] Glej na primer sodbe z dne 3. decembra 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, točka 23); z dne 16. februarja 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, točka 29), in z dne 16. septembra 2021, The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, točka 48).

[37] V drugi in tretji uvodni izjavi Direktive 86/653 je navedeno:
„ker razlike v nacionalnih zakonodajah glede trgovskega zastopanja občutno vplivajo na pogoje konkurence in na opravljanje poklica znotraj Skupnosti ter škodujejo stopnji varnosti trgovskih zastopnikov v njihovih odnosih z naročiteljem, pa tudi varnosti pri sklepanju trgovskih poslov; ker te razlike otežujejo sklepanje in izvajanje pogodb o trgovskem zastopanju med naročiteljem in trgovskim zastopnikom, ki imata sedež v različnih državah članicah;
ker mora blagovna menjava med državami članicami potekati pod pogoji, ki ustrezajo tistim v notranjem trgu in to zahteva približevanje pravnih sistemov držav članic v takšnem obsegu, ki zagotavlja dobro delovanje skupnega trga; ker celo enotne kolizijske norme na področju trgovskega zastopanja ne odpravljajo zgoraj navedenih pomanjkljivosti in zato ne dovoljujejo opustitve predlaganega usklajevanja“.

[38] Glej moje sklepne predloge v zadevi Komisija/Danska (ZOP „Feta“) (C-159/20, EU:C:2022:198, točka 64).

[39] Glej v zvezi s tem poročilo REFIT, navedeno v opombi 10 teh sklepnih predlogov, točka 3.1.

[40] Sodišče je potrdilo pomen cilja notranjega trga, ki se uresničuje z Direktivo 86/653. Glej na primer sodbo z dne 30. aprila 1998, Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, točka 17), v kateri je Sodišče v okviru ugotovitve o nezdružljivosti nacionalnih določb o vpisu pogodb o trgovskem zastopanju v register s to direktivo razsodilo, da „lahko [te določbe] močno ovirajo ustanavljanje in izvajanje pogodb o trgovskem zastopanju med strankami iz različnih držav članic“.

[41] Glej v zvezi s tem peto uvodno izjavo Direktive 86/653, ki „[v okviru usklajevanja] veljavn[ih] predpis[ov] držav članic v zvezi s trgovskim zastopanjem“ napotuje na „načela“ iz zdajšnjega člena 151 PDEU o socialni politiki.

[42] Sodišče je v sodni praksi, ki jo je izoblikovalo v zvezi z zdajšnjim členom 114 PDEU, potrdilo, da ima zakonodajalec Unije možnost ali celo dolžnost, da pri sprejemanju predpisov o približevanju nacionalnih zakonodaj, s katerimi želi zagotoviti vzpostavitev in delovanje notranjega trga, upošteva različne pomisleke (vključno s tistimi, ki se nanašajo na harmonizacijo področij, na katerih Unija nima izključne pristojnosti). Glej med drugim sodbo z dne 5. oktobra 2000, Nemčija/Parlament in Svet (Oglaševanje tobačnih izdelkov) (C-376/98, EU:C:2000:544), ali novejši sodbi z dne 4. maja 2016, Poljska/Parlament in Svet (C-358/14, EU:C:2016:323), in z dne 4. maja 2016, Philip Morris Brands in drugi (C-547/14, EU:C:2016:325).

60. Sodišče je ustrezno varstvo trgovskih zastopnikov priznalo kot legitimen interes.[43] Varstvo trgovskih zastopnikov je torej eden od ciljev, vključenih v sistem, vzpostavljen z Direktivo 86/653.

61. Obravnava šibkejšega položaja trgovskih zastopnikov je namenjena ponovni vzpostavitvi ekonomskega ravnotežja v pravnih razmerjih med trgovskimi zastopniki in naročitelji.[44] Zakonodajno ukrepanje je torej nujno v tistih položajih, v katerih zakonodajalec meni, da je delovanje trga močno pomanjkljivo.[45]

62. Poljska vlada in predložitveno sodišče trdita, da je na Poljskem prisotna takšna pomanjkljivost v delovanju trga trgovskega zastopanja. Navajata, da je za ta trg značilna določena asimetrija, v okviru katere lahko naročitelji trgovskim zastopnikom ponudijo sklenitev tipskih pogodb, ne da bi jim pri tem omogočili, da se pogajajo o pogodbenih pogojih.

63. Čeprav je to lahko res značilno za poljski trg trgovskega zastopanja ali vsaj za trg na področju finančnih storitev, pa Direktive 86/653 ni mogoče razlagati tako, da bi ustrezala le položaju na trgu posamezne države članice. Zato je mogoče šteti, da bi zakonodajalec Unije, če bi ugotovil, da v pogajalski moči trgovskih zastopnikov in naročiteljev v Uniji obstaja taka asimetrija, to tudi ustrezno obravnaval. V zvezi s tem se lahko na primer spomnimo na ničnost pogodbenih pogojev, o katerih se pogodbeni stranki nista posebej dogovorili in ki so povzročili nastanek znatnega neravnotežja. Taka rešitev, pri čemer je jasno, da lahko obstajajo tudi druge rešitve, bi pogodbeno svobodo omejevala v manjši meri kot kogentno pravilo, s katerim je pogodbenima strankama odvzeta možnost, da bi se dogovorili o vrsti provizije.

64. Poleg tega pravni sistemi držav članic, kot je navedla nemška vlada, vsebujejo načela, ki pogodbenima strankama zagotavljajo splošno varstvo, če je razmerje moči med njima močno neuravnoteženo. Taka pravila bi se uporabljala za trgovske zastopnike, če bi bili ti na primer v preveliki meri prikrajšani za provizijo.

65. Prav tako ne gre pozabiti, da Direktiva 86/653 ureja širok nabor možnih gospodarskih scenarijev, v katerih so lahko interesi tako trgovskih zastopnikov kot naročiteljev drugačni.[46] Če bi se člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlagal kot kogentno pravilo, bi se lahko zgodilo, da ta ne bi zagotavljal varstva trgovskih zastopnikov v nekaterih oblikah razmerij v zvezi s trgovskim zastopanjem. Toda če bi bilo treba to določbo razlagati kot kogentno, trgovski zastopniki in naročitelji ne bi mogli poiskati rešitve, ki bi kar najbolj ustrezala njihovim pogodbenim razmerjem.

66. Razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653 kot kogentne določbe zato ne prispeva nujno k zagotavljanju varstva trgovskih zastopnikov in lahko, kot je navedla družba Bank Handlowy, ovira delovanje trga trgovskega zastopanja. Naročitelji, ki v svojih izračunih niso upoštevali plačila zadevne provizije, lahko uporabijo druge rešitve, kot so na primer znižanje stopnje osnovne

[43] Glej v zvezi s tem sodbe z dne 17. januarja 2008, Chevassus-Marche (C-19/07, EU:C:2008:23, točka 22); z dne 19. aprila 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, točka 33), in z dne 17. maja 2017, ERGO Poisťovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, točka 41); glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Poiaresa Madura v zadevi Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, točka 31).

[44] Glej v zvezi s tem sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Szpunarja v zadevi ERGO Poisťovňa (C-48/16, EU:C:2017:15, točki 36 in 37).

[45] Glej v zvezi s tem Weatherill, S., „Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?“, *European Review of Private Law*, zvezek 12, 2004, str. 633, na str. 635. Glej tudi Zamir, E., in Ayres, I., „A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design“, *Texas Law Review*, zvezek 99, 2020, str. 283, na str. 292.

[46] Glej v zvezi s tem sodbo z dne 4. junija 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, točka 30).

provizije, omejitev ali izključitev stroškov, ki nastanejo trgovskim zastopnikom in jih morajo povrniti naročitelji, ter drugih elementov plačila, ali pa prekinitev sodelovanja s trgovskimi zastopniki.

67. Nazadnje, v zvezi s tem je pomembno izpostaviti, da se varstvo trgovskih zastopnikov ne zagotavlja le s kogentnimi pravili, ampak tudi s pravno varnostjo,[47] ki je plod harmoniziranih pravil.[48] Pojasnila v zvezi z naravo člena 7(1)(b) Direktive 86/653 bodo torej prispevala k doseganju ciljev, ki se uresničujejo s to direktivo, ne glede na to, ali se ta določba razlaga kot kogentno ali dispozitivno pravilo.

d) Zgodovina nastanka

68. Ugotovitvi, da je treba člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlagati kot dispozitivno pravilo, pritrjuje tudi zgodovina nastanka te določbe.

69. Kot je razvidno iz sodne prakse, ki se je izoblikovala v zvezi z Direktivo 86/653,[49] je Sodišče menilo, da je lahko zgodovina nastanka ukrepa Unije v pomoč pri razkritju namena zakonodajalca Unije, na katerem temelji ta ukrep ali konkretna določba. Tako je zlasti v primeru, ko je bila zadevna določba v postopku odločanja spremenjena, iz česar je mogoče sklepati o namenu zakonodajalca Unije, kot velja v obravnavani zadevi.

70. V prvotnem predlogu Komisije[50] je bilo besedilo člena 7(1) Direktive 86/653 navedeno v osnutku člena 12(1).[51] Zadnjenavedena določba je bila del posebnega seznama kogentnih določb tega predloga direktive, naštetih v osnutku člena 35, v katerem je bilo navedeno, da je „[v]sako določilo, s katerim stranke na škodo zastopnika odstopajo od določb, navedenih v nadaljevanju, […] nično“.[52]

71. Evropski ekonomsko-socialni odbor je v mnenju, ki ga je pripravil v zvezi s tem predlogom,[53] zlasti poudaril, da je osnutek člena 35 temeljnega pomena za celotno direktivo, saj določa obseg in meje manevrskega prostora strank v razmerju v zvezi s trgovskim zastopanjem, zaradi česar ga je treba v predlogu direktive ohraniti.

47 Glej v zvezi s tem sodbo z dne 26. marca 2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, točka 31).

48 Za stališča, ki potrjujejo, da je harmonizacijo mogoče doseči tudi z dispozitivnimi pravili, glej na primer delo Hesselinka, navedeno v opombi 16 teh sklepnih predlogov; delo Stormeja, navedeno v opombi 28 teh sklepnih predlogov; Gutman, K., *The Constitutional Foundations of European Contract Law: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

49 Glej v zvezi s tem sodbi z dne 30. aprila 1998, Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, točki 11 in 16), in z dne 28. oktobra 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, točka 40); sklep z dne 6. marca 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, neobjavljen, EU:C:2003:133, točka 15). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:503, točka 39) in sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Szpunarja v zadevi Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2016:809, točke od 48 do 54).

50 Glej Komisija, Enake pravice za trgovske zastopnike. Predlog direktive Sveta o usklajevanju zakonodaje držav članic o (samozaposlenih) trgovskih zastopnikih, COM(76) 670, 13. december 1976 (v nadaljevanju: predlog).

51 V osnutku člena 12(1) je bilo navedeno: „Trgovski zastopnik ima pravico do provizije za posle, sklenjene v valuti pogodbe:
(a) če posel pridobi trgovski zastopnik; ali
(b) če je posel sklenjen s tretjo osebo, s katero se je trgovski zastopnik že dogovoril za posel ali sklenil posel, ki je opredeljen v pogodbi o trgovskem zastopanju, ali
(c) če je trgovski zastopnik zadolžen za določeno geografsko območje ali določeno skupino ljudi in je posel sklenjen na tem geografskem območju ali z osebo, ki je del te skupine, ne glede na to, ali je do dogovarjanja o poslu ali sklenitve posla prišlo drugače, ne pa s strani trgovskega zastopnika.“ Glej predlog, naveden v opombi 50 teh sklepnih predlogov, str. 10.

52 Glej predlog, naveden v opombi 50 teh sklepnih predlogov, osnutek člena 35(1), str. 16, in komentar, str. 25 in 26.

53 Glej Evropski ekonomsko-socialni odbor, mnenje o predlogu direktive Sveta o usklajevanju zakonodaje držav članic o (samozaposlenih) trgovskih zastopnikih, 24. november 1977 (UL 1978, C 59, str. 31, točke od 2.9.6 do 2.9.8).

72. Po drugi strani pa je Evropski parlament na podlagi prve obravnave tega predloga [54] menil, da je predlog direktive zaradi dolgega seznama kogentnih določb, navedenih v osnutku člena 35, preveč tog, zaradi česar je zahteval preoblikovanje te določbe.

73. Zato je bilo besedilo osnutka člena 35 v spremenjenem predlogu Komisije [55] „skrajšano, da bi se tako zagotovila večja prožnost“, pri čemer je bilo črtanih več določb. Seznam kogentnih določb, navedenih v novi različici člena 35, je tako vseboval zlasti provizijo iz točke (a) osnutka člena 12(1), ne pa tudi provizije iz ostalih točk tega člena, vključno s provizijo za ponavljajoče se posle iz točke (b) navedene določbe. [56]

74. V postopku odločanja je bil sprejet dogovor o črtanju sklicevanja na točko (a) osnutka člena 12(1) s seznama kogentnih določb v osnutku člena 35. [57] Na koncu je bila sprejeta odločitev, da se celotno besedilo osnutka člena 35 črta in da se kogentnost določb tega predloga direktive opredeli v posebnem členu. [58] Ta pristop se je ohranil tudi v končni različici Direktive 86/653. [59]

75. Glede na to, da je bila določba, ki ustreza zdajšnjemu členu 7(1)(b) Direktive 86/653, črtana s seznama kogentnih določb, navedenih v besedilu osnutka člena 35, in da je bil sprejet dogovor o opredelitvi kogentnosti določb te direktive v okviru posameznih členov, je torej ob neobstoju izrecnih navedb v zvezi s tem vidikom mogoče sklepati, da zakonodajalec Unije člena 7(1)(b) Direktive 86/653 ni nameraval opredeliti kot kogentno pravilo. [60]

76. V zvezi s tem me ne prepričajo trditve, ki so jih navedle družba Rigall Arteria Management, poljska vlada in Komisija in s katerimi v bistvu izpodbijajo upoštevnost zgodovine nastanka Direktive 86/653, in sicer zato, ker naj bi se besedilo končne različice te direktive bistveno razlikovalo od besedila iz obeh predlogov Komisije in ker naj bi zakonodajalec Unije v členu 6 Direktive 86/653 zavzel drugačen pristop, ki po njihovem mnenju potrjuje, da je treba člen 7(1)(b) te direktive razlagati kot kogentno pravilo.

[54] Glej Evropski parlament, Poročilo o predlogu Komisije Evropskih skupnosti (dokument 514/76) za direktivo o usklajevanju zakonodaje držav članic o (samozaposlenih) trgovskih zastopnikih, Obrazložitev, dokument 222/78, 27. julij 1978, točki 110 in 111, in Resolucija z mnenjem Evropskega parlamenta o predlogu Komisije Evropskih skupnosti Svetu za direktivo o usklajevanju zakonodaje držav članic o (samozaposlenih) trgovskih zastopnikih, 12. september 1978 (UL 1978, C 239, str. 18), točka 17.

[55] Glej Komisija, Sprememba predloga direktive Sveta o usklajevanju zakonodaje držav članic o (samozaposlenih) trgovskih zastopnikih, COM(78) 773 final, 22. januar 1979 (v nadaljevanju: spremenjeni predlog), obrazložitveni memorandum, str. 8 in 9, ter osnutek člena 35(1), str. 21.

[56] V spremenjenem predlogu Komisije je osnutek člena 12(1) ostal nespremenjen, razen točke (b), ki je bila spremenjena tako: „če je bil posel sklenjen s tretjo osebo, *ki jo je zastopnik že prej pridobil kot stranko pri sklepanju podobnih poslov*.“ Glej spremenjeni predlog, naveden v opombi 55 teh sklepnih predlogov, obrazložitveni memorandum, str. 4, in osnutek člena 12(1), str. 10 in 11.

[57] Glej v zvezi s tem dokument Sveta št. 6877/80 z dne 6. maja 1980, str. 16. Omeniti je treba, kot izhaja iz nekaterih institucionalnih dokumentov, objavljenih v začetni fazi odločanja, da je bila večina delegacij držav članic naklonjena dispozitivnosti osnutka člena 12, medtem ko je Komisija menila, da gre za kogentno določbo, od katere je, kjer je to primerno, mogoče odstopati. Glej dokument Sveta št. 7527/81 z dne 23. junija 1981, str. 4. Po črtanju besedila osnutka člena 35 pa se je izkazalo, da se je večina delegacij držav članic zavzemala za to, da bi bil osnutek člena 12(1)(a) opredeljen kot kogentna določba. Glej na primer dokument Sveta št. 7381/83 z dne 8. junija 1983, str. 8, opomba 4; dokument Sveta št. 7379/86 z dne 4. junija 1986, str. 8, opomba 6. Vendar to v končni različici Direktive 86/653 ni bilo upoštevano.

[58] Glej v zvezi s tem dokument Sveta št. 5442/82 z dne 10. marca 1982, str. 2; dokument Sveta št. 7013/83 z dne 18. maja 1983, str. 5; dokument Sveta št. 7778/83 z dne 17. junija 1983, str. 9; dokument Sveta št. 7379/86 z dne 4. junija 1986, str. 22.

[59] Poleg tega so nekatere države članice (in sicer Danska, ki so jo podprle Nemčija, Nizozemska in Združeno kraljestvo) takrat predlagale, naj se v predlog direktive vključi določba, s katero bi se potrdilo načelo pogodbene svobode in tako jasno navedlo, da lahko pogodbeni stranki od konkretne določbe predlagane direktive odstopata, če ta določba ni opredeljena kot kogentna. Ta predlog v končni različici besedila ni bil upoštevan. Glej v zvezi s tem dokument Sveta št. 7013/83 z dne 18. maja 1983, str. 5; dokument Sveta št. 7251/83 z dne 14. junija 1983, str. 7.

[60] V zvezi z zgodovinskim okvirom, v katerega se umešča Direktiva 86/653, je treba opozoriti, da so razprave v postopku sprejemanja te direktive potekale na podlagi mednarodne konvencije o trgovskem zastopanju, ki so jo države Beneluksa podpisale 26. novembra 1973 v Haagu, vendar ni začela veljati, ker je Belgija in Luksemburg nista ratificirala. Besedilo člena 5(1) te konvencije, ki je bilo podobno besedilu osnutka člena 12(1) iz prvotnega in spremenjenega predloga Komisije, pa na posebnem seznamu kogentnih določb iz člena 19 te konvencije ni bilo navedeno.

77. Res je, da besedilo Direktive 86/653 ne vsebuje številnih določb, ki so bile del prvotnega in spremenjenega predloga Komisije. Vendar so bile določbe, ki ustrezajo členu 6 Direktive 86/653, navedene v obeh predlogih.[61] Poleg tega pa s sklicevanjem na dejstvo, da besedilo člena 6(3) Direktive 86/653 v teh predlogih ni bilo navedeno, ampak je bilo vneseno v poznejši fazi postopka odločanja,[62] ni mogoče omajati ali ovreči odločitve zakonodajalca Unije, da kogentne določbe te direktive navede v posebnem členu, česar pa v zvezi s členom 7(1)(b) te direktive ni storil.

e) Sobesedilo

78. Predlagana razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653 kot dispozitivnega pravila je skladna tudi z drugimi določbami te direktive.

79. Glede na zgodovino nastanka Direktive 86/653 in navedbe, ki so jih izpostavile družba Bank Handlowy ter nemška in italijanska vlada, je jasno, da iz splošne sistematike te direktive izhaja, da so določbe, od katerih pogodbeni stranki ne smeta odstopati, natančno in podrobno opredeljene ter da je kogentnost teh določb izrecno navedena v posebnem členu. To velja zlasti za določbe iz poglavja III Direktive 86/653, ki se nanaša na plačilo, kot je razvidno iz členov 10(4), 11(3) in 12(3) te direktive. Podobne določbe so navedene tudi v drugih poglavjih Direktive 86/653.[63]

80. To jasno nakazuje, da so pravila iz Direktive 86/653, za katera ni izrecno določeno, da so kogentna, načeloma dispozitivna.[64] Iz tega izhaja, da je treba glede na neobstoj vsakršnih izrecnih navedb v zvezi s tem vidikom šteti, da je člen 7(1)(b) Direktive 86/653 dispozitivno pravilo. Kot je poudarila družba Bank Handlowy, se ne zdi logično, da bi zakonodajalec Unije v Direktivi 86/653 izrecno določil nabor kogentnih določb, če bi bile kogentne vse določbe te direktive.

81. Družba Rigall Arteria Management, poljska vlada in Komisija so v prid temu, da je treba člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlagati kot kogentno pravilo, navedle trditev, ki izhaja iz člena 6(3) te direktive. Ta člen določa, da se „[č]leni 7 do 12 […] ne uporabljajo, če trgovski zastopnik v celoti ali delno ni plačan s provizijo.“ Navedene stranke na podlagi tega sklepajo, da naj bi bila uporaba členov od 7 do 12 Direktive 86/653 obvezna, če se pogodbeni stranki odločita, da trgovski zastopnik prejme plačilo v obliki provizije (tudi če se dogovorita, da je provizija zgolj del tega plačila). To naj bi pomenilo, da je člen 7(1)(b) Direktive 86/653 kogentna določba, če so trgovski zastopniki plačani s provizijo.

82. Menim, da ta trditev ni prepričljiva. Lahko se strinjam, da člen 6(3) Direktive 86/653 predpostavlja uporabo člena 7 te direktive, če se pogodbeni stranki dogovorita za plačilo s provizijo. Vendar dejstvo, da se zadnjenavedena določba uporablja, še ne pomeni, da gre za kogentno pravilo.

[61] Glej predlog, naveden v opombi 50 teh sklepnih predlogov, osnutek člena 11, str. 10, in komentar, str. 20. Prvi odstavek osnutka člena 11 v veliki meri ustreza členu 6(2) Direktive 86/653, njegov drugi odstavek pa členu 6(3) Direktive 86/653; tretji odstavek navedenega osnutka člena, ki ga ni v Direktivi 86/653, je določal: „Pogodbe o trgovskem zastopanju, ki izključujejo pravico zastopnika do provizije, so nične.“ Glej tudi spremenjeni predlog, naveden v opombi 55 teh sklepnih predlogov, obrazložitveni memorandum, str. 3, in osnutek člena 11, str. 10 (s katerim je bilo dodano sklicevanje na plačilo v naravi in spremenjen vrstni red nekaterih odstavkov).

[62] Glej v zvezi s tem dokument Sveta št. 9253/80 z dne 13. avgusta 1980, str. 11 (prva obravnava); dokument Sveta št. 7527/81 z dne 23. junija 1981, str. 3 (druga obravnava); dokument Sveta št. 7348/82 z dne 2. junija 1982, str. 11 in 12 (tretja obravnava). Pravzaprav se zdi, kot je navedeno v nekaterih institucionalnih dokumentih, da besedilo člena 6(3) Direktive 86/653 izhaja iz nekaterih predlogov sprememb, ki sta jih Belgija in Nemčija podali v zvezi z besedilom osnutkov členov 12 in 13 (ki ustrezata členoma 7 in 8 Direktive 86/653). Glej dokument Sveta št. 6877/80 z dne 6. maja 1980, str. 15 in 19.

[63] Glej Direktivo 86/653, členi 5, 13(1), 15(2) in 19.

[64] Glej v zvezi s tem sklepne predloge generalnega pravobranilca G. Cosmasa v zadevi Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:274, točka 23, opomba 13).

83. Če drži, da člen 6(3) Direktive 86/653 pogodbenima strankama izrecno dopušča, da provizijo kot obliko plačila trgovskega zastopnika v celoti izključita, potem se prav tako zdi, kot je navedla družba Bank Handlowy, da je mogoče izključiti tudi tisto vrsto provizije, ki je določena v členu 7(1)(b) te direktive.

84. Iz člena 6(3) Direktive 86/653 torej izhaja, da se lahko stranki pogodbe o trgovskem zastopanju svobodno odločata, kako bosta uredili plačilo trgovskega zastopnika, in da lahko, če se odločita za plačilo s provizijo, uporabita pravila iz členov od 7 do 12 Direktive 86/653. Navedene določbe vključujejo vzorčni pravili v zvezi z možnima vrstama provizij, kot sta določeni v členu 7(1) te direktive.

85. Razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653 kot dispozitivnega pravila torej ni v nasprotju s členom 6(3) te direktive.

86. Dalje, družba Rigall Arteria Management je v podkrepitev kogentnosti člena 7(1)(b) Direktive 86/653 navedla trditev, ki temelji na členih od 17 do 19 te direktive in v skladu s katero naj bi veljalo, da če pravica do provizije za ponavljajoče se posle ni obvezna, potem lahko to vpliva na znesek nadomestila ali odškodnine, do katerega so na podlagi člena 17 te direktive trgovski zastopniki upravičeni po prenehanju veljavnosti pogodbe o trgovskem zastopanju. Ker člen 19 Direktive 86/653 prepoveduje odstopanje od določb členov 17 in 18 te direktive na škodo trgovskega zastopnika, naj bi navedena trditev v bistvu pomenila, da bi razlaga člena 7(1)(b) te direktive kot dispozitivne določbe vplivala na delno prisilno naravo členov 17 in 18 te direktive. [65]

87. Ta trditev ni prepričljiva. Sodišče je v sodni praksi priznalo, [66] da se nadomestilo in odškodnina iz členov 17 in 18 Direktive 86/653 določita na podlagi vseh upoštevnih okoliščin posameznega razmerja v zvezi z trgovskim zastopanjem in nista odvisna izključno od provizije, za katero je trgovski zastopnik prikrajšan.

88. Razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653 kot dispozitivnega pravila torej ni v nasprotju s členi od 17 do 19 te direktive.

89. Nazadnje, družba Rigall Arteria Management, poljska vlada in Komisija trdijo, da ne bi bilo logično, če bi zakonodajalec Unije določil, da so nekateri pogoji v zvezi s pravico do provizije odvisni od dogovora med pogodbenima strankama, medtem ko to ne bi veljalo za druge pogoje, kot so pravila iz člena 11 Direktive 86/653, ki se nanašajo na ugasnitev pravice trgovskega zastopnika do provizije.

90. Pojasniti je treba, prvič, da je vprašanje trenutka, v katerem pravica do provizije nastane ali ugasne, upoštevno le, če je taka pravica do provizije sprva sploh obstajala. Nobenega razloga namreč ni, da bi morala biti vrsta provizije obvezna le zaradi kogentnih pravil o ugasnitvi pravice do provizije, ki začnejo veljati, ko sta se stranki o tej pravici enkrat dogovorili.

[65] Poudariti je treba, da se je Sodišče v svoji ugotovitvi glede kogentnosti členov 17 in 18 Direktive 86/653 oprlo na izrecno določbo člena 19 te direktive, ki prepoveduje odstopanje od teh določb na škodo trgovskega zastopnika. Glej sodbo z dne 9. novembra 2000, Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, zlasti točke od 21 do 24); glej v tem smislu tudi sodbi z dne 17. oktobra 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, točka 40), in z dne 19. aprila 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, točke 32 in od 34 do 36).

[66] Glej v zvezi s členom 17 Direktive 86/653 sodbe z dne 26. marca 2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, točki 19 in 20); z dne 28. oktobra 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, točka 44); z dne 3. decembra 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, točka 28), in z dne 7. aprila 2016, Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2016:211, točka 27). Glej tudi Komisija, Poročilo o izvajanju člena 17 Direktive Sveta o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih, (86/653/EGS), COM(96) 364 final, z dne 23. julija 1996, zlasti str. od 2 do 4.

91. Drugič, Sodišče je v sodni praksi[67] menilo, da je treba pri razlagi člena 7 Direktive 86/653 upoštevati člena 10 in 11 te direktive, v katerih so določena pravila, ki na splošno urejajo trenutek nastanka in ugasnitve pravice trgovskega zastopnika do provizije. Kljub temu je treba poudariti, da v okviru te sodne prakse ni šlo za vprašanje kogentnosti člena 7 Direktive 86/653. Poleg tega zadnjenavedeni določbi te direktive vsebujeta izrecne navedbe, in sicer v členih 10(4) in 11(3), ki pogodbenima strankama prepovedujejo odstopanje od zadevnih pravil na škodo trgovskega zastopnika. To pa ne velja za člen 7(1)(b) te direktive.

92. Razlaga člena 7(1)(b) Direktive 86/653 kot dispozitivnega pravila torej ni v nasprotju s členom 10 ali 11 te direktive.

93. Preden zaključim obravnavo tega vidika, naj dodam, da je to, da se člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlaga kot dispozitivno pravilo, glede na informacije, s katerimi razpolaga Sodišče, skladno s pristopom, ki je bil sprejet v zakonodaji in sodni praksi več držav članic, med katere spadajo Nemčija,[68] Italija, Avstrija in Poljska[69], med drugimi[70]. Tako razlago podpirajo tudi številni pravni teoretiki,[71] vključno z nekaterimi znanstvenoraziskovalnimi skupinami, ki se ukvarjajo z evropskim zasebnim pravom[72].

94. Na podlagi vseh navedenih razlogov tako menim, da je treba člen 7(1)(b) Direktive 86/653 razlagati kot dispozitivno pravilo in da ga lahko stranki pogodbe o trgovskem zastopanju posledično spremenita ali izključita.

[67] V zvezi s tem glej sodbi z dne 17. januarja 2008, Chevassus-Marche (C-19/07, EU:C:2008:23, točke od 17 do 21), in z dne 17. maja 2017, ERGO Poisťovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, točka 40).

[68] Nemška vlada je navedla, da so nemška sodišča v sodni praksi potrdila, da se določbe nemške zakonodaje, s katerimi je bil člen 7(1)(b) Direktive 86/653 prenesen v nemško pravo, štejejo za dispozitivne.

[69] Družbi Rigall Arteria Management in Bank Handlowy v zvezi s tem trdita, da v poljski sodni praksi prevladuje stališče, da je določba člena 761(1) civilnega zakonika dispozitivno pravilo, medtem ko družba Rigall Arteria Management poudarja, da so mnenja pravnih teoretikov deljena, poljska vlada pa poudarja, da bo Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče), kot je navedeno v predložitveni odločbi, o tem vidiku prvič odločalo prav v obravnavani zadevi.

[70] Opozoriti je treba, da družba Rigall Arteria Management v pisnem stališču navaja tri države članice (Nemčijo, Avstrijo in Poljsko), v katerih naj bi veljalo, da so upoštevne nacionalne določbe, s katerimi je bil člen 7(1)(b) Direktive 86/653 prenesen v nacionalno pravo, dispozitivne, in eno državo članico (Belgijo), v kateri naj bi bile te določbe kogentne, medtem ko se družba Bank Handlowy sklicuje na sedem držav članic (Češko, Nemčijo, Italijo, Avstrijo, Poljsko, Finsko in Švedsko), v katerih naj bi se štelo, da so te določbe dispozitivne. Glej v zvezi s tem tudi Bogaert, G., in Lohmann, U. (ur.), *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of the European Union*, tretja izdaja, Kluwer, Haag, 2000, str. od 67 do 676.

[71] V večini strokovne literature se pravila iz člena 7(1)(b) Direktive 86/653 štejejo za dispozitivna. Glej na primer Crahay, P., „La directive européenne relative aux agents commerciaux indépendents“, *Tijdschrift voor Belgish Handelsrecht/Revue de droit commercial belge*, zvezek 10, 1987, str. 564, na str. od 576 do 580; delo Saintier in Scholesa, navedeno v opombi 3 teh sklepnih predlogov, str. 109 in od 115 do 118; Randolph, F., in Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, tretja izdaja, Hart, Oxford, 2010, str. od 79 do 80; delo Singleton, navedeno v opombi 3 teh sklepnih predlogov, str. 98. Vendar obstajajo tudi drugačna stališča. Na primer de Theux, A., *Le statut européen de l'agent commercial : Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruselj, 1992, str. 116 in 117 ter od 357 do 365, trdi, da je treba taka pravila obravnavati kot delno prisilne določbe; glej tudi Rott-Pietrzyk, E., in Grochowski, M., „Prowizja agenta w czasie trwania umowy (imperatywny czy dyspozytywny charakter regulacji i wynikające z tego konsekwencje)“, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2018, str. 73, ki, kot je navedla družba Rigall Arteria Management, trdi, da je treba člen 761(1) civilnega zakonika razlagati kot kogentno pravilo.

[72] Opozoriti je treba, da se zdi, kot je navedla družba Rigall Arteria Management, da v okviru pravne teorije, ki se posveča evropskemu zasebnemu pravu, deluje skupina teoretikov, po mnenju katere so zadevna pravila glede provizije kogentna (glej Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract II: General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services*, Sellier, München, 2009, Article 7:H-02: Mandatory Nature, str. 36). Vendar se zdi, da se dela drugih skupin teoretikov v zvezi s tem nagibajo k drugačnemu stališču in v njih ni navedeno, da so taka pravila kogentna (glej v zvezi s tem Hesselink, M.W., in drugi (ur.), *Principles of European Law, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Sellier, München, 2006, str. od 93 do 95 in od 173 do 177; von Bar, C., in Clive, E. (ur.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, celovita izdaja, zvezek 3, Sellier, München, 2009, str. 2282 in 2283 ter od 2349 do 2353).

V. Predlog

95. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Sąd Najwyższy (vrhovno sodišče, Poljska), odgovori:

Člen 7(1)(b) Direktive Sveta 86/653/EGS z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih je treba razlagati tako, da je pravico trgovskega zastopnika do provizije iz te določbe mogoče s pogodbo spremeniti ali izključiti.