

ODPRAVNINA TRGOVSKEGA ZASTOPNIKA

SEBASTJAN KERČMAR

Odvetniška družba dr. Kerčmar in partnerji o.p., d.o.o., Nova Gorica, Slovenija
sebastjan@odvetnik-kerčmar.si

Prispevek prikaže ureditev odpravnine trgovskega zastopnika v slovenskem pravnem redu in opozori na nekatere dileme, ki se pojavljajo v zvezi z njo. Ena izmed ključnih dilem je med drugim tudi vprašanje skladnosti določil OZ, ki urejajo odpravnino trgovskega zastopnika, z Agentsko direktivo. Slovenski zakonodajalec je v OZ poleg odpravnine, ki jo ureja Agentska direktiva, hote ali nehote vpeljal še dve dodatni pravici do odpravnine, ki odpirata številna dodatna vprašanja. Zaradi na videz malenkostnih, vendar vsekakor pomembnih razlik, pa se pojavljajo tudi vprašanja v zvezi z odpravnino, kot jo določa Agentska direktiva. Ta sicer že sama po sebi odpira mnogo vprašanj in je predmet številnih odprtih primerov pred Sodiščem EU.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.5](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.5)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
trgovski zastopnik,
naročitelj,
pogodba o trgovskem
zastopanju,
plačilo,
provizija,
odpravnina,
odškodnina,
pravičnost

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.5](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.5)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:
commercial agent,
principal,
agency contract,
remuneration,
commission,
indemnity,
compensation,
equity

INDEMNITY FOR A COMMERCIAL AGENT

SEBASTJAN KERČMAR

Dr. Kerčmar & Partners Law Firm, Ltd., Nova Gorica, Slovenia
sebastjan@odvetnik-kerckmar.si

The article addresses the regulation of indemnity for a commercial agent in Slovenian legislation and highlights some issues associated with it. One of the key issues is the question of the compatibility of the provisions of the Obligations Code (OZ), which regulate the indemnity for a commercial agent, with the Agency Directive. In addition to the right to indemnity afforded to commercial agents by the provisions of the Obligations Code which implement the provisions of the Agency Directive regarding the indemnity, the Slovenian legislator has, whether intentionally or unintentionally, introduced two additional rights to indemnity, that give rise to numerous additional questions. Due to seemingly minor but certainly significant deviations, questions also arise regarding the right to indemnity according to the provisions of the Obligations Code implementing the provisions of the Agency Directive. The indemnity as regulated in the Agency Directive itself raises many questions and is the subject of numerous open cases before the Court of Justice of the European Union.



1 Uvod

Na prvi pogled jasna ureditev iz 833. člena Obligacijskega zakonika¹ (OZ) odstopa od primerljivih tujih ureditev in tudi od ureditve v Direktivi Sveta z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih² (Agentska direktiva). Temeljna vprašanja, ki so obravnavana v predmetnem prispevku, so, kakšne pravice specifična ureditev pravice do odpravnine v slovenskem pravnem redu sploh daje, kakšne so predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine, kakšen je postopek določitve višine odpravnine ter nenazadnje in najbolj ključno, ali je takšna ureditev sploh skladna z Agentsko direktivo. Čeprav so v Agentski direktivi določene »zgolj« minimalne pravice, ki jih mora trgovskemu zastopniku zagotoviti zakonodaja vsake države članice, slovenska ureditev pa v osnovi trgovskemu zastopniku daje dve dodatni pravici do odpravnine, in se zdi odgovor na to vprašanje enostaven, temu še zdaleč ni tako, sploh upošteva specifičnost slovenske ureditve in prakso Sodišča EU. V dostopni slovenski sodni praksi ni najti primera, v katerem bi bila trgovskemu zastopniku prisojena odpravnina. Glede na navedeno je nujno potrebno, da se postavi jasna izhodišča in da ureditev zaživi tudi v praksi, kar bo omogočilo trgovskim zastopnikom in analogno tudi nekaterim drugim subjektom, da bodo lahko uspešno uveljavili pravice, ki jim jih že več kot 20 let omogoča slovenska ureditev.

Prispevek po zgodovinskem pregledu razvoja instituta odpravnine (drugo poglavje) in predstavitvi pravne narave tega instituta (tretje poglavje), kar je ključno za razumevanje nadaljnjih razprav o tem institutu, predstavi temeljne predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine (četrto poglavje), nato pa sledita peto in šesto poglavje, ki predstavljata jedro predmetnega prispevka. V petem in šestem poglavju so natančno obravnavane vse pravice do odpravnine, ki jih daje 833. člen OZ, za vsako so predstavljene predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine, nadalje postopek določitve višine odpravnine, posebej pa so izpostavljena še vprašanja skladnosti ureditve z Agentsko direktivo ter vsa s posamezno pravico povezana problematika. Na koncu, v sklepnem sedmem poglavju, so podane še ugotovitve in zaključna razmišljanja, predvsem tudi o smiselnosti takšne ureditve in možnih zakonodajnih spremembah.

¹ Uradni list RS, št. 97/07 – uradno prečiščeno besedilo, 64/16 – odl. US in 20/18 – OROZ631.

² UL L 382 z dne 31. 12. 1986.

2 Zgodovina ureditve odpravnine

V slovenski pravni red je bila odpravnina vnesena s sprejetjem OZ leta 2001. Za razliko od Agentske direktive se slovenska ureditev, tako kot številne tuje,³ razteza tudi na trgovske zastopnike, ki delujejo na področju storitvenih dejavnosti. Čeprav iz predloga OZ izhaja, da naj bi s sprejetjem OZ v XIX. poglavju slovenski zakonodajalec v celoti implementiral določila Agentske direktive in da naj bi se pri tem zgledoval po nemški ureditvi,⁴ je mogoče opaziti pomembna odstopanja od nemške ureditve in tudi od ureditve v Agentski direktivi.

Že uvodoma gre opozoriti na različna poimenovanja tega instituta v slovenskih in evropskih pravnih aktih. Namreč, slovenski zakonodajalec v 833. členu OZ, s katerim je bil prenesen institut odpravnine trgovskega zastopnika iz Agentske direktive, za ta institut uporablja pojem »odpravnina«. Pri prevodu Agentske direktive v slovenski jezik pa je za ta isti institut uporabljen pojem »nadomestilo«. Podobno se različna poimenovanja pojavljajo tudi pri prevodu tega instituta v angleški jezik. Tako je v prevodu OZ v angleški jezik uporabljen termin *severance pay*,⁵ medtem ko se v angleški različici Agentske direktive uporablja termin *indemnity*. Res je ureditev odpravnine trgovskega zastopnika v slovenski zakonodaji širša, kot jo zahteva Agentska direktiva, vendar pa po našem mnenju vseeno ni potrebe po različnih poimenovanjih, saj to v sistem vnaša zgolj zmedo. Po vsej verjetnosti gre le za pojmovno nedoslednost pri uporabi tega pojma.

Podlaga za slovensko ureditev odpravnine je bila Agentska direktiva, ki je sistem nadomestila povzela iz nemške ureditve. Nemški trgovinski zakonik⁶ (*Handelsgesetzbuch*; HGB), ki je v veljavi že od leta 1897, tovrstnega nadomestila najprej ni poznal. Sistem nadomestila po prenehanju pogodbe o trgovskem zastopanju je bil v nemški pravni red uveden s spremembo oz. dopolnitvijo nemškega trgovinskega zakonika leta 1953.⁷ Šlo je za politični kompromis med

³ Npr. nemška, avstrijska in hrvaška ureditev.

⁴ Predlog obligacijskega zakonika – prva obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 22, št. 30, str. 104, Predlog obligacijskega zakonika (OZ) – druga obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 26, št. 82, str. 133, Predlog obligacijskega zakonika (OZ) – druga obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 27, št. 41, str. 115, in Predlog obligacijskega zakonika (OZ) – tretja obravnava, EPA 1544, Poročevalec DZ, letnik 27, št. 64, str. 122.

⁵ Gl. prevod 833. člena OZ v angleški jezik, dostopen na spletišču Pravnega-informacijskega sistema Republike Slovenije: <http://www.pisrs.si/Pis.web/cm?idStrani=prevodi>.

⁶ *Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1* z dne 10. 5. 1897.

⁷ *Bundesgesetzblatt Jahrgang 1953, del I, št. 45, z dne 7. 8. 1953.*

različnimi interesi vpletenih in novost v nemškem pravu.⁸ Zakonodajalec se je oziral po prejšnjih predlogih sprememb in primerljivem tujem pravu.⁹ Zаметki t. i. nadomestila so bili namreč že uveljavljeni v avstrijski¹⁰ in švicarski zakonodaji,¹¹ po katerih se je delno zgledoval tudi nemški zakonodajalec.¹² Namen novega paragrafa 89b HGB je bil, da se trgovskemu zastopniku ponudi pravično nadomestilo za storitve, ki jih je opravljal, vendar mu jih zaradi prenehanja pogodbenega razmerja ni več mogoče povrniti. Zakonodajalec je želel ublažiti stisko trgovskega zastopnika in podjetniku prepričati, da bi v veliki meri sebi ali tretjim zagotovil koristi dela trgovskega zastopnika, ne da bi trgovskemu zastopniku dal ustrezno plačilo.¹³

Bistvena vsebina Agentske direktive, ki ureja nadomestilo oz. odškodnino trgovskega zastopnika ob prenehanju pogodbenega razmerja, je dejansko kompromis med nemško in francosko ureditvijo. Najpomembnejše določilo Agentske direktive je zagotovo 17. člen, skladno s katerim je treba po prenehanju veljavnosti pogodbe o trgovskem zastopanju trgovskemu zastopniku zagotoviti nadomestilo (angl. indemnity) po t. i. nemškem modelu (drugi odstavek 17. člena Agentske direktive) ali odškodnino (angl. compensation) za škodo ob prenehanju pogodbe (odškodnina za klientelo) po t. i. francoskem modelu (tretji odstavek 17. člena Agentske direktive). Večina držav članic, vključno s Slovenijo, se je odločila za sistem nadomestila, ki ga je pri nas zakonodajalec v OZ, kot že predhodno pojasnjeno, sicer poimenoval odpravnina. Velik pomen tega instituta izhaja med drugim tudi iz dejstva, da je bilo že v sami Agentski direktivi določeno, da mora Komisija EU v roku osmih let po uradnem obvestilu o Agentski direktivi Svetu predložiti Poročilo o izvajanju 17. člena Agentske direktive ter predlagati morebitne spremembe.¹⁴ To je Komisija EU tudi storila s Poročilom z dne 23. 7. 1996,¹⁵ iz katerega izhaja, da se za sistem »nadomestila« niso odločile zgolj Francija, Anglija in Irska. Anglija je npr. uvedla dvojnost sistema. Skladno z angleško ureditvijo lahko pogodbene stranke v pogodbi same določijo, ali bo trgovski zastopnik ob

⁸ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 5.

⁹ Prav tam.

¹⁰ Zаметke odpravnine je urejal avstrijski Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der selbständigen Handelsvertreter (Handelsvertretergesetz) iz leta 1921, StF, Bundesgesetzblatt, št. 348/1921, z dne 24. 6. 1921.

¹¹ Par. 418 švicarskega Arbeitsvermittlungsgesetz iz leta 1951, BBl 1951 II 533, AS 1951 1211, z dne 22. 6. 1951.

¹² G. von Hoyningen-Huene, v: K. Schmidt (ur.), 2016, MüKoHGB, par. 89b HGB, r. št. 1.

¹³ Obrazložitev sprejetega zakona na strani 35: Begr. RegE, BT-Drs. 1/3856 S. 33.

¹⁴ Določba šestega odstavka 17. člena Agentske direktive: »Komisija osem let po uradnem obvestilu o tej direktivi predloži Svetu poročilo o izvajanju tega člena in mu po potrebi pošlje tudi predloge sprememb.«

¹⁵ Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 2007, dostopno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f6e5054-a18f-4f39-9bc7-a9c67ad9636d> (20. 8. 2021).

prenehanju pogodbenega razmerja imel pravico do nadomestila ali odškodnine. V primeru, da se stranki o tem ne dogovorita, pa zakon predvideva uporabo sistema odškodnine.¹⁶

3 Pravna narava odpravnine

Pravna narava odpravnine je predmet razprav številnih tujih teoretikov in tuje sodne prakse. Soglasno mnenje je, da gre za pravico *sui generis*,¹⁷ glede natančnejših opredelitev pa se mnenja razlikujejo. Nekateri v njej vidijo elemente upravičenja do odškodnine, plačila, korekcije neupravičene obogatitve, preživnine, pravice do socialne varnosti ipd.

Kot navaja *Zabel*, slovenski OZ odpravnine kot posebne vrste odmene ne opredeli neposredno, ureja pa pravico do odpravnine. Odpravnina nima pravne narave odškodnine, kljub naročiteljevim koristim pa zahtevka za odpravnino prav tako ni mogoče šteti niti za zahtevek iz naslova neupravičene obogatitve. Deloma je odpravnino mogoče primerjati s pravico do odpravnine v delovnem pravu in pravu gospodarskih družb.¹⁸ Namen odpravnine v gospodarstvu je po stališču *Zabela* izravnava koristi in prizadetosti pogodbenih strank po prenehanju pogodbenega razmerja.¹⁹ *Knez* govori o njeni določenosti mandatorno v korist zastopnika, kar naj bi pomenilo, da je pravilo mogoče spreminjati le enostransko, pri čemer je mogoč le takšen dogovor, ki nudi večje ugodnosti zastopniku.²⁰ Upoštevajoč institute, ki jih je do sprejetja OZ poznala slovenska ureditev, bi bilo odpravnino trgovskega zastopnika v največji meri mogoče primerjati z odpravnino v delovnem pravu. V zvezi z delovnopravno odpravnino obstoji tudi bogata sodna praksa delovno-socialnega oddelka Vrhovnega sodišča RS, ki bi jo bilo v določenih delih mogoče (sicer previdno) smiselno uporabiti v primeru odpravnine trgovskega zastopnika. Tako je npr. smiselno enako stališče, kot ga je leta 2010 podalo Sodišče EU v zvezi z odpravnino trgovskega zastopnika v zadevi *Volvo Car Germany GmbH proti Autobof*

¹⁶ G. Kleinknecht, *Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales*, v: *Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia*, 2016, str. 99–101.

¹⁷ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 516; enako B. Zabel v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.1.1. Tako tudi M. Nocker, 2015, *HVertrG - Handelsvertretergesetz 1993*, str. 650; G. Versin, 2015, *Der Ausgleichsanspruch nach § 89b*, str. 75, in R. Emde, 2009, *Vertriebsrecht*, str. 861.

¹⁸ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 516; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.1.1.

¹⁹ Prav tam.

²⁰ R. Knez, *Večja zaščita trgovskega zastopnika*, 2002, str. 235, tč. 3.2.2.5.

Weidensdorf GmbH,²¹ mogoče najti že v odločitvi Vrhovnega sodišča RS iz leta 2006.²² Slednje je namreč odločilo, da je delavcu mogoče podati izredno odpoved pogodbe o zaposlitvi tudi med odpovednim rokom, ki teče na podlagi predhodno podane redne odpovedi, in da v takšnem primeru delavec ni upravičen do odpravnine. V primeru, da delodajalec med odpovednim rokom izredne odpovedi ne poda, pa pravice do odpravnine delavec ne izgubi, četudi je med odpovednim rokom storil hujšo kršitev pogodbenih obveznosti, ki pa je delodajalec ni sankcioniral z izredno odpovedjo pogodbe o zaposlitvi. Takšno stališče je zavzelo tudi Sodišče EU v primeru prenehanja pogodbe o trgovskem zastopanju s pomembnim dostavkom, da je morebitne kršitve pogodbenih obveznosti, za katere naročitelj ni vedel v času trajanja pogodbenega razmerja, mogoče sankcionirati z načelom pravičnosti pri določanju višine odpravnine. V delovnem pravu sicer ne poznamo t. i. korekcijske varovalke – pravičnosti,²³ ki jo je treba v primeru pogodbe o trgovskem zastopanju skladno z namenom Agentske direktive v končni fazi upoštevati pri določanju višine odpravnine, res pa je, da naš zakonodajalec v primeru urejanja pogodbe o trgovskem zastopanju v zakonska določila ni vključil pravičnosti kot elementa, ki ga je treba upoštevati pri določanju višine odpravnine skladno z Agentsko direktivo.

Nadomestilo je namenjeno odmeni za dolgoletno in pošteno delo trgovskega zastopnika. Po eni strani gre za plačilo baze strank, ki jo je ustvaril trgovski zastopnik in ki jo naročitelj lahko koristi po zaključku pogodbenega razmerja, po drugi strani pa se je z delom trgovskega zastopnika izboljšalo tudi dobro ime²⁴ in se je s tem povečala vrednost samega naročitelja. Ob tem je treba upoštevati, da je slovensko določilo o odpravnini širše od nadomestila, ki ga ureja Agentska direktiva, saj trgovskim zastopnikom daje še dve dodatni možnosti pridobitve odpravnine na drugačnih predpostavkah, kot jih določa Agentska direktiva, in ti imata posledično tudi drugačno pravno naravo. Vsekakor torej odpravnina vsebuje elemente različnih pravnih institutov in gre v tem pogledu za institut *sui generis*, kar povzroča določene težave in nejasnosti ter posledično odpira številna vprašanja.

²¹ Zadeva C-203/09, Volvo Car Germany GmbH proti Autohof Weidensdorf GmbH, ECLI:EU:C:2010:647.

²² Vrhovno sodišče RS, sodba VIII Ips 202/2006 z dne 21. 11. 2006, ECLI:SI:VSRS:2006:VIII.IPS.202.2006.

²³ Morebiti je pravičnost vseeno mogoče upoštevati v okviru splošnih načel obligacijskega prava.

²⁴ M. Nocker, 2015, HVertrG – Handelsvertretergesetz 1993, str. 657–658, r. št. 39–42. Tako tudi M. Turnšek, Trgovska agencija po evropskem pravu, 2001, str. 33–36, pri čemer sicer avtorica pomotoma zamenja tolmačenji institutov odškodnine in nadomestila iz 17. člena Agentske direktive.

4 Temeljne predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine

4.1 Prenehanje pogodbenega razmerja

Prva pomembna predpostavka za pridobitev pravice do odpravnine je prenehanje pogodbenega razmerja med pogodbenikoma. Vsako prenehanje pogodbenega razmerja pa ne upravičuje trgovskega zastopnika do odpravnine, ampak zakon določa, v katerih primerih prenehanja pogodbe trgovski zastopnik ni upravičen do odpravnine.

Do odpravnine trgovski zastopnik tako načeloma ni upravičen, če je sam odpovedal pogodbo o trgovskem zastopanju, pri čemer pa zakon določa tudi izjeme od tega pravila. Tako lahko zastopnik tudi v primeru, da sam odpove pogodbo o trgovskem zastopanju, zahteva odpravnino, če so vzrok za odpoved pogodbe okoliščine na strani naročitelja ali če je zastopnik odpovedal pogodbo zaradi svoje bolezni²⁵ ali starosti,²⁶ ki bi preprečevala nadaljevanje pogodbenega razmerja. Trgovski zastopnik do odpravnine ni upravičen tudi v primeru, če je naročitelj odpovedal pogodbo zaradi njegovega krivdnega ravnanja, ali pa v primerih, ko v skladu z dogovorom med naročiteljem in zastopnikom vstopi v pogodbo namesto zastopnika kdo drug, pri čemer tak dogovor ni dopusten pred prenehanjem pogodbenega razmerja (834. člen OZ).

V zvezi s tem velja opozoriti na nedosledno uporabo terminov odpovedi pogodbe in odstopa od pogodbe tudi v delu OZ, ki ureja pogodbo o trgovskem zastopanju.²⁷ Tako npr. v 834. členu OZ ureja prenehanje pogodbe iz okoliščin na strani naročitelja oz. prenehanje pogodbe zaradi zastopnikovega krivdnega ravnanja, ob

²⁵ Agentska direktiva določa tudi slabost, ki pa je ne vsebuje nemški HGB. Nemška teorija navaja, da je slabost nekje med boleznijo in starostjo ter da koncept bolezni zadostuje in zajema vse v Agentski direktivi predvidene primere. Gl. npr. P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 154; J. Busche, v: H. Oetker (ur.), 2019, Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 36; K. H. Thume, v: W. Küstner, K. H. Thume, 2014, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, II Kap. XI, r. št. 119.

²⁶ Nemška teorija in sodna praksa podpirata stališče oz. kriterij upokojitvene starosti, pri čemer ni potrebno, da jo trgovski zastopnik izkoristi že takoj ob izpolnitvi pogojev, ampak jo lahko tudi kadarkoli pozneje. Tako npr. R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 312; J. Keßler, v: T. Heidel, A. Schall et al., 2019, HaKo-HGB, par. 89b HGB, r. št. 48; G. Löwisch, v: D. Joost, L. Strohn (ur.), 2020, EBJs Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 73; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, v: N. Horn, P. Berger Klaus, et al., 1995, HeymannHGB, par. 89b HGB, r. št. 87; G. von Hoyningen-Huene, v: K. Schmidt (ur.), 2016, MüKoHGB, par. 89b HGB, r. št. 175, in Višje deželno sodišče v Münchnu, 7 U 4410/16 z dne 29. 3. 2017.

²⁷ Na nedoslednosti v OZ v zvezi s tem opozarja že *Možina*. Gl. D. Možina, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, 2011, str. 57–73.

tem pa uporablja pojem odpoved, čeprav gre dejansko za odstop. Pogodbena stranka mora ob odstopu navesti resne vzroke za odstop od pogodbe, sicer pride do zakonske transformacije odstopa od pogodbe v redno odpoved pogodbenega razmerja z odpovednim rokom (drugi odstavek 832. člena OZ). Ker je pravica trgovskega zastopnika do odpravnine odvisna tudi od tega, ali je pogodbeno razmerje prenehalo zaradi odpovedi ali odstopa, je nedosledna uporaba pojmov lahko problematična.

4.2 Obvestilo naročitelju glede uveljavljanja odpravnine v enoletnem prekluzivnem roku

Druga pomembna predpostavka je, da mora trgovski zastopnik naročitelju v enem letu po prenehanju pogodbenega razmerja sporočiti, da bo zahteval odpravnino. V nasprotnem primeru pravico do odpravnine izgubi (drugi odstavek 835. člena OZ). Tudi Agentska direktiva določa, da trgovski zastopnik izgubi pravico do nadomestila iz drugega odstavka 17. člena ali pravico o odškodnine iz tretjega odstavka 17. člena, če v enem letu od prenehanja veljavnosti pogodbe ne obvesti naročitelja, da namerava uveljavljati svoje pravice (peti odstavek 17. člena Agentske direktive).

Že iz same dikcije OZ in Agentske direktive izhaja, da gre v primeru enoletnega roka za prekluzivni rok, katerega zamuda ima za posledico izgubo pravice do odpravnine. Zakon ne določa, da bi v enoletnem roku moral trgovski zastopnik odpravnino že sodno zahtevati, ampak mora v tem roku naročitelja zgolj izvensodno obvestiti, da bo odpravnino zahteval. Takšno določilo je skladno z določili Agentske direktive in dolžnostjo zastopnika, da obvesti naročitelja, da namerava uveljavljati svoje pravice.²⁸ Trgovski zastopnik je torej dolžan sporočiti oz. napovedati svoj namen, da bo zahteval odpravnino, kar pa še ne pomeni, da je dolžan svoj bodoči zahtevek tudi vrednostno določiti in navesti podrobnejše podatke, ki utemeljujejo odpravnino.²⁹ To lahko stori pisno ali ustno, pri čemer tako nemška teorija³⁰ kakor

²⁸ Nadomestilo oz. po dikciji slovenskega zakona odpravnino.

²⁹ Tako B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 527; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.8.3. Tako v tuji teoriji tudi: P. Bleutge, 1998, *In fremdem Namen und für fremde Rechnung*; W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, *Handelsgesetzbuch: HGB*, par. 89b HGB, r. št. 20; J. Kefler, v: T. Heidel, A. Schall et al., 2019, *HaKo-HGB*, par. 89b HGB, r. št. 58-59; F. J. Semler, v: M. Martinek, F. J. Semler, E. Flohr (ur.), 2016, *Handbuch des Vertriebsrechts*, par. 22, r. št. 113, in drugi. Tako tudi nemška sodna praksa, npr. nemško Zvezno vrhovno sodišče, VII ZR 103/6 z dne 22. 9. 1969, in avstrijska sodna praksa, npr. Vrhovno sodišče Avstrije, 9 Ob A 91/08k z dne 30. 9. 2009.

³⁰ Npr. W. Küstner, 2003, *Das neue Recht des Handelsvertreters*, str. 88–89.

tudi *Zabel*³¹ opozarjata, da je zaradi stroge sankcije zamude prekluzivnega roka bolje uporabiti pisno obliko, ki bo trgovskemu zastopniku omogočala jasnejši dokaz, da je naročitelja o svoji nameri pravočasno obvestil. Nasprotno stališče, ki ga zastopa *Rotova*,³² da bi moral trgovski zastopnik vrednostno in po temelju opredeliti svoj zahtevek, saj naj bi v nasprotnem primeru šlo za čezmerni poseg v položaj naročitelja, ki ne bi mogel vedeti, v kakšni višini bo trgovski zastopnik postavil zahtevek in ali ga bo dejansko postavil, ne more zdržati. Če govorimo o odpravnini iz Agentske direktive, je jasno, da je prav naročitelj tisti, ki lahko prej kot trgovski zastopnik ve, ali trgovskemu zastopniku pripada odpravnina in v kolikšnem znesku, saj prav on prvenstveno razpolaga z vsemi relevantnimi podatki. Negotovost, ali bo trgovski zastopnik odpravnino dejansko zahteval in morebiti tudi sodno uveljavil, pa ne more biti argument, da bi zato moral trgovski zastopnik v enoletnem roku svojo namero opredeliti tudi po višini. Jasno pa je tudi, da naročitelja v vsakem primeru pred morebitno predolgo neaktivnostjo trgovskega zastopnika varujejo zakonska določila o zastaranju. Pri dveh dodatnih pravicah do odpravnine, ki jih ureja naš pravni red, bi sicer res lahko govorili o tem, da morebiti naročitelj ne bi imel vseh potrebnih informacij, v kolikšni višini bi trgovski zastopnik lahko postavil svoj zahtevek, vendar tudi tu ne vidimo razloga, da bi se zato v teh primerih kakorkoli drugače tolmačilo sicer jasno zakonsko določilo, ki specifikacije zahtevka na plačilo odpravnine po višini ne zahteva oz. zahteva zgolj, da trgovski zastopnik naročitelja obvesti o bodoči nameri uveljavljanja pravice.

Gre za enoletni materialni prekluzivni rok, ki sicer v našem pravnem sistemu lahko postane problematičen v primeru smrti trgovskega zastopnika, saj ni določeno njegovo zadržanje, kot je to recimo zgolj za takšne primere določeno v Nemčiji.³³ V Avstriji pa je po stališču Vrhovnega sodišča celo dopustno sporazumno podaljšanje tega prekluzivnega enoletnega roka, in sicer največ do treh let, kolikor traja zastaralni rok.³⁴

Poleg tega morajo biti za pridobitev pravice do odpravnine izpolnjene tudi druge zakonske predpostavke, ki pa z vidika Agentske direktive ne smejo delovati

³¹ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 527; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.8.3.

³² P. Rot, 2016, Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja, str. 82.

³³ K. H. Thume, v: W. Küstner, K. H. Thume, 2014, Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, str. 158, r. št. 124; W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, Handelsgesetzbuch: HGB, par. 89b HGB, r. št. 20.

³⁴ Vrhovno sodišče Avstrije, 4 Ob 90/82 z dne 13. 7. 1982.

omejevalno. Tako se npr. lahko postavi vprašanje, ali v primeru, da zastopnik v registru nima vpisane dejavnosti zastopanja, ni upravičen do odpravnine, saj ga v tem primeru glede na določilo drugega odstavka 807. člena OZ, ki določa, da je trgovski zastopnik fizična ali pravna oseba, ki samostojno in s pridobitnim namenom opravlja zastopanje kot registrirano dejavnost, ni mogoče šteti za zastopnika. Odgovor na to vprašanje daje sodna praksa Sodišča EU, iz katere izhaja, da nacionalne določbe, ki veljavnost pogodbe o trgovskem zastopanju pogojujejo z vpisom trgovskega zastopnika v za to določen register, lahko močno ovirajo ustanavljanje in izvajanje pogodb o trgovskem zastopanju med strankami iz različnih držav članic ter so zato s tega vidika v nasprotju s cilji Agentske direktive.³⁵ To pomeni, da določilo drugega odstavka 807. člena OZ, ki za trgovskega zastopnika zahteva opravljanje zastopanja kot registrirane dejavnosti, ne sme vplivati na veljavnost pogodbe o trgovskem zastopanju, ki jo je trgovski zastopnik sklenil s svojim naročiteljem, oz. da to, da zastopnik nima registrirane dejavnosti, ne sme imeti posledic za raven zaščite, ki jo Agentska direktiva zagotavlja trgovskim zastopnikom v odnosih z njihovimi naročitelji.³⁶

5 Odpravnina po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ

5.1 Osnovna izhodišča

Zabel navaja,³⁷ da je odpravnina utemeljena le, če sta poleg zastopnikovega prejšnjega prizadevanja podani še predpostavki iz prvega odstavka 833. člena OZ, in sicer: znatna naročiteljeva korist in posebne okoliščine.

³⁵ Zadeva C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV* proti *Navigation Maritime Bulgare*, ECLI:EU:C:2013:663 (*United Antwerp Maritime*), tč. 38.

³⁶ Tako Sodišče EU v zadevi C-485/01, *Francesca Caprini* proti *Conservatore Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA)*, ECLI:EU:C:2003:135, tč. 20.

³⁷ B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ) (posebni del)* s komentarjem, str. 518; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.3.2.

Na drugi strani *Rotova*³⁸ navaja, da ima trgovski zastopnik po prvem odstavku 833. člena OZ pravico do odpravnine, če so kumulativno izpolnjeni naslednji pogoji:

- da je zastopnik med trajanjem razmerja naročitelju pridobil nove stranke ali je občutno povečal posle z dosedanjimi strankami in
- ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami.

Poleg prej navedenega primera je po mnenju *Rotove* trgovski zastopnik upravičen do odpravnine tudi, kadar nista izpolnjena prej navedena pogoja, če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti zaradi izgubljene provizije pri poslih s temi strankami. Takšno stališče je leta 2018 zavzelo tudi Višje sodišče v Ljubljani. Zapisalo je, da je za pridobitev pravice do odpravnine treba izkazati pridobitev novih strank ali občutno povečanje poslov z dosedanjimi strankami in da ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami, ali pa, da plačilo odpravnine terjajo posebne okoliščine.³⁹ Da pomenska razlaga prvega odstavka 833. člena OZ pritrjuje stališču *Rotove* in Višjega sodišča v Ljubljani, je v svojem mnenju z dne 15. 10. 2020, potrdil tudi *Stabej* s Filozofske fakultete Univerze v Ljubljani.⁴⁰

Že v okviru prvega odstavka 833. člena OZ torej obstajata dve različni poti do odpravnine. Iz gradiva zakonodajnega postopka izhaja, da naj bi zakonodajalec s prvim, drugim in tretjim odstavkom nameraval implementirati nadomestilo, ki ga določa Agentska direktiva v drugem odstavku 17. člena, vendar pa temu ni v celoti sledil. Glede na dikcijo prvega odstavka 833. člena OZ je namreč jasno, da je z besedicama »ali če«, ki sta postavljeni za ločilom (vejico), zakonodajalec hotel doseči dve poti do odpravnine, kar, kot že navedeno, izhaja tudi iz mnenj *Stabeja* in *Rotove* ter iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani. Takšna ureditev je po vsej verjetnosti posledica zmotnega razumevanja besedila Agentske direktive⁴¹ in nemške ureditve na način, da dajeta pravico do odpravnine po vsaki z veznikom »in« ločeni alineji oz. točki, in ne zgolj kumulativno, ob izpolnjevanju vseh pogojev iz točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, tj. iz ločenih alinej, povezanih z veznikom »in«.

³⁸ P. Rot, 2016, Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja, str. 40.

³⁹ VSL sodba I Cpg 924/2016 z dne 24. 4. 2018, ECLI:SI:VSLJ:2018:I.CPG.924.2016, tč. 19, smiselno tako pa tudi že VSL sodba I Cp 1200/2012 z dne 16. 1. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:ICP.1200.2012, tč. 8.

⁴⁰ M. Stabej, 2020, Pomenska interpretacija prvega odstavka 833. člena Obligacijskega zakonika, strokovno mnenje.

⁴¹ Agentska direktiva je bila uradno prevedena v slovenski jezik šele po vstopu Slovenije v EU, tj. po letu 2004.

Na to, da je ureditev iz prvega odstavka 833. člena OZ posledica zmotnega razumevanja točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, vsaj posredno kaže tudi razlaga zakonodajalca, da je bil s tem odstavkom implementiran ravno drugi odstavek 17. člena Agentske direktive. V nasprotnem primeru bi zakonodajalec v času sprejemanja OZ ali kdo izmed teoretikov po njegovem sprejetju zagotovo omenil, da se tudi po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ odpravnina ureja drugače, kot to določa Agentska direktiva, tako kot je bilo to zapisano glede ureditve odpravnine po četrtem in petem odstavku 833. člena OZ že med zakonodajnim postopkom in kot povzemajo tudi teoretiki.⁴²

Tako je v primeru prvih treh odstavkov 833. člena OZ mogoče zaključiti, da je imel zakonodajalec namen v celoti izpolniti obveznosti, ki v zvezi s tem izhajajo iz Agentske direktive, in ustrezno implementirati ureditev iz Agentske direktive, kar mora sicer po stališču Sodišča EU nacionalno sodišče v konkretnih primerih, ki jih obravnava, domnevati.⁴³ Glede na prej navedeno pa se pri prvem odstavku 833. člena OZ postavlja vprašanje, ali je t. i. skladna oz. lojalna razlaga sploh možna, saj kljub dolžnosti skladne razlage sodišče ne more sprejeti razlage, ki je v nasprotju z določbami nacionalnega prava (*contra legem*). Poleg tega je treba upoštevati, da je zakonodajalec zavestno hotel alternativni možnosti za pridobitev pravice do odpravnine, pri čemer pa je očitno zmotno mislil, da se s tem ustrezno prenaša določilo Agentske direktive, kot je bilo predhodno pojasnjeno.

5.2 Omejitev višine odpravnine

Odpravnina po prvem odstavku 833. člena OZ je po višini omejena s povprečnim letnim zneskom provizije v zadnjih petih letih oz. v ustreznem krajšem časovnem obdobju (tretji odstavek 833. člena OZ). Pri določanju odpravnine pa je treba ustrezno upoštevati tudi provizijo, ki jo je zastopnik dobil za pogodbe, sklenjene po prenehanju razmerja z naročiteljem, in morebitno prepoved konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem (drugi odstavek 833. člena OZ). V tem delu je treba vsaj opozoriti na nekatere dileme, ki se pojavljajo, vendar te zaradi preobsežnosti na tem mestu ne bodo podrobneje obravnavane. Agentska direktiva, kakor tudi npr. nemška in avstrijska ureditev pri izračunavanju najvišjega dopustnega zneska odpravnine ne govorijo samo o provizijah, pač pa o vseh plačilih, do katerih

⁴² Npr. B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 521; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.1.

⁴³ Zadeva C-334/92, Teodoro Wagner Miret proti Fondo de garantía salarial, ECLI:EU:C:1993:945.

je bil upravičen trgovski zastopnik. Če ne bi bilo mogoče doseči interpretacije, da v OZ uporabljeni pojem »provizij« zajema tudi druga plačila, kakor določa Agentska direktiva, bi to zagotovo pomenilo omejevanje pravic trgovskega zastopnika in zagotovo neskladnost z Agentsko direktivo. Problematičen pa je lahko tudi sam časovni okvir plačil. Po tretjem odstavku 833. člena OZ znesek odpravnine ne sme preseči povprečnega letnega zneska provizije v zadnjih petih letih oz. v ustreznem krajšem času od sklenitve pogodbe, Agentska direktiva v slovenskem prevodu pa določa, da znesek nadomestila ne more presegati višine, ki ustreza letnemu nadomestilu, izračunanemu na podlagi letnega povprečja plačil, ki jih je trgovski zastopnik prejemal zadnjih pet let, oz. ustrezno manj, če je bilo pogodbeno razmerje krajše (točka b) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive). V slovenskem prevodu Agentske direktive so torej navedena plačila, ki jih je zastopnik prejemal. Besedna zveza »plačila, ki jih je prejemal« nakazuje na to, da bi zastopnik moral ta plačila tudi dobiti plačana v tem obdobju, kar pa je zagotovo sporno. Angleška različica uporablja širši pojem »plačila« in ne »prejeta plačila«. Na angleško različico Agentske direktive se pri svojem tolmačenju sklicuje del nemške teorije,⁴⁴ saj tudi nemška verzija Agentske direktive v nasprotju z nemškim zakonskim določilom vsebuje ožjo dikcijo. Tako kot slovenska različica Agentske direktive namreč uporablja pojem »prejeta plačila«.⁴⁵ Interpretacija Agentske direktive v smislu, da če naročitelj trgovskemu zastopniku ne bi plačal določenih dolžnih mu provizij med pogodbenim razmerjem, se ta ne bi štela v izračun najvišjega dopustnega zneska nadomestila, je vsekakor napačna. Poleg tega je tudi naše zakonsko določilo širše in dopušča širšo razlago, vprašanje pa je, ali bi ga lahko uspešno tolmačili tako široko kakor v nemškem sistemu, v katerem sicer širše zakonsko odločilo drugega odstavka paragrafa 89b HGB, ki določa zgornjo omejitev nadomestila, uporablja pojem »dejavnosti« trgovskega zastopnika v zadnjih petih letih oz. v ustrezno krajšem obdobju. Če ni tako, bi lahko prišlo do oškodovanja trgovskega zastopnika zlasti v primeru krajših pogodbenih razmerij.⁴⁶ Nemško Zvezno vrhovno sodišče je zavzelo tudi jasno stališče, da ni pomembno, ali so bila plačila dejansko opravljena, zato je treba v izračun vključiti tudi morebiti zastarane zahtevke.⁴⁷

⁴⁴ R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 285; P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 136.1.

⁴⁵ Iz tega lahko sklepamo, da se je v slovenski jezik prevajala nemška različica Agentske direktive.

⁴⁶ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 16/96 z dne 23. 10. 1996.

⁴⁷ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 34/79 z dne 22. 5. 1981.

Prav tako je potrebna previdnost pri zakonski zahtevi upoštevanja morebitne prepovedi konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem, zlasti pri morebitnem zgledovanju po nemški teoriji in sodni praksi, ki se v tem delu zaradi drugačne zakonske ureditve razlikuje. Nemška ureditev namreč ne dopušča, da bi trgovskega zastopnika po prenehanju pogodbenega razmerja zavezovala konkurenčna prepoved, če zastopnik za to ne prejme ustreznega nadomestila. Torej je to razmerje v Nemčiji urejeno posebej, in sicer izven ureditve nadomestila, ter nima vpliva na določanje in na višino nadomestila.⁴⁸ Slovenska ureditev pa v 836. členu OZ dopušča konkurenčno prepoved tudi, če trgovski zastopnik ni upravičen do kakršnegakoli nadomestila. Leta 2001 se je v zvezi s tem izreklo tudi Vrhovno sodišče RS, ki je konkurenčne klavzule brez dogovorjene odmene opredelilo kot dopustne.⁴⁹ Sodba je bila sicer izdana pred uveljavitvijo OZ, z vidika Agentske direktive pa bi bilo zdaj takšno stališče lahko sporno zlasti v delu, kjer se dopušča, da trgovski zastopnik za spoštovanje konkurenčne prepovedi ne dobi nadomestila, čeprav ni ravnal kakorkoli nedopustno. Gre recimo za primer, ko preneha pogodba za določen čas ali pa ko pogodbo redno odpove naročnik brez kakršnihkoli razlogov na strani trgovskega zastopnika.⁵⁰

Dokler torej to določilo ne bo spremenjeno, je treba to ustrezno upoštevati vsaj pri določanju višine odpravnine, kar določa že drugi odstavek 833. člena OZ.⁵¹ To pa bi bilo treba glede na našo ureditev konkurenčne prepovedi – za razliko od nemške ureditve – v vsakem primeru presoјati v okviru pravičnosti, četudi izrecnega zakonskega določila v zvezi s tem ne bi bilo.

⁴⁸ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5.2020, par. 89b HGB, r. št. 123; R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 198. Drugače pa: M. Balke, S. E. de Groot, Der Handelsvertreterausgleich nach § 89 b HGB im Umbruch, 2010, str. 1553.

⁴⁹ VSRS sodba II Ips 565/2000 z dne 14. 6. 2001, ECLI:SI:VSRS:2001:II.IPS.565.2000.

⁵⁰ Redne odpovedi pogodbenega razmerja s strani naročitelja ni mogoče šteti v zakonske okvire prenehanja pogodbe zaradi razlogov na strani naročitelja. Tako B. Zabel, v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 533; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.21.3.1., s čimer se ne strinjamo.

⁵¹ Drugi odstavek 833. člena OZ: »Pri določanju odpravnine je treba ustrezno upoštevati tudi provizijo, ki jo je zastopnik dobil za pogodbe, sklenjene po prenehanju razmerja z naročiteljem in morebitno prepoved konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem.«

5.3 Odpravnina po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ

5.3.1 Predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine

Trgovski zastopnik ima pravico do odpravnine, če je med trajanjem pogodbenega razmerja naročitelju pridobil nove stranke ali je občutno povečal posle z dotedanjiimi naročiteljevimi strankami in ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi s temi strankami.

V tem delu je to določilo sicer skladno s prvo alinejo točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, ki določa, da ima trgovski zastopnik pravico do nadomestila, če in kolikor je naročitelju priskrbel nove stranke ali razširil poslovne stike z obstoječimi strankami in naročitelj še uživa velike prednosti pri poslih s temi strankami, vendar pa manjka določilo o pravičnosti, ki ga druga alineja točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive poleg predhodno omenjenega zahteva kumulativno.⁵² Čeprav v slovenski ureditvi načelo pravičnosti ni izrecno omenjeno, pa je to načelo tudi po stališču teoretikov treba upoštevati. Po *Zabelovem* mnenju mora načelo pravičnosti veljati tudi glede odpravnine, podobno kot je to določeno za provizijo v petem odstavku 823. člena OZ, pri čemer pa mora biti ta omejena na gospodarske učinke razmerja med naročiteljem in zastopnikom.⁵³ *Rotova* ugotavlja, da se določba OZ ne sklicuje izrecno na načelo pravičnosti, ki ga je treba upoštevati pri odločanju o odpravnini,⁵⁴ *Konjarjeva* pa meni, da bi bilo načelo pravičnosti treba vnesti v 833. člen OZ, da se ne bi zgodilo, da sodišča tega načela ne bi upoštevala.⁵⁵ Ne nazadnje pa si lahko pomagamo tudi z določili splošnega dela OZ, npr. z načelom vestnosti in poštenja, za katerega *Dolenc* navaja, da je nujno potrebno dopolnilo k nepopolni zakonski ali pogodbeni ureditvi obligacijskih razmerij, v skrajnem primeru pa tudi nepogrešljiv korektiv njunih neustreznih rešitev, pri čemer sodna praksa ne izkorišča dovolj zmogljivosti, ki jo načelo omogoča. *Dolenc* tako poziva k zgledovanju po nemškem pravnem področju.⁵⁶

⁵² Da je plačilo tega nadomestila (odpravnine) ob upoštevanju vseh okoliščin ustrezno, predvsem glede provizije, za katero je trgovski zastopnik prikrajšan in ki izhaja iz poslov s temi strankami.

⁵³ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, *Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem*, str. 520; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, *E-paket Obligacije*, razdelek 25.20.3.5.

⁵⁴ P. Rot, 2016, *Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja*, str. 40.

⁵⁵ M. Konjar, *Pravica trgovskega zastopnika do odpravnine*, 2008, str. 75–94.

⁵⁶ M. Dolenc, *Načelo vestnosti in poštenja v sodni praksi*, 2013, str. 35–45.

Takšnega določila o pravičnosti v samem zakonskem besedilu člena, ki neposredno ureja pravico trgovskega zastopnika do nadomestila, prav tako nima belgijska ureditev, ki je v tem delu skoraj identična slovenski ureditvi. Sodišče EU sicer ni neposredno presojalo določila belgijskega zakona,⁵⁷ ki omenja nadomestilo, se je pa v zadevah *Quenon*⁵⁸ ter *United Antwerp Maritime Agencies* posredno ukvarjalo s temi zakonskimi določili, pri čemer Sodišče EU in generalni pravobranilec nista niti z besedico omenila kakršnekoli neskladnosti belgijske ureditve z Agentsko direktivo. Prav tako je tudi Komisija EU v poročilu o izvajanju 17. člena Agentske direktive navedla, da je Belgija v 20. členu zakona, ki je začel veljati 12. junija 1995, implementirala pravico do nadomestila trgovskemu zastopniku in s tem izpolnila svojo zavezo iz direktive.⁵⁹ Tudi v belgijski sodni praksi ni zaznati, da bi se pojavljala kakršnakoli vprašanja v zvezi s skladnostjo določil o odpravnini z evropsko ureditvijo.⁶⁰

5.3.2 Postopek določitve višine odpravnine

Pri pravici do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ si je glede na to, da gre v tem delu za implementacijo točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, ob določanju višine odpravnine treba pomagati z bogato evropsko in primerljivo tujo teorijo in sodno prakso ter izhajati iz nje. Celo Komisija EU je v poročilu iz leta 1996 priporočila, da naj bo bogata sodna praksa, ki se je izoblikovala v Nemčiji vse od leta 1953, v pomoč drugim sodiščem v državah članicah.⁶¹

⁵⁷ Prvi, drugi, tretji in četrti odstavek 20. člena Zakona o trgovskem zastopanju z dne 13. 4. 1995 in prvi, drugi, tretji in četrti odstavek sedanjega člena X.18 Gospodarskega zakonika (Code de droit économique/Wetboek van economisch recht), Knjiga X, Poglavlje 1:

»Po prenehanju pogodbe ima trgovski zastopnik pravico do odpravnine, če je naročitelju priskrbel nove stranke ali razširil poslovne stike z obstoječimi strankami in naročitelj še uživa velike prednosti v poslih s temi strankami. Če pogodba vsebuje konkurenčno klavzulo, se šteje, da naročitelj uživa velike prednosti, razen če se ne dokaže drugače.

Znesek odpravnine se določi ob upoštevanju obsega razširitve poslovnih stikov in pridobljenih strank.

Odpravnina ne sme presegati zneska enoletnega plačila, izračunanega na podlagi povprečja zadnjih petih let, ali če je pogodba trajala manj kot pet let, na podlagi povprečja preteklih let.«

⁵⁸ Zadeva C-338/14, *Quenon K. SPRL* proti *Beobank SA* in *Metlife Insurance SA*, ECLI:EU:C:2015:795 (*Quenon*).

⁵⁹ Report on the Application of article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 1996, Annex A, str. 11 in Annex B, str. 13.

⁶⁰ P. Lefebvre, v: M. Martinek, F. J. Semler, E. Flohr (ur.), 2016, *Handbuch des Vertriebsrechts*, par. 59. Belgien, r. št. 20, 21, 23, ter tam citirana sodna praksa.

⁶¹ Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 1996, str. 1.

Tako je npr. Sodišče EU že v sodbah *Semen*⁶² in *Quenon*⁶³ zavzelo jasno stališče, da se sistem nadomestila za stranke, določen v drugem odstavku 17. člena Agentske direktive, deli na tri faze. Cilj prve izmed teh faz je v skladu z določbo prve alineje točke a) drugega odstavka 17. člena kvantificirati koristi, ki jih naročitelj ima iz poslov s strankami, ki jih je pridobil trgovski zastopnik. Cilj druge faze⁶⁴ je v skladu z drugo alinejo te določbe preveriti, ali je znesek, določen na podlagi zgoraj navedenih meril, ustrezen, in sicer ob upoštevanju vseh okoliščin tega primera, še zlasti pa provizije, za katero je prikrajšan trgovski zastopnik. To je t. i. faza presoje pravičnosti. V zadnji, tretji fazi se za znesek nadomestila uporabi zgornja meja, določena v točki b) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, pri čemer se ta upošteva zgolj v primeru, če jo znesek, izračunan v prejšnjih dveh fazah, presega.

Opozoriti velja, da gre za zelo poenostavljen prikaz izračuna odpravnine, saj že samo Poročilo Komisije EU prvo fazo deli na štiri podfaze, v okviru katerih je skladno z drugo alinejo točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive najprej treba ugotoviti število novih strank in povečanje obsega posla z obstoječimi strankami. Ko so stranke na ta način identificirane, je treba izračunati bruto provizijo⁶⁵ s temi strankami (tj. z novimi in obstoječimi, s katerimi se je posel občutno povečal) za zadnjih 12 mesecev trajanja pogodbe o trgovskem zastopanju. Poročilo navaja, da posebne okoliščine lahko upravičujejo odstop od tega, med drugim v primeru dolgega začetnega obdobja. Tu je treba dodati, da se od tega pravila odstopi predvsem v primerih, ko obdobje zadnjih 12 mesecev ne prikaže tipičnega poslovanja oz. ko se v tem zadnjem obdobju promet zaradi takšnih ali drugačnih posebnih okoliščin bistveno začasno poveča ali zmanjša. V takem primeru je za osnovo treba vzeti povprečje večletnega obdobja.⁶⁶

Nato je treba narediti oceno verjetnega trajanja koristi naročitelja, ki izhajajo iz poslov z novimi strankami in poslov z že obstoječimi strankami, s katerimi so se posli občutno povečali. Kot navaja Poročilo, je namen napovedati, koliko časa bodo verjetno trajali posli z novimi in z obstoječimi strankami, s katerimi so se posli občutno povečali. Zelo pomembno je časovno obdobje predvidenih koristi.

⁶² Zadeva C-348/07, *Turgay Semen* proti *Deutsche Tamoil GmbH*, ECLI:EU:C:2009:195 (*Turgay Semen*), tč. 19.

⁶³ Zadeva *Quenon*, tč. 28.

⁶⁴ T. i. presoja pravičnosti.

⁶⁵ Vključuje tudi davek na dodano vrednost, tako med drugim: W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, *Handelsgesetzbuch: HGB*, par. 89b HGB, r. št. 14b, in sodba Višjega deležnega sodišča v Karlsruheju, AZ. 9 U 9/15, z dne 14. 7. 2017.

⁶⁶ Sklepni predlogi generalnega pravobranilca M. Poiresa Madura, predstavljeni 19. novembra 2008 v zadevi C-348/07, ECLI:EU:C:2008:635, tč. 28, in R. Emde, 2014, *Vertriebsrecht*, par. 89b, r. št. 397 in 398.

Naročitelj se bo običajno zavzemal za čim krajše obdobje, trgovski zastopnik pa čim daljše. Tega obdobja ni možno določiti kar za vsa razmerja enako, ker se zvestoba kupcev močno razlikuje glede na izdelek, panogo in strukturo pogodbenega razmerja.⁶⁷ Poročilo navaja običajno trajanje obdobja od dveh do treh let, tudi do petih let,⁶⁸ pri čemer pa je to obdobje v določenih primerih lahko tudi daljše. Na primer pri prodaji viličarjev je sodišče ugotovilo in določilo 13-letno obdobje.⁶⁹ Predvideti je treba, koliko časa povprečno naj bi se nadaljevalo pogodbeno razmerje z novimi strankami in strankami, s katerimi je pomembno povečal sodelovanje trgovski zastopnik. Za izračun predvidenega obdobja je odločilno predvideno trajanje poslovnega odnosa, kot ga je mogoče pričakovati na podlagi izkušenj, ki temeljijo na posebnostih posamezne panoge, tržnih pogojih in nihanjih strank.⁷⁰

Naslednji element, ki ga v okviru prve faze omenja Poročilo, je upoštevanje stopnje migracije strank. Kot se poudarja v Poročilu, je znano, da bodo čez čas stranke izgubljene, saj po naravnem teku stvari odidejo k drugemu ponudniku. Tu je treba vsekakor dodati, da ni nujno, da odidejo k drugemu ponudniku, pač pa nekatere lahko tudi prenehajo delovati ipd. Po navedbah v poročilu se stopnja migracije izračuna kot odstotek provizije na letni ravni, pri čemer se upoštevajo okoliščine in izkušnje konkretnega situacije oz. predmeta zastopanja. Stopnja migracije se seveda razlikuje glede na vsak posamični primer. Primeroma Poročilo navaja, da je v enem izmed primerov nemško Zvezno vrhovno sodišče ocenilo, da je bila letna stopnja migracije 38-odstotna.⁷¹ Kot razberemo iz omenjene sodbe, je šlo za sesalnike za prah, torej v takratnih časih za blago z daljšo življenjsko dobo, pri katerem je bilo poleg že omenjene stopnje migracije strank določeno petletno obdobje naročiteljevih koristi. Izračunavanje tega obdobja pa je lahko tudi precej bolj natančno, kadar so na voljo vsi relevantni podatki. Pri tem lahko torej dobimo dosti boljši odraz hipotetične prihodnosti, kajti tako kot je nesporno, da se bi naročila

⁶⁷ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 80; R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 145; G. von Hoyningen-Huene, v: K. Schmidt (ur.), 2016, MüKoHGB, par. 89b HGB, r. št. 82.

⁶⁸ Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), 2007, str. 3, dostopno na: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f6e5054-a18f-4f39-9be7-a9c67ad9636d> (1. 9. 2021).

⁶⁹ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 142/89 z dne 31. 1. 1991.

⁷⁰ Sodba Višjega deželnega sodišča v Düsseldorfu, I-16 U 191/09 z dne 25. 6. 2010, sklicujoč se na sodbo nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 173/91 z dne 15. 10. 1992.

⁷¹ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 94/93 z dne 23. 2. 1994.

posameznih strank v prihodnosti zmanjševala ali prenehala, je dejstvo tudi, da se bodo naročila nekaterih strank po drugi strani povečevala.⁷²

Kot četrti del prve faze je treba izvesti še diskontiranje. Pri tem lahko rečemo, da gre dejansko za prihodke, ki bi jih trgovski zastopnik sicer prejemal v prihodnosti, zato jih je treba temu ustrezno diskontirati ne glede na to, kdaj se plača odpravnina, in ne glede na morebiten dolg pravdni postopek.⁷³ Kot navaja nemško Zvezno vrhovno sodišče, splošne formule za izračun diskontiranja ni. Vsak izračun zneska popusta vodi le do približne vrednosti, katere ustreznost mora sodnik oceniti kot v primerih ocene škode. Nemško Zvezno vrhovno sodišče je vedno poudarjalo, da lahko sodnik svobodno izbira med metodami diskontiranja, ki se uporabljajo v praksi, in je zato tudi večkrat odobrilo način izračuna po *Gillardonu*.⁷⁴ Poleg izračuna po *Gillardonu* pa se uporablja tudi izračun po *Hoffmannu*.⁷⁵

Poročilo v drugi fazi izračuna navaja samo, da se mora v prvi fazi dobljeni znesek prilagoditi iz razlogov pravičnosti. Če pogledamo v Poročilu navedene dejavnike, ki naj bi se upoštevali pri presoji pravičnosti, ugotovimo, da bi se v prvi fazi dobljeni zneski iz razlogov pravičnosti lahko znižali ali zvišali. Kot lahko razberemo iz večine nemške teorije⁷⁶ in sodne prakse,⁷⁷ zvišanje ni dopustno, saj naj ne bi smela biti presežena v prvi fazi izračunana naročiteljeva korist. V zvezi s tem se Sodišče EU do zdaj še ni izreklo, je pa lahko to morebiti sporno. Kot že omenjeno, se naročiteljeve bodoče koristi izračunavajo s pomočjo zastopnikovih bodočih izgubljenih provizij. S tem sicer ni nič narobe, je pa dejstvo, da je Sodišče EU⁷⁸ zavzelo stališče, da se z višino izgubljenih provizij ne sme omejevat višine nadomestila, kar je ne nazadnje vodilo tudi do korekcije nemškega zakonskega določila leta 2009. Od takrat so izgubljene provizije upoštevane le še kot eden izmed kriterijev v okviru presoje pravičnosti. Število drugih okoliščin, ki jih lahko

⁷² Npr. M. Nocker, 2015, HVertrG – Handelsvertretergesetz 1993, par. 24, r. št. 883–905.

⁷³ Tako tudi sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 269/88 z dne 8. 11. 1990.

⁷⁴ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 194/06 z dne 12. 9. 2007, sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 58/00 z dne 10. 7. 2002, sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, VIII ZR 150/96 BGH z dne 6. 8. 1997 in sodba nemškega Zveznega Vrhovega sodišča, VIII ZR 92/96 z dne 6. 8. 1997.

⁷⁵ R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, str. 1534, r. št. 425, tako tudi sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, III ZR 308/89 z dne 10. 10. 1991.

⁷⁶ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15.5.2020, par. 89b HGB r. št. 91 in r. št. 91.1; W. H. Roth, v: I. von Koller, P. Kindler, W. H. Roth, K. D. Drüen, 2019, Handelsgesetzbuch: HGB, par. 89b, r. št. 8.

⁷⁷ Sodba nemškega Zveznega vrhovnega sodišča, I ZR 173/91 z dne 15. 10. 1992, sodba nemškega Zveznega Vrhovnega sodišča, I ZR 39/79 z dne 27. 2. 1981, sodba nemškega Zveznega Vrhovnega sodišča, I ZR 154/74 z dne 26. 11. 1976.

⁷⁸ Zadeva *Turay Semen*.

obravnavamo v okviru presoje pravičnosti, je praktično neomejeno, zato je nemogoče naštetati ali predstaviti vse.⁷⁹ Presoja pravičnosti mora in sme zaobjeti vse relevantne okoliščine; posebej se presoja vsak konkretni, posamezni primer in njegovo dejansko stanje. Pravičnost je vsekakor razumeti široko. Ne vključuje le dejansko sklenjenih sporazumov med strankama, ampak tudi vse druge vidike, povezane s sporazumom, njegovo sklenitvijo, odpovedjo, njegovo izpolnitvijo ali katerikoli drugo okoliščino, ki se pojavi v zvezi z vsem tem.⁸⁰ Niso pomembni le pravni vidiki, ampak seveda tudi dejanski razlogi.⁸¹ V večini je prav tako sprejeto stališče, da okoliščine, ki nimajo zveze s pogodbenim razmerjem oz. jih zakon ne omenja posebej, ne morejo vplivati na presojo pravičnosti.⁸² Časovna točka, na kateri mora o tem odločati sodišče, je prenehanje pogodbenega razmerja,⁸³ torej enako kot pri presoji naročiteljevih prednosti (koristi); ne glede na to, ali se sodna odločitev sprejema kasneje ter je torej treba upoštevati tisto, kar je obstajalo v času prenehanja pogodbenega razmerja in kar je bilo mogoče tedaj predvidevati.⁸⁴

Po uporabi načela pravičnosti pa se tako dobljeni znesek odpravnine preizkusi le še v okviru maksimalno dopustnega zneska odpravnine, ki se ga ne sme preseči.

5.4 Odpravnina po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ

5.4.1 Predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine

Do odpravnine je trgovski zastopnik upravičen tudi, če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti izgubljene provizije pri poslih s temi strankami. V tem delu gre dejansko za načelo pravičnosti iz druge alineje točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, ki, kot pojasnjeno v poglavju 5.1, po dikciji prvega odstavka 833. člena OZ predstavlja samostojno podlago za pridobitev pravice do odpravnine, v Agentski direktivi pa, kot omenjeno, načelo pravičnosti ne predstavlja

⁷⁹ G. Löwisch, v: D. Joost, L. Strohn (ur.), 2020, EBJS Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 150.

⁸⁰ Prav tam. R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 197.

⁸¹ P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 96.

⁸² P. Meier, v: C. Herresthal, M. Henssler, M. Paschke (ur.), 2020, BeckOGK, po stanju 15. 5. 2020, par. 89b HGB, r. št. 97; J. Busche, v: H. Oetker (ur.), 2019, Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 18; K. J. Hopt, v: A. Baumbach, K. J. Hopt, 2020, Hopt Handelsgesetzbuch, par. 89b HGB, r. št. 25, idr.

⁸³ R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b HGB, r. št. 197; G. Löwisch, v: D. Joost, L. Strohn (ur.), 2020, EBJS Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 151. Drugače pa G. Schröder, v: F. Schlegelberger (ur.), 1973, Handelsgesetzbuch Kommentar, par. 89b HGB, r. št. 18.

⁸⁴ Prav tam.

samostojne podlage za pridobitev pravice do odpravnine, ampak se to presoja znotraj pogoja iz prve alineje točke a) drugega odstavka 17. člena Agentske direktive.

V zvezi s tem določilom sta ključni predvsem dve vprašanji, in sicer katere so lahko posebne okoliščine, ki bi terjale plačilo odpravnine, poleg izgubljenih provizij pri poslih s temi strankami,⁸⁵ ter kako in na kakšnih podlagah ter predpostavkah se odpravnina izračunava v teh primerih. Poleg tega pa se – glede na to, da gre v tem primeru za dodatno pravico do odpravnine, ki je Agentska direktiva ne določa – postavlja tudi vprašanje skladnosti tega določila z Agentsko direktivo.

5.4.2 Vsebina zakonskega pojma »posebne okoliščine«

Glede na zakonsko dikcijo po našem mnenju ne gre za dejansko stanje, pri katerem bi bile kumulativno predhodno izpolnjene predpostavke iz prvega dela prvega odstavka 833. člena OZ, torej da je trgovski zastopnik naročitelju pridobil nove stranke ali občutno povečal posle z dotedanjimi strankami (prvi pogoj), s katerimi ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe znatne koristi (drugi pogoj). V primerih, ko sta oba prehodno navedena pogoja izpolnjena kumulativno, ima trgovski zastopnik pravico do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, ki je bila opisana v predhodnem poglavju. Če pa nobeden od prej navedenih dveh pogojev ni izpolnjen ali pa ni vsaj izpolnjen drugi pogoj, je lahko trgovski zastopnik upravičen do odpravnine po drugi, dodatni alternativni varianti, če plačilo odpravnine terjajo posebne okoliščine, zlasti izgubljene provizije pri poslih s temi strankami.

To po našem mnenju potrjuje tudi dejstvo, da se v primeru prvega dela prvega odstavka 833. člena OZ že v okviru presoje pravičnosti obravnava in upošteva tudi te iste posebne okoliščine in tudi druge relevantne okoliščine. V okviru nemškega in avstrijskega prava se dopušča, da se v okviru presoje pravičnosti lahko znesek predhodno izračunanega nadomestila le zniža in ne tudi poviša. S tem stališčem se ne strinjamo, saj se je v primeru obstoja posebnih okoliščin, na podlagi katerih je mogoče utemeljeno pričakovati, da bi se z njihovim upoštevanjem v korist trgovskega zastopnika in torej s povišanjem nadomestila, mogoče bolj približati

⁸⁵ Nove stranke, ki jih je naročitelju pridobil trgovski zastopnik, in dotedanje stranke, s katerimi je naročitelju trgovski zastopnik občutno povečal posle.

realnim prihodnjim naročiteljevim koristim, in ni videti razloga, da se to ne bi dopuščalo.

Če torej obstajajo vse predpostavke po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, je po našem mnenju trgovski zastopnik upravičen do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ in se morajo vse posebne okoliščine presoјati v okviru načela pravičnosti, pri čemer se lahko v okviru presoје pravičnosti znesek odpravnine zviša ali zniža. Če pa vse predpostavke po prvem delu prvega odstavka niso izpolnjene, potem ima trgovski zastopnik možnost uveljavljati odpravnino po drugem delu drugega odstavka 833. člena OZ, če seveda obstojijo posebne okoliščine, ki same po sebi terjajo plačilo odpravnine.

5.4.3 Postopek določitve višine odpravnine

Če poleg posebnih okoliščin, ki terjajo odpravnino, obstajajo tudi nove stranke, ki jih je naročitelju pridobil trgovski zastopnik, ali dotedanje stranke, s katerimi je naročitelju trgovski zastopnik občutno povečal posle, potem se je pri izračunu temelja za odpravnino mogoče opreti tudi na Agentsko direktivo, priporočila v zvezi z njenimi izračuni in primerljivo sodno prakso. Ob predpostavki novih strank in/ali občutnega povečanja poslovanja z obstoječimi strankami je mogoče izračunati izhodišče odpravnine. Nadalje pa je smiselna uporaba odvisna od različnih dejanskih stanov. S tem zakonskim določilom so namreč zaobseženi primeri, ko naročitelj po prenehanju pogodbe nima znatnih koristi⁸⁶ s temi strankami ali pa koristi sploh nima. V primerih, ko so torej koristi naročitelja sicer podane, vendar jih ni mogoče subsumirati pod pojem »znatnih koristi«,⁸⁷ se lahko smiselno uporabi prognoza trajanja takšnih bodočih koristi. V tem pogledu je mogoče tudi smiselno izpeljati naslednjo fazo izračuna odpravnine, skladno z evropsko in primerljivo tujo sodno prakso. Kadar koristi naročitelja sploh ni, pa to seveda ne more priti v poštev in si bo treba pomagati prvenstveno s tisto posebno okoliščino in tistimi posebnostmi, ki so sploh pripeljale do pravice do odpravnine.

⁸⁶ Slovenski prevod Agentske direktive uporablja termin velike prednosti, nemško in avstrijsko zakonsko določilo pa termin znatne prednosti.

⁸⁷ Prednosti, ki skupno ne presegajo zneska 1000 evrov, ni mogoče šteti za znatne, to pa pomeni malo več kot 3 odstotke letne povprečne bruto plače v Nemčiji, tako med drugim R. Emde, 2014, Vertriebsrecht, par. 89b, r. št. 141.

V primeru obstoja zakonsko posebej izpostavljene posebne okoliščine, tj. izgubljene provizije pri poslih s temi strankami, je to posebno okoliščino mogoče ustrezno ovrednotiti in upoštevati. To velja tako v primerih, ko ne obstajajo koristi naročitelja, kakor tudi v primerih, ko koristi sicer obstajajo, ampak so takšne, da ne dosegajo zakonskega znaka znatnosti. V praksi se namreč lahko zgodi, da je trgovski zastopnik pridobil naročitelju nove stranke ali/in tudi občutno povečal posle z dotedanjsimi strankami, vendar zaradi takšnega ali drugačnega vzroka naročitelj po prenehanju pogodbe nima znatnih koristi s temi strankami. Zlasti v takih primerih bi torej lahko prišlo v poštev v prvem odstavku določeno uveljavljanje dodatne pravice do odpravnine iz razloga posebnih okoliščin.

Uporaba tega določila pa je mogoča tudi v primeru, ko trgovski zastopnik naročitelju sploh ni pridobil novih strank in mu niti ni povečal poslov z dotedanjsimi strankami. Kakšne posebne okoliščine bi morale obstajati v takem primeru in kako bi se v takih primerih določala odpravnina, je velika neznanka. Odgovor na to vprašanje je odvisen od posebnih okoliščin v vsakem posameznem primeru in od interpretacije sodišč. Zagotovo pa bo tista okoliščina, ki bo tako posebna, da bo po oceni sodišča trgovskega zastopnika upravičevala do plačila odpravnine, že sama po sebi vsaj delno nakazovala smer razmišljanja in odločitve v zvezi s tem. Tako je recimo mogoče, da trgovski zastopnik ni pridobil novih strank ali da ni povečal poslov z dotedanjsimi strankami, vendar pa je naročitelju v okviru pogodbenega razmerja omogočil ali pridobil kaj drugega, od česar ima naročitelj trajne ali trenutne koristi. V tem primeru bi lahko šlo za t. i. posebne okoliščine, ki bi trgovskega zastopnika upravičevale do odpravnine. Vsekakor pa se morajo te okoliščine nanašati na samo poslovanje med pogodbenima strankama. Med posebne okoliščine tako ni mogoče šteti osebnih okoliščin na strani trgovskega zastopnika.⁸⁸

Katere bodo v praksi tiste posebne okoliščine, ki bodo utemeljevale pravico do odpravnine, bo v končni fazi razvidno iz prakse slovenskih sodišč. Je pa mogoče z gotovostjo zaključiti, da morajo biti te posebne okoliščine takšne, da je zaradi njih pravično, da zastopnik dobi odpravnino.⁸⁹

⁸⁸ Tako tudi (sicer v okviru uporabe načela pravičnosti) B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 520; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.3.5.

⁸⁹ Prav tam.

Do dodatne pravice do odpravnine je torej trgovski zastopnik upravičen v primeru obstoja posebnih okoliščin, ki upravičujejo plačilo odpravnine. Te okoliščine morajo biti tako pomembne oz. močne, da je prav zaradi njih trgovski zastopnik upravičen do te dodatne pravice do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ. Vsekakor morajo te posebne okoliščine odigrati tudi pomembno vlogo pri sami določitvi višine odpravnine. Predhodno je bilo navedeno, da bi se bilo pri določenih dejanskih stanjih mogoče opirati na modele izračunov, ki so uporabljivi pri pravici do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, kjer temelje črpamo iz evropske in primerljive tuje sodne prakse. Navedeno sicer drži, je pa treba upoštevati, da so pri prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ temeljne predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine povsem drugačne ter je torej v primeru določanja odpravnine z uporabo dodatne možnosti po drugem delu prvega odstavka treba dati največji poudarek tistim posebnim okoliščinam, ki so sploh pripeljale do pravice do odpravnine, in pri izračunu višine odpravnine prvenstveno izhajati iz njih.

Glede na to, da je bil namen zakonodajalca s prvim odstavkom 833. člena OZ prenesti določila Agentske direktive, se pojavlja vprašanje, ali je tudi pri tej dodatni pravici do odpravnine treba uporabiti načelo pravičnosti. Pri dodatni pravici do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ so posebne okoliščine že same po sebi sploh pogoj za pridobitev pravice do odpravnine. So takšne posebne okoliščine, ki jih je mogoče interpretirati v korist trgovskega zastopnika tako, da je pravično, da pridobi odpravnino, čeprav niso izpolnjeni pogoji iz prvega dela prvega odstavka 833. člena OZ. Gre torej že samo po sebi za nekakšno načelo pravičnosti, ki trgovskemu zastopniku daje samostojno dodatno pravico do plačila odpravnine. Če v konkretnem primeru ne bodo obstajale takšne posebne okoliščine, ki bodo trgovskega zastopnika upravičevale do plačila odpravnine, pravica do odpravnine sploh ne bo nastopila. To pomeni, da je presoja vseh za trgovskega zastopnika posebnih pozitivnih in ugodnih okoliščin potrebna že zato, da se ugotovi, ali je trgovski zastopnik sploh upravičen do odpravnine. Sama presoja (ne)obstoja posebnih okoliščin tako zahteva uporabo načela pravičnosti. Že pri presoji samih posebnih okoliščin, ki bi terjale plačilo odpravnine, je namreč treba opraviti dejansko presojo vseh okoliščin, torej vseh za trgovskega zastopnika pozitivnih in negativnih okoliščin, in tako sploh ugotoviti, ali glede na celotno dejansko stanje obstajajo takšne posebne okoliščine, ki terjajo plačilo odpravnine, in v kakšni višini je trgovski zastopnik upravičen do odpravnine. Poleg tega pa se je v vsakem primeru treba opreti na splošna načela obligacijskega prava, kot je npr. načelo vestnosti in poštenja.

5.4.4 Vprašanje skladnosti ureditve z Agentsko direktivo

Glede same dodatne pravice do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ velja opozoriti še na naslednje. Drugačna ureditev, kot jo zahteva Agentska direktiva, je sicer dopustna, vendar mora biti *ex ante* izključeno, da bi bila za trgovskega zastopnika manj ugodna, kot jo daje ureditev v Agentski direktivi.⁹⁰

Po našem mnenju gre za dodatno alternativno možnost, ki jo zakon daje trgovskemu zastopniku. Torej trgovski zastopnik ima v tem primeru alternativno pravico do odpravnine, ki mu vsekakor pripada, če do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ ni upravičen, in sicer če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti izgubljene provizije z za odpravnino relevantnimi strankami. Pogoji, ki jih ureja in določa za pridobitev pravice do odpravnine prvi del prvega odstavka 833. člena OZ, so skladni z Agentsko direktivo in je torej alternativna možnost po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ, ki bi bila uporabljena v primerih, ko trgovskemu zastopniku odpravnina po prvi alternativni predvideni možnosti ne pripada, dodatna pravica, ki jo trgovskemu zastopniku zagotavlja slovenska zakonodaja in ki presega minimalne pravice, določene v Agentski direktivi. Torej je v tem primeru tudi *ex ante* izključeno, da bi bila lahko v škodo trgovskega zastopnika.

Pri tem se postavlja tudi vprašanje, ali je takšna ureditev, ki daje dodatno alternativno pravico do odpravnine, v nasprotju s cilji Agentske direktive. Skladno s stališčem Sodišča EU v zadevi *Herios* je cilj pravice do nadomestila iz drugega odstavka 17. člena Agentske direktive z vidika zastopnika predvsem nagraditev. Namen takega nadomestila je nagraditi zastopnika za njegova prizadevanja, če ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe o zastopanju gospodarske koristi od teh prizadevanj.⁹¹ V tem primeru OZ kot pogoj za pridobitev pravice do odpravnine ne zahteva, da bi naročitelj tudi po prenehanju pogodbe imel znatne koristi z novo pridobljenimi strankami oz. strankami, s katerimi je zastopnik občutno povečal naročitelju posle.

Če bi OZ pravico do odpravnine urejal samo na ta način, bi bila po našem mnenju takšna ureditev neskladna z Agentsko direktivo in bi bilo treba tolmačiti, da morajo v vsakem primeru v okviru posebnih okoliščin obstajati tako nove stranke ali

⁹⁰ Zadeva C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali Srl* proti *Marielli De Zotti*, ECLI:EU:C:2006:199 (*Honyvem Informazioni Commerciali*), tč. 27.

⁹¹ Zadeva C-593/21, *Herios*, ECLI:EU:C:2022:784, tč. 36.

občutno povečani posli z dotedanjimi strankami kot tudi naročiteljeve koristi s temi strankami. Vendar glede na samostojno pogojevanje teh koristi v predhodnem samostojnem določilu o pridobitvi pravice do odpravnine takšno tolmačenje glede na dikcijo tega določila ni mogoče oz. bi bilo, če bi to določilo tolmačili na ta način, to celo *contra legem*. Glede na to, da je eden od temeljnih ciljev Agentske direktive prav zaščita trgovskega zastopnika⁹² in da ta dodatna pravica daje trgovskemu zastopniku zgolj še dodatno upravičenje izven določil Agentske direktive, je takšna ureditev morebiti skladna tudi s cilji Agentske direktive.

Če pa bi zavzeli stališče, da lahko trgovski zastopnik to dodatno alternativno možnost po drugem odstavku 833. člena OZ uporabi tudi v primeru hkratnega izpolnjevanja pogojev po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ, kar bi bilo glede na dikcijo prvega odstavka 833. člena tudi mogoče, potem se postavijo številna vprašanja v zvezi s skladnostjo z Agentsko direktivo. V tem primeru bi se moral trgovski zastopnik odločiti, po katerem delu prvega odstavka 833. člena OZ bo prvenstveno zahteval odpravnino, pri čemer v takih primerih ne bi mogli *ex ante* izključiti, da ne bi trgovski zastopnik na koncu dobil nižje odpravnine, kot bi mu skladno z določili Agentske direktive pripadala.

6 Odpravnina po četrtem v zvezi s petim odstavkom 833. člena OZ

6.1 Osnovna izhodišča

Precej več zapletov pri sami interpretaciji in uporabi povzročča ureditev odpravnine po četrtem in petem odstavku 833. člena OZ. *Zabel* navaja, da je temeljna slabost obeh odstavkov, da skoraj v celoti derogirata bistvo in smisel odpravnine, kot sta izražena v prvem odstavku, pri čemer naj bi bil povsem odpravljen temeljni razlog za odpravnino, tj. naročiteljeva znatna korist po prenehanju pogodbe.⁹³ *Zabel* nadaljuje, da je nadaljnja slabost obeh odstavkov težavnost izračuna odpravnine in da se največja slabost četrtega odstavka kaže v gospodarski prizadetosti zastopnika, za kar naj ne bi bilo nobenega utemeljenega razloga, saj čim krajši je čas med

⁹² Npr. zadeva C-215/97, Barbara Bellone proti Yokohama SpA, ECLI:EU:C:1998:189, tč. 13 in 17, zadeva C-381/98, Ingmar GB Ltd proti Eaton Leonard Technologies Inc., ECLI:EU:C:2000:605, tč. 20 in 23, zadeva C-465/04, *Honyvem Informazioni Commerciali*, tč. 19, zadeva *Turgay Semen*, tč. 14, in zadeva *Quenon*, tč. 23.

⁹³ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 521–522; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.2.

predčasnim prenehanjem pogodbe in zakonsko ali pogodbeno določenim časom za prenehanje, tem težji je zastopnikov položaj.⁹⁴

Dosedanja teorija v zvezi z ureditvijo v četrtem in petem odstavku 833. člena OZ navaja, da ureditev po eni strani spominja na določila iz tretjega odstavka 17. člena Agentske direktive,⁹⁵ da pa po drugi strani ti dve določili v celoti derogirata temelj in bistvo odpravnine. Poudarja, da dokler zakonodajalec ne bo razveljavil nesmiselne določbe, bodo sodišča morala zbrati pogum in ravnati tako, kot da bi šlo za pravno praznino.⁹⁶ Opozarja, da se je s tema določiloma popolnoma izničil namen odpravnine in da je takšna ureditev odpravnine unikatna ter pomeni obid same direktive oz. njeno kršitev.⁹⁷ Kljub kritikam v dosedanji teoriji in praksi pa se vse do danes v tem pogledu ni nič spremenilo, saj ureditev iz četrtega in petega odstavka 833. člena OZ ostaja nespremenjena.

Nekoliko podrobneje se je z odpravnino po četrtem v zvezi s petim odstavkom 833. člena OZ ukvarjalo Višje sodišče v Ljubljani,⁹⁸ pri čemer je v bistvenem sledilo kritikam teoretikov. Glavne slabosti te ureditve so po stališču Višjega sodišča v Ljubljani naslednje:

- Da se ne zahteva niti obstoj znatne koristi na strani naročitelja in da sta s tem občutno v različna položaja postavljena zastopnik, ki mu npr. pogodba za nedoločen čas preneha po preteku petih let, in tisti, ki mu pogodba preneha pred potekom petih let, saj naj bi prvi moral dokazati predpostavke po prvem odstavku, medtem ko naj drugemu ne bi bilo treba dokazati drugega kot opisane stroške in prihodke.
- Da je izračun nejasen in da iz besedila izhaja, kot da je treba upoštevati le že nastale stroške, na prihodkovni strani pa se upoštevajo tako že realizirani kot predvideni prihodki. Prav tako bi bilo treba upoštevati tudi bodoče stroške v zvezi z izvajanjem pogodbe, saj je jasno, da bi zastopnik tudi v bodoče s pogodbo imel določene stroške in ne le prihodkov.
- Da ima na strani naročitelja pravica do odpravnine po četrtem in petem odstavku izrazito kaznovalen značaj, saj je pridobitev pravice po strogi

⁹⁴ Prav tam.

⁹⁵ A. Friedl, Nadomestilo distributerju ob prenehanju pogodbe, 2018, str. 25.

⁹⁶ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 521–522; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.2.

⁹⁷ M. Konjar, Pravica trgovskega zastopnika do odpravnine – nemška sodna praksa, 2008, str. 75–94.

⁹⁸ VSL Sodba in sklep I Cpg 438/2019 z dne 15. 9. 2020, ECLI:SI:VSLJ:2020:I.CPG.438.2019.1.

jezikovni razlagi avtomatizirana, zakon pa v petem odstavku celo predvideva, da bo višja kot siceršnja odpravnina po prvem do tretjem odstavku 833. člena OZ (... kakor tudi, če bi bila ustrezna odpravnina po prvem odstavku nižja od odpravnine po prejšnjem odstavku).⁹⁹

Z amandmajem skupine poslancev je bil v drugi obravnavi sprejemanja OZ 833. člen dopolnjen z novim četrtem in petim odstavkom. Zakonodajalec je namreč trgovskim zastopnikom, ki po prvem odstavku ne bi bili upravičeni do odpravnine, v določenih primerih želel zagotoviti dodatno pravico.¹⁰⁰ Kot nadalje navajajo predlagatelji amandmaja, se z novim petim odstavkom določa razmerje med odpravnino po prvem odstavku in odpravnino po četrtem odstavku na način, da zastopnik ne more kumulirati obeh odpravnin, tj. odpravnine po prvem in odpravnine po četrtem odstavku. Torej, kot določa peti odstavek omenjenega člena zakona, ima zastopnik pravico do odpravnine po četrtem odstavku tudi, če po prvem odstavku ni upravičen do odpravnine, kakor tudi, če bi bila ustrezna odpravnina po prvem odstavku nižja od ustrezne odpravnine po četrtem odstavku. Zlasti zaradi v petem odstavku uporabljenega pojma »tudi« pa se lahko v zvezi s tem pojavijo različne razlage.

Da lahko trgovski zastopnik, ki mu preneha pogodba, sklenjena za določen čas, pred potekom tega časa ali trgovski zastopnik, ki mu preneha pogodba, sklenjena za nedoločen čas, pred potekom petih let od sklenitve uveljavlja odpravnino po prvem ali po četrtem odstavku 833. člena OZ, izhaja iz zadeve, ki jo je obravnavalo Višje sodišče v Kopru.¹⁰¹ V tej zadevi je šlo za pogodbo za določen čas, ki je prenehala pred potekom enega leta. Sodišče je zahtevek za plačilo odpravnine po prvem odstavku 833. člena OZ obravnavalo vsebinsko in ga ni zavrnilo iz razloga, ker bi moral trgovski zastopnik odpravnino uveljavljati (zgolj) po četrtem odstavku 833. člena OZ.¹⁰² Nadalje je Višje sodišče v Kopru zavzelo tudi stališče, da ker je šlo za obdobje, bistveno daljše od petih let, uporaba četrtega odstavka 833. člena OZ ne

⁹⁹ S temi stališči se ne strinjamo, podrobneje o tem gl. S. Kerčmar, 2023, Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe v primerjalnem pravu.

¹⁰⁰ Amandma k 833. členu skupine poslancev (Potrč Miran) z dne 28. 6. 2001, EPA 1544, dostopno na: https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=C12565D400354E68C1256A7A0025DD4D&db=kon_zak&mandat=III&tip=doc, (1. 9. 2021).

¹⁰¹ VSK sodba in sklep I Cpg 135/2018 z dne 11. 10. 2018, ECLI:SI:VSKP:2018:I.CPG.135.2018.

¹⁰² Ta bi v skladu s prvim odstavkom 833. člena OZ tožniku pripadala, če bi zatrjeval in izkazal, da je naročitelju pri dotedanjem izpolnjevanju pogodbe pridobil nove stranke ali da je občutno povečal posle z dotedanjimi strankami ter da ima naročitelj tudi po prenehanju pogodbe s temi strankami znatne koristi, ali pa če bi plačilo odpravnine terjale posebne okoliščine, zlasti zaradi izgubljene provizije pri poslih s temi strankami.

pride v poštev.¹⁰³ Tudi iz tega lahko razberemo, da pod pogoji iz petega odstavka 833. člena OZ zahtevke po četrtem odstavku 833. člena OZ lahko uveljavljajo samo trgovski zastopniki, katerih pogodbe so prenehale na način, določen v četrtem odstavku 833. člena OZ, in ne morebiti smiselno tudi drugi trgovski zastopniki.

6.2 Vprašanje skladnosti ureditve z Agentsko direktivo

Trgovski zastopniki, ki jim je prenehala pogodba, sklenjena za določen čas, pred potekom tega roka, in trgovski zastopniki, ki jim je pred potekom petih let prenehala pogodba o trgovskem zastopanju za nedoločen čas, imajo možnost uveljavljati odpravnino tudi po četrtem odstavku 833. člena OZ, in sicer ne glede na to, ali so upravičeni do odpravnine po prvem odstavku 833. člena ali če bi bila odpravnina po prvem odstavku 833. člena nižja, kot bi trgovskemu zastopniku pripadala po četrtem odstavku 833. člena OZ. Gre torej za dodatno pravico, ki jo zakon ponuja trgovskim zastopnikom v situacijah, ki jih opredeljuje četrty odstavek 833. člena OZ, zato je potrebno ugotoviti, ali je *ex ante* izključeno, da bi bilo ob poteku pogodbe to v škodo trgovskega zastopnika.¹⁰⁴

Kot že predhodno pojasnjeno, je Sodišče EU v zadevi *Honyvem Informazioni Commerciali* zavzelo stališče, da nadomestila za prenehanje veljavnosti pogodbe na podlagi drugega odstavka 17. člena Agentske direktive, kadar se uporabi kolektivna pogodba, ni mogoče zamenjati z nadomestilom po merilih, ki so drugačna od tistih, ki jih določa ta določba, razen če se dokaže, da uporaba take kolektivne pogodbe trgovskemu zastopniku v vsakem primeru zagotavlja nadomestilo, ki je enako ali višje od nadomestila, ki bi ga prejel na podlagi navedene določbe Agentske direktive. Po odločitvi Sodišča EU je italijansko kasacijsko sodišče sicer priznalo nadvlado zakonske norme, ki določa pravico do nadomestila,¹⁰⁵ vendar je sledilo do tedaj osamljeni kasacijski sodbi iz leta 2002, v skladu s katero je treba v vsakem posameznem primeru, v smislu 19. člena Agentske direktive, preveriti, katera odpravnina je za trgovskega zastopnika ugodnejša po stanju ob prenehanju pogodbenega razmerja, ali ureditev po kolektivni pogodbi ali zakonska ureditev. Kot poudarja sodišče, je treba zagotoviti, da se vedno uporabi predpis, ki ob upoštevanju okoliščin posameznega primera trgovskemu zastopniku daje najugodnejši rezultat,

¹⁰³ VSK sodba I Cpg 266/2018 z dne 21. 2. 2019, ECLI:SI:VSKP:2019:I.CPG.266.2018.

¹⁰⁴ Tako Sodišče EU v zadevi *Honyvem Informazioni Commerciali*, tč. 27.

¹⁰⁵ J. Menges, 2015, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, str. 250–251, in tam citirana sodna praksa.

tj. višje nadomestilo.¹⁰⁶ Na ta način je torej zagotovljeno, da trgovski zastopnik ne bo dobil manj, kot mu skladno z Agentsko direktivo zagotavlja zakon. V Italiji ugotovljene neskladnosti tako niso reševali s spremembo materialnega predpisa, pač pa v procesnem smislu, pri čemer takšna rešitev še ni bila predmet presoje pred Sodiščem EU.

V naši ureditvi se postavlja podobna dilema, pri čemer pa je ključno vprašanje, kako brez zakonskega posega v procesnem smislu v vsakem primeru zagotoviti, da trgovski zastopnik ne bi bil prikrajšan. Glede na kompleksnost izračuna odpravnine po prvem odstavku 833. člena OZ v zvezi z drugim odstavkom 17. člena Agentske direktive ter dejansko končno presojo, tehtanje in določitev višine s strani sodišča bo namreč dostikrat težko vedeti, ali bi bila na koncu prisojena višja odpravnina po prvem ali po četrtem odstavku 833. člena OZ.

Morebitna razlaga, ki bi trgovskim zastopnikom, ki jim je pogodba prenehala v primerih iz četrtega odstavka 833. člena OZ, dopuščala uveljavljanje odpravnine zgolj po četrtem odstavku 833. člena OZ, bi bila neskladna z Agentsko direktivo, saj za to določilo ne moremo trditi, da se z njim *ex ante* izključuje, da bi bilo v vsakem primeru za trgovskega zastopnika manj ugodno od ureditve v Agentski direktivi. Prav tako bi bila v nasprotju tudi z namenom zakonodajalca, ki je želel trgovskim zastopnikom, ki jim pogodba za določen čas preneha pred potekom tega časa, oz. trgovskim zastopnikom, ki jim preneha pogodba, sklenjena za nedoločen čas, pred potekom petih let od sklenitve, zagotoviti dodatno pravico.

6.3 Postopek določitve višine odpravnine

V zvezi z izračunom odpravnine *Zabel* navaja,¹⁰⁷ da je besedilo četrtega odstavka 833. člena OZ treba razumeti kot navodilo za dve računski operaciji, kar drži tudi po našem mnenju. Pri prvi operaciji se od stroškov uvajanja in drugih stroškov odštejejo prihodki, doseženi v času izvrševanja pogodbe, pri čemer dobimo pozitivni ali negativni rezultat. Pri drugi operaciji pa se od predvidenih prihodkov v času od prenehanja pogodbe do konca pogodbeno dogovorjene ali zakonsko odločene dobe odšteje pri prvi operaciji dobljeni rezultat, kar izraža višino odpravnine.

¹⁰⁶ Prav tam.

¹⁰⁷ B. Zabel v: N. Plavšak, M. Juhart et al., 2004, Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, str. 522; enako B. Zabel, v: N. Plavšak (ur.), 2021, E-paket Obligacije, razdelek 25.20.5.2.

V obravnavanem odstavku gre torej za razliko med prvimi tremi odnosnicami in četrto odnosnico. Zmota v formuli, ki jo navaja *Zabel*, je pri prvih treh odnosnicah in torej pri prvi računski operaciji. Stroške je namreč vedno treba odšteti od prihodkov, saj lahko edino to pripelje do pravega rezultata. Če so namreč stroški višji od ustvarjenih prihodkov, je rezultat negativen, če so nižji od ustvarjenih prihodkov, pa je rezultat pozitiven. Le na ta način se lahko npr. izračuna tudi poslovni izid podjetja. Če so prihodki večji od odhodkov, gre za dobiček, v nasprotnem primeru pa za izgubo. Zgolj tako lahko tudi izračunamo, ali je trgovski zastopnik v času trajanja pogodbenega razmerja ustvaril dobiček ali izgubo v zvezi z izvajanjem pogodbe o trgovskem zastopanju, ki jo obravnavamo. Da je tako, pokaže tudi druga operacija, pri kateri je dobljeni rezultat pri prvi operaciji treba odšteti od četrte odnosnice (prihodkov, ki bi jih trgovski zastopnik verjetno pridobil do poteka časa trajanja pogodbe). Torej, če je v času trajanja izvajanja pogodbe trgovski zastopnik imel višje stroške od prihodkov, se tako ugotovljena izguba prišteje verjetnim bodočim prihodkom do poteka časa trajanja pogodbe oz. do poteka petih let pri pogodbah za nedoločen čas in se torej ta izguba povrne trgovskemu zastopniku v okviru odpravnine, do katere mu daje pravico četrta odstavka 833. člena OZ. Trgovski zastopnik je ob takšnih predpostavkah v okviru odpravnine po četrtem odstavku 833. člena OZ upravičen do povračila stroškov (te je imel z uvajanjem proizvoda¹⁰⁸ na tržišče in z izvajanjem pogodbe), ki jih v času izvajanja pogodbe ni pokrili s prihodki, ustvarjenimi na podlagi te pogodbe. Če pa je v letih izvajanja pogodbe trgovski zastopnik ustvaril več dobička,¹⁰⁹ kot bi bilo še verjetnih prihodkov do izteka pogodbenega razmerja oz. do izteka petih let pri pogodbah za nedoločen čas, potem po četrtem odstavku 833. člena OZ do odpravnine ni upravičen. Seveda pa je v vseh primerih upravičen do odpravnine po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ, če izpolnjuje v teh določilih postavljene pogoje. To je bil tudi namen predlagateljev spremembe.

Da formula, ki jo omenja *Zabel*, ni ustrezna, pa kaže tudi dejstvo, da bi bili ob upoštevanju tiste formule do višje odpravnine upravičeni trgovski zastopniki, ki bi si v času izvajanja pogodbe že pokrili vse stroške, oz. bi lahko tisti, ki jim stroškov ni uspelo pokriti s prihodki, prav iz teh razlogov ostali še brez odpravnine, saj bi nepokriti stroški zmanjševali odpravnino s tem, ko bi zmanjševali (ne povečevali) njegove verjetne bodoče prihodke.

¹⁰⁸ Pojem »proizvod« je potrebno razlagati široko tako, da obsega tako blago kot tudi storitve.

¹⁰⁹ Je ustvaril več prihodkov, ki jih je pridobil na podlagi izvajanja pogodbe, kot je imel stroškov v zvezi z uvajanjem proizvoda na tržišče in vseh drugih stroškov, ki jih je imel v zvezi z izvajanjem pogodbe.

Da je zgoraj predstavljena formula izračuna najustreznejša, se izkaže tudi pri konkretnih izračunih v različnih situacijah, ki pa niso predmet tega prispevka.¹¹⁰

7 Zaključek

Specifično ureditev pravice do odpravnine v OZ je torej v večini primerov mogoče interpretirati na način, ki je skladen z Agentsko direktivo. Slovenska zakonska ureditev daje trgovskim zastopnikom več pravic. Vendar pa je na drugi strani tudi dejstvo, da sodna praksa na tem področju ni razvita, kar vnaša določeno stopnjo nejasnosti in negotovosti, ter da se, verjetno tudi zaradi zapletenosti in specifičnosti ureditve, v praksi ta določila ne izvajajo.

Četudi bi se morebiti z ustrezno interpretacijo ta ureditev lahko uporabljala v praksi, je vprašanje, ali je zakonodajalec takšno ureditev, kot sedaj dejansko izhaja iz 833. člena OZ, sploh želel. Menimo, da bi bilo morebiti smiselno zakonodajo v tem delu novelirati, saj bi se s spremembo zakona hitreje dosegla jasnost in pravna varnost na tem področju kot pa npr. skozi razvoj sodne prakse. Jasna ureditev bi dajala bistveno boljše izhodišča za uporabo teh določil v praksi, pri čemer pa ni potrebno, da bi se na račun večje jasnosti sedanje trgovskemu zastopniku namenjene pravice zmanjševalo.¹¹¹

Literatura

- Baumbach Adolf, Hopt Klaus J., *Handelsgesetzbuch: HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)* (39. izdaja), C.H. Beck, München 2020.
- Bleutge, Peter, *In fremdem Namen und für fremde Rechnung – Die wichtigsten Bestimmungen des deutschen Handelsvertreterrechts* (2. izdaja), Deutscher Industrie- und Handelstag, Berlin 1998.
- Dolenc Milre, *Načelo vestnosti in poštenja v sodni praksi*, *Pravosodni bilten*, Let. 34 (2013), št. 3, str. 35–45.
- Emde, Raimond, *Vertriebsrecht, Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB, Handelsvertreterrecht, Vertragshändlerrecht, Franchiserecht* (3. izdaja), De Gruyter Recht, Berlin 2014.
- Engelmann, Jan, *International Commercial Arbitration and the Commercial Agency Directive: A Perspective From Law and Economics* (prva izdaja), Springer International Publishing, Berlin 2017.
- Evropska komisija, 2015, *Evaluation of the Council Directive on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (Directive 86/653/EEC)* /

¹¹⁰ Natančneje o tej tematiki S. Kerčmar, 2023, *Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe v primerjalnem pravu*.

¹¹¹ Podrobneje o tem gl. S. Kerčmar, 2023, *Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe v primerjalnem pravu*.

- REFIT Evaluation, dostopno na:
<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/11482?locale=sl> (20. 8. 2021).
- Fock, Till, Die europäische Handelsvertreter-Richtlinie Kompetenzgrundlage, Systematik, Angleichungserfolg, Nomos, Baden-Baden 2001.
- Friedl Andrej, Nadomestilo distributerju ob prenehanju pogodbe: aktualni trendi v primerjalnem pravu, Pravna praksa, Let. 37 (2018), št. 36-37, str. II–VII.
- Heidel Thomas, Schall Alexander (ur.), Handelsgesetzbuch, Handkommentar (3. izdaja), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020.
- Herresthal Carsten, Henssler Martin, Paschke Marian (ur.), Beck-online GROSSKOMMENTAR zum HGB: BeckOGK, C.H. Beck, München 2020.
- Horn Norbert (ur.), Heymann Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht) Kommentar, Band 1, Erstes Buch Einleitung; §1–104 (2. izdaja), Walter de Gruyter, Berlin, New York 1995.
- Joost Detlev, Strohn Lutz (ur.), Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: §§ 1–342e (4. izdaja), C.H. Beck, München 2020.
- Kerčmar, Sebastjan, Odpravnina po pravilih agencijske pogodbe, doktorska disertacija, Pravna fakulteta Univerze v Mariboru, Maribor 2023.
- Kleinknecht Gregor, Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales, v: Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia, A. Venezia (ur.), Ordine degli avvocati di Milano, Milano 2016, dostopno na:
https://www.ordineavvocatimilano.it/media/commissioni/CRINT/Ebook_tratt_fine_rapp_agenzia_def.pdf (25. 8. 2021).
- Knez Rajko, Večja zaščita trgovskega zastopnika v OZ in pravilih EU, Gospodarski subjekti na trgu: pravo družb, gospodarsko pogodbeno, stvarno, davčno in delovno pravo, Inštitut za gospodarsko pravo, Maribor, Portorož 2002.
- Koller von Ingo, Kindler Peter, Roth Wulf Henning, Drüen Klaus Dieter, Handelsgesetzbuch: HGB (9. izdaja), C.H. Beck, München 2019.
- Konjar Manca, Pravica trgovskega zastopnika do odpravnine - nemška sodna praksa, Podjetje in delo, Let. 34 (2008), št. 1, str. 75–94.
- Kranjc, Vesna, Gospodarske pogodbe, Tradicionalni in novejši posli gospodarskih subjektov, Lexpera, GV Založba, Ljubljana 2020.
- Küstner, Wolfram, Das neue Recht des Handelsvertreters (4. izdaja), Boorberg, Stuttgart 2003.
- Küstner Wolfram, Thume Karl Heinz (ur.), Handbuch des gesamten Vertriebsrechts, Band 2: Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters, Warenvertreter, Versicherungs- und Bausparkassenvertreter (9. izdaja), Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt 2014.
- Martinek Michael, Semler Franz Jörg, Flohr Eckhard (ur.), Handbuch des Vertriebsrechts (4. izdaja), C.H. Beck, München 2016.
- Menges Julia, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Billigkeit, Eine deutsch-italienische Studie zum Harmonisierungserfolg der Richtlinie Nr. 86/653/EWG (1. izdaja), Nomos, Baden-Baden 2015.
- Možina Damjan, Razdor, odpoved in odstop od pogodbe, Pravni letopis, (2011), št. 1, str. 57–73.
- Nocker Michael, HVertrG - Handelsvertretergesetz 1993, Mit ausführlichen Berechnungsbeispielen zum Ausgleichsanspruch (2. izdaja), Verlag Österreich, Dunaj 2015.
- Oetker Hartmut (ur.), Handelsgesetzbuch: HGB Kommentar (6. izdaja), C.H. Beck, München 2019.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Jadek Pensa Dunja, Kranjc Vesna, Grile Peter, Polajnar Pavčnik Ada et al., Obligacijski zakonik (OZ): s komentarjem, 4. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2004.
- Plavšak Nina, Juhart Miha, Vrenčur Renato et al., E-paket Obligacije z e-komentarjem Obligacijskega zakonika, Tax-Fin-Lex, Ljubljana 2021.
- Publication Office of the European Union, 2007, Report on the Application of Article 17 of Council Directive of 18 December 1986 on the Coordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents (86/653/EEC), dostopno na:
<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2f6e5054-a18f-4f39-9bc7-a9c67ad9636d> (20. 8. 2021).
- Rot, Patricija, Upravičenost do odpravnine ob prenehanju distribucijskega razmerja, magistrska naloga, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016.

- Röhrich Volker, Graf von Westphalen Friedrich, Haas Ulrich (ur.), *Handelsgesetzbuch, Kommentar zum Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften, besonderes Handels-verträgen und internationalem Vertragsrecht* (5. izdaja), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019.
- Schlegelberger Franz (ur.), *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 2. Band §§ 48–104 (5. izdaja), Verlag Franz Vahlen, München 1973.
- Schmidt Karsten (ur.), *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1: Erstes Buch. Handelsstand, §§ 1–104 a* (4. izdaja), C.H. Beck, München 2016.
- Stabej, Marko, *Pomenska interpretacija prvega odstavka 833. člena Obligacijskega zakonika, strokovno mnenje*, Univerza v Ljubljani, Filozofska fakulteta, Ljubljana 2020.
- Thume Karl Heinz, *Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gem. § 89 b HGB im Lichte der Europäischen Union. Zeitschrift Betriebs-Berater, Let. 46* (2004), str. 2473–2477.
- Thume Karl Heinz, *Der neue § 89b Abs. 1 HGB und seine Folgen. Zeitschrift Betriebs-Berater, Let. 47* (2009), str. 2490–2494.
- Turnšek Maja, *Trgovska agencija po evropskem pravu, Pravna praksa, Let. 20* (2001), št. 39–40, str. 33–36.
- Versin, Gloria, *Der Ausgleichsanspruch nach § 89b HGB unter Einfluss der EG-Handelsvertreter-Richtlinie und aktueller EuGH-Rechtsprechung*, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Berlin 2015.
- Vogenauer Stefan, Weatherill Stephen (ur.), *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Hart Publishing, London 2000.

SUMMARY

The author discusses the regulation of termination indemnity for commercial agents in Slovenian legislation, focusing on provisions that deviate from the Agency Directive. The first such deviation is the statutory definition of a commercial agent, which requires a commercial agent to carry on agency as a registered activity, despite the fact that the Court of Justice ruled as early as in 2003, in the *Francesca Caprini* case, that the Agency Directive does not preclude national law from requiring commercial agents to register as such, provided that a failure to register as a commercial agent does not affect the validity of any agency contract concluded by the commercial agent with a principal or that the consequences of such failure to register do not affect any other protection afforded by the Directive to commercial agents in their relations with their principals. In addition, there is the principle of equity, which is not expressly laid down in the Slovenian legal provision governing the right to indemnity, but this does not preclude its application. There are also deviations from the Agency Directive in the provision that includes only commissions in the calculation of the maximum amount of indemnity rather than all payments as is the case, for instance, in the Agency Directive and the comparable German and Austrian regimes, as well as in certain other statutory provisions, which, due to their length, are not discussed in detail in the paper. One of the most important differences is that, in addition to the right to indemnity afforded to commercial agents by the Obligations Code in accordance with the provisions of the Agency Directive, the Obligations Code also affords commercial agents two additional rights to indemnity. The first additional right to indemnity is established in the second part of the first paragraph of Article 833 of the Obligations Code, which is based on special circumstances requiring the payment of indemnity, and the second in its fourth paragraph, which allows commercial agents to recover the costs they incurred in bringing the product to the market and any other costs they incurred in connection with the performance of the contract in the event of the termination of a fixed-term contract before the expiry of its term or in the event of the termination of an indefinite-term contract before the expiry of a period of five years from the date on which the contract was concluded. Neither right to indemnity requires that the principal derive significant benefit from the contractual relationship's termination; in fact, neither right to indemnity requires that the agent acquire new customers for the principal or significantly increase the principal's business with existing customers. Another peculiarity of the indemnity under Article 833(4) is that it is not subject to any limitation as to its amount. These are therefore additional rights of commercial agents that go beyond the minimum requirements of the Agency Directive and to which commercial agents are entitled if certain statutory

requirements are satisfied that deviate from those of the Agency Directive. It should be noted that a commercial agent naturally cannot be entitled to two or three indemnities on different grounds. However, given the complexities of calculating the indemnity pursuant to the first part of Article 833(1) of the Obligations Code, read in conjunction with Article 17(2) of the Agency Directive, and the actual final assessment, weighing and determination of the amount by a court, it will often be difficult to know whether a higher indemnity would ultimately be awarded under the first or second part of Article 833(1) of the Obligations Code or under Article 833(4) of the Obligations Code. Despite the broad rights granted by the law, no case in available Slovenian case law has awarded has awarded indemnity to a commercial agent. If both jurisprudence and case law from European and, in particular, comparable German and Austrian legislation can be relied on for the right to indemnity arising under the Agency Directive, appropriate solutions for the application of the additional rights must, to a greater extent, be found elsewhere, and the final answer will, of course, have to be given by the courts in their case law.