

Sebastjan Kerčmar

ODPRAVNINA PO PRAVILIH AGENCIJSKE POGODBE V PRIMERJALNEM PRAVU

LEXPERA®



ZALOŽBA

Ljubljana 2024

Foreword

This book, written by Dr. Sebastjan Kerčmar, is a masterpiece and important for Slovenian and European lawyers.

The book has 344 pages. The author has thoroughly examined the Slovenian regulation of indemnity for commercial agents and has provided answers on how to correctly apply the Slovenian regulation in practice. First, he presented the history of the regulation of compensation for commercial agents. Then, he resolved some inconsistencies and ambiguities regarding the legal regulation of commercial agents, as this was a prerequisite for him to then thoroughly address the indemnity for commercial agents. After that, the author presented the German and Austrian legal regulations, and partially also the Italian and Belgian legal regulations. He also discussed the possible analogous application of indemnity in other types of agreements, such as dealership agreements, franchise agreements, and commission agreements, all comparatively with the German and Austrian regulations. Finally, the author addresses the relationship between indemnity and damages, as well as judicial and arbitral jurisdiction and the application of law.

The author's comments are of great interest not only to readers in Slovenia but in the whole European Union. It is not only of interest how courts in Slovenia interpret the EU Directive 653/86. Different national regulations, such as those in Article 833 (4) and (5) of the Slovenian Obligations Code, are especially noteworthy. National law that increase the level of protection given by the Directive 86/653 is permissible and should be welcomed. However, I agree with the author that any interpretation of Article 833 (4) Obligations Code that reduces or exclude the indemnity of Article 17 EU Directive would not be in line with EU Directive 653/86, especially not with its agent-friendly interpretation. I have also read with interest the author's comments on the analogous application of commercial agency law, for example to dealership agreements. This is in line with the case law in Germany and prevents that distribution contracts would be concluded as dealership agreements just in order to circumvent the protection given by commercial agency agreements.

It is always commendable when authors shed light on legal problems in a specialized area and contribute to clarification. This has been achieved with Kerčmar's excellent work.

Dr. Raimond Emde
Partner of the law firm GvW Graf von Westphalen, Hamburg
www.gvw.com

Kazalo

Kazalo tabel	11
Seznam kratic	13
1. Uvod	17
2. Pogodba o trgovskem zastopanju (agencijska pogodba)	33
2.1. Ureditev pogodbe o trgovskem zastopanju v Sloveniji in njena zgodovina	33
2.2. Ureditev agencijske pogodbe na ravni Evropske unije	37
2.3. Agencijska pogodba glede na protimonopolna pravila	41
3. Trgovski zastopnik (agent)	43
3.1. Samostojnost trgovskega zastopnika	44
3.2. Pridobitni namen zastopanja kot registrirane dejavnosti	49
3.3. Trajnost pogodbenega razmerja z naročiteljem	52
3.4. Različne vrste zastopanja in uporaba določil o Pogodbi o trgovskem zastopanju	53
3.4.1. Pomorski agent	54
3.4.2. Zavarovalni zastopnik	56
3.4.3. Zastopnik v športu	58
3.4.4. Upravljavec bencinskega servisa	59
3.4.5. Internetno poslovanje in elektronski agent	61
3.4.6. Igralniški zastopnik in drugi	62
3.5. Podzastopnik (podagent)	63
3.6. Plačilo trgovskega zastopnika	64
3.6.1. Pogodbe, pri katerih je zastopnik upravičen do provizije	65
3.6.2. Pridobitev pravice do plačila (provizije)	73
3.6.3. Obračun in višina plačila	75
3.6.4. Posebno plačilo	78
3.6.4.1. <i>Del credere</i> provizija	79

3.6.4.2. Posebno plačilo za izterjavo	82
3.6.5. Stroški	83
3.6.6. Zastopnikova zastavna pravica	84
3.7. Sklepno glede trgovskega zastopnika	86
4. Prenehanje pogodbe o trgovskem zastopanju	89
4.1. Redno prenehanje pogodbe po OZ	92
4.1.1. Prenehanje pogodbe, sklenjene za nedoločen čas ..	92
4.1.2. Prenehanje pogodbe, sklenjene za določen čas	94
4.2. Izredno prenehanje pogodbe po OZ	96
4.3. Sklepno glede prenehanja pogodbe o trgovskem zastopanju	106
5. Odpravnina trgovskega zastopnika	109
5.1. Pravna narava odpravnine	110
5.1.1. Upravičenje do odškodnine	111
5.1.2. Neupravičena obogatitev	112
5.1.3. Preživninski značaj	112
5.1.4. Pravica do socialne varnosti	113
5.1.5. Upravičenje do plačila	114
5.1.6. Sklepno	115
5.2. Zgodovina ureditve odpravnine in njeni cilji	116
5.2.1. V slovenskem pravnem redu	116
5.2.2. Direktiva 86/653/EGS	118
5.2.3. V nemškem pravnem redu	122
5.3. Predpostavke za odpravnino in njena višina	126
5.3.1. Direktiva 86/653/EGS	127
5.3.1.1. Predpostavke za pridobitev pravice do nadomestila	127
5.3.1.2. Postopek določitve višine nadomestila	130
5.3.2. Predpostavke za pridobitev pravice do nadomestila v nemškem in primerljivo avstrijskem pravnem redu	135
5.3.2.1. Prenehanje pogodbe o trgovskem zastopanju	135
5.3.2.2. Nove stranke in obstoječe stranke, s katerimi so bili posli pomembno razširjeni	137
5.3.2.3. Prednosti naročitelja	141
5.3.2.4. Pravičnost	149
5.3.3. Postopek določitve višine nadomestila v nemškem in primerljivo avstrijskem pravnem redu	162
5.4. Slovenska ureditev	165

5.4.1.	Pravica do odpravnine po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ	167
5.4.1.1.	Predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine po prvem delu prvega odstavka 833. člena OZ	170
5.4.1.2.	Predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ ...	182
5.4.1.3.	Vpliv provizije, ki jo je zastopnik dobil za pogodbe, sklenjene po prenehanju razmerja z naročiteljem ..	189
5.4.1.4.	Vpliv prepovedi konkurenčnega delovanja po prenehanju razmerja z naročiteljem	190
5.4.1.5.	Omejitev višine odpravnine po prvem v zvezi z drugim odstavkom 833. člena OZ	195
5.4.1.6.	Narava odpravnine po prvem odstavku 833. člena OZ	198
5.4.1.7.	Postopek določitve višine odpravnine po prvem delu prvega v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ na hipotetičnem primeru	199
5.4.1.8.	Postopek določitve višine odpravnine po drugem delu prvega odstavka 833. člena OZ	217
5.4.1.9.	Sklepne ugotovitve glede pravice do odpravnine po prvem v zvezi z drugim in tretjim odstavkom 833. člena OZ	219
5.4.2.	Pravica do odpravnine po četrtem in petem odstavku 833. člena OZ	221
5.4.2.1.	Geneza četrtega in petega odstavka 833. člena OZ in predpostavke za pridobitev pravice do odpravnine po četrtem v zvezi s petim odstavkom 833. člena OZ	222
5.4.2.2.	Postopek določitve višine odpravnine po četrtem odstavku 833. člena OZ na hipotetičnih primerih ..	225
5.4.2.3.	Narava odpravnine po četrtem odstavku 833. člena OZ in vprašanje skladnosti z Agentsko direktivo	234
5.4.2.4.	Sklepno	240
5.5.	Odpravnina pri drugih pogodbenih tipih	241
5.5.1.	Distribucijska pogodba	242
5.5.2.	Franšizna pogodba	253
5.5.3.	Komisijška pogodba	256
5.5.4.	Preostali pogodbeni tipi	258
5.5.5.	Sklepno	259

6. Uveljavljanje pravice do odpravnine in izključitveni razlogi	261
6.1. Uveljavljanje pravice do odpravnine.....	261
6.2. Izključitveni razlogi	266
6.2.1. Zastopnikova odpoved pogodbenega razmerja	267
6.2.2. Zastopnikovo krivdno ravnanje	269
6.2.3. Vstop tretjega v pogodbeno razmerje	275
6.3. Sklepno.....	279
7. Odškodnina	281
8. Sodna in arbitražna pristojnost ter uporaba prava	285
8.1. Vloga sodišča EU glede mednarodne pristojnosti in uporabe prava	286
8.2. Mednarodna sodna pristojnost.....	288
8.2.1. Pristojnost sodišča, če so se storitve opravljale v več državah članicah.....	291
8.2.2. Pristojnost sodišča, če so se storitve opravljale v več krajih iste države članice	292
8.3. Mednarodna uporaba prava	293
9. Zaključek in predlogi	301
Indemnity according to the rules of the agency contract in comparative law [Abstract]	303
Literatura	307
Recenziji	337

Kazalo tabel

Tabela 1: Promet za leto 2013 po posameznih starih strankah	200
Tabela 2: Promet, ki ga je naročitelj N ustvaril s starimi strankami SS v času trajanja pogodbe o trgovskem zastopanju s trgovskim zastopnikom TZ	201
Tabela 3: Promet, ki ga je naročitelj N ustvaril z novimi strankami NS v času trajanja pogodbe o trgovskem zastopanju s trgovskim zastopnikom TZ	202
Tabela 4: Posli, ki so jih ostale stranke OS sklenile neposredno z naročiteljem N	202
Tabela 5: Zneski provizij, do katerih je bil upravičen trgovski zastopnik TZ	203
Tabela 6: Nove stranke NS in stare stranke SS, ki jih lahko upoštevamo pri določitvi višine odpravnine	205
Tabela 7: Provizija, ki jo je trgovski zastopnik ustvaril z za odpravnino relevantnimi novimi strankami NS in starimi strankami SS	205
Tabela 8: Izračun 10-odstotnega odbitka za upravne dejavnosti	207
Tabela 9: Izračun za stranko NS2	209
Tabela 10: Izračun za stranko NS3	209
Tabela 11: Izračun za stranko NS5	209
Tabela 12: Izračun za stranko NS6	210
Tabela 13: Izračun za stranko NS7	210
Tabela 14: Izračun za stranko SS5	210
Tabela 15: Izračun za stranko SS8	211
Tabela 16: Izračun za stranko SS11	211

Tabela 17: Izračun pričakovanih provizij trgovskega zastopnika TZ s starimi in novimi strankami, ki se upoštevajo pri določitvi višine odpravnine, v štiriletnem obdobju	211
Tabela 18: Provizije, do katerih je bil upravičen trgovski zastopnik v zadnjih petih letih	216

Recenziji

Monografija Sebastjana Kerčmarja prvenstveno obravnava problematiko ureditve odpravnine trgovskega zastopnika v Sloveniji, Evropski uniji in primerjalnopravno tudi v nekaterih drugih državah, v povezavi z njo pa tudi njeno analogno uporabo pri nekaterih drugih pogodbenih tipih.

Avtor v monografiji, ki izpolnjuje vsa merila znanstvene monografije, obravnava bistvene dileme in vprašanja, ki zadevajo odpravnino tako trgovskega zastopnika kakor tudi odpravnino analogno pri drugih pogodbenih tipih. Izbrana zasnova in poudarki monografije so smiselni in znanstveno utemeljeni. Ti zajemajo ne samo pomanjkljivosti, ki so že bile zaznane v preteklosti, ampak v večjem delu opozarjajo na pomanjkljivosti, ki jih je dodatno zaznal avtor sam in na katere ne v slovenski teoriji ne v sodni praksi še niso bili podani ustrezni odgovori. Ne omejuje se zgolj na poudarjanje problematičnih vidikov ureditve, ampak ponudi tudi ustrezne rešitve.

Z osredotočanjem na Direktivo 86/653/EGS in zlasti primerjalnopravne ureditve Nemčije, Avstrije, Belgije in Italije obravnava predpostavke za pravilno razumevanje instituta odpravnine prvenstveno v slovenskem pravnem redu ter tudi primerjalnopravno, zlasti z osredotočanjem na njene posebnosti in tudi razlike v primerjavi z Direktivo 86/653/EGS in primerljivimi tujimi ureditvami. Ne samo da je v navedena tema vseskozi obravnavana na visoki teoretično-znanstveni ravni, ampak nam avtor v monografiji ponudi tudi hipotetične primere, ki lahko vsakomur pomagajo razumeti zahteven postopek izračuna odpravnine.

Pohvalno je tudi razmišljanje, ko kljub ugotovitvi, da slovenska ureditev daje trgovskim zastopnikom več pravic, kot jih zahteva Agentska direktiva, in da bi bila ureditev lahko skladna z Agentsko direktivo, avtor naredi še korak dlje in se sprašuje, ali je zakonodajalec takšno ureditev, kot izhaja iz diktije 833. člena OZ, sploh želel in ali ne bi bila kljub temu bolj smiselna jasnejša ureditev na podlagi spremembe zakonodaje. Sledijo tudi poglavja o uveljavljanju pravice do odpravnine in izključitvenih razlogih, odškodnini ter pristojnosti in uporabi prava, ki se jih avtor loteva prav tako kritično in poskuša predstaviti

vse probleme, ki se pri tem lahko pojavijo. Ta vprašanja so ključna in je smiselno ter logično, da so obravnavana v istem delu po poglavju, ki se ukvarja z odpravnino, saj so vse predhodne ugotovitve glede odpravnine brez pravega pomena, če niso jasna tudi vsa procesna pravila v zvezi z uveljavljanjem pravice do odpravnine, sploh ob upoštevanju, da gre pri teh pogodbah pogosto za pogodbe z mednarodnim elementom.

Z usmeritvijo k iskanju praktično uporabljivih rešitev in glede na široko obravnavo te problematike ima monografija velik potencial in podaja trdne temelje ter prispeva k nadaljnjim razvojnim korakom na obravnavanem področju, pri čemer s precej poglobljeno mednarodno teoretično obdelavo in diskurzom o relevantnih vidikih teme pomeni zagotovo velik in pomemben prispevek k slovenski pravni teoriji.

Avtor je opredelil predpostavke in omejitve, ki uokvirjajo razpravo o odpravnini po pravilih pogodbe o trgovskem zastopanju, ter ustrezno opredelil tudi obseg, primerjalnopravne analize ter nadnacionalne vidike. Poglobljeno razumevanje pravnih ureditev v izbranih državah je avtorju omogočilo izpeljavo ustreznih ugotovitev in tudi predvidenih rešitev ureditve v našem pravnem redu, pri čemer je pravilno ostal znotraj obravnavane problematike.

Odpravnina trgovskega zastopnika je v slovenski zakonodaji normativno urejena že dobrih 20 let, vendar v praksi lahko rečemo, da ni zaživela niti pri pogodbi o trgovskem zastopanju niti pri katerem drugem inominatnem pogodbenem tipu, pri katerem bi morebiti analogna uporaba prišla v poštev. Ostajale so odprte številne dileme ter vprašanja, na katera ni bilo odgovorov ali so bili ti nezadovoljivi. Zaradi nezadostne teoretične obravnave tega področja so številna vprašanja in dileme, ki bi se v zvezi z odpravnino lahko pojavile, ostali v preteklosti spregledani.

Monografija zelo uspešno obravnava in razrešuje prav ta do sedaj neodgovorjena ter spregledana pravna vprašanja, ki v pomanjkanju zadovoljive normativne ureditve, teorije in sodne prakse zagotovo vedno znova predstavljajo uporabnikom bolj ali manj nepremostljivo oviro, da bi ta institut zaživel in bi trgovski zastopniki ter analogno tudi drugi lahko bili deležni pravic in zaščite, ki jim jo je namenil že evropski zakonodajalec daljnega leta 1986 ob sprejetju Direktive Sveta z dne 18. decembra 1986 o usklajevanju zakonodaje držav članic o samozaposlenih trgovskih zastopnikih.

izr. prof. dr. Peter Podgorelec

Maribor, 15. januarja 2024

Monografija je prvo delo v slovenskem prostoru, ki sistematično, poglobljeno in na visoki znanstveno-raziskovalni ravni obravnava institut odpravnine, ne samo v slovenskem pravnem redu, ampak ta institut obravnava s primerjalnopravnega vidika ter z vidika ureditve v Agencijski direktivi. To je kompleksno znanstveno delo, ki postavlja številna pomembna teoretična in praktična vprašanja, na katera avtor poda jasne odgovore. Monografija ima glede na razširjenost agencijskih pogodb in primerljivih pogodbenih tipov, pri katerih uporaba določila 833. člena OZ glede odpravnine prav tako lahko pride v poštev, in praktično uporabljive ugotovitve, ki jih podaja, veliko uporabno vrednost.

Knjiga je zastavljena sistematično in logično. Po uvodnem poglavju, ki opredeli problematiko odpravnine pri agencijski pogodbi, sledi v drugem do četrtem poglavju razprava o pogodbi o trgovskem zastopanju, trgovskem zastopniku in prenehanju pogodbe o trgovskem zastopanju. Kljub na videz enostavni tematiki je avtor kritično preučil veljavno ureditev tudi v tem delu in opozoril na problematična določila pri drugih določilih pogodbe o trgovskem zastopanju (na primer določilo petega odstavka 823. člena OZ o delitvi provizije med novim in starim zastopnikom, ki postavlja v slabši položaj prejšnjega zastopnika, nekonsistentna uporaba terminov plačilo in provizija, določilo tretjega odstavka 824. člena OZ, ki zgolj naročitelju daje možnost korekcije plačila trgovskega zastopnika, itd.). Ob primerjavi teh določb s primerjalnopravnimi ureditvami je avtor predlagal smiselne spremembe OZ.

Ko se bralec poglobljeno seznanja z vsemi ključnimi pojmi, povezanimi s pogodbo o trgovskem zastopanju, sledi osrednji del monografije, v katerem avtor obravnava institut odpravnine pri agencijski pogodbi. Avtor v tem metodološko najzahtevnejšem delu z zgodovinsko, induktivno in deduktivno ter primerjalnopravno metodo jasno oriše problematiko. Iz monografije je razvidno, da je bil avtorjev cilj ne samo opozoriti na problematiko s teoretičnega vidika, ampak tudi ponuditi ustrezne rešitve. Avtor v monografiji prikaže zahteven postopek izračuna odpravnine, kar bo zagotovo pomenilo uporabno pomagalo v praksi. S preigravanjem možnih razlag veljavne ureditve ter skladnosti posamezne razlage z Agencijsko direktivo pokaže svoje široko znanje in sposobnost analitičnega razmišljanja, ko svoje ugotovitve utemelji na obširnem naboru domače, predvsem pa tuje pravne literature in sodne prakse. Smiselno monografija zaobseže in podrobno preuča problematiko tudi v naslednjih poglavjih, v katerih avtor med drugim obravnava postopek uveljavljanja odpravnine, izključitvene razloge, razmerje odpravnine do odškodnine ter pravila o pristojnosti in uporabi prava.

Razvidno je, da avtor razume, da tujih ureditev in izhodišč iz tuje sodne prakse ni mogoče kar enostavno aplicirati na slovenski pravni red, ampak je treba natančno upoštevati specifične določene pravne ureditve in vse omejitve, ki iz tega izhajajo. Pri izbiri primerjalnih ureditev se avtor smiselno omeji predvsem na nemško in avstrijsko ureditev, iz katere je slovenski zakonodajalec izhajal, hkrati pa se dotakne tudi belgijske, italijanske in deloma angleške ureditve, saj so te nekoliko specifične in so zato zanimive zaradi celovite obravnave tematike. Avtor v monografiji obravnava tudi odpravnino pri drugih pogodbenih tipih (na primer distribucijski in komisijski pogodbi) in argumentirano utemelji možnost morebitne analogne uporabe instituta odpravnine tudi pri drugih pogodbenih tipih ter se preudarno omeji zgolj na bistvene posebnosti in dileme posamezne ureditve.

Ob nejasni zakonodajni ureditvi, odsotnosti sodne prakse in znanstvenega dela, ki bi to področje sistematično in poglobljeno obravnavalo, monografija prinaša veliko dodano vrednost ne samo slovenski pravni teoriji in sodni praksi, temveč tudi praksi na splošno, saj podaja praktične izračune odpravnine, ki bodo zelo pomagali tako subjektom, ki bodo zunajsodno naslavljali zahteve na principale, kot tudi odvetnikom v primeru sodnih sporov.

Ureditev v OZ velja že več kot dvajset let in je bila predmet nekaterih kritik, vendar nihče do zdaj ni tega področja sistematično raziskal in predstavil. Agencijskih razmerij oziroma drugih pogodbenih tipov, pri katerih prav tako lahko pride v poštev uporaba instituta odpravnine, je v poslovni praksi veliko in z vidika pravic trgovskih zastopnikov, ki jim jih daje Agentska direktiva, je nujno potrebno, da se vsaj v teoriji podajo jasna izhodišča glede predpostavk in tudi višine odpravnine. Monografija to problematiko obravnava in po mojem mnenju pomeni aktualno ter izvirno znanstveno delo, ki bo pomembno prispevalo k razvoju pravne teorije in sodne prakse.

doc. dr. Gregor Dugar

Ljubljana, 5. februarja 2024