Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
TAMARA ĆAPETA
föredraget den 9 juni 2022 [1]

Mål C-64/21

Rigall Arteria Management Sp. z o.o. sp. k.
mot
Bank Handlowy w Warszawie SA.

(begäran om förhandsavgörande från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 86/653/EEG – Artikel 7.1 b – Självständiga handelsagenter – Ersättning – Rätt till provision på avtal som ingås under avtalstiden med kunder som handelsagenten tidigare har skaffat för samma slags transaktioner – Tvingande eller icke bindande bestämmelse – Möjlighet att avtala bort villkor”

I. Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande från Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) avser tolkningen av artikel 7.1 b i rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter. [2]

2. I artikel 7.1 b i direktiv 86/653 föreskrivs att en handelsagent har rätt till provision på ett avtal som under agenturavtalets giltighetstid ingåtts med en tredje man, vilken handelsagenten redan har förvärvat som kund för transaktioner av samma slag. I det följande kommer jag att kalla detta provision på återkommande transaktioner. [3]

3. Huvudfrågan i detta mål är huruvida artikel 7.1 b i direktiv 86/653 ska tolkas som en tvingande eller icke bindande bestämmelse och om parter i agenturavtalet således får utesluta handelsagentens rätt till provision på återkommande transaktioner eller ej.

[1] Originalspråk: engelska.

[2] EGT L 382, 1986, s. 17, svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 150.

[3] Se, exempelvis, Saintier, S. och Scholes, J., *Commercial Agents and the Law*, Routledge, London, 2005, s. 116–118; Singleton, S., *Commercial Agency Agreements: Law and Practice*, femte utgåvan, Bloomsbury Professional, London, 2020, s. 99.

II. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätten

4. I artikel 7.1 i direktiv 86/653 föreskrivs följande:

”Handelsagenten ska ha rätt till provision på avtal som ingås under avtalstiden

a) i de fall då dessa träffats som ett resultat av hans medverkan, eller

b) i de fall då dessa ingås med tredje man, som han tidigare skaffat som kund för samma slags uppgörelser.”

B. Polsk rätt

5. Artikel 761 § 1 i civillagen,[4] som införlivar artikel 7.1 i direktiv 86/653 i polsk lag, har följande lydelse:

”Agenten får begära provision på de avtal som har ingåtts under agenturavtalets löptid om dessa har ingåtts som ett resultat av agentens egna insatser eller om de har ingåtts med kunder som handelsagenten tidigare har skaffat för avtal av samma typ.”

III. Det nationella målet, tolkningsfrågan och förfarandet vid domstolen

6. Enligt begäran om förhandsavgörande ingick Rigall Arteria Management Sp. z o. o. sp. k. (nedan kallat Rigall Arteria Management) en rad agenturavtal med Bank Handlowy w Warszawie SA (nedan kallad Bank Handlowy) för perioden mellan den 1 juni 1999 och den 30 juni 2015. Enligt avtalen hade Rigall Arteria Management ställning som handelsagent och Bank Handlowy var huvudman.

7. Agenturavtalet rörde tillhandahållande av finansiell förmedling, inklusive förmedling vid understödjande verksamhet och reklamverksamhet i samband med hantering och anskaffning av kreditkort och andra finansiella tjänster som Bank Handlowy erbjuder.

8. I agenturavtalet angavs hur handelsagenten skulle få ersättning och det fastställdes att ersättningen skulle beräknas i förhållande till antalet ingångna avtal. I de flesta fall var detta ett fast belopp som betalades per utfärdat kreditkort eller beviljad kreditansökan. I avtalet angavs inte någon annan typ av provisionsbaserad ersättning än den som utgick för avtal som ingåtts genom agentens direkta medverkan.

9. Bank Handlowy sade upp agenturavtalet den 17 december 2014. Till följd av detta begärde Rigall Arteria Management att Bank Handlowy skulle lämna upplysningar om den provision som skulle betalas för perioden från den 1 juni 1999 till och med den 31 januari 2015.

[4] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (civillagen av den 23 april 1964) (Dz. U., 2019, position 1145, i dess ändrade lydelse) (nedan kallad civillagen).

10. Bank Handlowy vägrade att göra detta och hävdade framför allt att den information som redan lämnats till agenten gjorde det möjligt att beräkna den totala ersättning som skulle utgå enligt de tecknade agenturavtalen och att det följaktligen inte fanns någon grund för att lämna ytterligare information. Rigall Arteria Management väckte talan vid Sąd Okręgowy w Warszawie (Regionala domstolen i Warszawa, Polen), med yrkande om att Bank Handlowy skulle lämna ut uppgifter om kunder som tidigare förvärvats som ett resultat av handelsagentens förmedling.

11. Genom dom av den 20 juni 2016 ogillade Sąd Okręgowy w Warszawie (Regiondomstolen i Warszawa) talan. Sąd Okręgowy ansåg bland annat att det inte framgick av villkoren i det avtal som binder parterna att handelsagenten hade rätt till provision på återkommande transaktioner.

12. Genom dom av den 28 februari 2018 ogillade Sąd Apelacyjny w Warszawie (Appellationsdomstolen i Warszawa, Polen) Rigall Arteria Managements överklagande. Framför allt ansåg Sąd Apelacyjny w Warszawie att provision på återkommande transaktioner, i enlighet med vad som anges i artikel 761 § 1 i civillagen, som genomför artikel 7.1 b i direktiv 86/653, är kompletterande och tillåter parterna i agenturavtalet att reglera saken på annat sätt. Omständigheterna i förevarande mål tydde på att parterna underförstått uteslöt agentens rätt till den berörda provisionen, vilket framgick både av att det inte hänvisades till den typen av provision i avtalets lydelse och av parternas beteende under fullgörandet av avtalet.

13. Rigall Arteria Management överklagade domen till Sąd Najwyższy (högsta domstolens), som är den hänskjutande domstolen i förevarande mål. Till stöd för sin överklagan anför Rigall Arteria Management att Sąd Apelacyjny åsidosatte artikel 761 § 1 i civillagen, tolkad med beaktande av artikel 7.1 b i direktiv 86/653, genom att denna bestämmelse ansågs vara dispositiv.

14. Den hänskjutande domstolen förklarar att det ännu inte har klargjorts huruvida det enligt polsk rätt är möjligt att genom avtal ändra eller utesluta en handelsagents anspråk på provision för återkommande transaktioner. Eftersom den berörda polska lagen införlivade direktiv 86/653 anser den hänskjutande domstolen att tolkningen av lagen är beroende av huruvida artikel 7.1 b i det direktivet tolkas som en tvingande eller icke bindande bestämmelse.

15. Mot denna bakgrund beslutade Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) att vilandeförklara det nationella målet och ställa följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska artikel 7.1 b i [direktiv 86/653], mot bakgrund av dess ordalydelse och syfte, tolkas så, att den ger en självständig handelsagent en absolut rätt till provision på ett avtal som under agenturavtalets giltighetstid ingåtts med en tredje man, vilken handelsagenten redan hade förvärvat som kund för transaktioner av samma slag, eller kan denna rätt uteslutas enligt avtal?”

16. Rigall Arteria Management, Bank Handlowy, den tyska, italienska och polska regeringen och Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden till domstolen. En förhandling hölls den 23 mars 2022 vid vilken Rigall Arteria Management, Bank Handlowy, den tyska och den polska regeringen samt kommissionen muntligen framförde sina synpunkter.

IV. Bedömning

17. Direktiv 86/653 är en mycket ovanlig unionsrättsakt, eftersom detta direktiv reglerar avtal mellan företag. Det är tillämpligt på agenturavtal[5] som har ingåtts mellan handelsagenten och huvudmannen, som båda agerar som oberoende näringsidkare.[6] Direktiv 86/653 är uteslutande tillämpligt på avtal där agentens verksamhet bedrivs mot ersättning.[7] Det harmoniserar enbart vissa aspekter av förhållandet mellan handelsagenter och huvudmän, närmare bestämt parternas grundläggande ömsesidiga rättigheter och skyldigheter (kapitel II), handelsagenters ersättning (kapitel III) samt ingående och uppsägning av agenturavtal (kapitel IV). Artikel 7.1 b i direktiv 86/653 ingår i kapitel III (artiklarna 6–12) i det direktivet.

18. Det ska påpekas att direktiv 86/653 antogs på 1980-talet i enligt med rättsliga grunder för den inre marknaden som krävde enhällighet[8] efter långdragna och komplicerade förhandlingar, där vissa medlemsstater ifrågasatte att det över huvud taget behövdes ett sådant direktiv.[9] Direktivet var alltså till slut ett resultat av kompromisser mellan medlemsstater med mycket olika syn på regleringen av avtal i allmänhet och av agenturavtal i synnerhet.

19. Därför är det knappast överraskande att domstolen redan vid ett flertal tillfällen har uppmanats att tolka olika bestämmelser i direktiv 86/653.[10] Detta är emellertid första gången domstolen har blivit ombedd att klargöra artikel 7.1 b i det direktivet.

20. Den nationella domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida en handelsagents rätt till provision på återkommande transaktioner i enlighet med artikel 7.1 b i direktiv 86/653 kan ändras eller uteslutas av parterna i agenturavtalet.

21. För att besvara denna fråga kommer jag först att behandla domstolens behörighet att avge ett förhandsavgörande under omständigheterna i förevarande mål (A). Därefter följer min bedömning i sak (B) där jag först lämnar några inledande iakttagelser om skillnaden mellan tvingande och icke bindande bestämmelser om avtal mer generellt (B.1), innan jag går vidare till tolkningen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 (B.2).

5 Genom agenturavtal upprättas ett varaktigt förhållande mellan den självständiga handelsagenten och huvudmannen. Agentens uppdrag är att hitta kunder till huvudmannen, förhandla med dem och om så är möjligt se till att det går att genomföra kommersiella transaktioner mellan huvudmannen och dessa kunder. Se direktiv 86/653, särskilt artiklarna 1.2 och 3. Denna beskrivning av agentens uppgifter bygger på de faktiska kommersiella förbindelser som uppstår i ett verkligt ekonomiskt sammanhang. Se, i detta avseende, dom av den 12 december 1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, punkt 26).

6 För en analys av direktiv 86/653, se Saintier, S., ”Commercial agency in European Union private law”, i Twigg-Flesner, C. (red.), *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 273–285. Se även citat i fotnoterna 3 och 71 i detta förslag till avgörande. För en bredare diskussion, se, exempelvis Jansen, N. och Zimmermann, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 587–594.

7 Enligt artikel 2.1 första strecksatsen i direktiv 86/653 är direktivet inte tillämpligt på oavlönade handelsagenter.

8 Direktiv 86/653 antogs innan det som nu är artikel 114 FEUF infördes i fördragsramen genom europeiska enhetsakten, som trädde i kraft den 1 juli 1987. Det grundades på artiklarna 57.2 och 100 EEG (nuvarande artiklarna 53.1) och 115 FEUF).

9 Se, exempelvis, rådets dokument 7251/1/83 REV 1, 14 juni 1983; rådets dokument 9274/84, 19 september 1984; rådets dokument 7242/85, 6 juni 1985. Se, i detta avseende, även 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*, vol. 44, 1980, s. 1.

10 Det finns redan ett tjugotal avgöranden från domstolen som svar på begäran om förhandsavgörande från nationella domstolar om direktiv 86/653. Trots att direktivets lydelse är otydlig konstaterade kommissionen dock att direktiv 86/653 har varit en framgång eftersom antalet gränsöverskridande agenturtransaktioner har ökat. Se, i detta avseende, arbetsdokument från kommissionens avdelningar, utvärdering av direktiv 86/653 (Refit-utvärdering), SWD(2015) 146 final av den 16 juli 2015 (nedan kallad Refit-rapporten).

22. På grundval av den analysen har jag dragit slutsatsen att domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande i förevarande mål och att artikel 7.1 b i direktiv 86/653 bör tolkas som en icke bindande bestämmelse, vilket innebär att parterna i agenturavtalet får ändra eller utesluta dess tillämpning.

A. EU-domstolens behörighet

23. Enligt artikel 1.2 i direktiv 86/653 är direktivet tillämpligt på agenter vars verksamhet framför allt innefattar att förhandla och slutföra ”försäljning eller köp av varor”. Som framgår av punkt 7 i detta förslag till avgörande förefaller situationen i det nationella målet emellertid inte handla om försäljning av varor utan snarare om försäljning av (finansiella) tjänster. Därför kan man undra om domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande i förevarande mål[11] eftersom direktiv 86/653 inte är tillämpligt på de omständigheter som föranledde tvisten i det nationella målet.[12]

24. Som påpekas av Rigall Arteria Management, den tyska regeringen och kommissionen förefaller domstolens behörighet att besvara den fråga som har hänskjutits för förhandsavgörande i förevarande mål emellertid kunna fastställas med hänvisning till praxis i målet Dzodzi.[13]

25. Med tillämpning av denna praxis har domstolen redan slagit fast att när nationell rätt som införlivar direktiv 86/653 inför en enda lösning för alla typer av agenturavtal har EU-domstolen behörighet att tolka det direktivet även om målet härrör från en situation som gäller tjänster och inte varor. Det anses föreligga ett unionsrättsligt intresse av att behörighet fastställs i sådana fall, för att i framtiden undvika skilda tolkningar.[14]

26. Som domstolen nyligen har betonat i praxis i ett annat sammanhang än direktiv 86/653 är det således motiverat att EU-domstolen tolkar unionsbestämmelser i situationer som inte omfattas av unionsrätten när dessa bestämmelser har gjorts tillämpliga på sådana situationer på ett direkt och ovillkorligt sätt genom nationell rätt, i syfte att säkerställa att de behandlas på samma sätt som de likvärdiga situationer som omfattas av unionsrätten[15].

[11] Det är värt att påpeka att även om den berörda serien agenturavtal ingicks före Polens anslutning till EU den 1 maj 2004 (se punkt 6 i detta förslag till avgörande) har inga frågor om tillämpligheten i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) av direktiv 86/653 tagits upp vid domstolen i förevarande mål. Detta förefaller i vilket fall som helst inte vara problematiskt, mot bakgrund av EU-domstolens praxis, eftersom dessa agenturavtal fortsatt hade rättslig verkan efter den dagen. Se, i detta avseende, dom av den 3 juli 2019, UniCredit Leasing (C-242/18, EU:C:2019:558, punkt 32). Domstolen har i samband med direktiv 86/653 faktiskt inte tagit upp frågan i sin praxis som omfattar omständigheter som täcker perioden före respektive efter anslutning. Se dom av den 17 oktober 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, punkt 20); se, i detta avseende, även förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs i målet Centrosteel (C-456/98, EU:C:2000:137, punkterna 21–25).

[12] Se, i detta avseende, beslut av den 6 mars 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, inte publicerat, EU:C:2003:133, punkterna 13–20) (om livförsäkring, livränta och sparande); dom av den 3 december 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, punkt 16) (om banktjänster och försäkring) och dom av den 17 maj 2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, punkt 28) (om försäkringstjänster).

[13] Med avseende på det första mål som gav upphov till denna fasta praxis: se dom av den 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 och C-197/89, EU:C:1990:360, punkterna 36–43).

[14] Se, i detta avseende, dom av den 16 mars 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, EU:C:2006:176, punkterna 11–19); dom av den 28 oktober 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, punkterna 23–28); dom av den 17 oktober 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, punkterna 30 och 31); dom av den 3 december 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, punkterna 17–19); och dom av den 17 maj 2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, punkterna 29–32). Se även förslag till avgörande av generaladvokat Tanchev i målet The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2020:1061, punkt 45 och fotnot 39).

[15] Se, exempelvis, dom av den 12 december 2019, G.S. och V.G. (Risk för den allmänna ordningen) (C-381/18 och C-382/18, EU:C:2019:1072, punkt 43), och dom av den 30 januari 2020, I.G.I. (C-394/18, EU:C:2020:56, punkt 48). Se även förslag till avgörande av generaladvokat Pikamäe i målet Deutsche Post m.fl. (C-203/18 och C-374/18, EU:C:2019:502, punkterna 43–62); förslag till avgörande av generaladvokat Bobek i målet J & S Service (C-620/19, EU:C:2020:649, punkterna 27–96); och mitt förslag till avgörande målet Baltijas starptautiskā akadēmija och Stockholm school of economics in Riga (C-164/21 och C-318/21, EU:C:2022:333, punkterna 57–64).

27. I förevarande mål framgår det av de upplysningar som den hänskjutande domstolen lämnade som svar på en begäran om information från domstolen att när direktiv 86/653 införlivades i nationell rätt (civillagen) hade den polska lagstiftaren uttryckt sin avsikt att behandla agenturavtal avseende varor och tjänster på ett enhetligt sätt med avseende på tillämpningen av de bestämmelser som följer av unionsrätten.

28. Därför bör artikel 7.1 b i direktiv 86/653 genom polsk rätt anses ha blivit direkt och ovillkorligen tillämplig på situationen i det nationella målet och det föreligger ett unionsrättsligt intresse av att EU-domstolen prövar den hänskjutande domstolens begäran om förhandsavgörande.

29. Därför anser jag att domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande i förevarande mål.

B. Saken i det nationella målet

1. Inledande iakttagelser om skillnaden mellan tvingande och icke bindande bestämmelser

30. I medlemsstaternas avtalsrätt görs åtskillnad mellan tvingande och icke bindande bestämmelser om materiella rättigheter och skyldigheter för parterna i avtalet.[16] Kort sammanfattat tillåter tvingande bestämmelser inga undantag och kan alltså inte avtalas bort av parterna i avtalet. Icke bindande bestämmelser måste inte ingå i avtalet, om parterna vill utforma sitt förhållande på ett annat sätt.

31. I många rättsliga system erkänns dessutom olika typer av tvingande och icke bindande bestämmelser.[17]

32. Tvingande bestämmelser kan vara helt och hållet tvingande, vilket innebär att parterna inte får avvika från dem. De kan också vara delvis tvingande. I sådant fall får bestämmelserna avtalas bort, men endast under vissa omständigheter. Delvis tvingande bestämmelser kan till exempel tillåta undantag som ligger i den svagare partens intresse eller som upprätthåller det centrala i bestämmelsen, eller vissa minimivillkor som krävs enligt lag.

33. På motsvarande sätt finns det inte enbart en enda typ av icke bindande bestämmelse. Med detta begrepp avser vi oftast så kallade kompletterande eller klassiska standardbestämmelser. Dessa icke bindande bestämmelser används för att fylla i de luckor som parterna har lämnat i ett avtal genom att avsiktligt eller oavsiktligt underlåta att reglera vissa aspekter av sina avtalsförhållanden. Det finns emellertid också andra typer av icke bindande bestämmelser. Bland annat finns det mallbestämmelser som fungerar som stöd när avtalet utformas och som visar olika möjligheter för parterna att lösa vissa frågor. Dessa mallbestämmelser verkar kunna indelas i åtminstone två kategorier: de kan erbjuda parterna en förteckning över alternativ utan att andra valmöjligheter utesluts (vilket jag kommer att beteckna som en icke tvingande öppen mallbestämmelse), eller så kan de begränsa parterna till enbart de valmöjligheter som specifikt anges i bestämmelsen.

[16] Se, exempelvis, Hesselink, M.W., ”Non-Mandatory Rules in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, vol. 1, 2005, s. 44; Grigoleit, H.C., ”Mandatory Law (Fundamental Regulatory Principles)”, i Basedow, J. m.fl., *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[17] Se, i detta avseende, Hesselink, ovan fotnot 16 i detta förslag till avgörande, s. 56–61.

34. Slutligen är det viktigt att konstatera att nationella avtalslagar använder olika teknik för att ange om vissa bestämmelser är tvingande eller icke bindande och vilken typ de tillhör. Ofta sägs inget i dessa lagar om den rättsliga karaktären hos en viss bestämmelse, utan det överlåts på domstolarna att klargöra sådana frågor.

35. Direktiv 86/653 utgör inget undantag från denna beskrivning. Det innehåller olika typer av tvingande och icke bindande bestämmelser och i direktivet används flera tekniker för att beskriva bestämmelsernas karaktär. [18]

36. När det gäller tvingande bestämmelser anges det uttryckligen i vissa bestämmelser i direktiv 86/653 att inga avvikelser av parterna är tillåtna. [19] Några bestämmelser är emellertid delvis tvingande till sin karaktär. I dem föreskrivs antingen minimibestämmelser från vilka parterna inte får avvika, [20] eller så medger de avvikelser, men enbart om det inte är till men för handelsagenten. [21] Vissa undantag är enbart tillåtna efter det att avtalet har upphört att gälla och kan alltså inte avtalas om på förhand. [22]

37. När det gäller icke bindande bestämmelser anges tydligt i vissa bestämmelser i direktiv 86/653 att de föreskrifter som fastställs i den berörda bestämmelsen är standardiserade och ska tillämpas i avsaknad av en överenskommelse i frågan mellan parterna. [23]

38. Slutligen innehåller vissa bestämmelser i direktiv 86/653 ingen information om huruvida de är tvingande eller icke bindande. [24] Detta är fallet med artikel 7.1 b i det direktivet, vars tolkning är föremål för förevarande begäran om förhandsavgörande. I själva verket sägs inget i direktiv 86/653 om karaktären hos artikel 7 som helhet i det direktivet.

2. Tolkning av artikel 7.1 b i direktiv 86/653

a) Ordalydelse

39. Frågan i förevarande mål är alltså huruvida parterna i agenturavtalet har rätt att avtala bort en handelsagents rätt till provision på återkommande transaktioner enligt artikel 7.1 b i direktiv 86/653.

40. Trots att det inte uttryckligen anges huruvida artikel 7.1 b i direktiv 86/653 är tvingande eller icke bindande anser jag att förevarande mål är ett av de sällsynta fall där svaret på den hänskjutande domstolens fråga går att härleda ur lydelsen av den bestämmelse som tolkningsfrågan avser.

[18] Se, i detta avseende, förslag till avgörande av generaladvokat Léger i målet Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:230, punkterna 81–91), och förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar i målet Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2016:809, punkterna 36 och 37).

[19] Se direktiv 86/653, artikel 5 (”Parterna får inte avtala om avvikelse från bestämmelserna i artikel 3 och 4.”); artikel 13.1 (”Avsägelse av denna rätt ska inte tillåtas.”).

[20] Se direktiv 86/653, artikel 15.2 (”Parterna får inte enas om kortare uppsägningstider.”).

[21] Se direktiv 86/653, artikel 10.4 (”Överenskommelser i syfte att avtala om avvikelse från punkt 2 och 3 till men för handelsagenten får inte träffas.”); artikel 11.3 (”Överenskommelser i syfte att avtala om avvikelse från punkt 1 till men för handelsagenten får inte träffas.”); artikel 12.3 (”Överenskommelser i syfte att avtala om avvikelse från punkt 1 och 2 till men för handelsagenten får inte träffas.”).

[22] Se direktiv 86/653, artikel 19 (”Parterna får inte avtala om avvikelse från bestämmelserna i artikel 17 och 18 till men för handelsagenten före agenturavtalstidens utgång”).

[23] Se direktiv 86/653, artikel 6.1 (”Om parterna inte har slutit något avtal …”); artikel 15.5 (”Såvida inte annat överenskommits mellan parterna …”).

[24] Utöver artikel 7 i direktiv 86/653 är detta även fallet till exempel i fråga om artiklarna 8, 9 och 10.1 i det direktivet.

41. Som framgår av punkt 4 i detta förslag till avgörande föreskrivs i artikel 7.1 i direktiv 86/653 att en handelsagent har rätt till provision under agenturavtalets giltighetstid

”a) i de fall då [avtalen] träffats som ett resultat av hans medverkan, *eller*

b) i de fall då dessa ingås med tredje man, som han tidigare skaffat som kund för samma slags uppgörelser.” [25]

42. Av användningen av ordet ”eller” i den bestämmelsen går det att dra slutsatsen att en handelsagent kan ha rätt till endera av de typer av provision som avses i leden a och b i artikel 7.1 i direktiv 86/653. [26]

43. Jag anser att ord saknar betydelse utanför det sammanhang i vilket de används. Lydelsen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653, som alltså inte kan läsas åtskild från artikel 7.1 a i det direktivet, tyder på att den bestämmelsen innehåller en icke bindande öppen mallbestämmelse (se punkt 33 i detta förslag till avgörande).

44. Därför menar jag att artikel 7.1 i direktiv 86/653 ger parterna förslag som de får välja bland när avtalet ingås. De båda angivna lösningarna kan ha valts av unionslagstiftaren som de vanligaste metoderna för att avtala om provision i fråga om agenturavtal. [27] Genom att välja mellan dessa alternativ kan parterna spara in på de transaktionskostnader som uppstår när avtal förhandlas. [28] Parterna är emellertid inte bundna av dessa mallbestämmelser utan får fritt välja ett annat alternativ.

45. Eftersom artikel 7.1 i direktiv 86/653 enbart ger parterna förslag kan bestämmelsen inte betecknas som tvingande, men den kan inte heller tolkas som en icke bindande standardbestämmelse. Anledningen är att den inte innehåller endast en bestämmelse för att reglera handelsagenten rätt till provision som skulle kunna användas för att fylla i luckan i avtalet om parterna har lämnat den öppen. [29] I stället erbjuder den ett val. Genom att leden a och b i artikel 7.1 i direktiv 86/653 separeras med ordet ”eller” kan parterna i agenturavtalet, eller den domstol som prövar tvisten mellan dem, inte hänvisa till den bestämmelsen utan att först göra ett val i fråga om den lösning som bestämmelsen erbjuder.

[25] Min kursivering. Ordet ”eller” används i andra språkversioner av direktiv 86/653, till exempel i de tyska, spanska, franska, kroatiska, italienska, portugisiska och slovenska texterna.

[26] Det bör påpekas att användningen av ordet ”eller” förekommer i andra bestämmelser i direktiv 86/653 och att ingen av de bestämmelserna betecknas som bindande eller delvis bindande. Se direktiv 86/653, artikel 7.2). Se även artiklarna 8 och 10.1 i det direktivet, som kan tolkas som att de inför en icke bindande öppen mallbestämmelse. I vissa bestämmelser som i direktiv 86/653 uttryckligen anges som tvingande används däremot ordet ”och”: se direktiv 86/653, artiklarna 11.1 och 17.2 a; se även artikel 17.3 i det direktivet, där lydelsen är ”och/eller”.

[27] Vad gäller de svårigheter som lagstiftaren möter i sökandet efter det bästa innehållet i icke bindande bestämmelser, se Hesselink, nämnd i fotnot 16 i detta förslag till avgörande, s. 77–83. För att hitta en lämplig bestämmelse kan man använda en sociologisk metod som tar hänsyn till befintlig praxis i fråga om vissa typer av avtal. Lagstiftarens val kanske också avspeglar dess förståelse av vilken typ av bestämmelse som är ekonomiskt mest effektiv eller vilken bestämmelse som avspeglar en lämplig avvägning mellan parternas intressen i typiska situationer.

[28] Vad gäller vikten av icke bindande bestämmelser för att spara in på transaktionskostnader, se, exempelvis, Hesselink, nämnd i fotnot 16 i detta förslag till avgörande, s. 46; Storme, M.E., ”Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract Law” *European Review of Private Law*, vol. 15, 2007, s. 233, på s. 237–238.

[29] Av samma skäl kan artikel 7.1 b i direktiv 86/653 inte, vilket Rigall Arteria Management och den polska regeringen hävdar, tolkas som en delvis tvingande bestämmelse som enbart tillåter parterna att göra undantag om detta skulle vara till gagn för handelsagenten. Som jag har påpekat är den möjlighet som anges i den bestämmelsen endast ett av alla alternativ för att reglera agentens provision.

46. Det är sant att ”eller” i vissa fall kan läsas som ”och”. [30] Detta skulle dock inte vara logiskt när det gäller artikel 7.1 i direktiv 86/653. Lydelsen av led b pekar på att det som beskrivs i led a redan har inträffat: en transaktion har genomförts som ett resultat av handelsagentens direkta insats. Det skulle kunna vara möjligt för en handelsagent att enbart erhålla den provision som anges i led a, men det skulle vara svårt (men inte omöjligt) att föreställa sig en handelsagent som erhåller enbart den provision som anges i led b för kunder som agenten ”tidigare har skaffat” för huvudmannen utan att förutsätta att en provision har betalats för de transaktioner som har genomförts med dessa kunder som ett resultat av handelsagentens direkta insatser enligt led a. Om unionslagstiftarens avsikt var att skapa en rätt till provision enligt led b som även medför provision enligt led a skulle två separata meningar uppdelade med ”eller” vara ett underligt sätt att uttrycka det på.

47. En tolkning som skulle kunna tillåta att artikel 7.1 i direktiv 86/653 läses som en mening som ger handelsagenten rätt till provision för både direkta och återkommande transaktioner skulle alltså kräva att ”eller” omvandlas till ”och” och även innebära att man bortser från att led a är en förutsättning för led b. Men även i det fallet skulle en sådan tolkning enbart omvandla artikel 7.1 i direktiv 86/653 till en enda bestämmelse utan att besvara frågan om den bestämmelsen är tvingande eller icke bindande.

48. Som jag kommer att visa är en sådan långsökt läsning av den berörda bestämmelsen vare sig motiverad av systembaserade skäl som med av avtalsfriheten att göra eller av syftet med direktiv 86/653, dess rättsliga historik och det sammanhang i vilken artikel 7.1 b i det direktivet ingår. [31] Dessa andra skäl för tolkningen, som jag nu kommer att behandla, ger med andra ord också stöd för att artikel 7.1 b i direktiv 86/653 bör tolkas som en icke bindande bestämmelse.

b) Systembaserade skäl som har samband med avtalsfriheten

49. Som framgår av domstolens fasta praxis måste bestämmelserna i unionsrätten tolkas mot bakgrund av de grundläggande rättigheterna, som är en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars efterlevnad domstolen ska säkerställa och som numera är stadfästa i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). [32] Med hänsyn till kravet på en systematisk tolkning vill jag inledningsvis konstatera att det är förenligt med principen om avtalsfrihet att betrakta artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som en icke bindande bestämmelse.

50. Den avtalsfrihet som Bank Handlowy och den tyska regeringen hänvisar till är en grundläggande princip i de nationella rättsordningarna och i unionsrätten. Den erkänns i artikel 16 i stadgan som en del av näringsfriheten. [33]

[30] Se, i synnerhet, dom av den 12 juli 2005, kommissionen mot Frankrike (C-304/02, EU:C:2005:444, punkt 83), där domstolen ansåg att ordet ”eller” i f.d. artikel 228.2 EG (numera artikel 260.2 FEUF) inte utesluter att ett engångsbelopp och ett löpande vite påförs samtidigt för samma överträdelse av unionsrätten av en medlemsstat.

[31] Som framgår av domstolens fasta praxis vid tolkningen av en unionsbestämmelse ska inte enbart lydelsen beaktas, utan också sammanhanget och de mål som eftersträvas med de föreskrifter som bestämmelsen ingår i. Se, exempelvis, dom av den 16 februari 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, punkt 27).

[32] Se, exempelvis, dom av den 25 maj 2016, Meroni (C-559/14, EU:C:2016:349, punkt 45) och dom av den 21 december 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, punkt 70).

[33] Se, exempelvis, dom av den 21 december 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, punkt 79). Som framgår av förklaringarna avseende stadgan kodifierar artikel 16 i stadgan rättspraxis från EU-domstolen, som redan erkänt avtalsfrihetens tillämplighet i unionsrätten. Se, i detta avseende, dom av den 5 oktober 1999, Spanien mot kommissionen (C-240/97, EU:C:1999:479, punkt 99) och dom av den 18 juli 2007, Société thermale d'Eugénie-Les-Bains (C-277/05, EU:C:2007:440, punkt 28); se även förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar i målet Thelen Technopark Berlin (C-261/20, EU:C:2021:620, punkterna 75–84).

51. Agenturavtal är kommersiella avtal (mellan företag) i den bemärkelsen att både handelsagenter och huvudmän är näringsidkare.[34] Det betyder att handelsagenturförhållanden i princip omfattas av avtalsfriheten, som skyddar båda parternas näringsfrihet. Denna frihet, som innefattar parternas frihet att fastställa avtalsvillkoren, är inte absolut. Den kan omfattas av motiverade begränsningar som, framför allt, måste vara föreskrivna i lag och vara proportionella, i enlighet med artikel 52.1 i stadgan.[35]

52. I förevarande mål finns emellertid ingen bestämmelse i direktiv 86/653 som tydligt anger att artikel 7.1 b i det direktivet är avsedd att begränsa avtalsfriheten.

53. Kommissionen hävdade vid förhandlingen att mål för det allmännas intresse, nämligen skyddet för handelsagenter som den svagare parten i agenturavtalet, stöder en begränsning av parternas avtalsfrihet i fråga om den provision som föreskrivs i artikel 7.1 b i direktiv 86/653, men faktum kvarstår att ingen sådan motivering föreskrivs i den relevanta unionsrätten i enlighet med artikel 52.1 i stadgan. Dessutom framstår en sådan begränsning som vare sig nödvändig eller lämplig för att skydda handelsagenter i alla möjliga situationer, vilket kommer att förklaras närmare nedan (se punkterna 63 och 65 i detta förslag till avgörande).

54. Detta innebär att det inte finns någon rättslig grund i direktiv 86/653 för att uppfatta artikel 7.1 b i det direktivet som en bindande eller delvis bindande bestämmelse i avsaknad av någon vederbörligen motiverad begränsning av parternas avtalsfrihet som, i enlighet med artiklarna 16 och 52.1 i stadgan, införs för parternas avtalsfrihet när det gäller att fritt välja typ av provision.

c) Syften

55. Tolkningen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som en icke bindande bestämmelse strider inte mot det direktivets syften.

56. Bedömningen att handelsagenter är den svagare parten i handelsagenturavtal kan ha påverkat unionslagstiftarens val att införa bindande bestämmelser i direktiv 86/653. Skyddet för handelsagenter är emellertid inte det enda, eller ens det främsta, syftet med direktivet.[36] Att farhågor om handelsagenters svagare ställning påverkade valet av vissa lösningar under beslutsprocessen betyder i vilket fall som helst inte att man, vilket kommissionen har föreslagit, kan dra slutsatsen att direktiv 86/653 enbart innehåller tvingande bestämmelser vars enda syfte är att skydda handelsagenter.

[34] Se punkt 17 i förevarande förslag till avgörande. Enligt kommissionens utvärdering av direktiv 86/653 från 2015 är de flesta handelsagenter små och medelstora företag eller egenföretagare, medan en majoritet av huvudmännen också är små och medelstora företag. Se Refit-rapporten, ovan i fotnot 10 i detta förslag till avgörande, punkterna 3.2.3 och 6.

[35] Enligt artikel 52.1 i stadgan får utövandet av de rättigheter som slås fast i stadgan begränsas, under förutsättning att begränsningarna föreskrivs i lag och att de är förenliga med fri- och rättigheternas väsentliga innehåll. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller mot behovet av skydd för andra människors fri- och rättigheter. Se, exempelvis, dom av den 21 december 2021, Bank Melli Iran (C-124/20, EU:C:2021:1035, punkt 83).

[36] Se, exempelvis, dom av den 3 december 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, punkt 23); dom av den 16 februari 2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, punkt 29) och dom av den 16 september 2021, The Software Incubator (C-410/19, EU:C:2021:742, punkt 48).

57. Det framgår tydligt av andra och tredje skälen i direktiv 86/653 att direktivets främsta syfte är att skapa en inre marknad för handelsagenter och undanröja hinder för handelsagenters och huvudmäns gränsöverskridande verksamhet.[37] I detta sammanhang är, vilket jag har nämnt i ett tidigare förslag till avgörande,[38] valet av en rättsakts rättsliga grund ett tecken på unionslagstiftarens avsikt, vilket är objektivt fastställbart i unionsrätten. Direktiv 86/653 antogs på dubbla rättsliga grunder för den inre marknaden (se punkt 18 i detta förslag till avgörande). Detta visar att grundtanken med direktivet är att undanröja hindren för gränsöverskridande agenturavtal.[39]

58. Detta syfte uppnås genom att ”skillnaderna mellan de nationella lagarna” undanröjs, vilket erkänns som det främsta hindret i det andra skälet i direktiv 86/653. Att erbjuda parterna i agenturavtal en uppsättning harmoniserade bestämmelser (som kan vara tvingande, delvis tvingande, standardiserade eller utformade som en mall) i hela EU är alltså den metod som unionslagstiftaren har valt för att göra det lättare för handelsagenter och huvudmän i olika medlemsstater att ingå gränsöverskridande agenturavtal.[40]

59. Unionslagstiftaren kan och bör ta hänsyn till hur skyddet för handelsagenter som den svagare parten i agenturavtal ska säkerställas när man avgör vad harmoniserade bestämmelser lämpligen bör innefatta.[41] Det innebär dock inte att sådant skydd utgör, eller, enligt den nuvarande uppdelningen av befogenheter mellan EU och dess medlemsstater, kan vara ett fristående mål för direktiv 86/653.[42]

60. Domstolen har erkänt att ett adekvat skydd för handelsagenter är ett berättigat intresse.[43] Därför är skyddet för handelsagenter ett av de mål som ingår i systemet för direktiv 86/653.

[37] Andra och tredje skälen i direktiv 86/653 har följande lydelse:
”Skillnaderna inom gemenskapen mellan de nationella lagarna om handelsrepresentation påverkar i hög grad konkurrensvillkoren för och utövandet av denna näringsverksamhet samt försämrar både det befintliga skyddet för handelsagenter gentemot deras huvudmän och skyddet för affärsuppgörelser. Dessutom är dessa skillnader av sådant slag att de försvårar möjligheterna att ingå och genomföra avtal om handelsrepresentation mellan huvudman och handelsagent i olika medlemsstater.
Varuhandeln mellan medlemsstaterna bör ske på villkor liknande dem som gäller inom ett enskilt medlemsland, vilket nödvändiggör ett inbördes närmande mellan medlemsstaternas rättssystem i den utsträckning som krävs för en väl fungerande gemensam marknad. I detta hänseende undanröjs inte de ovannämnda skillnaderna genom föreskrifterna om lagvalsklausuler, även om de skulle göras likformiga, och därför är den föreslagna harmoniseringen nödvändig, trots att dessa föreskrifter finns.”

[38] Se mitt förslag till avgörande i målet kommissionen mot Danmark (AOP Feta) (C-159/20, EU:C:2022:198, punkt 64).

[39] Se, i detta avseende, Refit-rapporten, ovan fotnot 10 i detta förslag till avgörande, punkt 3.1.

[40] Domstolen har bekräftat vikten av det mål för den inre marknaden som eftersträvas med direktiv 86/653. Se, exempelvis, dom av den 30 april 1998, Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, punkt 17), där domstolen, i samband med att den slog fast att nationella bestämmelser om registrering av avtal strider mot direktivet, att dessa bestämmelser ”i hög grad försvårar möjligheterna att ingå och genomföra agenturavtal mellan parter i olika medlemsstater”.

[41] Se, i det avseendet, det femte skälet i direktiv 86/653, där det hänvisas till ”principerna” i nuvarande artikel 151 FEUF om socialpolitik när ”medlemsstaternas lagar rörande handelsagenter harmoniseras”.

[42] Unionslagstiftarens möjlighet, eller rentav skyldighet, att pröva olika frågeställningar (däribland frågor om harmonisering för vilka unionen saknar fristående behörighet) när den antar bestämmelser om tillnärmning av de nationella lagstiftningarna i syfte att säkerställa upprättandet av den inre marknaden och dess funktion, bekräftades i domstolens praxis om nuvarande artikel 114 FEUF. Se, bland annat, dom av den 5 oktober 2000, Tyskland mot parlamentet och rådet (Reklam för tobak) (C-376/98, EU:C:2000:544), eller, mer nyligen, dom av den 4 maj 2016, Polen mot parlamentet och rådet (C-358/14, EU:C:2016:323), och dom av den 4 maj 2016, Philip Morris Brands m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325).

[43] Se, i detta avseende, dom av den 17 januari 2008, Chevassus-Marche (C-19/07, EU:C:2008:23, punkt 22); dom av den 19 april 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, punkt 33); och dom av den 17 maj 2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, punkt 41). Se även förslag till avgörande av generaladvokat i målet Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, punkt 31).

61. Syftet med att behandla agenternas svagare ställning är att återupprätta den ekonomiska jämvikten i det rättsliga förhållandet mellan handelsagenter och huvudmän.[44] Lagstiftningsåtgärder är således nödvändiga i de situationer där lagstiftaren anser att det föreligger ett betydande marknadsmisslyckande.[45]

62. Den polska regeringen och den hänskjutande domstolen har framfört att det föreligger ett sådant misslyckande på marknaden för handelsagenturer i Polen. De har angett att den marknaden är asymmetrisk i den bemärkelsen att huvudmän kan erbjuda agenter standardiserade avtal utan att ge dem möjlighet att förhandla om avtalsvillkoren.

63. Även om detta skulle kunna vara en egenskap hos den polska marknaden för handelsagenturer, eller åtminstone för den marknaden inom området finansiella tjänster, kan direktiv 86/653 inte tolkas enbart för att passa marknaden i en medlemsstat. Om unionslagstiftaren hade konstaterat en sådan asymmetrisk förhandlingsposition mellan handelsagenter och huvudmän i hela EU skulle man alltså kunna tänka sig att lagstiftaren hade hanterat det på lämpligt sätt. Man skulle till exempel kunna tänka sig att icke förhandlade avtalsvillkor som leder till betydande obalans ogiltigförklaras. En sådan lösning, och det kan även finnas andra, skulle vara mindre begränsande för avtalsfriheten än en tvingande bestämmelse som förhindrar parterna att förhandla om typen av provision.

64. Som påpekas av den tyska regeringen innehåller dessutom medlemsstaternas rättsordningar principer om ett allmänt skydd för avtalsparter när det föreligger betydande obalans mellan dem. Sådana bestämmelser skulle vara tillämpliga på handelsagenter i situationer där de, till exempel, i orimlig omfattning har berövats provision.

65. Vidare bör vi inte glömma att direktiv 86/653 omfattar en stor mängd möjliga kommersiella förhållanden, där såväl handelsagenter som huvudmän kan ha andra intressen.[46] En tolkning av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som en tvingande bestämmelse kanske inte skulle utgöra ett skydd för handelsagenter i vissa typer av agenturförhållanden. Om bestämmelsen skulle tolkas som tvingande skulle den emellertid hindra handelsagenter och huvudmän att hitta den lösning som passar bäst för deras avtal.

66. En tolkning av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som tvingande skulle alltså inte nödvändigtvis bidra till skyddet för handelsagenter och skulle, vilket Bank Handlowy påpekar, riskera att störa funktionen på marknaden för handelsagenter. Huvudmän som i sin beräkning inte har tagit hänsyn till behovet av att betala den berörda provisionen kanske väljer andra lösningar, till exempel genom att sänka grundprovisionen, begränsa eller utesluta kostnader för handelsagenter som huvudmännen ersätter eller andra delar av ersättningen, eller kanske upphör att anlita en handelsagent helt och hållet.

[44] Se, i detta avseende, förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar i ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:15, punkterna 36 och 37).

[45] Se, i detta avseende, Weatherill, S., ”Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?”, *European Review of Private Law*, vol. 12, 2004, s. 633, på s. 635. Se även Zamir, E. och Ayres, I., ”A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design”, *Texas Law Review*, vol. 99, 2020, s. 283, på s. 292.

[46] Se, i detta avseende, dom av den 4 juni 2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, punkt 30).

67. Slutligen och framför allt bör det också påpekas att handelsagenter inte enbart skyddas av tvingande bestämmelser, utan också av den rättsliga säkerhet[47] som de harmoniserade bestämmelserna medför.[48] Ett klargörande av karaktären hos artikel 7.1 b i direktiv 86/653 kommer därför att bidra till målen för direktivet, oavsett om bestämmelsen tolkas som tvingande eller icke bindande.

d) Förarbeten

68. Förarbetena till artikel 7.1 b i direktiv 86/653 stöder också en tolkning av den bestämmelsen som icke bindande.

69. Som framgår av domstolens praxis i fråga om direktiv 86/653,[49] har den ansett att förarbetena till en unionsrättsakt är användbara för att utröna unionslagstiftarens avsikt med rättsakten eller en viss bestämmelse i den. Detta gäller i synnerhet om det under beslutsprocessen har gjorts en ändring av den bestämmelsen som gör det möjligt att sluta sig till unionslagstiftarens avsikt, vilket är fallet i förevarande mål.

70. I kommissionens ursprungliga förslag[50] ingick artikel 7.1 i direktiv 86/653 i form av utkast till artikel 12.1.[51] Den sistnämnda bestämmelsen togs upp i en specifik förteckning över tvingande bestämmelser i förslaget till direktiv, som återgavs i utkastet till artikel 35, där det angavs att ”[v]arje villkor genom vilket parterna, till men för agenten, avviker från de bestämmelser som anges i det följande ska vara ogiltigt”.[52]

71. I sitt yttrande om förslaget[53] betonade Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs i synnerhet att utkastet till artikel 35 var avgörande för direktivet som helhet eftersom däri fastställs omfattningen av och gränserna för parternas möjligheter att själva avtala om närmare bestämmelser i agenturförhållandet och därför måste bibehållas i förslaget till direktiv.

47 Se, i detta avseende, dom av den 26 mars 2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, punkt 31).

48 För synpunkter som bekräftar att harmonisering kan genomföras genom icke bindande bestämmelser, se, exempelvis, Hesselink, ovan i fotnot 16 i detta förslag till avgörande; Storme, ovan i fotnot 28 i detta förslag till avgörande; Gutman, K., *The Constitutional Foundations of European Contract Law: A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

49 Se, i detta avseende, dom av den 30 april 1998, Bellone (C-215/97, EU:C:1998:189, punkterna 11 och 16) och dom av den 28 oktober 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, punkt 40); beslut av den 6 mars 2003, Abbey Life Assurance (C-449/01, ej publicerat, EU:C:2003:133, punkt 15). Se även, bland annat, förslag till avgörande av generaladvokat Wahl i målet Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:503, punkt 39), och förslag till avgörande av generaladvokat Szpunar i målet Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2016:809, punkterna 48–54).

50 Se kommissionen, lika rättigheter för handelsagenter. Förslag till rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter, KOM(76) 670 av den 13 december 1976, (nedan kallat förslaget).

51 I utkast till artikel 12.1 anges följande: ”Handelsagenten ska ha rätt till provision på handelstransaktioner som genomförs i avtalsvalutan
a) när transaktionen har förmedlats av handelsagenten, eller
b) när transaktionen ingås med tredje man, med vilken agenten tidigare har förhandlat eller kommit överens om en transaktion som omfattas av villkoren för dennes agentur, eller
c) när handelsagenten utses för att täcka ett visst geografiskt område eller en viss grupp av personer och transaktionen ingås i det geografiska området eller med en person som tillhör den grupp, oavsett om transaktionen har förhandlats eller överenskommits på annat sätt än genom den handelsagenten.” Se förslaget, angivet i fotnot 50 i detta förslag till avgörande, s. 10.

52 Se förslaget, ovan fotnot 50 i detta förslag till avgörande, utkast till artikel 35.1, s. 16 och kommentar s. 25–26.

53 Se Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande om förslaget till rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter (EGT C 59, 1978, s. 31) (*ej översatt till svenska*), punkterna 2.9.6–2.9.8.

72. I sin första behandling av förslaget[54] ansåg Europaparlamentet däremot att den långa förteckningen över tvingande bestämmelser i utkastet till artikel 35 ledde till att det föreslagna direktivet blev alltför oflexibelt och begärde att den bestämmelsen skulle ändras.

73. I kommissionens reviderade förslag[55] kortades artikel 35 därför ”för att medge större flexibilitet” och flera bestämmelser avlägsnades. I förteckningen över tvingande bestämmelser i den ändrade versionen av den bestämmelsen hänvisades därför i synnerhet till den kommitté som anges i utkast till artikel 12.1 a, och det hänvisades inte längre till de övriga leden, inbegripet den provision på återkommande transaktioner som angavs i led b i den bestämmelsen.[56]

74. Under beslutsprocessens gång gjordes en överenskommelse om att avlägsna hänvisningen till led a i utkastet till artikel 12.1 från förteckningen över tvingande bestämmelser i utkastet till artikel 35.[57] Till sist beslutades att utkastet till artikel 35 skulle avlägsnas i sin helhet och att det närmare skulle anges i den specifika artikeln huruvida bestämmelserna i bestämmelserna i förslaget till direktiv var tvingande.[58]Detta synsätt har vidhållits i den slutliga versionen av direktiv 86/653.[59]

75. Avlägsnandet av den bestämmelse som motsvarar artikel 7.1 b i direktiv 86/653 från förteckningen över tvingande bestämmelser i utkastet till artikel 35 och överenskommelsen om att avgränsa den tvingande karaktären hos bestämmelserna i direktivet per artikel, samt avsaknaden av en uttrycklig angivelse av att bestämmelsen är tvingande innebär således att det går att dra slutsatsen att det inte var unionslagstiftarens avsikt att artikel 7.1 b i direktiv 86/653 skulle vara en tvingande bestämmelse.[60]

76. Därför är jag inte övertygad av argumenten från Rigall Arteria Management, den polska regeringen och kommissionen, som i princip ifrågasätter relevansen hos förarbetena till direktiv 86/653 med hänvisning till de betydande ändringar som ledde fram till direktivets slutliga

[54] Se Europaparlamentets betänkande om Europeiska gemenskapernas kommissions förslag (dok. 514/76) till direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter, motivering, dokument 222/78, av den 27 juli 1978, punkterna 110 och 111, och resolutionen om Europaparlamentets yttrande över Europeiska gemenskapernas kommissionens förslag till rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter, av den 12 september 1978 (EGT C 239, 1978, s. 18) (*ej översatt till svenska*), punkt 17.

[55] Se kommissionen, ändring av förslaget till rådets direktiv om samordning av medlemsstaternas lagstiftning om (självständiga) handelsagenter, KOM(78) 773 slutlig, av den 22 januari 1979 (nedan kallat det ändrade förslaget), motiveringen, s. 8–9, och utkast till artikel 35.1, s. 21.

[56] I kommissionens ändrade förslag var utkastet till artikel 12.1 oförändrat, med undantag för led b, som ändrades på följande sätt: ”i de fall transaktionen ingås med tredje man *som han tidigare skaffat som kund för samma slags uppgörelser*”. Se det ändrade förslaget, ovan fotnot 55 i detta förslag till avgörande, motiveringen s. 4 och utkastet till artikel 12.1, s. 10–11.

[57] Se, i detta avseende, rådets dokument 6877/80, den 6 maj 1980, s. 16. Det är värt att notera att, vilket angavs i vissa institutionella handlingar som utfärdades i ett tidigt skede, majoriteten av medlemsstaterna förordade den icke bindande utformningen av utkastet till artikel 12, medan kommissionen betraktade den som tvingande, med möjlighet till avvikelser i förekommande fall. Se rådets dokument 7527/81, den 23 juni 1981, s. 4. När utkastet till artikel 35 sedan avlägsnades verkade majoriteten av medlemsstaternas delegationer ställa sig bakom utkastet till artikel 12.1 som tvingande. Se, exempelvis, rådets dokument 7381/83, av den 9 juni 1983, s. 8 fotnot 4; rådets dokument 7379/86, av den 4 juni 1986, s. 8 fotnot 6. Detta togs emellertid inte in i den slutliga versionen av direktiv 86/653.

[58] Se, i detta avseende, rådets dokument 5442/82, den 10 mars 1982, s. 2; rådets dokument 7013/83, den 18 maj 1983, s. 5; rådets dokument 7778/83, den 17 juni 1983, s. 9; rådets dokument 7379/86, den 4 juni 1986, s. 22.

[59] Dessutom fanns det ett förslag från vissa medlemsstater vid den tidpunkten (nämligen Konungariket Danmark, med stöd från Förbundsrepubliken Tyskland, Konungariket Nederländerna och Förenade Konungariket Storbritannien och Nordirland) om att inkludera en bestämmelse i förslaget till direktiv för att bekräfta avtalsfriheten och således klargöra att om det inte angavs att en viss bestämmelse i förslaget till direktiv var tvingande, stod det parterna fritt att avvika från den. Det förslaget togs inte in i den slutliga lydelsen. Se, i detta avseende, rådets dokument 7013/83, den 18 maj 1983, s. 5; rådets dokument 7251/83, den 14 juni 1983, s. 7.

[60] När det gäller det historiska sammanhanget för direktiv 86/653 är det värt att påpeka att Beneluxkonventionen om handelsagenter, som undertecknades i Haag den 26 november 1973, men som inte trädde i kraft på grund av att den inte ratificerades av Konungariket Belgien och Storhertigdömet Luxemburg, låg till grund för diskussionerna under beslutsprocessen för det direktivet. Artikel 5.1 i den konventionen, som liknande utkastet till artikel 12.1 i kommissionens ursprungliga och ändrade förslag, nämndes inte i den specifika förteckningen över tvingande bestämmelser i artikel 19 i konventionen.

lydelse, i kontrast till kommissionens förslag och till den omständighet att unionslagstiftaren tillämpade ett annat synsätt i artikel 6 i direktiv 86/653, vilket de menar stöder en tolkning av artikel 7.1 b i det direktivet som tvingande.

77. Det är sant att många bestämmelser i kommissionens ursprungliga och ändrade förslag inte återfinns i direktiv 86/653. Men bestämmelser som motsvarar artikel 6 i direktiv 86/653 fanns med i båda dessa förslag.[61] Att lydelsen av artikel 6.3 i direktiv 86/653 inte ingick i dessa förslag utan lades till senare i beslutsprocessen[62] överskuggar eller ogiltigförklarar inte heller unionslagstiftarens val att avgränsa bestämmelsernas tvingande karaktär i den berörda artikeln, vilket den inte gjorde för artikel 7.1 b i det direktivet.

e) Bakgrund

78. Den föreslagna tolkningen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som icke bindande strider inte mot det direktivets syften.

79. Med hänsyn till förarbetena till direktiv 86/653 och precis som påpekas av Bank Handlowy och den tyska och den italienska regeringen, tyder direktivets allmänna systematik på att de bestämmelser som parterna inte får göra avvikelser från fastställs på ett exakt och detaljerat sätt och deras tvingande karaktär anges uttryckligen i den specifika artikeln. Detta är särskilt fallet i fråga om de bestämmelser i direktiv 86/653 som ingår i kapitel III i det direktivet och som avser ersättning, vilket framgår av artiklarna 10.4), 11.3 och 12.3 i det kapitlet. Det finns även liknande bestämmelser i andra kapitel i direktiv 86/653.[63]

80. Detta tyder starkt på att de bestämmelser som införs genom direktiv 86/653 och som inte uttryckligen beskrivs som tvingande i princip är icke bindande bestämmelser.[64] I avsaknad av sådana uttryckliga angivelser i direktiv 86/653 bör artikel 7.1 b i det direktivet följaktligen betraktas som en icke bindande bestämmelse. Som betonas av Bank Handlowy verkar det inte logiskt att unionslagstiftaren skulle fastställa en uppsättning uttryckligen angivna tvingande bestämmelser i direktiv 86/653 om samtliga bestämmelser i det direktivet var tvingande.

81. Till stöd för en tolkning av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som tvingande lade Rigall Arteria Management, den polska regeringen och kommissionen fram ett argument som utgår från artikel 6.3 i det direktivet. Där anges följande: ”Artikel 7–12 ska tillämpas endast om handelsagenten helt eller delvis uppbär ersättning i form av provision.” Av detta drar de slutsatsen att artiklarna 7–12 i direktiv 86/653 i motsatta fallet måste tillämpas, om parterna väljer provision som en form av ersättning till handelsagenten (även om provision väljs som enbart en del av ersättningen). Detta betyder att artikel 7.1 b i direktiv 86/653 är en tvingande bestämmelse om handelsagenten får ersättning i form av provision.

[61] Se förslaget, ovan fotnot 50 i detta förslag till avgörande, utkast till artikel 11, s. 10, och kommentar, s. 20. Artikel 11 första stycket motsvarar till stora delar artikel 6.2 i direktiv 86/653 och andra stycket i den artikeln motsvarar artikel 6.3 i direktiv 86/653. I det tredje stycket i utkastet till den artikeln, som inte återfinns i direktiv 86/653, angavs följande: ”Agenturavtal som utesluter agentens rätt till provision ska vara ogiltiga.” Se även det ändrade förslaget, ovan fotnot 55 i detta förslag till avgörande, motiveringen s. 3 och utkastet till artikel 11, s. 10 (där en hänvisning till ersättning in natura läggs till och följdordningen ändras för vissa stycken).

[62] Se, i detta avseende, rådets dokument 9253/80, av den 13 augusti 1980, s. 11 (första behandling); rådets dokument 7527/81, av den 23 juni 1981, s. 3 (andra behandling); rådets dokument 7348/82, av den 2 juni 1982, s. 11–12 (tredje behandling). Som anges i vissa institutionella handlingar verkar lydelsen av artikel 6.3 i direktiv 86/653 i själva verket härröra från vissa ändringsförslag från Konungariket Belgien och Förbundsrepubliken Tyskland avseende utkasten till artiklarna 12 och 13 (motsvarande artiklarna 7 och 8 i direktiv 86/653). Se rådets dokument 6877/80, av den 6 maj 1980, s. 15 och 19.

[63] Se direktiv 86/653, artiklarna 5, 13.1, 15.2 och 19.

[64] Se, i detta avseende, förslag till avgörande av generaladvokat Cosmas i målet Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:274, punkt 23, fotnot 13).

82. Jag anser inte att detta argument är övertygande. Jag kan hålla med om att artikel 6.3 i direktiv 86/653 innebär att artikel 7 i direktivet är tillämplig om parterna har avtalat om ersättning i form av provision. Men bara för att bestämmelsen är tillämplig innebär detta inte att den är tvingande.

83. Om artikel 6.3 i direktiv 86/653 uttryckligen tillåter parterna att utesluta provision helt och hållet som en form av ersättning till handelsagenten, skulle det dessutom, vilket Bank Handlowy påpekar, förefalla tillåtet att utesluta en typ av provision, exempelvis den provision som föreskrivs i artikel 7.1 b i samma direktiv.

84. Artikel 6.3 i direktiv 86/653 tyder alltså på att parterna i agenturavtalet fritt kan bestämma hur de arrangerar ersättningen till handelsagenten och att de, om de väljer provision, kan luta sig mot bestämmelserna i artiklarna 7–12 i direktiv 86/653. Det innefattar mallbestämmelserna för de möjliga typerna av provision i enlighet med artikel 7.1 i det direktivet.

85. Tolkningen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som icke bindande strider alltså inte mot artikel 6.3 i det direktivet.

86. Som stöd för att artikel 7.1 b i direktiv 86/653 är tvingande har Rigall Arteria Management dessutom framfört ett argument som baseras på artiklarna 17–19 i det direktivet och som går ut på att om rätten till provision på återkommande transaktioner inte var tvingande skulle detta kunna påverka beloppet för det skadestånd eller den gottgörelse som handelsagenter har rätt till på grundval av artikel 17 i direktivet när agenturavtalet hävs. Eftersom artikel 19 i direktiv 86/653 förbjuder avvikelse från artiklarna 17 och 18 i direktivet till men för handelsagenten går argumentet i princip ut på att en tolkning av artikel 7.1 b i det direktivet som icke bindande skulle påverka den delvis tvingande karaktären hos artiklarna 17 och 18 i direktivet. [65]

87. Detta argument är inte övertygande. För det första, som erkänns i domstolens rättspraxis [66] bedöms fastställandet av det skadestånd och den gottgörelse som föreskrivs i artiklarna 17 och 18 i direktivet 86/653 på grundval av alla relevanta omständigheterna i varje enskilt agenturavtal och beror inte uteslutande på handelsagentens förlorade provision. För det andra, även om det genomsnittliga provisionsbeloppet för en agent skulle kunna påverka det ersättningsbelopp som agenten har rätt till efter det att avtalet har upphört, påverkar detta inte den delvis tvingande karaktären av artiklarna 17 och 18 i direktiv 86/653 och talar inte heller till förmån för den tvingande karaktären av artikel 7.1 b i samma direktiv.

88. Tolkningen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som icke bindande strider alltså inte mot artiklarna 17–19 i det direktivet.

[65] Det är viktigt att påpeka att domstolen baserade sina slutsatser om den tvingande karaktären hos artiklarna 17 och 18 i direktiv 86/653 på den uttryckliga bestämmelsen i artikel 19 i direktivet, som förbjuder avvikelse från de bestämmelserna till men för handelsagenten. Se dom av den 9 november 2000, Ingmar (C-381/98, EU:C:2000:605, särskilt punkterna 21–24); se även, i det avseendet, domarna av den 17 oktober 2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, punkt 40), och den 19 april 2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, punkterna 32 och 34–36).

[66] Se, vad beträffar artikel 17 i direktiv 86/653, dom av den 26 mars 2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, punkterna 19 och 20); dom av den 28 oktober 2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, punkt 44); dom av den 3 december 2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, punkt 28); och dom av den 7 april 2016, Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2016:211, punkt 27). Se även kommissionen, Rapport om tillämpningen av artikel 17 i rådets direktiv om samordningen av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter (86/653/EEG), KOM(96) 364 slutlig, av den 23 juli 1996, särskilt s. 2–4.

89. Slutligen hävdar Rigall Arteria Management, den polska regeringen och kommissionen att det vore ologiskt av unionslagstiftaren om vissa villkor som rörde rätten till ersättning skulle omfattas av kravet på en överenskommelse mellan parterna, men inte andra, exempelvis bestämmelserna om när handelsagentens rätt till provision bortfaller enligt artikel 11 i direktiv 86/653.

90. Här måste det förklaras att frågan om vid vilken tidpunkt rätten till provision uppkommer eller bortfaller enbart är relevant om det fanns en sådan rätt till provision från början. Det finns ingen anledning att göra en typ av provision tvingande enbart för att det finns tvingande bestämmelser om bortfall av rätten till provision, när det har avtalats om en sådan provision.

91. Dessutom har domstolen i sin praxis [67] fastställt att artikel 7 i direktiv 86/653 bör läsas mot bakgrund av artiklarna 10 och 11 i det direktivet. I de artiklarna fastställs bestämmelser som generellt handlar om när handelsagentens rätt till provision uppkommer och när den bortfaller. Det bör dock påpekas att i denna rättspraxis behandlades inte den tvingande karaktären hos artikel 7 i direktiv 86/653. De sistnämnda bestämmelserna innehåller dessutom uttryckliga angivelser i artiklarna 10.4 och 11.3 i det direktivet där parterna förbjuds att avvika från de berörda bestämmelserna till men för handelsagenten. Detta är inte fallet med artikel 7.1 b i det direktivet.

92. Tolkningen av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som icke bindande strider alltså inte mot artiklarna 10 eller 11 i det direktivet.

[67] Se, i detta avseende, dom av den 17 januari 2008, Chevassus-Marche (C-19/07, EU:C:2008:23, punkterna 17–21), och dom av den 17 maj 2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, punkt 40).

93. Innan jag avslutar bör det tilläggas att enligt den information som domstolen har tillgång till är en tolkning av artikel 7.1 b i direktiv 86/653 som icke bindande förenlig med det synsätt som har intagits i flera medlemsstaters rätt och rättspraxis, däribland Tyskland,[68] Italien, Österrike och Polen,[69] med flera.[70] En sådan tolkning finner också stöd i ett antal akademiska skrifter,[71] däribland vissa forskningsgrupper som arbetar med europeisk privaträtt.[72]

94. Följaktligen anser jag, på grundval av samtliga skäl som beskrivs ovan, att artikel 7.1 b i direktiv 86/653 bör uppfattas som en icke bindande bestämmelse och därför får ändras eller uteslutas av parterna i agenturavtalet.

V. Förslag till avgörande

95. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara den tolkningsfråga som Sąd Najwyższy (Högsta domstolen, Polen) har ställt på följande sätt:

Artikel 7.1 b i rådets direktiv 86/653/EEG av den 18 december 1986 om samordning av medlemsstaternas lagar rörande självständiga handelsagenter ska tolkas så, att en handelsagents rätt till den provision som avses i den bestämmelsen får ändras eller uteslutas genom avtal.

[68] Som anges av den tyska regeringen har det bekräftats i tysk rättspraxis att de bestämmelser i tysk rätt som införlivar artikel 7.1 b i direktiv 86/653 betraktas som icke bindande.

[69] I detta avseende hävdar Rigall Arteria Management och Bank Handlowy att det dominerande synsättet i polsk rättspraxis är att artikel 761 § 1 i civillagen är icke bindande. Rigall Arteria Management påpekar dock att åsikterna går isär i den akademiska litteraturen och den polska regeringen betonar, precis som anges i tolkningsfrågan, att Sąd Najwyższy (Högsta domstolen) kommer att pröva frågan för första gången i förevarande mål.

[70] Det bör påpekas att Rigall Arteria Management i sina skriftliga yttranden nämner tre medlemsstater (Tyskland, Österrike och Polen) i vilka de berörda nationella bestämmelser som införlivar artikel 7.1 b i direktivet 86/653 uppenbarligen betraktas som icke bindande och en medlemsstat (Belgien) i vilken de uppenbarligen är tvingande, medan Bank Handlowy hänvisar till sju medlemsstater (Tjeckien, Tyskland, Italien, Österrike, Polen, Finland och Sverige) som uppenbarligen betraktar sådana bestämmelser som icke bindande. Se dessutom, i detta avseende, Bogaert, G. och Lohmann, U. (red.), *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of the European Union*, tredje utgåvan, Kluwer, Haag, 2000, s. 67–676.

[71] I en stor del av den akademiska litteraturen betraktas bestämmelserna i 7.1 b i direktiv 86/653 som icke bindande. Se, exempelvis, Crahay, P., ”La directive européenne relative aux agents commerciaux indépendents”, *Tijdschrift voor Belgish Handelsrecht/Revue de droit commercial belge*, vol. 10, 1987, s. 564, på s. 576–580; Saintier och Scholes, ovan fotnot 3 i detta förslag till avgörande, s. 109 och 115–118; Randolph, F. och Davey, J., *The European Law of Commercial Agency*, tredje utgåvan, Hart, Oxford, 2010, s. 79–80; Singleton, ovan i fotnot 3 i detta förslag till avgörande, s. 98. Det finns emellertid också andra synsätt. De Theux, A., *Le statut européen de l'agent commercial: Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bryssel, 1992, s. 116–117 och 357–365, hävdar till exempel att sådana bestämmelser bör betraktas som delvis tvingande. Se även Rott-Pietrzyk, E. and Grochowski, M., ”Prowizja agenta w czasie trwania umowy (imperatywny czy dyspozytywny charakter regulacji i wynikające z tego konsekwencje)”, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2018, s. 73, som, vilket Rigall Arteria Management nämner, hävdar att artikel 761 § 1 i civillagen bör uppfattas som en tvingande bestämmelse.

[72] Det är värt att notera att, precis som angavs av Rigall Arteria Management, vad beträffar det akademiska arbetet inom ramen för europeisk privaträtt förefaller en akademisk grupp i sitt arbete betrakta be berörda bestämmelserna om provision som tvingande (se 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, artikel 7:H-02: Mandatory Nature, s. 36). Andra akademiska grupper förefaller emellertid inta en annan ståndpunkt i sitt arbete och anger alltså inte att sådana bestämmelser är tvingande (se, i det avseendet, Hesselink, M.W. m.fl. (red.), *Principles of European Law, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Sellier, München, 2006, s. 93–95 och 173–177; von Bar, C. och Clive, E. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, den fullständiga utgåvan, vol. 3, Sellier, München, 2009, s. 2282–2283 och 2349–2353).