



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

T. ČAPETA

fremsat den 24. november 2022¹

Sag C-574/21

QT

mod

O2 Czech Republic a.s.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Nejvyšší soud (øverste domstol, Den Tjekkiske Republik))

»Præjudiciel forelæggelse – direktiv 86/653/EØF – artikel 17, stk. 2, litra a) – selvstændige handelsagenter – retten til godtgørelse efter agenturkontraktens ophør – beregningsmetode – begrebet »handelsagentens tab af provision« – betalinger af engangsprovision«

I. Indledning

1. Artikel 17, stk. 2, litra a), i Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter² fastslår en handelsagents ret til at opnå et pengebeløb, der betegnes som en godtgørelse, fra agenturgiveren efter agenturkontraktens ophør.
2. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Nejvyšší soud (øverste domstol, Den Tjekkiske Republik) rejser et spørgsmål om fortolkning af denne bestemmelse. Mere præcist vedrører den fortolkningen af begrebet »handelsagentens tab af provision« (som jeg vil omtale som »tabt provision«), der er indeholdt i denne bestemmelse.
3. Den foreliggende sag rejser også nogle mere generelle spørgsmål i forbindelse med betingelserne for, at retten til godtgørelse opstår, og metoden til beregning af godtgørelsen i henhold til direktiv 86/653.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – EFT 1986, L 382, s. 17.

II. De faktiske omstændigheder i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og proceduren for Domstolen

4. Den 1. januar 1998 indgik QT en agenturkontrakt med den retlige forgænger til O2 Czech Republic a.s. (herefter »O2 Czech Republic«). I henhold til denne kontrakt havde QT og O2 Czech Republic status som henholdsvis handelsagent og agenturgiver.

5. Agenturkontrakten vedrørte udbud og salg af teleydelser, som O2 Czech Republic leverer i NMT 450- og GSM-systemet, levering og salg af mobiltelefoner, tilbehør og andre potentielle produkter samt kundepleje.

6. I henhold til agenturkontrakten fik QT en engangsprovision for alle kontrakter indgået på vegne af O2 Czech Republic. Som forklaret af O2 Czech Republic i retsmødet for Domstolen modtog QT, hvis han formidlede indgåelsen af en ny kontrakt med den samme kunde, som han allerede havde skaffet (f.eks. forlængelse af abonnementet), betaling af en engangsprovision for denne nye kontrakt. Hvis O2 Czech Republic imidlertid indgik en ny kontrakt med den samme kunde via en anden agent, blev engangsprovisionen betalt til denne agent. Hvis O2 Czech Republic indgik en ny kontrakt direkte med den samme kunde, blev der ikke betalt provision.

7. Den 31. marts 2010 opsagde O2 Czech Republic agenturkontrakten.

8. QT anlagde sag ved Obvodní soud pro Prahu 4 (distriktsdomstolen i Prag 4, Den Tjekkiske Republik) med påstand om, at O2 Czech Republic pålægges at betale ham 2 023 799 tjekkiske koruna (CZK) (ca. 80 000 EUR) med tillæg af morarenter, idet han påberåbte sig sin ret til at modtage godtgørelse i henhold til den tjekkiske lovgivning, der gennemfører artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653.

9. Ved dom af 14. september 2015 gav Obvodní soud pro Prahu 4 (distriktsdomstolen i Prag 4), som er retten i første instans, i første omgang QT delvist medhold. Ved dom af 16. marts 2016 ophævede Městský soud pro Prahu (byretten i Prag, Den Tjekkiske Republik), som er appeldomstolen, imidlertid denne dom på grundlag af O2 Czech Republics appel på grund af utilstrækkelig fastlæggelse af sagens faktiske omstændigheder og hjemviste sagen til fornyet behandling ved retten i første instans.

10. Obvodní soud pro Prahu 4 (distriktsdomstolen i Prag 4) frifandt sagsøgte i det af QT anlagte søgsmål i sin anden dom af 30. januar 2019. Retten i første instans konkluderede, at QT ikke havde bevist, at O2 Czech Republic efter agenturkontraktens ophør havde haft en betydelig fordel af de af QT skaffede kunder. QT appellerede denne dom.

11. Ved dom af 27. november 2019 stadfæstede Městský soud v Praze (byretten i Prag) dommen fra retten i første instans, hvorved sagsøgte blev frifundet i det af QT anlagte søgsmål. Appeldomstolen understregede, at den aftalte provision for formidling ved indgåelse af transaktioner var engangsprovision, og at alle sådanne betalinger af provision var blevet behørigt foretaget til QT, idet den anførte, at QT's anbringender vedrørende den provision, som han hypotetisk ville have opnået ret til på tidspunktet for afslutning af efterfølgende forretninger med eksisterende eller nye kunder, ikke kunne begrunde en ret til godtgørelse. Ifølge denne ret havde O2 Czech Republic allerede, selv om QT skaffede nye kunder og øgede omsætningen med den bestående kundekreds, som O2 Czech Republic kan have draget fordele af efter agentkontraktens ophør, betalt provision til QT for sådanne forretninger i henhold til agenturkontrakten, og derfor ville det ikke være rimeligt at betale en godtgørelse.

12. QT har iværksat appel af dommen afsagt af Městský soud v Praze (byretten i Prag) ved Nejvyšší soud (øverste domstol), som er den forelæggende ret i denne sag.

13. Ifølge forelæggelsesafgørelsen skaffede QT i 2006 og 2007 ganske vist nye kunder for O2 Czech Republic eller indgik yderligere kontrakter med den bestående kundekreds, f.eks. om andre produkter eller om forlængelse af eksisterende kontrakter, men disse løb under hensyntagen til den maksimale periode for abonnementsforpligtelsen, som i disse år var højst 30 måneder, ikke længere end til den 31. marts 2010, hvor agenturkontrakten ophørte. Vedrørende årene 2008 og 2009 blev datoen 31. marts 2010 overskredet for så vidt angår i alt 431 tilsagn, hvoraf 155 var nye kontrakter, og i 276 tilfælde var der ændringer i tilsagnene. QT har derfor bevist, at han har skaffet nye kunder til O2 Czech Republic og også har udviklet forretningerne med den bestående kundekreds. QT blev behørigt betalt for disse aktiviteter af O2 Czech Republic.

14. Den forelæggende ret har forklaret, at lovgivningen i Den Tjekkiske Republik er baseret på godtgørelsesordningen, idet den har gennemført den løsning, der er fastsat i artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653, i national ret.

15. Den forelæggende ret har endvidere forklaret, og dette blev gentaget af den tjekkiske regering i retsmødet for Domstolen, at den i sin retspraksis har fortolket tabt provision som provision, som agenten har ret til på grundlag af de forretninger, der allerede var afsluttet inden agenturkontraktens ophør.

16. Den forelæggende ret har imidlertid henledt opmærksomheden på, at der i tysk retspraksis og litteraturen kan ses en omvendt tendens. Her hersker den opfattelse, at tabt provision omfatter provision for indgåelse af kontrakter, som agenten ville have modtaget, hvis handelsagentforholdet fortsat havde bestået, for fremtidige forretninger mellem agenturgiveren og de kunder, som handelsagenten havde skaffet for agenturgiveren, eller med hvilke agenten i et betydeligt omfang havde udviklet forretningerne.

17. Følgelig ønsker den forelæggende ret oplyst, hvordan begrebet tabt provision i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653 skal fortolkes. Da det er den forelæggende rets opfattelse, at fortolkningen af denne bestemmelse er af afgørende betydning for afgørelsen om en handelsagents ret til godtgørelse i den foreliggende sag, har den forelæggende ret, som en ret i sidste instans, fundet, at den var forpligtet til at indgive en anmodning i henhold til artikel 267 TEUF.

18. Under disse omstændigheder har Nejvyšší soud (øverste domstol) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal udtrykket »tab af provision« som omhandlet i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i [direktiv 86/653] fortolkes således, at en sådan provision også omfatter provision for indgåelse af kontrakter som handelsagenten ville have indgået, såfremt agenturkontrakten ikke var blevet opsagt, med kunder, som han har skaffet for agenturgiver, eller med hvilke den pågældende agent i et betydeligt omfang har øget forretningen?

Hvis dette er tilfældet, under hvilke betingelser gælder denne konklusion også for de såkaldte engangsprovisioner for indgåelse af en kontrakt?»

19. QT, O2 Czech Republic, den tjekkiske og den tyske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger til Domstolen. Der er afholdt retsmøde den 15. september 2022, hvor O2 Czech Republic, den tjekkiske og den tyske regering samt Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg.

III. Retsforskrifter

A. EU-retten

20. Artikel 17 i direktiv 86/653 bestemmer, for så vidt som det er relevant:

»1. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at handelsagenten ved kontraktforholdets ophør får godtgørelse i henhold til stk. 2 eller skadeserstatning i henhold til stk. 3.

2. a) Handelsagenten har ret til en godtgørelse, såfremt og i det omfang:

- han har skaffet agenturgiveren nye kunder eller i et betydeligt omfang har øget forretningerne med den bestående kundekreds, og forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele, og
- betaling af godtgørelse er rimelig under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder navnlig handelsagentens tab af provision af forretninger med disse kunder. Medlemsstaterne kan fastsætte, at disse omstændigheder ligeledes kan omfatte anvendelse af en konkurrenceklausul som defineret i artikel 20.

b) Godtgørelsen kan ikke overstige et beløb svarende til en årlig godtgørelse, der beregnes på grundlag af handelsagentens gennemsnitlige årlige vederlag i de sidste fem år; hvis kontrakten er indgået for mindre end fem år siden, beregnes godtgørelsen på grundlag af det gennemsnitlige vederlag i perioden.

c) Ydelse af denne godtgørelse er ikke til hindrer for, at agenten kan påberåbe sig skadeserstatning.«

B. Tjekkisk lovgivning

21. § 669 i zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (lov nr. 513/1991, handelsloven) i den i hovedsagen gældende affattelse, som gennemfører artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653, bestemmer:

»(1) I tilfælde af opsigelse af kontrakten har handelsagenten ret til godtgørelse, hvis:

a) han har skaffet agenturgiveren nye kunder eller i betydeligt omfang har øget forretningerne med den bestående kundekreds, og forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele, og

- b) betaling af denne godtgørelse er rimelig under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder navnlig handelsagentens tab af provision af forretninger med disse kunder; disse omstændigheder kan ligeledes omfatte anvendelse af en konkurrenceklausul som defineret i § 672a.«

IV. Bedømmelse

22. Som jeg anførte i mit forslag til afgørelse i sagen *Rigall Arteria Management*³, er direktiv 86/653 en usædvanlig del af EU-lovgivningen, der regulerer kontrakter mellem virksomheder, nemlig agenturkontrakter indgået mellem handelsagenten og agenturgiveren, der begge handler som selvstændige erhvervsdrivende. Den harmoniserer visse aspekter af forholdet mellem handelsagenter og agenturgivere, nærmere bestemt parternes grundlæggende gensidige rettigheder og forpligtelser (kapitel II), handelsagenters vederlag (kapitel III) og indgåelse og ophør af agenturkontrakter (kapitel IV). Artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 indgår i kapitel IV (artikel 13-20) heri.

23. Selv om der er indgivet flere anmodninger om præjudiciel afgørelse til Domstolen vedrørende fortolkningen af den godtgørelsesordning, der er indført ved direktiv 86/653, er det første gang, at Domstolen er blevet anmodet om at præcisere, hvad begrebet tabt provision, der er fastsat i direktivets artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, faktisk betyder⁴.

24. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, udspringer spørgsmålene af den tilgang, som den tjekkiske retspraksis har anlagt i henhold til den nationale lovgivning, der gennemfører artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653. Ifølge denne retspraksis fortolkes tabt provision således, at begrebet udelukker muligheden for, at en handelsagent kan modtage en godtgørelse for provision af hypotetiske fremtidige forretninger mellem agenturgiveren og de kunder, som agenten har skaffet, eller med hvilke agenten i et betydeligt omfang har øget forretningen (jeg vil for nemheds skyld omtale disse kunder som »den kundekreds, som agenten har skabt«). Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en sådan fortolkning kan accepteres i lyset af direktiv 86/653, eller om provision af hypotetiske fremtidige forretninger derimod er omfattet af dette begreb.

25. Hvis provision af hypotetiske fremtidige forretninger er omfattet af begrebet tabt provision, opstår der et yderligere spørgsmål for den forelæggende ret med hensyn til betalinger af engangsprovision, som parterne i tvisten for denne ret har aftalt. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret derfor nærmere bestemt oplyst, om der kan være tale om tabt provision, når det som i den foreliggende sag er fastsat i agenturkontrakten, at agenten betales for hver forretning, der formidles og afsluttes på vegne af agenturgiveren.

26. De to præjudicielle spørgsmål kan behandles samlet. De drejer sig i det væsentlige om det samme spørgsmål, som vedrører betydningen af tabt provision ved beregningen af godtgørelsesbeløbet til en handelsagent i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653.

³ – C-64/21, EU:C:2022:453, punkt 17.

⁴ – I den forbindelse er det værd at bemærke, at dom af 26.3.2009, *Semen* (C-348/07, EU:C:2009:195), vedrørte behandlingen af tabt provision i henhold til tysk ret, men ikke selve betydningen af begrebet tabt provision. I denne dom fastslog Domstolen bl.a., at artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 ikke tillader en automatisk begrænsning af godtgørelse for tabt provision.

27. Selv om der i spørgsmålene udtrykkeligt henvises til artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653, kræver forståelsen af betydningen af tabt provision en fortolkning af dette direktivs artikel 17, stk. 2, litra a), som helhed.

28. Med henblik på at besvare disse spørgsmål vil jeg først behandle Domstolens kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse under de foreliggende omstændigheder (A) og spørgsmålet om, hvorvidt anmodningen om præjudiciel forelæggelse kan antages til realitetsbehandling (B). Jeg vil derefter foretage min realitetsprøvelse (C) ved først at fremsætte nogle indledende bemærkninger om karakteren af og formålet med godtgørelse i direktiv 86/653 (C.1) og om sondringen mellem betingelserne for, at retten til godtgørelse opstår, og metoden til beregning af godtgørelsen i forhold til tabt provision (C.2), inden jeg går over til at undersøge de præjudicielle spørgsmål (C.3). Til sidst vil jeg komme med nogle overvejelser om metoden til beregning af godtgørelse, der tager hensyn til tabt provision (C.4).

A. Domstolens kompetence

29. I henhold til artikel 1, stk. 2, i direktiv 86/653 finder dette direktiv anvendelse på handelsagenter, hvis virksomhed navnlig består i at formidle eller afslutte »salg eller køb af varer«. Som det fremgår af punkt 5 i dette forslag til afgørelse, viser det sig i imidlertid, at situationen i hovedsagen vedrører en agenturkontrakt, der vedrører salg af varer såvel som tjenesteydelser. Derfor opstår spørgsmålet, om Domstolen har kompetence til at træffe en præjudiciel afgørelse i denne sag⁵, da det er blevet fastslået, at direktiv 86/653 ikke finder anvendelse på agenturkontrakter om salg eller køb af tjenesteydelser⁶.

30. Som den tyske regering har anført, synes Domstolens kompetence til at besvare de spørgsmål, der er forelagt i denne sag, imidlertid at kunne fastslås på grundlag af den såkaldte Dzodzi-retspraksis⁷.

31. På grundlag af denne retspraksis har Domstolen nemlig gentagne gange fastslået, at når en national lovgivning til gennemførelse af direktiv 86/653 fastsætter en enkelt løsning for alle former for agenturkontrakter, har Domstolen kompetence til at fortolke dette direktiv, selv om

⁵ – Det er værd at bemærke, at selv om den pågældende agenturkontrakt blev indgået før datoen for Tjekkiets tiltrædelse af Den Europæiske Union den 1.5.2004 (jf. punkt 4 i dette forslag til afgørelse), er der ikke blevet rejst spørgsmål for Domstolen om, hvorvidt direktiv 86/653 finder anvendelse *ratione temporis* i den foreliggende sag. I lighed med det synspunkt, som jeg fremsatte i mit forslag til afgørelse *Rigall Arteria Management* (C-64/21, EU:C:2022:453, punkt 23, fodnote 11), bør dette under alle omstændigheder ikke berøre Domstolens kompetence i den foreliggende sag, da retsvirkningerne af den omhandlede agenturkontrakt fortsatte efter denne dato (jf. punkt 7 i nærværende forslag til afgørelse). Jf. i den forbindelse dom af 15.12.2016, *Nemec* (C-256/15, EU:C:2016:954, præmis 25), og af 3.7.2019, *UniCredit Leasing* (C-242/18, EU:C:2019:558, præmis 30-35). Der findes heller ingen specifikke bestemmelser om anvendelsen af direktiv 86/653 i Tjekkiets tiltrædelsesakt. Forholdet ville kun være et andet, såfremt enten den EU-retlige bestemmelse, der ønskes fortolket af Domstolen, ikke finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen, som er indtruffet forud for en ny medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union, eller såfremt det er åbenbart, at den EU-retlige bestemmelse, som Domstolen anmodes om at fortolke, ikke kan finde anvendelse (jf. dom af 14.6.2007, *Telefónica O2 Czech Republic*, C-64/06, EU:C:2007:348, præmis 23), hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

⁶ – Jf. i denne henseende kendelse af 6.3.2003, *Abbey Life Assurance* (C-449/01, ikke trykt i Sml., EU:C:2003:133, præmis 13-20), dom af 3.12.2015, *Quenon K.* (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 16), og af 17.5.2017, *ERGO Poist'ovňa* (C-48/16, EU:C:2017:377, præmis 28).

⁷ – Jf. dom af 18.10.1990, *Dzodzi* (C-297/88 og C-197/89, EU:C:1990:360, præmis 36-43), eller senest dom af 30.1.2020, *Generics (UK) m.fl.* (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 26 og 27).

sagen udspringer af en situation vedrørende tjenesteydelser og ikke varer. Det anses for at være i EU-retsordenens interesse at fastsætte kompetence i sådanne sager for at undgå fremtidige fortolkningsuoverensstemmelser⁸.

32. Selv om Domstolens praksis vedrører situationer, hvor den pågældende agenturkontrakt kun vedrørte tjenesteydelser⁹, synes der efter min mening ikke at være nogen grund til, at den ikke skulle kunne finde anvendelse på en situation, hvor agenturkontrakten vedrører varer og tjenesteydelser, som det er tilfældet her¹⁰.

33. Desuden har Domstolen fastslået, at det er berettiget, at Domstolen fortolker EU-retlige bestemmelser i situationer, der ikke er omfattet af disse bestemmelses anvendelsesområde, såfremt disse bestemmelser i medfør af national ret er blevet gjort anvendelige på sådanne situationer på direkte og ubetinget vis med henblik på at sikre en ensartet behandling af disse og tilsvarende situationer, der er omfattet af EU-rettens anvendelsesområde¹¹.

34. I den foreliggende sag fremgår det af de oplysninger, som Domstolen råder over, at den tjekkiske lovgiver ved gennemførelsen af direktiv 86/653 har behandlet agenturkontrakter vedrørende varer og tjenesteydelser på en ensartet måde. Det fremgår således, at artikel 17 i direktiv 86/653 i henhold til tjekkisk ret finder direkte og ubetinget anvendelse på situationen i hovedsagen, og at det er i EU-retsordenens interesse, at Domstolen tager stilling til den anmodning om præjudiciel afgørelse, som den forelæggende ret har indgivet.

35. Jeg er derfor af den opfattelse, at Domstolen har kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse i den foreliggende sag.

B. Spørgsmålet om, hvorvidt anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling

36. Ifølge de af O2 Czech Republic fremførte argumenter kan de i den foreliggende sag forelagte spørgsmål ikke antages til realitetsbehandling, da de ikke er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. Som O2 Czech Republic har gjort gældende i sine skriftlige og mundtlige bemærkninger, er spørgsmålene vedrørende rimeligheden af udbetalingen af godtgørelsen irrelevante for den afgørelse, der skal træffes i denne sag, da QT ikke har kunnet bevise sin ret til en godtgørelse.

37. Efter min opfattelse skal disse argumenter forkastes.

⁸ – Jf. dom af 16.3.2006, Poseidon Chartering (C-3/04, EU:C:2006:176, præmis 11-19) (agenturkontrakt vedrørende søtransport), af 17.10.2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, præmis 30 og 31) (agenturkontrakt vedrørende søtransport), af 3.12.2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 17-19) (agenturkontrakt vedrørende bank- og forsikringsydelser), af 17.5.2017, ERGO Poist'ovňa (C-48/16, EU:C:2017:377, præmis 29-32) (agenturkontrakt vedrørende forsikringsydelser), og af 13.10.2022, Rigall Arteria Management (C-64/21, EU:C:2022:783, præmis 24-27) (agenturkontrakt vedrørende finansielle tjenesteydelser). Jf. endvidere dom af 28.10.2010, Volvo Car Germany (C-203/09, EU:C:2010:647, præmis 23-28) (vedrørende en forhandleraftale og ikke en agenturkontrakt).

⁹ – Jf. fodnote 8 i dette forslag til afgørelse.

¹⁰ – Jeg bemærker, at Domstolen endnu ikke har været stillet over for en sag, der involverer en medlemsstat, hvis nationale lovgivning til gennemførelse af direktiv 86/653 er begrænset til salg eller køb af varer, og hvor spørgsmålet om Domstolens kompetence til at træffe præjudiciel afgørelse om fortolkningen af dette direktiv er rejst i forbindelse med en »blandet« agenturkontrakt, der omfatter både varer og tjenesteydelser. Da dette spørgsmål imidlertid ikke er relevant i den foreliggende sag, vil jeg ikke undersøge det yderligere.

¹¹ – Jf. f.eks. dom af 12.12.2019, G.S. og V.G. (Trussel mod den offentlige orden) (C-381/18 og C-382/18, EU:C:2019:1072, præmis 43), og af 10.9.2020, Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685, præmis 21). Jf. endvidere i denne henseende generaladvokat Pikamäes forslag til afgørelse Deutsche Post m.fl. (C-203/18 og C-374/18, EU:C:2019:502, punkt 43-62), generaladvokat Bobeks forslag til afgørelse J & S Service (C-620/19, EU:C:2020:649, punkt 27-96) og mit forslag til afgørelse Baltijas Starptautiskā Akadēmija og Stockholm School of Economics in Riga (C-164/21 og C-318/21, EU:C:2022:333, punkt 57-64).

38. Det skal erindres, at det følger af Domstolens faste praksis, at det inden for rammerne af det samarbejde, der i medfør af artikel 267 TEUF er indført mellem Domstolen og de nationale retter, udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, som den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom¹².

39. Heraf følger, at der foreligger en formodning for, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan kun afvise at træffe afgørelse om et præjudicielt spørgsmål fremsat af en national ret, hvis det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, såfremt problemet er af hypotetisk karakter, eller såfremt Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan give en hensigtsmæssig besvarelse af de forelagte spørgsmål¹³.

40. I den foreliggende sag har den forelæggende ret som angivet i punkt 14-17 i dette forslag til afgørelse i sin anmodning ikke blot i tilstrækkelig grad anført de grunde, der har fået den til at anmode Domstolen om en fortolkning af direktiv 86/653, men også grundene til, at denne fortolkning er nødvendig for afgørelsen af tvisten i hovedsagen.

41. Som Kommissionen har anført, fremgår det desuden af forelæggelsesafgørelsen (jf. punkt 13 i dette forslag til afgørelse), at den forelæggende ret er af den opfattelse, at O2 Czech Republic fortsat nyder godt af den kundekreds, som QT har skabt, efter agenturkontraktens ophør. Det ser således ud til, at den forelæggende ret finder, at QT har ret til godtgørelse. Denne godtgørelses beløb er imidlertid et andet spørgsmål. Som jeg vil komme nærmere ind på nedenfor, indgår tabt provision i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 i beregningen af godtgørelsen og er ikke en betingelse for, at retten til godtgørelse opstår (jf. punkt 50-59 i dette forslag til afgørelse).

42. Under disse omstændigheder skal det lægges til grund, at den ønskede fortolkning ikke åbenbart savner forbindelse med de faktiske omstændigheder eller formålet med hovedsagen, og at de rejste spørgsmål ikke er hypotetiske.

43. Jeg er derfor af den opfattelse, at anmodningen om præjudiciel afgørelse i den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling.

¹² – Jf. f.eks. dom af 14.7.2022, *Sense Visuele Communicatie en Handel* (C-36/21, EU:C:2022:556, præmis 21), og af 14.7.2022, *Volkswagen* (C-134/20, EU:C:2022:571, præmis 56).

¹³ – Jf. f.eks. dom af 14.7.2022, *Sense Visuele Communicatie en Handel* (C-36/21, EU:C:2022:556, præmis 22), og af 14.7.2022, *Volkswagen* (C-134/20, EU:C:2022:571, præmis 57).

C. Realiteten

1. Karakteren af og formålet med godtgørelsen i direktiv 86/653

44. Artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 er en del af den ordning, der er fastsat i direktivets artikel 17-19, og som regulerer handelsagentens ret til at modtage en godtgørelse eller en erstatning ved agenturkontraktens ophør. Denne ordning er et af de mest komplekse aspekter i direktiv 86/653¹⁴.

45. Godtgørelse og erstatning er inden for rammerne af direktiv 86/653 specifikke begreber, der i bred forstand betegner en fast ophørsgodtgørelse til agenten¹⁵, hvor godtgørelsesordningen er hentet fra tysk ret og erstatningsordningen fra fransk ret¹⁶. Selv om godtgørelses- og erstatningsordningerne har et lignende formål¹⁷, er der forskelle mellem dem med hensyn til filosofier og praksis¹⁸. Artikel 17 i direktiv 86/653 indeholder således et kompromis mellem medlemsstaterne¹⁹, som giver dem mulighed for at vælge mellem en godtgørelse i henhold til kriterierne i artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653, og en erstatning i henhold til kriterierne i artikel 17, stk. 3, heri²⁰.

46. Den i artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653 omhandlede godtgørelse anses generelt for at udgøre et særligt krav for handelsagentens tab af den goodwill, som denne agent har tilført agenturgiveren²¹. Denne goodwill er den kundekreds, som agenten har skabt, og som fortsat har værdi for agenturgiveren efter agenturkontraktens ophør.

47. Denne forståelse har længe været anerkendt i visse nationale retssystemer²². Dette er endvidere anført i Kommissionens rapport om anvendelsen af artikel 17 i direktiv 86/653: »Godtgørelsen er udtryk for de fordele, som agenturgiveren fortsat har som følge af

¹⁴ – Jf. f.eks. S. Saintier og J. Scholes, *Commercial Agents and the Law*, Routledge, London, 2005, s. 155 og 156, F. Randolph og J. Davey, *The European Law of Commercial Agency*, tredje udgave, Hart Publishing, Oxford, 2010, s. 87 og 93.

¹⁵ – Jf. f.eks. S. Saintier og J. Scholes, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 127, Q. Zhou, »Limits of mandatory rules in contract law: an example in agency law«, *Northern Ireland Legal Quarterly*, bind 65, 2014, s. 357, på s. 361.

¹⁶ – Jf. Europa-Kommissionens rapport om anvendelsen af artikel 17 i Rådets direktiv om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter (86/653/EØF), KOM(96) 364 endelig udg. af 23.7.1996 (herefter »Kommissionens rapport«), s. 1 og 5.

¹⁷ – Som Domstolen har fastslået, har de i artikel 17, stk. 2 og 3, i direktiv 86/653 omhandlede godtgørelses- og erstatningsordninger ikke til formål at sanktionere ophævelsen af kontrakten, men derimod at godtgøre agenten for hans eller hendes tidligere ydelser, som agenturgiveren fortsat drager fordel af efter ophøret af agenturkontrakten. Jf. dom af 19.4.2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, præmis 28).

¹⁸ – Jf. f.eks. arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene, »Article 30 – Indemnité après la cessation du contrat«, SEC(84) 747 af 16.5.1984 (opført som bilag til Rådets dokument 7247/84 af 21.5.1984), C. Gardiner, »The EC (Commercial Agents) Directive: Twenty years after its introduction, divergent approaches still emerge from Irish and UK courts«, *Journal of Business Law*, 2007, s. 412, på s. 426 og 427. For en detaljeret redegørelse for den tyske og den franske tilgang til henholdsvis godtgørelse og erstatning jf. endvidere f.eks. S. Saintier og J. Scholes, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 156-158 og 173-219, og F. Randolph og J. Davey, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 131-173.

¹⁹ – Jf. f.eks. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:503, punkt 30) og Kommissionens rapport, der er nævnt i fodnote 16 i dette forslag til afgørelse, s. 1.

²⁰ – Jf. f.eks. dom af 23.3.2006, Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, præmis 20), og af 3.12.2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 24).

²¹ – Jf. i denne henseende dom af 13.10.2022, Herios (C-593/21, EU:C:2022:784, præmis 36), generaladvokat Poiarés Maduros forslag til afgørelse Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, punkt 14-19), generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2015:585, punkt 27 og 28) og generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:503, punkt 35 og 36).

²² – Jf. f.eks. O. Lando, »The Commercial Agent in European Law III«, *Journal of Business Law*, 1966, s. 82, s. 84-86, A. de Theux, *Le statut européen de l'agent commercial: Approche critique de droit comparé*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1992, s. 280-286.

handelsagentens indsats. Handelsagenten har imidlertid kun modtaget provision i kontraktperioden, hvilket normalt ikke afspejler den goodwill, der er skabt til fordel for agenturgiveren. Dette forklarer, hvorfor en godtgørelse for goodwill er kommercielt begrundet»²³.

48. Formålet med godtgørelsen i direktiv 86/653 kan nemlig anses for at være knyttet til selve karakteren af agenturforholdet, som det er fastsat i dette direktiv. I kraft af agenturkontrakten etablerer den selvstændige handelsagent og agenturgiveren et varigt forhold, hvor agents hovedopgaver består i på agenturgiverens vegne og ikke i agents eget navn at skaffe agenturgiveren nye kunder og at øge agenturgiverens omsætning med den bestående kundekreds²⁴. Agenturgiveren anvender handelsagentens ydelser for at drage fordel af dennes strategi, færdigheder og kontakter med henblik på at få kunder til at indgå forretninger med agenturgiveren²⁵.

49. Således har godtgørelsen, som generaladvokat Poiares Maduro forklarede i sit forslag til afgørelse i sagen Honyvem Informazioni Commerciali²⁶, til formål at præmiere agenten for hans eller hendes bestræbelser, i det omfang agenturgiveren opnår økonomiske fordele, som den pågældende bevarer efter agenturkontraktens ophør. Samtidig tager den højde for risikoen for en opportunistisk adfærd på tidspunktet for agenturgiverens ophævelse af agenturkontrakten, når forretningsforbindelsen mellem agenturgiveren og de kunder, som agenten har skaffet, har udviklet sig, for at undgå at skulle betale agenturgiveren provision af de forretninger, som agenten har bidraget til at skabe.

2. Betingelser for og beregning af godtgørelsen i direktiv 86/653

50. I kraft af ordlyden »såfremt og i det omfang« i artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 er denne bestemmelse blevet anset for at fastsætte både betingelserne for tilkendelsen af en godtgørelse og de elementer, der er nødvendige for beregningen heraf²⁷.

51. I henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), første led, i direktiv 86/653 har en handelsagent ret til en godtgørelse, hvis agenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller i betydeligt omfang har øget forretningerne med den bestående kundekreds, og forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele. Det fremgår af artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653, at betalingen af godtgørelse skal være rimelig under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder navnlig handelsagentens tab af provision af forretninger med disse kunder.

52. Det forekommer mig, at der i artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 ikke klart sondres mellem betingelserne for retten til godtgørelse og metoden til beregning af godtgørelsens størrelse, men at den indeholder regler vedrørende begge dele.

²³ – Kommissionens rapport, der er nævnt i fodnote 16 i dette forslag til afgørelse, s. 1.

²⁴ – Jf. direktiv 86/653, navnlig dets artikel 1, stk. 2, artikel 3, artikel 4, stk. 3, og artikel 17, stk. 2, litra a), samt dom af 12.12.1996, Kontogeorgas (C-104/95, EU:C:1996:492, præmis 26), og af 4.6.2020, Trendsetteuse (C-828/18, EU:C:2020:438, præmis 33).

²⁵ – Jf. i denne henseende generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2015:585, navnlig punkt 52).

²⁶ – C-465/04, EU:C:2005:641, punkt 15 og 17-19.

²⁷ – Jf. generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, punkt 41) og generaladvokat Szpunars forslag til afgørelse Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2015:585, punkt 28-35). Jf. endvidere Kommissionens rapport, der er nævnt i fodnote 16 i dette forslag til afgørelse, s. 2.

53. Artikel 17, stk. 2, litra a), første led, i direktiv 86/653 omhandler betingelserne for, at retten til en godtgørelse opstår. Kumulativt kræves det for det første, at agenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller i betydeligt omfang har øget forretningerne med den bestående kundekreds, og for det andet, at forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele²⁸.

54. Artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653 vedrører beregningen af størrelsen af den godtgørelse, som agenten har ret til, nemlig at »betaling af godtgørelse« er rimelig under hensyn til samtlige omstændigheder, herunder tabt provision.

55. Tabt provision i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653, er således ikke en betingelse for retten til en godtgørelse, men et element i beregningsmetoden for denne godtgørelse.

56. Betingelserne for retten til godtgørelse er blevet harmoniseret i EU-retten²⁹.

57. I henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), første led, i direktiv 86/653 indebærer afgørelsen af, om en agent har ret til en godtgørelse, at den nationale ret foretager en kvalitativ (i modsætning til en kvantitativ) vurdering, hvor den tager i betragtning, om agenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller i betydeligt omfang har udviklet forretningerne med den bestående kundekreds, og om forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele. For at det kan konstateres, at der er opstået en ret til godtgørelse, er det ikke nødvendigt at beregne antallet af nye kunder, agenten har skaffet, eller den præcise værdi af de fortsatte fordele for agenturgiveren. Når den nationale ret kan være forholdsvis sikker på, at agenturgiveren opnår betydelige fordele af de forretninger, som handelsagenten har skaffet, har agenten ret til en godtgørelse.

58. Når betingelserne for retten til godtgørelse er opfyldt, går analysen videre til beregningen af dens størrelse. Dette beløb skal være rimeligt.

59. Hvad angår metoden til beregning af en rimelig godtgørelse råder medlemsstaterne over et vist skønt, men dette skøn afgrænses af de krav, der er fastsat i artikel 17 i direktiv 86/653³⁰. I denne henseende er tabt provision kun et, om end vigtigt³¹, element i denne beregning.

60. Det er på denne baggrund, at jeg vil behandle de præjudicielle spørgsmål.

3. Behandling af de forelagte spørgsmål

61. De spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt Domstolen, er, som forklaret i punkt 24 og 25 i dette forslag til afgørelse, følgende: i) om provision af hypotetiske fremtidige forretninger mellem agenturgiveren og den kundekreds, som agenturgiveren har skabt, skal tages i betragtning

²⁸ – Det skal også undersøges, om en handelsagent er udelukket fra at have ret til en godtgørelse på grund af en af de omstændigheder, der er nævnt i artikel 18 i direktiv 86/653. Jf. Kommissionens rapport, der er nævnt i fodnote 16 i dette forslag til afgørelse, s. 2.

²⁹ – Jf. i denne henseende dom af 3.12.2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 31).

³⁰ – Jf. f.eks. dom af 23.3.2006, Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, præmis 34 og 35), og af 3.12.2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 26).

³¹ – Jeg bemærker, at det i det mindste ud fra den måde, hvorpå godtgørelsen beregnes i Tyskland, ser ud til, at selv om tabt provision i princippet kun er et element i rimelighedsvurderingen, er fastsættelsen af godtgørelsen i praksis i vid udstrækning baseret på tabt provision. Jf. i den forbindelse punkt 95 i dette forslag til afgørelse.

ved fastsættelsen af den tabte provision i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653, og ii), om betalinger af engangsprovision, forstået som provision, der er fastsat i agenturkontrakten i den foreliggende sag, i denne henseende kan fortolkes som tabt provision.

62. Ifølge de argumenter, som O2 Czech Republic og den tjekkiske regering har fremført, har tabt provision i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 ikke til formål at dække fremtidige forretninger, som en handelsagent ville have afsluttet, hvis agenturkontrakten ikke var ophørt, men vedrører snarere situationer, hvor agenten ikke har modtaget det fulde provisionsbeløb, som skyldes ham eller hende for allerede gennemførte forretninger. QT, den tyske regering og Kommissionen er uenige heri.

63. Som det fremgår af punkt 20 i dette forslag til afgørelse, definerer artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 ikke begrebet tabt provision, hvilket heller ingen anden bestemmelse i direktivet gør.

64. Efter min opfattelse skal begrebet tabt provision i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 fortolkes således, at der herved forstås provision af hypotetiske fremtidige forretninger mellem agenturgiveren og den kundekreds, som agenturgiveren har skabt.

65. For det første er en sådan fortolkning i overensstemmelse med selve det formål med godtgørelse, som er angivet i direktiv 86/653. Som nævnt ovenfor (jf. punkt 46-49 i dette forslag til afgørelse) er godtgørelsen begrundet i det forhold, at handelsagenten kun har modtaget provision i agenturkontraktens løbetid, mens den goodwill, som agenten har skabt for agenturgiveren, ofte fortsætter efter agenturkontraktens ophør. Godtgørelsen kan ikke begrænses til at omfatte provision for allerede afsluttede forretninger, da den har til formål at kompensere agenten for den fortjeneste, som agenturgiveren fortsat modtager efter agentkontraktens ophør på grund af den kundekreds, som agenten har skabt³².

66. For det andet taler de med direktiv 86/653 forfulgte formål for den fortolkning af tabt provision i direktivets artikel 17, stk. 2, litra a), som foreslås i dette forslag til afgørelse.

67. Ifølge fast retspraksis fremgår det af direktivets anden og tredje betragtning, at direktiv 86/653 har til formål at sikre handelsagenters retsbeskyttelse i forhold til deres agenturgivere, at fremme retssikkerheden i handelssamkvemmet og at lette samhandelen mellem medlemsstaterne ved at tilnærme deres retssystemer på området for handelsagenturer. Med henblik her på opstiller direktivet navnlig i artikel 13-20 regler om agenturkontraktens indgåelse og ophør³³.

68. Domstolen har i denne forbindelse fundet, at artikel 17 og 18 i direktiv 86/653 har afgørende betydning, da de fastsætter det beskyttelsesniveau, som EU-lovgiver har fundet rimeligt at tildele handelsagenterne i forbindelse med oprettelsen af det indre marked³⁴.

69. Domstolen har ligeledes præciseret, at med hensyn til formålet med direktiv 86/653 om beskyttelse af handelsagenter i forhold til deres agenturgivere er enhver fortolkning af dets artikel 17, som kan være til skade for handelsagenten, udelukket³⁵.

³² – Jf. i den forbindelse generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, navnlig punkt 17).

³³ – Jf. f.eks. dom af 23.3.2006, Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, præmis 19), og af 16.2.2017, Agro Foreign Trade & Agency (C-507/15, EU:C:2017:129, præmis 29).

³⁴ – Jf. f.eks. dom af 17.10.2013, Unamar (C-184/12, EU:C:2013:663, præmis 39), og af 19.4.2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, præmis 34).

³⁵ – Jf. dom af 19.4.2018, CMR (C-645/16, EU:C:2018:262, præmis 35), og af 13.10.2022, Herios (C-593/21, EU:C:2022:784, præmis 27).

70. Domstolen har navnlig fastslået, at det er nødvendigt at fortolke ordlyden af artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653 på en måde, der understøtter beskyttelsen af handelsagenten, og som dermed tager hensyn til agentens medvirkende ved gennemførelsen af de forretninger, som han eller hun har ansvaret for³⁶.

71. I den foreliggende sag bør fortolkningen af begrebet tabt provision i artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653 som anført af Kommissionen være underlagt en lignende logik. En fortolkning af tabt provision som hypotetiske fremtidige forretninger vil bidrage til at beskytte handelsagenterne efter kontraktforholdets ophør med agenturgiveren, idet der fuldt ud tages hensyn til de opgaver, som agenterne har udført til fordel for agenturgiveren³⁷.

72. I denne henseende vil agenturgiveren, som den tyske regering har påpeget, ved opsigelse af en agenturkontrakt i mange tilfælde fortsat drage fordel af den kundekreds, som agenturgiveren har skabt, ved fortsat at gennemføre forretninger med disse kunder. Hvis der ikke tages hensyn til provision af hypotetiske fremtidige forretninger, ville det derfor modvirke det formål om at beskytte handelsagenten, der forfølges med dette direktiv.

73. Det kan anføres, at mindre kontrakter med kunder i praksis ofte udvikler sig til større og mere lukrative kontrakter med tiden. I tilfælde, hvor anlægsarbejder tager tid, vil førstegangskontrakterne f.eks. typisk tendere mod, at være små, og agenturgiveren har indgået kontrakt med agenten for at få en »fod inden for døren« hos kunderne i kraft af agentens strategier, færdigheder og kontakter. En begrænsning af den tabte provision til de allerede afsluttede forretninger vil kunne fratage agenten en betydelig del af den fortjeneste, som agenturgiveren opnår efter agentkontraktens ophør på grundlag af agentens arbejde.

74. I modsætning til de argumenter, som O2 Czech Republic og den tjekkiske regering har fremført, tager den foreslåede fortolkning af tabt provision i artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 hensyn til de økonomiske realiteter og ødelægger ikke markedet for handelsagenturer. De særlige omstændigheder, som O2 Czech Republic henledte opmærksomheden på i retsmødet, såsom de særlige forhold i telekommunikationssektoren og udsving på markedet (ændringerne i takster og forbrugeradfærd samt stigningen i antallet af potentielle konkurrenter, som tilsyneladende førte til et fald i antallet af kontrakter i den periode, hvor den omhandlede agenturkontrakt var gældende), ignoreres ikke. De indgår faktisk i rimelighedsvurderingen af godtgørelsen (jf. punkt 97 og 98 i dette forslag til afgørelse)³⁸.

75. Inddragelsen af hypotetiske fremtidige forretninger ved fastsættelsen af tabt provision er heller ikke i strid med det formål, der forfølges med direktiv 86/653, nemlig at sikre retssikkerheden på området for handelsagenturer³⁹. Den omstændighed, at det er nødvendigt at udarbejde prognoser vedrørende hypotetiske fremtidige forretninger, er ikke en usædvanlig del af forretningsstrategier. Som en generaladvokat har anført, foretages sådanne prognoser ligeledes allerede af domstolene⁴⁰.

³⁶ – Jf. dom af 7.4.2016, Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2016:211, præmis 33), og af 13.10.2022, Herios (C-593/21, EU:C:2022:784, præmis 27).

³⁷ – Som visse forfattere har påpeget, er agenturkontraktens ophør den fase i agenturforholdet, hvor handelsagenterne står svagest, og hvor de pågældendes behov for beskyttelse derfor er størst. Jf. S. Saintier og J. Scholes, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 164 og 165.

³⁸ – Jf. i denne henseende dom af 7.4.2016, Marchon Germany (C-315/14, EU:C:2016:211, præmis 42).

³⁹ – Jf. i denne henseende dom af 26.3.2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, præmis 31), hvori Domstolen bemærkede, at direktiv 86/653 i lyset af dets anden betragtning »bl.a. har til formål at sikre retssikkerheden i handelssamkvemmet og dermed retssikkerheden på området for handelsagenturer«.

⁴⁰ – Jf. generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, punkt 42-44).

76. Endelig er der andre bestemmelser i direktiv 86/653, der støtter den foreslåede fortolkning af tabt provision i direktivets artikel 17, stk. 2, litra a).

77. Der mindes om, at det i artikel 17, stk. 2, litra a), første led, i direktiv 86/653 kræves, at handelsagenten har skaffet agenturgiveren nye kunder eller i betydeligt omfang har øget forretningerne med den bestående kundekreds, og at forretningsforbindelserne med disse kunder fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele.

78. Som den tyske regering har anført, vedrører vurderingen af de fordele, som agenturgiveren beholder i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), første led, i direktiv 86/653, forretninger, der er etableret eller udviklet af handelsagenten, og som »fortsat vil give agenturgiveren betydelige fordele«. Hvad der giver en fordel, kan i princippet kun beregnes ud fra en hypotetisk hensyntagen til den fremtidige udvikling af disse forretninger, som også er nævnt i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653⁴¹. Dette indikerer, at tabt provision er forbundet med det forhold, at agenturgiveren opnår fordele efter agenturkontraktens ophør⁴².

79. I modsætning til de argumenter, som Den Tjekkiske Republik har gjort gældende, og som anført af den tyske regering og Kommissionen, er den foreslåede fortolkning af tabt provision i artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653 endvidere i overensstemmelse med direktivets artikel 7 og 8.

80. Artikel 7 og 8 i direktiv 86/653 er indeholdt i direktivets kapitel III, der vedrører vederlag. I henhold til artikel 7 i direktiv 86/653 har handelsagenten ret til provision af de forretninger, der afsluttes i agenturkontraktperioden, medmindre kontrakten er anderledes affattet. Det fremgår af direktivets artikel 8, at agenten har ret til provision af visse forretninger, som er afsluttet efter agenturkontraktens ophør i situationer, hvor forretningen hovedsagelig er bragt i stand ved den virksomhed, som agenten har udfoldet inden denne kontrakts ophør.

81. Det forekommer mig, at artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653 logisk set bør omfatte andre situationer end dem, der allerede er omfattet af direktivets artikel 7 og 8⁴³. Artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653 bør således ikke finde anvendelse på situationer, hvor handelsagenten ikke har modtaget hele den provision, som agenturgiveren skylder ham eller hende, da disse situationer er omfattet af direktivets artikel 7 og 8.

82. Den af O2 Czech Republic og den tjekkiske regering fremførte fortolkning af tabt provision, som provision af allerede gennemførte forretninger, vil være vanskelig at skelne fra den provision, som agenten allerede har ret til i henhold til artikel 7 og 8 i direktiv 86/653⁴⁴. Hvis sidstnævnte ikke betales, vil de formentlig blive behandlet ved et søgsmål baseret på misligholdelse af agenturkontrakten.

⁴¹ – I denne henseende henledes opmærksomheden på, at der i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653 henvises til den tabte provision for forretninger med »disse kunder«, og at det samme udtryk forekommer i første led i denne bestemmelse og således kan anses for at blive anvendt i en lignende betydning. På forespørgsel oplyste Kommissionen i retsmødet, at der ved begrebet »disse kunder« i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i direktiv 86/653 ikke forstås potentielt nye kunder, som agenten kunne skaffe agenturgiveren, men de nye eller intensiverede kunder, som agenten skaffede agenturgiveren i agenturkontraktens løbetid.

⁴² – Jf. i den forbindelse generaladvokat Poiars Maduros forslag til afgørelse Semen (C-348/07, EU:C:2008:635, navnlig punkt 20, 27 og 28).

⁴³ – Jf. i denne henseende S. Saintier og J. Scholes, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 122, hvori de afviser argumentet om, at artikel 8 i direktiv 86/653 overlapper med indrømmelsen af en godtgørelse i henhold til artikel 17, stk. 2, i nævnte direktiv.

⁴⁴ – På forespørgsel i retsmødet om dette punkt benægtede den tjekkiske regering ikke, at de to sæt bestemmelser overlapper hinanden, idet den anførte, at dette vil afhænge af den specifikke agenturkontrakt.

83. Jeg foreslår således, at Domstolen inkluderer provision for hypotetiske fremtidige forretninger i begrebet tabt provision, hvilket fører mig til det andet spørgsmål. Med det spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om og under hvilke omstændigheder betalinger af engangsprovision kan anses for at udgøre tabt provision, hvis sidstnævnte vedrører provision af hypotetiske fremtidige forretninger efter agenturkontraktens ophør.

84. I den forbindelse er det nødvendigt at tage i betragtning, at denne sag viser, at begrebet betalinger af engangsprovision kan have forskellige betydninger. Som den tyske regering har forklaret, forstås der ved en betaling af engangsprovision på den ene side en engangsgodtgørelse for at skaffe agenturgiveren en ny kunde. Dette beløb er uafhængigt af varigheden og udviklingen af forretningsforbindelsen med denne samme kunde. Med andre ord betales agenten én gang pr. kunde. På den anden side anvender O2 Czech Republic og den tjekkiske regering begrebet betaling af engangsprovision som betegnelse for provisionen af den type, som QT og O2 Czech Republic har indgået aftale om. Som forklaret ovenfor (jf. punkt 6 i dette forslag til afgørelse) modtog QT provision for hver kontrakt, der blev indgået med en kunde (eller som blev ændret), uanset om der var tale om en ny eller en bestående kunde. Beløbet blev justeret i forhold til visse faktorer, såsom længden af den indgåede kontrakt, taksten og antallet af inkluderede ydelser, som agenten var i stand til at forhandle sig frem til. QT blev således ikke betalt pr. kunde, men pr. kontrakt. Hvis den samme kunde, som oprindeligt underskrev kontrakten med agenturgiveren, underskrev en ny kontrakt via en anden agent, var det denne anden agent, der var berettiget til provision.

85. Som den tyske regering har anført, kan betalinger af engangsprovision i den forstand, som den tyske regering anvender dette begreb, ikke udgøre tabt provision. Godtgørelse bør ikke være en urimelig byrde for agenturgiveren, men skal tage hensyn til de fordele, som agenturgiveren fortsat oppebærer af den kundekreds, som agenturgiveren har skabt. Hvis agenten allerede er blevet betalt for sådanne fremtidige fordele, hvilket kan være tilfældet, når provisionen aftales pr. kunde, er der ikke tale om tabt provision for agenten.

86. Godtgørelse afhænger imidlertid ikke kun af tabt provision. Derfor er udelukkelse af betalinger af engangsprovision, som dette begreb forstås i Tyskland, fra beregningen af godtgørelsen fuldt ud i overensstemmelse med den fremgangsmåde, som jeg har foreslået i mit forslag til afgørelse i sagen Rigall Arteria Management⁴⁵ i forbindelse med artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 86/653⁴⁶. I dette forslag til afgørelse foreslog jeg, at en handelsagents ret til provision af gentagne forretninger skal fortolkes som en deklaratorisk regel⁴⁷. Denne fortolkning af direktiv 86/653 giver således parterne i en agenturkontrakt mulighed for at fastsætte betalinger af engangsprovision som en form for aflønning af agenten. Det er klart, at hvis sådanne betalinger af provision er tilladt på grundlag af direktiv 86/653, kan godtgørelsen ikke afhænge af, om agenten havde ret til at modtage provision af engangsforretninger eller gentagne forretninger. Der bør imidlertid tages hensyn til, at agenten allerede er blevet betalt for agenturgiverens fremtidige fordele ved beregningen af en rimelig godtgørelse.

⁴⁵ – Sag C-64/21, EU:C:2022:453, navnlig punkt 86-88 (hvori det konkluderes, at en fortolkning af artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 86/653 som deklaratorisk ikke er i strid med direktivets artikel 17-19).

⁴⁶ – I henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 86/653 har en handelsagent ret til provision af en agenturforretning, der afsluttes i agenturkontraktperioden, såfremt den er afsluttet med en tredjemand, som han tidligere har skaffet som kunde for så vidt angår lignende forretninger.

⁴⁷ – Dette blev fulgt i dom af 13.10.2022, Rigall Arteria Management (C-64/21, EU:C:2022:783, præmis 28-38), hvori Domstolen fastslog, at det er muligt ved aftale at fravige den ret, som handelsagenterne har i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i direktiv 86/653.

87. Hvis man omvendt forstår betalinger af engangsprovision i den forstand, som de er aftalt mellem QT og O2 Czech Republic i den foreliggende sag, kan den kundekreds, som agenten har skabt, give agenturgiveren fordele, som agenten endnu ikke er blevet aflønnet for. Hvis agenturkontrakten ikke var blevet opsagt, kunne agenten således have modtaget provision. Det er ikke sikkert, at denne agent faktisk ville gøre det muligt for agenturgiveren at indgå en ny kontrakt med den kunde, som han eller hun skaffede. Imidlertid forelå der en sådan mulighed. Derfor kan en sådan betaling af engangsprovision udgøre den tabte provision, der skal tages i betragtning ved beregningen af godtgørelsesbeløbet. Kvantificeringen af en sådan tabt provision vil afhænge af den anslåede fremtidige værdi af den kundekreds, som agenten har skabt for agenturgiveren, samt sandsynligheden for, at den agent, der har skaffet kunden, kan formidle eller afslutte en ny forretning med denne kunde (jf. punkt 90-112 i dette forslag til afgørelse).

88. Som den tyske regering og Kommissionen har påpeget, og som også den tjekkiske regering har bekræftet, kan en godtgørelse under alle omstændigheder ikke automatisk udelukkes, fordi der blev indgået aftale om betaling af engangsprovision, da godtgørelsen, som det udtrykkeligt fremgår af artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653, ikke udelukkende er baseret på tabt provision, men på alle omstændighederne omkring agenturkontraktens ophør. Som den tyske regering har fremhævet, ville man kunne omgå denne rettigheds obligatoriske karakter, hvis den blotte fastsættelse af betalinger af engangsprovision udelukkede retten til godtgørelse.

89. På grundlag af de ovenfor anførte grunde er jeg derfor af den opfattelse, at der ved begrebet tabt provision i henhold til artikel 17, stk. 2, litra a), i direktiv 86/653/EØF forstås provision af hypotetiske fremtidige forretninger mellem agenturgiveren og den kundekreds, som agenturgiveren har skabt. Dette begreb påvirkes ikke af, at der er blevet foretaget betalinger af engangsprovision til agenten. Det er kun, hvis de aftalte betalinger af provision, var betalinger af engangsprovision af en sådan art, at agenten allerede blev aflønnet for de fremtidige fordele, som agenturgiveren fortsat ville oppebære af den kundekreds, som agenten skabte, at de ikke vil udgøre tabt provision. Dette betyder dog ikke, at agenten ikke har ret til at få udbetalt en godtgørelse, da tabt provision kun er et element ved bestemmelsen af, om denne betaling er rimelig.

4. Metode til beregning af godtgørelsen under hensyntagen til tabt provision

90. Tilbage står spørgsmålet, hvordan tabt provision, forstået som vederlag for fremtidige fordele, som agenturgiveren får af den kundekreds, som agenten har skabt, skal tages i betragtning ved beregningen af en rimelig godtgørelse.

91. I henhold til retspraksis omfatter beregningen af godtgørelsen i artikel 17, stk. 2, i direktiv 86/653 tre faser: »Den første af disse faser omfatter indledningsvis en kvantificering af de fordele for agenturgiveren, der er en følge af handelsagentens foretagne transaktioner med kunder i henhold til bestemmelserne i dette direktivs artikel 17, stk. 2, litra a), første led. Den anden fase omfatter derefter kontrol i henhold til vilkårene i denne bestemmelses andet led, af, om det beløb, der fremkommer på grundlag af de ovennævnte kriterier, er billigt, når henses til alle sagens relevante omstændigheder, herunder bl.a. det provisionstab, som handelsagenten har lidt. Endelig bliver godtgørelsesbeløbet som led i den tredje fase underlagt den i direktivets artikel 17, stk. 2, litra b), fastsatte maksimumsgrænse, der alene finder anvendelse, hvis det beløb, der er resultatet af de to ovenstående beregningsfaser, overstiger den«⁴⁸.

⁴⁸ – Dom af 26.3.2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, præmis 19), og af 3.12.2015, Quenon K. (C-338/14, EU:C:2015:795, præmis 28). Jf. også generaladvokat Poiras Maduros forslag til afgørelse Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2005:641, punkt 45-48).

92. Disse tre faser betyder ikke nødvendigvis, at de skal følges i denne rækkefølge ved den faktiske beregning af godtgørelsen. Efter min mening skal de forstås som en indikation af, at det, som det i sidste ende i alt væsentligt drejer sig om ved beregningen af godtgørelsesbeløbet, er, at godtgørelsen for at være rimelig skal afspejle både de fremtidige fordele, som agenturgiveren beholder, og det tab, som handelsagenten har lidt som følge af agenturkontraktens ophør, hvilket typisk repræsenteres af agentens tabte provision. Som den tyske regering har påpeget, står de to beløb – de fremtidige fordele, som agenturgiveren beholder, og agentens tabte provision – oftest i rimeligt forhold til hinanden. Dette er grunden til, at den første og anden fase, som beskrevet i den ovennævnte retspraksis, i praksis smelter sammen til én.

93. Alle de elementer, der er relevante for beregningen af en rimelig godtgørelse, skal kvantificeres i denne forbindelse. Da mange af disse elementer kun kan anslås (da de vedrører fremtiden), opstår spørgsmålet om, hvordan den konkrete beregning af godtgørelsen kan foretages.

94. I denne henseende indeholder direktiv 86/653 ikke specifikke regler, men overlader valget af beregningsmetoden til medlemsstaterne.

95. I rapporten om anvendelsen af artikel 17 i direktiv 86/653/EØF⁴⁹ beskrev Kommissionen den acceptable metode til beregning af godtgørelsen, som var baseret på tysk praksis. Denne praksis blev justeret efter dommen af 26. marts 2009, Semen⁵⁰. Den starter dog stadig, som forklaret af den tyske regering i retsmødet, ved at anslå det antal år, hvor agenturgiveren kan forventes at drage fordel af den kundekreds, som agenturgiveren har skabt. Tabt provision anslås derefter i forhold til dette tidsrum⁵¹.

96. Beregningen af tabt provision er indledningsvist baseret på provision, som agenten faktisk har modtaget før agenturkontraktens ophør. Den er støttet på den antagelse, at agenten ville tjene det samme provisionsbeløb i et vist antal år, hvilket derefter korrigeres ved at tage hensyn til alle de elementer, der peger på, at agenten i virkeligheden ikke ville tjene så meget eller ville tjene endnu mere i fremtiden. I sidste ende vil tabt provision derfor alt efter omstændighederne være større eller mindre end den provision, som agenten faktisk tjente i det repræsentative år på grundlag af den samme kundekreds, som agenten skabte.

97. Mere specifikt tager beregningen udgangspunkt i det provisionsbeløb, som agenten tjente i det foregående år (eller et andet mere repræsentativt år). Denne provision reduceres derefter for hvert efterfølgende år (eftersom antallet af år afhænger af overslaget over, hvor længe agenturgiveren vil drage fordel af den kundekreds, som agenten har skabt) med den anslåede kundemigration (forstået i betydningen af kunder fra den kundekreds, som agenten har skabt, og som forventes at skifte til en anden agenturgivers varer eller tjenesteydelser). På denne måde tages der hensyn til den omstændighed, at værdien af den kundekreds, som agenten har skabt, kan falde over tid. Endelig korrigeres beløbet for at tage hensyn til forskellige omstændigheder, såsom prisudsving, væsentlige ændringer inden for den pågældende sektor og andre relevante faktorer, som kan påvirke den fremtidige værdi af den kundekreds, som agenten har skabt, og agentens tilsvarende tabte provision.

⁴⁹ – Jf. Kommissionens rapport, der er nævnt i fodnote 16 i dette forslag til afgørelse, s. 2-5. Som Domstolen har bemærket, indeholder rapporten detaljerede oplysninger vedrørende selve beregningen af godtgørelsen og har til formål at fremme en mere ensartet fortolkning af direktivets artikel 17 i direktiv 86/653. Jf. dom af 23.3.2006, Honyvem Informazioni Commerciali (C-465/04, EU:C:2006:199, præmis 35), og af 26.3.2009, Semen (C-348/07, EU:C:2009:195, præmis 22).

⁵⁰ – Sag C-348/07, EU:C:2009:195. Jf. fodnote 4 i dette forslag til afgørelse.

⁵¹ – Jf. i denne henseende endvidere S. Saintier og J. Scholes, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 202-214, og F. Randolph og J. Davey, der er nævnt i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse, s. 144-147.

98. Der kan ved beregningen tages hensyn til bekymringer som dem, der blev rejst af O2 Czech Republic i retsmødet (jf. punkt 74 i dette forslag til afgørelse), om at et stort antal kunder indgår telekommunikationskontrakter direkte (ved at underskrive online-kontrakter med agenturgiveren) uden at anvende agenter. Sådanne betænkeligheder kan enten komme til udtryk i den anslåede migrationsprocent eller som yderligere faktorer, der kan øge eller mindske værdien af den kundekreds, som agenturgiveren har skabt for agenturgiveren, eller den anslåede tabte provision, som agenturgiveren ville have tjent, hvis agenturkontrakten ikke var blevet opsagt. Hvis agenten f.eks. har oprettet en database med kunder vedrørende de produkter, der tilbydes af en agenturgiver, og det anslås, at et stort antal af disse kunder vil forlænge kontrakten direkte uden at ty til en agent eller vil vælge at indgå en kontrakt med en anden agent, kan beløbet for den tidligere provision derfor med rimelighed nedsættes ved vurderingen af tabt provision. Hvis der som i den foreliggende sag blev aftalt provision på grundlag af hver enkelt indgået kontrakt, hvilket betød, at den næste kontrakt, der blev indgået med den samme kunde, kunne være resultatet af en anden agents virksomhed, kan der tages hensyn til det anslåede antal af sådanne situationer (også på grundlag af tidligere erfaringer) ved beregningen af tabt provision, som så kan nedsættes.

99. Ved beregningen er det fornuftigt at tage udgangspunkt i den situation, at tabt provision står i rimeligt forhold til de fremtidige fordele for agenturgiveren, fordi det efter min opfattelse giver en enkel og praktisk løsning for de nationale domstole. Den tager udgangspunkt i et bestemt beløb, der er let at spore, nemlig agentens tidligere provision. Løsningen er også i overensstemmelse med formålet om at beskytte handelsagenter i deres forhold til deres agenturgivere. Set fra agenternes synspunkt er det let at vurdere tabt provision, der er beregnet på grundlag af tidligere provision, eftersom dette er fuldstændigt op til dem. Det ville være yderst vanskeligt for en agent at vurdere agenturgiverens rentabilitet, da denne sandsynligvis ikke vil videregive sådanne oplysninger, og dette er i øvrigt helt og holdent op til agenturgiveren, da agenten ikke har nogen kontrol over agenturgiverens omkostninger.

100. Denne beregningsmetode sikrer ligeledes en tilstrækkelig grad af forudsigelighed til, at agenturgiveren kan beslutte, om og på hvilket tidspunkt den pågældende vil opsiges agenturkontrakten. Agenturgiveren har også oplysninger om den tidligere provision, der er betalt til agenten, og kan endvidere, hvis der opstår en tvist om godtgørelsen, give retten relevante oplysninger om andre hensyn, som bør tages i betragtning som led i justeringen af det oprindelige overslag.

101. Efter justeringen af den oprindelige beregning af tabt provision og de forbundne fremtidige fordele for agenturgiveren skal det deraf følgende beløb i sidste trin reduceres, hvis det overstiger det godtgørelsesloft, der er fastsat i artikel 17, stk. 2, litra b), i direktiv 86/653.

102. Før jeg konkluderer, vil jeg demonstrere denne beregningsmetode på grundlag af et hypotetisk eksempel, som er inspireret af den tjekkiske regerings argumenter i retsmødet. En handelsagent og en agenturgiver indgår en agenturkontrakt om salg af træ. Handelsagentens opgave er således at finde kunder til at købe agenturgiverens træ. Nogen tid efter, at agenturgiveren er blevet præsenteret for de kunder, som agenten har formidlet til ham, ophører agenturkontrakten. Agenten er blevet betalt provision for hvert salg af træ. Provisionens størrelse afhænger af salgsprisen på træet. Efter agenturkontraktens ophør nyder agenturgiveren godt af den kundekreds, som agenturgiveren har skabt, og til hvilken den pågældende fortsat kan sælge sit træ. Betingelserne for agentens ret til godtgørelse er således opfyldt, og godtgørelsen skal beregnes.

103. I året forud for agenturkontraktens ophør (et almindeligt år med gennemsnitlige temperaturer) tjente agenten 10 000 EUR i provision fra agenturgiveren. De fleste af kunderne købte træ til opvarmning. Det anslås, at agenturgiveren kan anvende den kundekreds, som agenten har skabt, i mindst tre år endnu. Da der var to nye aktører på træmarkedet i det foregående år, anslås det, at op til 30% af kunderne vil migrere til disse nye aktører.

104. Beregningen vil derfor være følgende:

1. år: 10 000 EUR – 30% = 7 000 EUR

2. år: 7 000 EUR – 30% = 4 900 EUR

3. år: 4 900 EUR – 30% = 3 430 EUR

Anslået tabt provision = 15 330 EUR.

105. Hvis der konstateres andre omstændigheder, som kan påvirke de fremtidige fordele, som agenturgiveren får af den kundekreds, som agenten har skabt, eller størrelsen af agentens tabte provision, bør disse omstændigheder tages i betragtning.

106. Lad os forestille os, at mange mennesker på grund af en forventet gasmangel planlægger at opvarme deres hjem med træ. Den anslåede stigning i efterspørgslen efter træ kan føre til en fordobling af prisen. Da agentens provision blev beregnet på grundlag af salgsprisen for træ i det foregående år, skal beregningen muligvis justeres, således at der tages udgangspunkt i det dobbelte af denne provision (20 000 EUR i stedet for 10 000 EUR). Desuden kan det være nødvendigt at tage hensyn til, hvor længe gasmanglen forventes at vare. Hvis det drejer sig om et år, kan prisen på træ falde tilbage til de tidligere beløb i det andet og tredje år. Under disse omstændigheder vil den tabte provision være højere end i den første situation (jf. punkt 104 i dette forslag til afgørelse).

107. Beregningen vil derfor være følgende:

1. år: 20 000 EUR – 30% = 14 000 EUR

2. år: 7 000 EUR – 30% = 4 900 EUR

3. år: 4 900 EUR – 30% = 3 430 EUR

Anslået tabt provision = 22 330 EUR.

108. Lad os nu forestille os, at der lige inden agenturkontraktens ophør sker et gennembrud i forskningen om anvendelsen af kernefusion, hvilket skaber en forventning om meget billig energi på kort sigt. Som følge heraf forventes det, at de fleste mennesker ikke længere vil bruge træ til opvarmning. De eneste personer, der køber træ af agenturgiveren, vil være de kunder, der bruger træ til andre formål, f.eks. til træsløjd eller dekoration. Dette ville i væsentlig grad mindske værdien af den kundekreds, som agenten har skabt, da agenten, selv om agenturkontrakten ikke var ophørt, ikke længere kunne forvente at tjene en betydelig provision på at sælge agenturgiverens træ. Beregningen af tabet af værdien af den kundekreds, som agenten har skabt for agenturgiveren, skal stå i rimeligt forhold til faldet i den anslåede tabte provision. Hvis de kunder, der købte træ til andre formål end opvarmning, kun udgjorde 2% af den årlige provision,

som agenten tjente, kunne beregningen tage udgangspunkt i et langt lavere beløb på 200 EUR. Den anslåede migrationsprocent kan også justeres til 10%, da det er sandsynligt, at nogle af de virksomheder, der sælger træ, vil forlade markedet.

109. Beregningen vil derfor være følgende:

1. år: 200 EUR – 10% = 180 EUR

2. år: 180 EUR – 10% = 162 EUR

3. år: 162 EUR – 10% = 145,80 EUR

Anslået tabt provision = 487,80 EUR

110. Det skal også påpeges, at hvis det vurderes, at agenturgiveren ikke kan opnå væsentlige fordele af den kundekreds, som agenturgiveren har skabt, efter agenturkontraktens ophør (hvilket meget vel kan være årsagen til ophøret), vil der ikke være behov for beregninger, da betingelserne for godtgørelse i et sådant tilfælde ikke er opfyldt.

111. Hvis agenten i henhold til agenturkontrakten desuden modtog en betaling af engangsprovision pr. kunde, således at agenten for hver kunde tjente et beløb, der skulle dække den pågældende kundes eventuelle fremtidige køb af træ, og agenten derfor ikke ville få udbetalt yderligere provision, kan det konkluderes, at der ikke foreligger tabt provision. Hvis agenturgiveren f.eks. også bidrog til agentens pensionskasse, bør dette dog tages i betragtning ved beregningen af en rimelig godtgørelse til agenten, selv om der ikke foreligger tabt provision. Betalingen af en godtgørelse er ikke baseret på tabt provision, men på den omstændighed, at agenten har skabt en kundekreds, og at denne kundekreds selv efter agenturkontraktens ophør repræsenterer en værdi for agenturgiveren.

112. Det sidste trin i beregningen kræver, at godtgørelsen justeres, så den ikke overstiger det loft, der er fastsat i artikel 17, stk. 2, litra b), i direktiv 86/653, nemlig et beløb svarende til et års vederlag, som agenten har tjent hos agenturgiveren, beregnet på grundlag af gennemsnittet af de foregående fem år (eller mindre end fem år, hvis kontraktens varighed har været kortere). Hvis agenten i vores hypotetiske eksempel i de sidste fem år gennemsnitligt har tjent 12 000 EUR i løn, vil den anslåede tabte provision overstige loftet i det første og det andet scenario (jf. punkt 104 og 107 i dette forslag til afgørelse), og den godtgørelse, der skal betales til agenten, vil være lavere end den anslåede tabte provision.

V. Forslag til afgørelse

113. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, som Nejvyšší soud (øverste domstol, Den Tjekkiske Republik) har forelagt, således:

»Begrebet »tab af provision« som omhandlet i artikel 17, stk. 2, litra a), andet led, i Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter skal fortolkes således, at der herved forstås provision, som handelsagenten ville have modtaget, hvis agenturkontrakten ikke var ophørt, af fremtidige forretninger mellem agenturgiveren og de nye kunder, som agenten har skaffet agenturgiveren, eller den bestående kundekreds, med hvem agenten i betydeligt omfang har øget forretningerne.

Dette begreb påvirkes ikke af den omstændighed, at der blev foretaget betalinger af engangsprovision til agenten. Det er kun, hvis de aftalte betalinger af provision var betalinger af engangsprovision af en sådan art, at agenten allerede blev aflønnet for de fremtidige fordele, som agenturgiveren fortsat ville have af den kundekreds, som agenten skabte, at de ikke vil udgøre tabt provision. Dette betyder dog ikke, at agenten ikke har ret til at få udbetalt en godtgørelse, da tabt provision kun er et element ved bestemmelsen af, om denne betaling er rimelig.«