



ORDINE DEGLI
AVVOCATI DI MILANO



COMMISSIONE RAPPORTI INTERNAZIONALI
ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

*La cessation du
contrat d'agent commerciale :
l'indemnité compensatrice
de fin de contrat en France*

Beendigung des
Handelsvertretervertrages
Abfertigungsanspruch
in Österreich

Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia in Italia

**Commercial
Agency
Contracts:
Termination
and
Indemnity
England
and Wales**

El contrato
de agencia
en España.
Especial
consideración
a su régimen
indemnizatorio

Die Beendigung eines
Handelsvertretungsverhältnisses
und der Ausgleichsanspruch
des Handelsvertreters
nach deutschem Recht

DUTCH LEGISLATION
ON TERMINATION
OF COMMERCIAL
AGENCY CONTRACT



*La cessation du
contrat d'agent commercial :
l'indemnité compensatrice
de fin de contrat en France*
Martina Barcaroli des Varannes

Beendigung des
Handelsvertretervertrages
Abfertigungsanspruch
in Österreich

Josef Wolff

Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia in Italia

Alberto Venezia

El contrato
de agencia
en España.
Especial
consideración
a su régimen
indemnizatorio

Fernando Sales Bellido, Julia Trius Arias

Die Beendigung eines
Handelsvertretungsverhältnisses
und der Ausgleichsanspruch
des Handelsvertreters
nach deutschem Recht

Christian Huber

Commercial
Agency
Contracts:
Termination
and

Indemnity
England
and Wales
Gregor Kleinknecht

DUTCH LEGISLATION
ON TERMINATION
OF COMMERCIAL
AGENCY CONTRACT
Hans Emanuel Urius

Presentazione **Remo Danovi**

Prefazione **Mario Dusi**

Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia

Milano 2016

Alberto Venezia (*a cura di*)



Ordine degli avvocati di Milano



Commissione per i rapporti internazionali
dell'Ordine degli Avvocati di Milano

GRUPPO  **ORE**

Il Sole 24 ORE S.p.A.
Via Monte Rosa 91
20149 Milano

© 2016

Ordine degli avvocati di Milano

Prima Edizione
Marzo 2016

Presentazione
Remo Danovi

Prefazione
Mario Dusi

Coordinamento Editoriale
Angelo Ciancarella

Layout e Graphic Design
Artestampa srl, Galliate Lombardo

Tutti i diritti sono riservati – Copia ad uso personale – Senza la preventiva autorizzazione scritta del titolare dei diritti è vietata la riproduzione (integrale o parziale) dell'opera, con qualsiasi mezzo effettuata, e la messa a disposizione di terzi, sia in forma gratuita sia a pagamento.

No part of this may be copied, or changed in any format, sold, or used in any way other than what is outlined within this Ebook under any circumstances without express permission from the Publisher.

Le richieste sui diritti e le licenze dovranno essere indirizzate a:

All queries on rights and licenses should be addressed to the:

Ordine degli Avvocati di Milano
Palazzo di Giustizia
Via Freguglia, 1
20122 Milano
Tel. +39.02.549292.1
direzione@ordineavvocatimilano.it
www.ordineavvocatimilano.it

Indice

Presentazione

Remo Danovi 7

Prefazione

Mario Dusi 8

Introduzione

Alberto Venezia 9

Capitolo Primo

Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia in Italia

Alberto Venezia 11

Capitolo Secondo

Beendigung des Handelsvertretervertrages Abfertigungsanspruch in Österreich

Josef Wolff 39

Capitolo Terzo

La cessation du contrat d'agent commercial : l'indemnité compensatrice de fin de contrat en France

Martina Barcaroli des Varannes 55

Capitolo Quarto

Die Beendigung eines Handelsvertretungsverhältnisses und der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach deutschem Recht

Christian Huber 67

Capitolo Quinto

Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales

Gregor Kleinknecht 93

Capitolo Sesto

Dutch Legislation on Termination of Commercial Agency Contract

Hans Emanuel Urlus 109

Capitolo Settimo

El contrato de agencia. Especial consideración a su régimen indemnizatorio

Fernando Sales Bellido, Julia Trius Arias 121

Gli autori

The authors 153

Presentazione

La pubblicazione dell'eBook sul contratto di agenzia nell'Unione europea è il primo di una serie di contributi comparatistici che l'Ordine degli avvocati di Milano e la Commissione rapporti internazionali hanno deciso di realizzare, in collaborazione con i colleghi di diversi Ordini forensi europei.

È un'iniziativa di alto livello culturale e di grande utilità operativa, che pone ancora una volta il foro milanese alla guida di un progetto innovativo per la diffusione della conoscenza delle norme giuridiche, con riferimento non solo all'ordinamento interno ma – in sintonia con la mission della Commissione – anche allo scenario internazionale sul quale, come sempre più spesso accade, l'Avvocatura è chiamata a svolgere l'attività professionale.

Nella sua storia ultradecennale, la Commissione ha costruito una fitta rete di relazioni con le istituzioni forensi e gli avvocati di ogni parte del mondo, grazie alla quale ha stabilito accordi di cooperazione e promosso la condivisione delle idee e delle esperienze professionali.

In questo contesto, e in collaborazione con il Gruppo 24 Ore, nasce l'eBook, quale strumento utile alla reciproca qualificazione degli avvocati dei vari Stati dell'Unione europea e in risposta all'esigenza formativa considerata strategica dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Milano.

La formazione degli iscritti e l'innalzamento della qualità professionale e deontologica delle prestazioni sono infatti tra i principali obiettivi perseguiti dall'Ordine milanese, nell'interesse della categoria forense e, prima ancora, della collettività: perché dalla formazione dipende il livello di tutela dei diritti che gli avvocati sono in grado di assicurare.

Il progetto della Commissione offre anche lo spunto per una riflessione sulla necessità di dare impulso, in un'ottica di evoluzione e sviluppo professionale, a una più diffusa partecipazione degli avvocati italiani al mercato internazionale, rispetto al quale anche i più recenti studi confermano la tuttora limitata propensione degli studi legali nostrani.

Remo Danovi

*Presidente dell'Ordine
degli avvocati di Milano*

Prefazione

Per la prima volta nella sua storia, ormai trentennale, la Commissione rapporti internazionali dell'Ordine degli avvocati di Milano ha ideato, organizzato, coordinato e infine realizzato, insieme con i rappresentanti degli Ordini forensi di Austria, Francia, Germania, Inghilterra, Olanda e Spagna, un'opera per carattere e impostazione precipuamente "internazionalistica", che sino ad oggi – in questi termini – non è mai esistita.

Con il convegno di presentazione in programma a fine marzo 2016 a Milano, e la pubblicazione dell'eBook sulla piattaforma del Gruppo 24 Ore e sul sito internet dell'Ordine degli avvocati di Milano, quest'ultimo conferma la propria vocazione e propensione ai rapporti internazionali, che ha caratterizzato la sua opera, e quella della città di Milano tutta, non solo in occasione dello svolgimento di Expo 2015 ma, attraverso gli anni, grazie anche all'attività della Crint.

L'opera propone l'analisi e l'approfondimento dell'importante materia del "Trattamento di fine rapporto" nel contratto di agenzia nell'Unione Europea, offrendo il punto di vista delle normative dei principali paesi europei, con i quali il mercato italiano e l'avvocatura milanese hanno rapporti, rendendo disponibile non solo ai propri iscritti, ma anche a chiunque ne abbia interesse, con il semplice accesso al sito dell'Ordine degli avvocati, un'opera basata su materiali di assoluta rilevanza, anche pratica, per affrontare un tema primario nei rapporti commerciali a livello europeo.

Il progetto è peraltro di più ampio respiro, prevedendo pubblicazioni periodiche che affronteranno tematiche transnazionali di assoluto interesse, con la finalità di offrire gratuitamente al più vasto pubblico la possibilità di ottenere un facile accesso al maggior numero di informazioni sulle fattispecie legislative internazionali, essendo questo uno dei target della Commissione rapporti internazionali.

La tecnologia editoriale adottata rende possibile integrare le opere, ciascuna delle quali nasce plurilingue per essere poi affiancata, in tempi brevi, dalle edizioni integrali in lingua italiana e in lingua inglese. Al momento della chiusura di questo primo eBook è già in fase di avvio il secondo volume, ideato con le medesime caratteristiche.

Mario Dusi

*Presidente delegato della Crint
Commissione rapporti internazionali
dell'Ordine degli avvocati di Milano*

Introduzione

Nell'ambito dei rapporti internazionali di distribuzione, il contratto di agenzia è da annoverarsi tra i principali strumenti utilizzati e come tale è stato oggetto di ampia regolamentazione da parte degli Stati membri dell'Unione europea.

Le singole legislazioni nazionali, nonostante gli sforzi compiuti in termini di armonizzazione da parte della direttiva del Consiglio del 18 dicembre 1986, n. 653, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, sono rimaste caratterizzate da una certa disomogeneità nella disciplina di alcuni aspetti significativi del contratto, anche in funzione delle soluzioni alternative contenute nella stessa direttiva e della differente applicazione delle singole legislazioni nazionali di attuazione, da parte della giurisprudenza di ciascuno stato membro.

Di qui l'esigenza di un approfondimento delle discipline nazionali e delle prassi applicative giurisprudenziali, così come si sono sviluppate in alcuni degli Stati membri (Italia, Austria, Francia, Germania, Inghilterra e Galles, Olanda e Spagna) in tema di contratto di agenzia. Si è ritenuto in particolare di approfondire, in ciascuno dei contributi proposti e sviluppati dai singoli esperti dei vari Ordini avvocati coinvolti, le tematiche della durata del contratto e delle sue varie modalità di cessazione, con la conseguente disamina di uno degli aspetti più significativi dal punto di vista economico-giuridico, e cioè il trattamento di fine rapporto e i criteri di quantificazione declinati in entrambe le soluzioni prospettate in proposito, in via alternativa, dal disposto di cui all'art. 17 della direttiva.

Ferma l'indubbia efficacia delle reti distributive internazionali costituite da agenti, è infatti essenziale dal punto di vista strategico essere a piena conoscenza delle modalità di cessazione del contratto di agenzia, così come dei costi connessi al trattamento di fine rapporto, in funzione della legge applicabile prescelta al momento della redazione e conclusione del contratto.

La presente trattazione, fruibile gratuitamente da tutti gli iscritti agli Ordini coinvolti, e non solo, si inserisce in un più ampio progetto che di volta in volta interesserà tematiche transazionali significative e che, nell'ambito dei contratti di distribuzione, vede già in programma prossimi contributi dedicati al franchising e alla concessione di vendita.

Alberto Venezia

Avvocato



Il trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia in Italia

Alberto Venezia, avvocato

Sommario

Premessa	12
1. Evoluzione normativa in diritto italiano e ruolo della Corte di Giustizia	13
2. Accordi economici collettivi: efficacia e criteri di applicabilità	15
3. Direttiva comunitaria 18 dicembre 1986 n. 653 e criteri interpretativi	16
4. Caratteristiche del contratto di agenzia	18
5. Durata del contratto	19
5.1 Il periodo di prova	20
6. Il diritto di recesso	22
6.1 Il recesso per giusta causa	24
7. Risoluzione del contratto e clausola risolutiva espressa	25
8. Trattamento di fine rapporto ed evoluzione normativa	27
8.1 La sentenza della Corte di Giustizia 23 marzo 2006	30
8.2 La giurisprudenza italiana e i criteri di quantificazione dell'indennità	31
8.3 Aec industria 30.7.2014 e criteri di quantificazione dell'indennità	32
8.4 Aec commercio 16.2.2009 e criteri di quantificazione dell'indennità	34
8.5 Ipotesi in cui l'indennità non è dovuta e termine di decadenza	36
8.6 Il risarcimento del danno ulteriore	36

Premessa

Il tema del trattamento di fine rapporto nella disciplina italiana del contratto di agenzia è particolarmente significativo e rappresenta l'onere economico più rilevante in capo al preponente con riferimento all'ipotesi di cessazione del rapporto; in quanto tale costituisce un elemento strategico imprescindibile per stabilire i costi connessi all'adozione della formula contrattuale e, unitamente all'efficacia in termini commerciali della creazione di una rete di agenti, per orientare la scelta dell'imprenditore tra i vari contratti di distribuzione utilizzabili. La struttura della trattazione, dopo una disamina della complessa evoluzione normativa della disciplina italiana dedicata al contratto di agenzia e del fondamentale criterio interpretativo elaborato dalla Corte di Giustizia in tema di efficacia delle direttive comunitarie, è focalizzata sulla durata e sulle varie modalità di cessazione del contratto per concludersi poi con l'approfondita analisi dell'indennità di fine rapporto e dei suoi criteri di quantificazione, sia in base all'art. 1751 c.c., sia con riferimento ai più recenti accordi economici collettivi di diritto comune (aec 17/9/2014 settore piccola e media industria, aec 30/7/2014 settore industria ed aec 16/2/2009, settore commercio).

1. Evoluzione normativa in diritto italiano e ruolo della Corte di Giustizia

La normativa italiana dedicata al contratto di agenzia è caratterizzata da una notevole complessità in funzione delle particolarità del contratto, parte integrante del diritto civile ma con punti di contatto con il diritto del lavoro, anche in funzione di una passata tendenza giurisprudenziale, tuttora presente anche se mitigata rispetto al passato, mirata all'inserimento del contratto di agenzia nell'ambito del lavoro subordinato.

Ulteriore particolarità, unica nell'ambito della disciplina degli Stati dell'Unione, è rappresentata dalla sovrapposizione di più fonti, talvolta correlate e in alcuni casi addirittura in contrasto con le disposizioni del codice civile e più precisamente: accordi economici collettivi cosiddetti *erga omnes*, recepiti dalla legge Vigorelli n. 741 del 1959 (peraltro di efficacia residuale) ed accordi economici di diritto comune. In questo già complesso quadro normativo si è inserita la direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 18 dicembre 1986, n. 653, attuata in due tempi dal legislatore italiano (con i d. lgs. 303/91 e 65/99¹), che ha ritenuto inoltre di effettuare successivamente ulteriori modifiche ad alcune disposizioni del codice civile con lo strumento della legge comunitaria (nel 1999 e 2000). I due interventi del 1999² e 2000³ hanno comportato rispettivamente da un lato la modifica dell'art. 1746 c.c., con la sostanziale eliminazione dello *star del credere* (quanto meno come clausola di carattere generale), e dall'altro l'introduzione di un nuovo secondo comma nell'art. 1751 *bis* c.c., con la previsione del diritto dell'agente ad un'indennità a fronte dell'assunzione dell'obbligo di non concorrenza dopo la cessazione del contratto.

Anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha avuto modo di pronunciarsi in varie occasioni sull'interpretazione del testo della direttiva, così di fatto fornendo criteri interpretativi da utilizzare nell'applicazione delle norme italiane di attuazione. Tra le pronunce di maggior rilievo, segnalo due sentenze del 1998 e 2000⁴ dedicate al ruolo agenti e rappresentanti di commercio, che hanno sancito la contrarietà con la direttiva di qualunque normativa nazionale che imponga quale requisito di validità del contratto di agenzia, l'iscrizione dell'agente in un apposito albo o ruolo, così sovvertendo una giurisprudenza costante della Corte di Cassazione italiana, che considerava l'iscrizione nell'albo agenti quale requisito di validità del contratto. L'attuale orientamento della Corte di Cassazione è nel senso dell'assoluta irrilevanza, ai fini della validità del contratto, dell'iscrizione dell'agente al ruolo. Segnalo altresì che con il d. lgs. 26 marzo 2010 n. 59 (art. 74) il legislatore italiano ha disposto la soppressione del ruolo agenti e rappresentanti di commercio (art. 2 l. 204/1985) sostituendolo peraltro con una dichiarazione

¹ D. lgs. 10 settembre 1991, n. 303, in Suppl. ord. G.U., n. 221 del 20 settembre 1991 e d. lgs. 15 febbraio 1999, n. 65, in G.U. n. 65 del 19 marzo 1999.

² Legge 21 dicembre 1999, n. 526 (art. 28).

³ Legge 29 dicembre 2000, n. 422 (art. 23).

⁴ Corte di Giustizia 30 aprile 1998, causa C-215/97, in *I Contratti* 1999, p. 88 e ss.; Corte di Giustizia 13 luglio 2000, in *Dir. comun. e degli scambi int.* 2000, p. 581 e ss.

di inizio attività da effettuarsi presso la Camera di Commercio, corredata dalle autocertificazioni e/o certificazioni attestanti il possesso sostanzialmente dei medesimi requisiti previsti in precedenza, che verranno verificati dalla stessa Camera di commercio.

Di particolare interesse nell'ambito dei rapporti internazionali è poi la pronuncia della Corte di Giustizia del 9 novembre 2000⁵, in tema di applicazione necessaria delle norme della direttiva (art. 17-19) sull'indennità di fine rapporto nei contratti internazionali di agenzia, qualora l'attività dell'agente sia svolta all'interno del territorio di uno Stato membro, prescindendo dalla legge applicabile (ancorché validamente indicata dalle parti nel contratto). La Corte è poi intervenuta in tema di diritto alle provvigioni⁶ ed altresì in tema di compatibilità dei criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto, così come precisati nella contrattazione collettiva italiana di diritto comune, con gli artt. 17 e ss. della direttiva⁷. La Corte ha inoltre emesso l'ulteriore rilevante pronuncia del 26 marzo 2009⁸ in tema di indennità di fine rapporto, con effetti rilevanti non solo sul diritto tedesco (posto che la questione pregiudiziale interpretativa era stata sollevata da un Giudice di Amburgo ed aveva conseguentemente determinato una modifica legislativa nell'ambito del diritto tedesco) ma in generale in ordine all'interpretazione dell'art. 17 della direttiva in tema di quantificazione dell'indennità di fine rapporto. Degne di nota sono infine le sentenze 19 dicembre 2013⁹, che ha ribadito la prevalenza dei criteri di giurisdizione di cui al Regolamento 44/2001 anche in presenza di difformi normative nazionali, quale nella fattispecie il diritto belga in tema di concessione di vendita, e 17 ottobre 2013¹⁰, in tema di validità di clausole contrattuali relative alla legge applicabile.

Svariate modifiche sono poi intervenute anche nell'ambito della contrattazione collettiva: dopo gli aec cosiddetti "ponte" del 1992, nel 2002 sono stati emessi gli accordi economici collettivi di rinnovo, che hanno apportato alcune novità, in buona parte uniformandosi agli interventi legislativi succedutisi dal 1991 sino alla loro emissione ed il 16 febbraio 2009 è stato sottoscritto il nuovo aec settore commercio, con ulteriori novità e certamente più favorevole all'agente per quanto attiene ai criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto. L'aec 16 febbraio 2009 è stato successivamente modificato dal testo unico del 10 marzo 2010 che ha apportato ulteriori modifiche. Infine il 30 luglio 2014 è stata siglata una nuova versione dell' aec del settore industria, che ha apportato significative novità ai criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto (con specifico riferimento all'indennità meritocratica) ed al meccanismo di modifica unilaterale degli elementi essenziali del contratto (art. 2). È seguito l'aec Confapi 17 settembre 2014, sostanzialmente identico all'aec settore industria 30 luglio 2014.

⁵ Corte di Giustizia del 9 novembre 2000, in *Dir. comun. scambi int.* 2001, p. 299 e ss.

⁶ Corte di Giustizia 17 gennaio 2008, C-19/07, in *Mass. Giur. Lav.*, maggio 2008, n. 5 p. 2 e ss.

⁷ Corte di Giustizia 23 marzo 2006, causa C – 465/04, che ha stabilito l'incompatibilità degli accordi economici collettivi italiani del 1992 (ed implicitamente anche dei successivi) con il testo della direttiva 86/653.

⁸ Corte di Giustizia 26 marzo 2009, in *Informatore del Sole 24 ore*, n. 20 del 18 maggio 2009, p. 2 e ss.

⁹ Corte di Giustizia 19 dicembre 2013, in causa C- 9/12, Corman Collins SA – La Maison du Whisky SA, in G.U. C 52/6 del 22 febbraio 2014.

¹⁰ Corte di Giustizia 17 ottobre 2013, in causa C-184/12, UNAMAR NV/ Navigation Maritime Bulgare, in G.U. 14 dicembre 2013, C 367/12.

2. Accordi economici collettivi: efficacia e criteri di applicabilità

Gli accordi economici collettivi (aec) si distinguono in accordi economici *erga omnes* ed accordi economici di diritto comune. Gli accordi economici collettivi *erga omnes*, che tuttavia non contengono disposizioni particolarmente significative, sono applicabili a tutti i contratti di agenzia sottoposti alla legge italiana, indipendentemente dall'appartenenza o meno delle parti contrattuali alle associazioni stipulanti, mentre gli aec di diritto comune si applicano solo laddove entrambe le parti siano iscritte alle associazioni di categoria firmatarie o nel caso in cui gli stessi siano stati richiamati esplicitamente o implicitamente nel singolo contratto individuale¹¹.

Agli aec *erga omnes* è stato conferito in passato valore di legge da due decreti del Presidente della Repubblica (nell'ambito della delega conferita al Governo dalla legge Vigorelli del 14 luglio 1959, n. 741), che hanno sostanzialmente recepito accordi preesistenti, attribuendo loro il carattere di trattamenti minimi inderogabili per la categoria e più precisamente: per il settore industriale aec del 20 giugno 1956 e 17 luglio 1957, annessi al D.P.R. 16 gennaio 1961, n. 145 e l'aec 13 ottobre 1958 per il settore commerciale, recepito dal D.P.R. 26 dicembre 1960, n. 1842.

Gli accordi economici di diritto comune sono invece contratti di carattere privatistico assimilabili ai singoli contratti individuali, ma conclusi dalle associazioni di categoria e come tali suscettibili di essere applicati, come già accennato, solo se le parti siano membri delle associazioni stipulanti, oppure nell'ipotesi in cui la relativa disciplina sia stata richiamata (direttamente o indirettamente) nel singolo testo contrattuale. La disciplina contenuta negli aec di diritto comune e non, incontra inoltre il limite costituito dal necessario coordinamento e dalla non contrarietà con la normativa imperativa del codice civile e con altre disposizioni inderogabili aventi valore di legge.

Anche gli aec di diritto comune si distinguono in funzione del settore economico di appartenenza delle associazioni stipulanti. Segnalo tra i più recenti: per le aziende commerciali l'aec 16 febbraio 2009, entrato in vigore il 1 marzo 2009 e successivamente modificato dal testo unico 10 marzo 2010; per le aziende industriali l'aec 30 luglio 2014 entrato in vigore (salvo per la disciplina transitoria relativa all'indennità meritocratica) dal 1 settembre 2014 e per le piccole e medie imprese (Confapi) l'aec 17 settembre 2014, anch'esso entrato in vigore (salvo per l'indennità meritocratica) dal 1 settembre 2014 e sostanzialmente identico a quello del settore industria.

¹¹ Cfr. sul punto Cass., sez. lav., 18/12/2014 n. 2622, in una fattispecie relativa ad un rapporto di lavoro subordinato.

3. Direttiva comunitaria 18 dicembre 1986 n. 653 e criteri interpretativi

I più significativi cambiamenti intervenuti nella normativa italiana sul contratto di agenzia sono derivati dall'attuazione della direttiva comunitaria del 18 dicembre 1986, n. 653 relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti. La direttiva va quindi considerata a tutti gli effetti come una delle fonti della disciplina italiana del contratto di agenzia.

Scopo primario della direttiva era l'armonizzazione delle legislazioni dei diversi Stati membri, al fine di facilitare la libertà di scambio e di favorire l'uniformità di disciplina e l'integrazione europea. Lo strumento utilizzato presupponeva che ogni singolo Stato membro emanasse, come di fatto avvenuto, apposite norme nazionali di attuazione al fine di inserire nel proprio ordinamento le disposizioni contenute nella direttiva. L'intento della direttiva di creare un sistema uniforme ed armonico al fine di semplificare le operazioni intracomunitarie è stato tuttavia realizzato solo in parte per una serie di motivazioni, non ultima la presenza in alcune tra le disposizioni fondamentali (quali ad esempio quelle relative al trattamento di fine rapporto), della facoltà di scelta per ciascun legislatore nazionale tra differenti soluzioni alternative, riproducenti in gran parte le soluzioni accolte rispettivamente in diritto tedesco e in diritto francese.

L'Italia ha dato attuazione alla direttiva 86/653, in un primo tempo tramite il decreto legislativo 10 settembre 1991, n. 303, che ha inciso direttamente sulla disciplina del contratto di agenzia contenuta nel codice civile, apportando una serie di modifiche. Tuttavia, nonostante le rilevanti modifiche apportate, il decreto legislativo 303/91 non si è uniformato esattamente al contenuto della direttiva, creando alcuni problemi di carattere interpretativo e applicativo.

Il parziale contrasto è stato rilevato dalla Commissione che, in data 24 settembre 1996, ha avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia per l'incompleta attuazione della direttiva, cui è seguito il d. lgs. 15 febbraio 1999 n. 65, che ha apportato ulteriori modifiche a diverse disposizioni del codice civile.

Prima di esaminare la disciplina italiana della durata e cessazione del contratto di agenzia e del trattamento di fine rapporto è opportuno affrontare il tema generale dell'efficacia delle direttive comunitarie nei singoli ordinamenti nazionali ed i criteri interpretativi elaborati in materia dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ci consentiranno di individuare valide chiavi di lettura di tutta la normativa italiana dedicata al contratto di agenzia, anche al fine di risolvere problemi interpretativi e applicativi di fondamentale importanza.

Le direttive comunitarie non hanno infatti diretta efficacia all'interno degli ordinamenti nazionali, necessitando di un intervento di attuazione da parte dei singoli Stati membri, unici destinatari delle stesse, e vincolati solo in relazione al risultato da raggiungere. In caso di non corretta o lacunosa attuazione di una direttiva non sarebbe dunque consentito invocarla direttamente, in virtù della sua limitata sfera di efficacia soggettiva.

La Corte di Giustizia ha cercato di porre rimedio a questa regola generale elaborando criteri interpretativi che, in particolari ipotesi ed a determinate condizioni, consentono di attribuire

una sorta di efficacia diretta alle disposizioni, sufficientemente chiare precise e incondizionate (*self executing*), contenute in una direttiva comunitaria¹². Tale possibilità era però sottoposta alla condizione che la controversia nazionale, nella quale si invocava l'efficacia di alcune disposizioni di una direttiva, avesse tra i suoi protagonisti almeno uno Stato membro¹³. Data la limitata sfera di operatività del principio, la Corte ha dunque elaborato un ulteriore criterio interpretativo che, in alcune ipotesi, consente di integrare il diritto nazionale lacunoso o difforme rispetto al testo della direttiva.

Questo criterio interpretativo si sostanzia nell'obbligo imposto ai giudici nazionali di interpretare le proprie disposizioni di diritto interno, sia precedenti, sia successive ed altresì quelle emesse in attuazione di una direttiva comunitaria, quanto più è possibile, alla luce della lettera e della *ratio* della direttiva medesima¹⁴.

Quindi, a condizione che la questione relativa all'attuazione da parte del legislatore nazionale di una direttiva sia risolvibile attraverso un'attività di interpretazione, sarà possibile e necessario risalire al testo originario della direttiva, la cui lettera ed i cui scopi andranno utilizzati come criteri guida.

In altri termini, ogni qualvolta si presenterà un problema di compatibilità tra testo di una direttiva e norme nazionali di attuazione, potrà essere risolutivo utilizzare il testo della direttiva per esaminare la possibilità di risolvere la questione sulla base del criterio interpretativo sopra menzionato.

Pertanto, nell'esame delle variazioni effettuate agli articoli del codice civile da parte dei due decreti legislativi italiani (303/91 e 65/99) di attuazione della direttiva 653/86, sarà possibile individuare l'interpretazione più corretta risalendo al testo della direttiva 18 dicembre 1986, n. 653. Questo criterio interpretativo, come vedremo, ci consentirà di risolvere il principale problema esistente in diritto italiano in relazione all'indennità di fine rapporto di cui all'art. 1751 c.c. e cioè l'individuazione dei suoi concreti criteri di quantificazione.

¹² Corte di Giustizia 7 marzo 1996, in causa C-192/94, Soc. El Corte Ingles c. Blazquez Rivero, in *Foro it.* 1996, p. 357 e ss., con nota di Barone, *L'efficacia delle direttive comunitarie fra certezze (comunitarie) e fraintendimenti (nazionali)*; Corte di Giustizia 24 settembre 1998, in causa C-76/97, Togel – Niedrosterreichische Gebietskrankenkasse, in *Giur. it.* 1998, p. 2168.

¹³ Trattasi della c.d. efficacia verticale delle disposizioni di una direttiva, che non consente ad un privato di invocarle in una controversia in cui la controparte sia un altro soggetto privato, e cioè nella maggior parte delle vertenze.

¹⁴ Cfr. tra le tante Corte di Giustizia 3 ottobre 2000, in causa C 371/97, in *Foro it.* 2001, IV, p. 69 e ss.

4. Caratteristiche del contratto di agenzia

Come precisato dalla definizione contenuta nell'art. 1742 c.c., l'agente di commercio è colui che, nell'ambito di un rapporto stabile e continuo, si impegna a promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente in una zona determinata. Caratteristiche fondamentali e tipiche del contratto di agenzia sono quindi la stabilità e continuità del rapporto, da inquadrarsi nell'ambito dei contratti di durata, mentre la principale obbligazione dell'agente è quella di svolgere attività promozionale¹⁵.

Altro elemento imprescindibile del contratto di agenzia è costituito dall'autonomia dell'agente, che si distingue così in maniera netta dal lavoratore subordinato, soggetto invece al vincolo e potere gerarchico del datore di lavoro¹⁶.

La stabilità dell'agente, così come l'obbligo di svolgere attività promozionale, costituiscono invece tratti distintivi dell'agente rispetto al rapporto atipico di procacciamento d'affari caratterizzato per contro dall'assoluta occasionalità¹⁷.

Il contratto di agenzia è inoltre oneroso (verso retribuzione) e comporta quindi il diritto dell'agente ad un compenso, che tuttavia deve tener conto della natura autonoma del contratto di agenzia, caratterizzato quindi dalla necessaria presenza dell'elemento rischio, che si riflette nel divieto di pattuire un compenso fisso indipendente dal risultato dell'attività di promozione dell'agente. Divieto che si riscontra in una tendenza tradizionale, ancorché consolidata, della giurisprudenza¹⁸, che appare tuttavia non del tutto in linea con alcune disposizioni della direttiva 86/653.

¹⁵ In questo senso Cass. 4/9/2014, n. 18690 e nella giurisprudenza di merito Trib. Milano 8/3/2012, in *Agenti & rappr.* 2012, n. 3, p. 31.

¹⁶ Cass. 23/4/2009, n. 9696, in *Obbligazioni e Contratti* 2009, p. 746 e s.; Cass. 23/1/2006, n. 1261 in *Mass. Giur. it.* 2006, col. 96.

¹⁷ Cass. 5/2/2014, n. 2636 e Cass. 4/9/2013, n. 20322 e nella giurisprudenza di merito, Trib. Roma 7/1/2014, n. 30.

¹⁸ Cass. 19/2/1998, n. 1737; Cass. 9/10/1991, n. 10588; Cass. 6/3/1987, n. 2382.

5. Durata del contratto

Il contratto di agenzia è un contratto di durata, di norma a tempo indeterminato, ma che può anche essere a tempo determinato, con l'inserimento o meno di meccanismi di rinnovo automatico.

Il contratto a tempo determinato è caratterizzato dalla fissazione di un termine finale e può contenere clausole di rinnovo automatico, cioè clausole che stabiliscono l'automatica prosecuzione del rapporto dopo la scadenza per uno o più periodi di uguale o differente durata, in caso di mancato esercizio di un diritto di disdetta, esercitabile da ciascuna delle parti entro un termine di preavviso predefinito rispetto alla prima o alle successive scadenze.

Questo tipo di clausole, perfettamente legittime ed efficaci, hanno quale conseguenza, in caso di mancata disdetta, il rinnovo automatico sulla base di quanto contrattualmente previsto, senza che possa ritenersi applicabile il meccanismo di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, così come previsto nell'art. 1750 c.c. per la mera prosecuzione del contratto a termine dopo la sua scadenza naturale. Con il rinnovo infatti non si verifica una prosecuzione del rapporto dopo la scadenza, ma bensì uno spostamento della scadenza originaria, con la conseguente inapplicabilità del meccanismo di trasformazione.

Per l'ipotesi in cui non vi sia alcun meccanismo di rinnovo automatico, l'art. 1750 c.c. prevede che il contratto a termine che continui ad essere eseguito dalle parti dopo la scadenza si trasforma automaticamente in contratto a tempo indeterminato.

Diversa è tuttavia l'ipotesi in cui si susseguano più contratti a tempo determinato anche se consecutivi, nel qual caso il meccanismo di trasformazione previsto dall'art. 1750 c.c. deve ritenersi non applicabile¹⁹.

Qualora invece si tratti dell'effettiva prosecuzione del rapporto dopo la scadenza, senza che venga fissata alcuna scadenza successiva, l'operatività del meccanismo di trasformazione in contratto a tempo indeterminato è pacifica e si pone il problema del computo del termine di preavviso. Infatti è necessario stabilire l'esatta durata del rapporto, e in particolare se vada considerata anche la durata del contratto a termine o se viceversa debba prendersi in considerazione esclusivamente il periodo successivo alla prima scadenza.

Il momento iniziale ai fini del computo dei termini di preavviso deve, a mio avviso, coincidere con l'effettivo inizio del rapporto di collaborazione (a tempo determinato e cioè prima della trasformazione). In questo senso si esprime d'altronde il testo della direttiva comunitaria 18 dicembre 1986, n. 653 sulla cui base deve essere interpretata la normativa nazionale di attuazione, in funzione del fondamentale criterio interpretativo elaborato dalla Corte di Giustizia in tema di efficacia delle direttive comunitarie.

L'acq. settore commercio 16 febbraio 2009 (art. 2) precisa in proposito che tutte le norme dell'accordo, in quanto compatibili e con espressa esclusione di quelle relative al preavviso, devono considerarsi comunque applicabili. Si ribadisce che, per i contratti a termine di durata superiore a 6 mesi, la preponente comunicherà all'agente la propria disponibilità al rinnovo o

¹⁹ Cfr. in giurisprudenza Cass., sez. lav. 23/4/2013 n. 9777; Cass. 17/6/1992, n. 7426.

alla proroga, almeno 60 giorni prima della scadenza. Come per il passato, non è peraltro prevista alcuna sanzione in caso di inosservanza. Nel medesimo senso si sono espressi altresì gli aec 2014 del settore industria e piccola e media industria (art. 4).

A differenza del contratto a termine, nel rapporto a tempo indeterminato non è indicata espressamente la data di cessazione, ma ciascuna delle parti ha la possibilità di sciogliersi dal vincolo (recedere) in qualsiasi momento, previa concessione di un termine di preavviso, come stabilito dall'art. 1750 c.c. e confermato dalla contrattazione collettiva, che peraltro prevede termini di più lunga durata per gli agenti monomandatari sino ad un massimo di 8 mesi.

La durata dei termini di preavviso e la possibilità di sostituirlo con un'indennità, sono espressamente previsti dalla contrattazione collettiva, mentre l'art. 1750 c.c. stabilisce termini minimi di preavviso, lasciando tuttavia alle parti la facoltà di prevedere termini di maggiore durata, e non prevede più espressamente la facoltà di sostituire il preavviso con una corrispondente indennità. Ciò nonostante, la legittimità della sostituzione del periodo di preavviso con il pagamento di un'indennità ed il conseguente effetto obbligatorio del preavviso non possono a mio avviso essere posti in dubbio.

5.1 Il periodo di prova

Quale che sia la durata del contratto (a tempo determinato o indeterminato) è certamente possibile inserire al suo interno un patto di prova. Trattasi di una clausola secondo la quale, per un determinato periodo (denominato appunto periodo di prova), ciascuna delle parti ha la possibilità di sperimentare liberamente la collaborazione, senza essere vincolata dalla disciplina di cui agli artt. 1750 e 1751 c.c. in tema di recesso e indennità di fine rapporto e con facoltà di sciogliersi dal vincolo in qualunque momento, senza particolari motivazioni né preavviso.

Scopo della previsione è di consentire ad entrambe le parti di valutare l'opportunità di proseguire la collaborazione senza dover sottostare, limitatamente ad un periodo ben individuato, alle previsioni di cui all'art. 1750 c.c. (in tema di recesso e preavviso) o, nel rapporto a tempo determinato, senza dover attendere la naturale scadenza del contratto.

Il patto di prova si riscontra sovente nella prassi contrattuale, anche se non risulta disciplinato in alcun modo né dalla normativa legislativa (artt. 1742 . 1753 c.c.) né da quella risultante dalla contrattazione collettiva (aec) di diritto comune o *erga omnes*.

L'aec 16 febbraio 2009, settore commercio, menziona il periodo di prova nell'art. 2 comma 3, precisando che in caso di rinnovo di rapporti a termine il periodo di prova può essere inserito solo nel primo: in questo modo, pur non disciplinandolo direttamente, ne viene implicitamente ammessa la legittimità.

Disposizioni identiche sono altresì contenute negli aec 30 luglio 2014 per l'industria e 17 settembre 2014 per la piccola e media industria, che si limitano anch'essi tuttavia a questa implicita legittimazione, senza dettare alcuna specifica disciplina per la sua regolamentazione.

Il periodo di prova è invece previsto dall'art. 2096 c.c., riferito però esclusivamente al contratto di lavoro subordinato, e come tale non suscettibile di applicazione analogica al differente rapporto di agenzia, dato il carattere di specialità delle relative norme.

La carenza di regolamentazione ha immediatamente fatto sorgere un primo problema relativo alla validità della clausola stessa, cui si è aggiunto, in relazione alla prassi negoziale sviluppatasi sul punto, il problema delle modalità di cessazione del rapporto nel corso del periodo di prova.

La prima questione, relativa alla legittimità ed ammissibilità della clausola, è stata unanimemente risolta da dottrina e giurisprudenza (anche se con qualche iniziale contrasto) nel senso di ritenere che la pattuizione rientri nella libera disponibilità delle parti e sia quindi perfettamente lecita ed ammissibile. È dunque legittimo inserire in un contratto di agenzia una clausola che consenta ad entrambe le parti di condizionare la definitiva instaurazione del vincolo contrattuale al positivo esperimento di un periodo di prova.

Meno uniforme, e dunque caratterizzata da vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali, è stata invece la soluzione della seconda problematica attinente alle concrete modalità di scioglimento del rapporto in pendenza del periodo di prova. La maggior parte delle clausole contrattuali presenti nella prassi, come già accennato, prevedono infatti la possibilità per entrambe le parti di risolvere il rapporto durante il periodo di prova in qualunque momento, senza preavviso, né necessità di motivazioni di sorta.

Questa possibilità, che peraltro ricalca le previsioni di cui all'art. 2096 c.c. (salva l'ipotesi in cui sia fissata una durata minima), non era condivisa da una parte della dottrina che, pur ritenendo lecita la clausola, non concordava sulla possibilità riconosciuta alle parti di recedere in qualunque momento, così ponendo fine al rapporto con effetto immediato. Secondo la predetta dottrina il periodo di prova dovrebbe infatti essere considerato alla stregua di un contratto a tempo determinato, la cui cessazione non potrebbe che coincidere con la sua scadenza naturale, salva l'ipotesi di risoluzione per grave inadempimento. La giurisprudenza²⁰, ponendo fine ai contrasti, ha confermato la legittimità della clausola ed ha ritenuto ammissibile la facoltà riconosciuta ad entrambe le parti di recedere in tronco dal rapporto in qualunque momento nel corso della prova, in quanto tale facoltà discenderebbe naturalmente dalla legittimità della pattuizione.

Alla base dell'ammissibilità del patto di prova e della reciproca facoltà di recesso nel corso del periodo di prova dovrebbe riconoscersi infatti il medesimo principio, consistente nell'autonomia negoziale delle parti contraenti.

Autonomia negoziale della quale il patto di prova e la possibilità di recesso non sarebbero altro che espressioni: nel corso della prova in particolare le parti si troverebbero in un periodo di reciproca aspettativa rispetto alla completa assunzione di tutte le obbligazioni connesse alla vera e propria stipula di un contratto di agenzia stabile ed efficace e come tali svincolate dalle disposizioni di cui agli artt. 1750 e 1751 c.c.

La giurisprudenza, dopo aver legittimato la prassi contrattuale sulla base del principio di autonomia negoziale, ha però ritenuto opportuno dettare alcune limitazioni ad evitare che il patto fosse utilizzato a fini elusivi.

È stato infatti previsto che la validità del patto di prova è comunque condizionata dalla sua durata, che non deve essere eccessivamente prolungata, dovendo risultare finalizzata esclusivamente all'accertamento, da parte dei contraenti, dell'effettivo reciproco interesse alla prosecuzione della collaborazione.

²⁰ Cass. 19/5/1991, n. 4541 e Cass. 22/1/1991, n. 544.

In conclusione, nonostante l'assenza di una disciplina specifica, secondo la giurisprudenza dominante, l'inserimento in un contratto di agenzia di un patto di prova con facoltà di recesso per entrambe le parti in qualunque momento senza preavviso né motivazione, deve considerarsi del tutto legittimo. Al fine di evitare contestazioni, sarà opportuno limitare la durata del periodo di prova al tempo strettamente necessario all'effettiva sperimentazione del rapporto di collaborazione.

6. Il diritto di recesso

Il diritto di recesso ordinario è previsto dal secondo comma dell'art. 1750 c.c. che stabilisce, per il contratto di agenzia a tempo indeterminato, la facoltà per ciascuna delle parti di porre termine al rapporto (recedere) in qualsiasi momento, salva la concessione di termini minimi di preavviso, variabili da 1 a 6 mesi in funzione della durata del contratto.

La precedente versione dell'art. 1750 c.c. (prima dei decreti legislativi 303/1991 e 65/1999 di attuazione della direttiva 86/653) effettuava un rinvio espresso agli usi ed alla contrattazione collettiva per la determinazione dei termini di preavviso, rinvio eliminato nel testo attualmente in vigore, che nel terzo comma fissa espressamente i termini minimi di preavviso, pari ad 1 mese per il primo anno di durata del contratto, a 2 mesi per il secondo anno iniziato, a 3 mesi per il terzo anno iniziato, a 4 mesi per il quarto, 5 per il quinto e 6 per il sesto e per i successivi.

Il quarto comma, quale logica conseguenza del fatto che i predetti sono termini minimi, consente alle parti di pattuire termini di maggiore durata, precisando tuttavia che tale possibilità di deroga è condizionata al rispetto da parte del preponente di termini non inferiori rispetto a quelli posti a carico dell'agente. La precisazione è tesa ad evitare che il preponente, abusando del proprio potere contrattuale, imponga all'agente termini di preavviso particolarmente lunghi, riservando a sé un trattamento più favorevole.

Infine, in esecuzione dell'art. 15 n. 5 della direttiva (derivante dalla normativa tedesca), l'ultimo comma dell'art. 1750 stabilisce la necessaria coincidenza della scadenza del termine di preavviso con l'ultimo giorno del mese di calendario.

Quest'ultima previsione è tuttavia derogabile dalle parti, che quindi potranno accordarsi diversamente nel singolo contratto (deroga inserita in via automatica negli aec 16 febbraio 2009, 30 luglio 2014 e 17 settembre 2014). Appare dunque estremamente importante, salvo ovviamente il caso di deroga espressa contenuta nel contratto, il momento nel quale la comunicazione di recesso viene portata a conoscenza della parte non recedente.

È questa una disposizione di diretta derivazione dal diritto tedesco, che si pone in potenziale contrasto con il principio di recettività dell'atto di recesso (vigente in diritto italiano), in applicazione del quale il recesso deve considerarsi efficace dal momento del ricevimento da parte del destinatario.

Con riferimento ai termini di preavviso, ed in relazione all'eliminazione dal testo dell'art. 1750 c.c. del rinvio alla contrattazione collettiva, si è posto il problema del coordinamento tra art. 1750 c.c. e le disposizioni degli accordi economici collettivi di diritto comune.

I predetti accordi prevedono infatti termini di preavviso variabili da un minimo di 3 ad un massimo di 8 mesi (con termini più lunghi nel caso di agente cosiddetto monomandatario: ipotesi non contemplata dal codice civile)²¹, in alcuni casi inferiori ed in altri superiori rispetto a quelli di cui all'art. 1750 c.c.

Il problema di coordinamento è peraltro di facile soluzione: difatti, nel caso in cui i termini previsti dagli accordi economici (sul presupposto che la relativa disciplina possa considerarsi applicabile) siano inferiori rispetto a quelli del codice civile, questi ultimi, in quanto termini minimi, sono destinati a prevalere. Viceversa, eventuali termini di maggiore durata previsti dagli aec sono senz'altro validi, in quanto espressamente consentiti dal quarto comma del medesimo art. 1750 c.c.

Un altro problema di coordinamento tra accordi economici e codice civile deriva dall'eliminazione dal testo dell'art. 1750 c.c. della possibilità di sostituire il preavviso con il pagamento di una corrispondente indennità.

La contrattazione collettiva, sulla base della precedente versione dell'art. 1750, aveva elaborato un efficace criterio di quantificazione dell'indennità sostitutiva del preavviso, criterio posto in dubbio da una parte della dottrina a seguito della modifica operata dal d. lgs. 303/91.

Gli accordi economici collettivi consentono infatti alla parte che recede dal contratto (recedente) di sostituire il periodo di preavviso con la corresponsione in favore dell'altra parte (receduto) di un importo corrispondente a tanti dodicesimi delle provvigioni (alle quali vanno aggiunti eventuali importi corrisposti a titolo di rimborso o concorso spese e premi) di competenza dell'anno solare precedente la cessazione del contratto (o degli ultimi 12 mesi laddove più favorevole) quanti sono i mesi di preavviso dovuti, o una somma a questa proporzionale in caso di esonero da una parte del preavviso. Nel caso in cui il rapporto abbia avuto inizio nel corso dell'anno solare precedente, dovranno essere conteggiati i successivi mesi dell'anno in corso sino a raggiungere i dodici mesi di riferimento. Laddove la durata complessiva del rapporto sia inferiore ai dodici mesi, si prenderà come base la media mensile delle provvigioni liquidate nell'intero rapporto.

È altresì prevista la possibilità per la parte non recedente di rinunciare in tutto o in parte al preavviso, senza obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva, a condizione che la rinuncia venga effettuata entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione di recesso.

La possibilità di sostituire il preavviso con il pagamento dell'indennità, così come la quantificazione operata dagli accordi economici, è a mio avviso legittima, in quanto non in contrasto né con l'art. 1750 c.c., né con la fonte delle modifiche apportate, e cioè la direttiva comunitaria 86/653.

Per quanto attiene alle modalità di quantificazione dell'indennità sostitutiva del preavviso, le stesse rappresentano semplicemente una forfetizzazione del danno, come tale pienamente ammissibile.

²¹ L'aec 30/7/2014 settore industria (art. 9) ha confermato i termini di preavviso già previsti dalla precedente versione del 20/3/2002 e più precisamente: per gli agenti plurimandatari 3 mesi per i primi tre anni di durata del rapporto, 4 mesi nel quarto anno, 5 mesi nel quinto anno e 6 mesi dal sesto anno in poi. Per gli agenti monomandatari: 5 mesi per i primi cinque anni di durata del rapporto, 6 mesi dal sesto all'ottavo anno, 8 mesi dal nono in poi. Laddove sia l'agente a recedere dal rapporto i termini sono ridotti a 3 mesi per gli agenti plurimandatari ed a 5 mesi per i monomandatari: previsioni queste ultime certamente inefficaci laddove in contrasto con i termini minimi di cui all'art. 1750 c.c. Cfr. per l'inderogabilità dei termini di preavviso di cui all'art. 1750 c.c., Cass. 18/7/2014, n. 16487.

In conclusione dunque, appare del tutto legittimo sostituire il preavviso con il pagamento dell'indennità, così come prevista dalla contrattazione collettiva; il preavviso ha infatti un'efficacia meramente obbligatoria, ferma restando la validità ed efficacia dell'atto di recesso allo stesso collegato.

6.1 Il recesso per giusta causa

In tema di recesso dal contratto di agenzia, va altresì presa in considerazione un'ipotesi di recesso straordinario e cioè lo scioglimento del rapporto con effetto immediato a seguito di un grave inadempimento di una delle parti, che non ne consenta la prosecuzione.

È questa una fattispecie che la giurisprudenza ha da sempre regolamentato effettuando un ricorso analogico all'istituto del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 c.c., dettato per il contratto di lavoro subordinato che, come è noto, ha caratteristiche e peculiarità che da un lato lo distinguono nettamente dal contratto di agenzia e dall'altro porterebbero ad escluderne l'applicazione analogica.

Ciò nonostante la giurisprudenza²² ha applicato sovente l'art. 2119 c.c. al contratto di agenzia, per consentire a ciascuna delle parti di sciogliersi dal vincolo con effetto immediato in presenza di un inadempimento dell'altra parte la cui gravità non consenta la prosecuzione della collaborazione.

In queste ipotesi, quali ad esempio la violazione dell'obbligo di non concorrenza, la violazione del vincolo di monomandato o la violazione dell'obbligo di svolgere attività promozionale, la parte che subisce l'inadempimento ha la possibilità di porre termine al contratto con effetto immediato, prescindendo quindi dalla regolamentazione contrattuale del rapporto in ordine alla sua durata.

Pertanto, nel contratto a tempo indeterminato chi subisce l'inadempimento, sul presupposto che lo stesso sia particolarmente grave, potrà prescindere dal preavviso e, nel contratto a tempo determinato, potrà fare a meno di attendere la scadenza naturale del rapporto.

In entrambe le ipotesi chi subisce l'inadempimento, oltre a potersi sciogliere dal vincolo contrattuale con effetto immediato, potrà richiedere altresì il risarcimento del danno subito.

Ciò presuppone ovviamente che sia stata effettuata una attenta valutazione della gravità dell'inadempimento, ad evitare di trovarsi dinanzi a richieste da parte del soggetto inadempiente che lamenti l'irrilevanza del suo inadempimento e comunque l'insufficienza dello stesso a porre termine al contratto con effetto immediato. Il recesso per giusta causa, se effettuato dal preponente, può inoltre determinare l'esclusione del diritto dell'agente all'indennità di fine rapporto

L'art. 1751 c.c. prevede infatti, tra le ipotesi in cui l'indennità non è dovuta:

- la risoluzione del contratto da parte del preponente per un'inadempimento imputabile all'agente che, per la sua gravità non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto. In presenza di un simile inadempimento quindi non solo sarà possibile risolvere in tronco il contratto, ma il preponente potrà anche esimersi dalla corresponsione dell'indennità di fine rapporto, prescindendo dall'esistenza degli ulteriori requisiti di cui all'art. 1751 c.c.

²² Cfr. tra le tante Cass. 26/5/2014, n. 11728, Cass. 13/1/2012, n. 393 e Cass. 17/2/2011, n. 3869.

- il recesso del contratto da parte dell'agente, a meno che sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente. Le dimissioni dell'agente escludono quindi il diritto all'indennità, a meno che non dipendano da circostanze attribuibili al preponente. In quest'ultima ipotesi, che non è per la verità di facile individuazione, anche se a mio avviso dovrebbe pur sempre trattarsi di un inadempimento ancorché non particolarmente grave, l'agente potrà recedere dal contratto, mantenendo però il diritto all'indennità di fine rapporto.

Appare evidente, quanto meno in termini di diritto all'indennità di fine rapporto, lo squilibrio in favore dell'agente esistente tra le due fattispecie.

Sempre in tema di recesso per giusta causa è necessario tenere presente il principio di immediatezza, che impone di contestare l'inadempimento non appena la parte che lo subisce ne venga a conoscenza: trattandosi infatti di inadempimento che non consente la prosecuzione del rapporto, per sua natura può ritenersi configurabile solo nell'ipotesi in cui non venga tollerato e laddove quindi alla sua scoperta, previe le verifiche del caso, segua la pressoché immediata cessazione in tronco della collaborazione.

7. Risoluzione del contratto e clausola risolutiva espressa

Un ruolo di rilievo tra le modalità di scioglimento del contratto di agenzia è affidato alla risoluzione, ed in particolare alla risoluzione per inadempimento.

Nei contratti a prestazioni corrispettive (tra i quali troviamo anche il contratto di agenzia) se uno dei contraenti viene meno ad una o più delle proprie obbligazioni, la parte non inadempiente può a sua scelta richiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, e può altresì intimare per iscritto all'altra parte di adempiere entro un congruo termine, pena la risoluzione di diritto del rapporto, salvo in ogni caso il risarcimento dei danni subiti.

La risoluzione del rapporto dev'essere però giustificata da uno o più inadempimenti che, secondo quanto previsto dalle norme generali in tema di risoluzione (art. 1455 cod. civ.), siano da considerarsi gravi, cioè di non scarsa rilevanza con riferimento all'interesse della parte non inadempiente.

L'esistenza e la gravità dell'inadempimento dovranno poi essere oggetto di accertamento da parte del giudice, al fine di verificare la legittimità della cessazione del rapporto, cui consegue (in caso di accertamento positivo) l'emissione di una pronuncia costitutiva di risoluzione del contratto, con responsabilità della parte inadempiente per il risarcimento dei danni.

Laddove invece si accerti l'inesistenza dell'inadempimento o che lo stesso non era di gravità tale da consentire la pronuncia di risoluzione, sarà la parte che ha posto fine al rapporto a dover rispondere del risarcimento del danno. Nella prassi negoziale, al fine di regolamentare le varie ipotesi di inadempimento, viene sovente utilizzata la clausola risolutiva espressa²³.

²³ Cfr. per approfondimenti A. Venezia, *Il contratto di agenzia e la clausola risolutiva espressa*, in *I Contratti*, 2002, 995 e ss.

In questa pattuizione le parti indicano, di norma, una o più obbligazioni alle quali le stesse convenzionalmente conferiscono particolare importanza e, in considerazione di ciò, prevedono²⁴ in favore di entrambe, o più sovente del solo preponente, la possibilità di porre termine al rapporto con effetto immediato tramite una semplice comunicazione scritta, laddove l'altra parte risulti inadempiente anche ad una sola delle predette obbligazioni. In sostanza le parti concordemente attribuiscono particolare rilevanza a determinate obbligazioni, la cui violazione consente alla parte che subisce l'inadempimento di porre termine al rapporto con effetto immediato, dal momento in cui la dichiarazione di volersi avvalere della clausola giunge a conoscenza della parte inadempiente.

Per costante ed uniforme orientamento giurisprudenziale è legittimo inserire clausole di questo tipo in un contratto di agenzia²⁵ anche se, come vedremo, una parte della giurisprudenza ha rivisto l'orientamento tradizionale mettendo in dubbio l'operatività del meccanismo risolutorio e pretendendo la necessaria verifica dell'esistenza di un inadempimento particolarmente qualificato, tale da integrare gli estremi della giusta causa di recesso.

In dottrina si riscontrano tesi non unanimi sul punto, anche se a mio avviso la legittimità di inserimento della clausola nel contratto di agenzia non può essere messa in discussione.

Stante la legittimità di inserimento, e ferme le perplessità derivanti dall'orientamento giurisprudenziale sopra delineato, è opportuno sottolineare l'utilità di questa clausola che, in caso di violazione di una delle obbligazioni indicate nella stessa, sembrava consentire al preponente (che di norma è l'unico a potersene avvalere) di porre termine al rapporto con effetto immediato indipendentemente dalla gravità dell'inadempimento, senza dover corrispondere alcuna indennità di mancato preavviso o risarcimento del danno. Il giudice che fosse stato investito della controversia doveva infatti limitarsi ad accertare l'esistenza dell'inadempimento e l'imputabilità dello stesso, quanto meno a titolo di colpa (che peraltro si presumeva esistente) all'agente, prescindendo totalmente dalla gravità dell'inadempimento stesso.

Tuttavia, come già accennato, devo segnalare l'esistenza di una pronuncia della Corte di Cassazione del maggio 2011²⁶ che, in contrasto con il consolidato precedente orientamento, ha ritenuto necessario al fine dell'operatività del meccanismo risolutorio previsto nella clausola risolutiva espressa il riscontro di un inadempimento tale da integrare gli estremi della giusta causa di recesso.

Estensione quest'ultima che mi lascia perplesso, posto che di fatto ciò comporta la sostanziale impossibilità di utilizzo del meccanismo della clausola risolutiva espressa nel contratto di agenzia. Difatti, posto che la caratteristica principale della clausola risolutiva espressa è quella di consentire ad una delle parti di risolvere il contratto con effetto immediato prescindendo dalla valutazione di gravità dell'inadempimento, la pretesa di riscontrare l'esistenza di una giusta causa di recesso svuota in sostanza di contenuto la pattuizione. Le ripercussioni di questa pronuncia sono estremamente rilevanti, posto che non potrà prescindersi dalla stessa laddove si voglia utilizzare il meccanismo risolutorio di cui all'art. 1456 c.c.

²⁴ In applicazione dell'art. 1456 cod. civ..

²⁵ Trattasi di un principio consolidato, come risulta da Cass. 14/6/2002, n. 8607.

²⁶ Cass. 18/5/2011, n. 10934, confermata da una successiva pronuncia del 2012 – Cass. 25/5/2012, n. 8295 – e da alcune pronunce di giudici di merito, tra le quali Trib. Bari 2/5/2012.

Nel caso in cui un contratto di agenzia cessi con effetto immediato in relazione all'operare di una clausola risolutiva espressa, va comunque valutata l'eventuale esistenza del diritto dell'agente all'indennità di fine rapporto, che non può quindi escludersi aprioristicamente. Difatti, l'art. 1751 c.c. consente al preponente di risolvere il rapporto senza il pagamento di alcuna indennità, ma solo nel caso in cui la risoluzione sia giustificata da un inadempimento dell'agente così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

In relazione a questa norma, per poter escludere il diritto dell'agente all'indennità dovrebbe valutarsi quindi la gravità dell'inadempimento, gravità che, quantomeno prima della pronuncia della Cassazione del maggio 2011, era invece del tutto ininfluenza in relazione all'operatività della clausola risolutiva.

Ciò comportava l'ipotetica possibilità di un legittimo recesso in tronco con il diritto però dell'agente all'indennità di fine rapporto, da ritenersi esclusa solo nel caso in cui l'agente abbia posto in essere un inadempimento particolarmente grave.

A seguito dell'attuale orientamento della Corte di Cassazione sopra precisato, stante il necessario riscontro di una giusta causa di recesso anche per l'operatività della clausola risolutiva espressa, ogni qualvolta il meccanismo risolutivo verrà ritenuto legittimamente esercitato, dovrà parimenti escludersi il diritto all'indennità di fine rapporto. Andrà infine monitorata l'evoluzione giurisprudenziale al fine di verificare se l'orientamento espresso dalla Cassazione con la pronuncia 18/5/2011, n. 10934 risulterà confermato da successive pronunce sino a determinare la creazione di un orientamento consolidato.

8. Trattamento di fine rapporto ed evoluzione normativa

La disciplina dell'indennità di fine rapporto risente in maniera rilevante dei problemi di sovrapposizione tra codice civile e contrattazione collettiva, già accennati nel primo paragrafo (*1. Evoluzione normativa in diritto italiano e ruolo della Corte di Giustizia*).

Difatti, a seguito dei provvedimenti legislativi di attuazione della direttiva 86/653, il testo dell'art. 1751 c.c. è stato completamente sostituito, venendo meno la correlazione in precedenza esistente tra codice civile e aec, ai quali ultimi l'art. 1751 c.c. in passato effettuava un rinvio espresso. L'attuale testo dell'art. 1751 c.c. non contiene più alcun rinvio alla contrattazione collettiva, che ciò nonostante continua a dettare in proposito una disciplina specifica, così determinando non pochi problemi di coordinamento²⁷.

²⁷ Cfr. sul punto per un esame dettagliato della disciplina del contratto di agenzia in generale e dell'indennità di fine rapporto in particolare A. Venezia – R. Baldi, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, IX ed., Milano Giuffrè 2015, p. 319 e ss. e part. 368 e ss.; E. Saracini - F. Toffoletto, *Il contratto d'agenzia*, in *Il Codice Civile Commentario*, 2014.

Dopo una lunga evoluzione giurisprudenziale, a seguito di un rinvio pregiudiziale effettuato nel 2014 dalla Corte di Cassazione, è intervenuta la Corte di Giustizia che, con una pronuncia del marzo 2006, ha chiarito il ruolo da attribuire agli aec sulla base della direttiva. I problemi connessi alla quantificazione dell'indennità di fine rapporto non sono stati tuttavia del tutto risolti, posto che la successiva giurisprudenza non ha elaborato idonei criteri di quantificazione, limitandosi a considerare i criteri fissati dagli aec come un trattamento minimo. Prima di esaminare la sentenza della Corte di Giustizia, che si è espressa per l'incompatibilità degli aec del 1992 con il contenuto della direttiva, si impone un'analisi ancorché sintetica della disciplina dell'indennità di fine rapporto in diritto italiano.

L'origine del trattamento di fine rapporto in favore degli agenti risale agli accordi economici corporativi ed in particolare all'art. 7 dell'aec corporativo 25 maggio 1935, mentre la sua quantificazione è stata fissata in successivi accordi. Successivamente l'art. 1751 del codice civile del 1942 ha previsto il diritto dell'agente ad un'indennità proporzionale alle provvigioni, con un rinvio esplicito per la sua quantificazione alle norme corporative, agli usi o in mancanza ad una valutazione equitativa del giudice, in caso di scioglimento del contratto a tempo indeterminato per fatto non imputabile all'agente. I criteri di quantificazione dell'indennità sono stati quindi individuati dalla contrattazione collettiva in forza del rinvio contenuto nell'art. 1751 c.c., con il relativo accantonamento nel fondo indennità risoluzione rapporto (FIRR) costituito presso l'ENASARCO.

Con la successiva legge del 15 ottobre 1971, n. 911, il legislatore italiano ha modificato l'art. 1751 c.c. garantendo l'indennità di fine rapporto (all'epoca costituita esclusivamente dagli accantonamenti effettuati presso il fondo FIRR dell'ENASARCO) in qualunque caso di scioglimento del contratto a tempo indeterminato, indipendentemente dalla non imputabilità all'agente dello stesso. Negli anni '70, gli accordi economici collettivi di diritto comune hanno previsto un'indennità aggiuntiva in favore dell'agente denominata indennità suppletiva di clientela, per il solo contratto a tempo indeterminato (equiparato a quello a termine rinnovato o prorogato) in caso di scioglimento ad opera del preponente per fatto non imputabile all'agente, o per dimissioni dell'agente dovute ad invalidità permanente o totale.

In questo quadro, nel quale una parte dell'indennità di fine rapporto (e più precisamente il FIRR) veniva comunque corrisposta alla cessazione del contratto, e dove era prevista un'eventuale indennità aggiuntiva denominata suppletiva di clientela, entrambe quantificate per rinvio legislativo secondo i criteri stabiliti dagli aec di diritto comune, è intervenuta la direttiva comunitaria 18 dicembre 1986, n. 653, nella quale nessuna delle particolarità del diritto italiano è stata presa in alcuna considerazione.

La direttiva comunitaria 86/653 (art. 17) non prevede infatti nessuna corresponsione automatica alla fine del rapporto, ma la possibilità di scelta per ciascuno Stato membro tra due soluzioni alternative:

- la prima ispirata alla legislazione e giurisprudenza tedesche, con il diritto dell'agente ad un'indennità se e nella misura in cui ricorrano le condizioni dell'apporto e sviluppo di clientela con vantaggi sostanziali per il preponente derivanti dalla clientela apportata e della rispondenza ad equità della corresponsione;

- la seconda ispirata alla giurisprudenza francese, con il diritto dell'agente al risarcimento del pregiudizio subito a seguito della cessazione del rapporto, con riferimento alle provvigioni perse ed agli investimenti non ammortizzati, laddove effettuati per l'esecuzione del contratto su richiesta del preponente.

Il legislatore italiano, in esecuzione della direttiva, ha optato per la soluzione ispirata alla legislazione tedesca, modificando in maniera sostanziale il disposto di cui all'art. 1751 c.c., che ha subito notevoli cambiamenti.

Il primo decreto legislativo di attuazione (d. lgs. 303/91) ha sostituito integralmente l'art. 1751, non riportando però fedelmente le disposizioni della direttiva e creando così accesi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza. Difatti, le due condizioni necessarie per il sorgere del diritto all'indennità erano state previste in via alternativa e non era stato inserito alcun criterio di quantificazione dell'indennità.

I predetti contrasti erano poi stati alimentati dalle organizzazioni di categoria che nel 1992, nell'intento di dare attuazione alla lacunosa disciplina prevista dall'art. 1751 c.c., hanno emesso nuovi accordi economici collettivi (cosiddetti "accordi ponte"), al fine di stabilire criteri idonei alla quantificazione dell'indennità, ma che di fatto hanno riproposto, con alcune modifiche meramente formali, la stessa soluzione vigente prima dell'emissione della direttiva.

La giurisprudenza in molti casi ha optato per l'applicazione degli accordi economici, senza badare alla circostanza che, prescindendo dalla validità degli stessi, così facendo la disciplina dell'indennità di fine rapporto finiva per non subire alcun cambiamento rispetto al passato.

Le difformità dell'art. 1751 c.c. ed in generale del d. lgs. 303/91 rispetto al testo della direttiva sono state rilevate dagli organi comunitari, che nel 1996 hanno avviato una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia. È quindi divenuto necessario un secondo intervento legislativo per sanare il contrasto, al fine di armonizzare la normativa italiana con le disposizioni comunitarie. A questo scopo è stato emesso il d. lgs. 65/99 che, tra le altre variazioni apportate, ha modificato l'art. 1751 c.c. risolvendo però solo in parte i problemi emersi a seguito del primo intervento di adeguamento. Difatti, è stata opportunamente corretta l'indicazione alternativa delle due condizioni necessarie per il sorgere del diritto all'indennità (apporto e sviluppo di clientela e rispondenza ad equità della corresponsione), ma non è stato inserito alcun preciso criterio di quantificazione della stessa. È stato inoltre aggiunto all'art. 1751 c.c. un nuovo ultimo comma, con la previsione espressa del diritto all'indennità qualora il rapporto cessi per morte dell'agente.

L'assenza di un preciso meccanismo di quantificazione è senza dubbio il problema di maggior rilievo nella disciplina dell'indennità di fine rapporto e la fonte primaria di tutti i problemi di compatibilità tra art. 1751 c.c. e contrattazione collettiva. L'art. 1751 c.c. infatti, dopo aver enunciato i requisiti necessari per il sorgere del diritto all'indennità non prevede i criteri di calcolo della stessa, ma esclusivamente il suo limite massimo, pari ad una annualità di retribuzioni calcolate sulla media di quelle percepite negli ultimi 5 anni di durata del contratto o nell'intero contratto, se di durata inferiore a 5 anni.

Il testo della direttiva, invece, contiene un criterio di quantificazione, alquanto generale, ma che non è stato riportato nell'art. 1751 c.c. dal legislatore italiano.

L'art. 17 della direttiva prevede infatti che le medesime condizioni da prendere in considerazione per valutare l'esistenza del diritto (apporto e sviluppo di clientela da parte dell'agente, vantaggi

per il preponente e rispondenza ad equità della corresponsione), vanno tenute presenti anche per la sua quantificazione.

L'agente ha diritto ad un'indennità, recita l'art. 17 della direttiva, "se e nella misura in cui" sussistono le condizioni dell'apporto e sviluppo di clientela da parte dell'agente, con sostanziali vantaggi per il preponente e della rispondenza ad equità della corresponsione.

Nell'art. 1751 c.c. invece non vi è traccia della locuzione "nella misura in cui", che avrebbe potuto risolvere senza difficoltà i vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali sorti sul punto.

Pertanto, nell'art. 1751 c.c. non risulta previsto o indicato, anche in chiave di mero rinvio, alcun concreto criterio per la quantificazione dell'indennità.

L'assenza di validi criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto è tuttavia più apparente che reale, in quanto le modifiche all'art. 1751 c.c. sono state effettuate in esecuzione degli obblighi derivanti da una norma di carattere comunitario, e cioè la direttiva 653/86.

Il d. lgs. 303/91, così come il successivo d. lgs. 65/99 sono infatti norme nazionali di attuazione di una direttiva comunitaria e come tali sono suscettibili di essere interpretate alla luce del principio, elaborato dalla Corte di Giustizia, che impone ai giudici nazionali di interpretare le proprie disposizioni nazionali di attuazione di una direttiva comunitaria, quanto più è possibile, alla luce della lettera e della *ratio* della direttiva medesima, senza che a ciò possa essere di ostacolo l'eventuale errore in cui sia incorso il legislatore nazionale²⁸.

Pertanto il giudice italiano, al fine di individuare i criteri di quantificazione dell'indennità, ha la possibilità (e l'obbligo) di interpretare l'art. 1751 c.c. tenendo presente il testo della direttiva, e può quindi utilizzare i criteri dell'apporto o sviluppo di clientela, dei vantaggi sostanziali per il preponente e della rispondenza ad equità della corresponsione non solo per stabilire l'esistenza del diritto, ma altresì per la sua quantificazione. Spetta dunque alla giurisprudenza il compito di elaborare validi criteri di quantificazione dell'indennità, basati sulla misura dell'apporto di clientela e della rispondenza ad equità della corresponsione, criteri la cui esistenza dovrebbe essere oggetto di accertamento nel singolo caso concreto sulla base delle risultanze probatorie, il cui onere appare gravare esclusivamente sull'agente.

8.1 La sentenza della Corte di Giustizia 23 marzo 2006

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 23 marzo 2006²⁹, ha rilevato la sostanziale non conformità degli aec del 1992 con il testo della direttiva ed ha altresì individuato una serie di utili elementi per la corretta interpretazione degli artt. 17 e ss. della direttiva 86/653 in tema di trattamento di fine rapporto nel contratto di agenzia.

La Corte ha in primo luogo confermato che, in linea generale, l'indennità di fine rapporto così come prevista dall'art. 17, n. 2 della direttiva non può essere sostituita da un'indennità determinata

²⁸ Corte di Giustizia 4 marzo 1999, in causa C-258/97, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs GmbH c. Landeskrankenanstalten – Betrieb – gesellschaft*, in *Foro it.* 1999, IV, 175 (punto 25); Corte di Giustizia 24 settembre 1998, in causa C-76/97, *Tögel c. Niederösterreichische Gebeitskankenkasse*, in *Giur. it.* 1998, 2168; Corte di Giustizia 17 settembre 1997, in causa C-54/96, *Dorsch c. Bundesbaugesellschaft*, in *Giur. it.* 1998, 345

²⁹ Corte di Giustizia 23 marzo 2006, causa C-465/04 in *Foro it.* 2006, IV, col. 572 e ss., con breve nota di Palmieri.

secondo criteri diversi rispetto a quelli contenuti nel medesimo art. 17 n. 2 (e cioè l'apporto e lo sviluppo di clientela da parte dell'agente con sostanziali vantaggi per il preponente e la rispondenza ad equità della corresponsione). Per applicare criteri diversi rispetto a quelli previsti dall'art. 17, n. 2 è necessario dimostrare che la loro applicazione garantisce all'agente, in ogni caso, un'indennità pari e/o superiore rispetto a quella che risulterebbe dall'applicazione della direttiva.

I criteri di calcolo degli aec del 1992, non essendo in grado di garantire quanto richiesto dalla Corte di Giustizia, non possono pertanto considerarsi in linea con la direttiva.

Con riferimento ai criteri di quantificazione da adottare in concreto, la Corte ha altresì precisato che, fermo restando quanto previsto dall'art. 17, n. 2, gli Stati membri restano liberi di esercitare il loro potere discrezionale, anche con riferimento al ruolo da attribuire al criterio di equità. In altri termini la Corte ha ritenuto di lasciare agli Stati la più ampia libertà, senza che sia necessario dunque considerare vincolante in tema di quantificazione dell'indennità la giurisprudenza analitica elaborata sul punto in diritto tedesco.

La valutazione del Giudice non potrà tuttavia essere del tutto discrezionale, fermo restando il necessario rispetto dei principi e della *ratio* contenuti nell'art. 17 della direttiva.

Conseguenza diretta di questa pronuncia della Corte di Giustizia avrebbe dovuto essere la declaratoria di inefficacia delle previsioni contenute nella contrattazione collettiva in tema di quantificazione dell'indennità di fine rapporto. La giurisprudenza italiana tuttavia, dopo alcune iniziali non significative pronunce di giudici di merito, che hanno ritenuto perfettamente leciti ed ammissibili i criteri degli aec, si è invece orientata in maniera diversa.

8.2 La giurisprudenza italiana e i criteri di quantificazione dell'indennità

La giurisprudenza italiana successiva alla pronuncia della Corte di Giustizia del marzo 2006 non ne ha attuato in maniera pedissequa i relativi principi individuando per contro una differente soluzione basata, al contrario di quanto previsto dalla Corte di Giustizia, sulla disamina di ogni singolo caso concreto, verificando di volta in volta se i criteri di quantificazione dell'indennità fissati dalla contrattazione collettiva fossero o meno più favorevoli rispetto all'art. 1751 c.c..

I criteri di quantificazione dell'indennità stabiliti dagli aec sono stati in sostanza considerati come come una sorta di trattamento minimo, ferma restando la possibilità per l'agente, una volta dimostrata la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 17 della direttiva, di richiedere il pagamento di un importo superiore. In particolare la Cassazione³⁰, rivoluzionando il precedente orientamento maggioritario, ha precisato che l'indennità prevista dagli aec del 1992 costituisce un trattamento minimo che *"... può essere considerato di maggior favore soltanto nel caso che, in concreto, non spetti all'agente l'indennità di legge in misura superiore"* puntualizzando altresì che *"...il giudice deve sempre applicare la normativa che assicuri all'agente, alla luce delle vicende del rapporto concluso, il risultato migliore, siccome la prevista inderogabilità a svantaggio dell'agente comporta che l'importo determinato dal giudice ai sensi della normativa legale deve prevalere su quello, inferiore, spettante in applicazione di regole pattizie, individuali o collettive"*.

³⁰ Cass. 3 ottobre 2006, n. 21301 e 21309 in *Il lav. nella giur.* 2007, p. 159 e ss.

I principi di cui sopra sono stati confermati da successive pronunce creando un orientamento che può considerarsi abbastanza consolidato³¹.

Nella giurisprudenza di merito invece si sono registrate alcune pronunce che hanno stabilito la nullità degli aec nella parte in cui fissano i criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto. La situazione è comunque in evoluzione e accanto alle predette prese di posizione vi sono ulteriori pronunce di merito che hanno invece applicato i principi sanciti dalla Corte di Cassazione. In conclusione quindi, seppure con la necessità di aggiustamenti e approfondimenti, sembra avviato l'iter che dovrebbe portare alla creazione di concreti ed efficaci criteri giurisprudenziali di quantificazione dell'indennità di fine rapporto.

La situazione ad oggi è tuttavia ancora caratterizzata da una notevole incertezza anche se è certamente mutato il quadro generale di riferimento. Difatti, mentre sino al marzo 2006 i criteri della contrattazione collettiva venivano ritenuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritari come un valido e generale metodo di calcolo dell'indennità di fine rapporto, l'attuale posizione della giurisprudenza del Supremo Collegio considera gli accordi economici collettivi come un mero trattamento minimo, salva la facoltà dell'agente di richiedere, laddove più favorevole, il diverso trattamento previsto dall'art. 1751 c.c.

Resta da risolvere il problema dell'individuazione di criteri di calcolo dotati di un sufficiente margine di generalità e astrattezza e tali da poter essere utilizzati preventivamente nei singoli casi concreti: problematica la cui soluzione spetta alla giurisprudenza. Nel frattempo, l'assenza dei predetti criteri comporta il probabile necessario ricorso al contenzioso qualora non si raggiunga una soluzione di carattere conciliativo.

L'importo da riconoscere in concreto al singolo agente a titolo di indennità di fine rapporto nel caso di cessazione del relativo contratto, ed a condizione che ne sussistano i requisiti di esistenza, dovrebbe quindi essere determinato su base negoziale, partendo dalla soglia minima costituita dall'applicazione degli aec (ammesso che risultino applicabili) e fermo il limite massimo di un'annualità di cui all'art. 1751 c.c.

8.3 Aec industria 30.7.2014 e criteri di quantificazione dell'indennità

Il punto più innovativo dell'aec 30 luglio 2014, ferma la relativa disciplina transitoria³², è costituito dall'indennità meritocratica che, ispirata almeno in parte alla giurisprudenza tedesca, ha radicalmente trasformato la seconda parte dell'indennità suppletiva di clientela in precedenza prevista dall'aec 20 marzo 2002. Sostanzialmente inalterate rispetto al passato

³¹ Cass. 16/1/2008, n. 687; Cass. 19/2/2008, n. 4056; Cass. 22/9/2008, n. 23966; Cass. 1/6/2009, n. 12724; Cass. 23/6/2010, n. 15203; Cass. 25/5/2012, n. 8295; Cass. 21/2/2014, n. 4202; Cass. 1/4/2014, n. 7567; Cass. 9/12/2014, n. 25904.

³² L'art. 11 prevede infatti che, per i contratti in corso al 30 luglio 2014 e conclusi prima del 1 gennaio 2014, venga differita di fatto la concreta applicabilità al 1 aprile 2017; sino ad allora continuerà ad applicarsi la precedente versione degli artt. 10 e 11 di cui all'aec 20 marzo 2002.

risultano invece l'indennità di risoluzione³³, da accantonarsi nel fondo FIRR presso l'ENASARCO e la prima parte dell'indennità suppletiva di clientela³⁴.

L'indennità meritocratica è disciplinata nel capo III dell'art. 10 e nell'art. 11.

Si conferma che l'indennità non è dovuta se il contratto cessa per un fatto imputabile all'agente, con espressa esclusione delle dimissioni dovute a: gravi inadempimenti del preponente; invalidità permanente e totale; infermità e/o malattia che non consentano la prosecuzione del rapporto; pensione di vecchiaia o vecchiaia anticipata, sia ENASARCO, sia INPS.

Dall'indennità meritocratica andranno dedotti FIRR e indennità suppletiva di clientela.

I criteri di calcolo, indicati nell'art. 11, prevedono:

- la preliminare determinazione del **valore dell'incremento della clientela e del giro d'affari**, costituito dalla differenza tra i guadagni complessivi dell'ultimo anno e quelli del primo anno (previa rivalutazione) per i contratti sino a 5 anni di durata; dalla differenza tra la media annua delle provvigioni di competenza degli ultimi 2 anni e dei primi 2 anni (previa rivalutazione ISTAT) per contratti di durata compresa tra 5 e 10 anni e, per contratti oltre 10 anni, la differenza tra la media annua delle provvigioni di competenza degli ultimi 3 anni e dei primi 3 anni di durata (questi ultimi rivalutati). Il raffronto dei dati va effettuato in termini omogenei.
- la determinazione del **periodo di prognosi** in base alla durata del rapporto ed all'esistenza del vincolo di monomandato, come da tabella qui di seguito riportata;
- la determinazione del **tasso di migrazione**, come da tabella qui di seguito riportata;

Tipologia	Periodo di prognosi	Tasso di migrazione
Mono 0-5 anni	2,25	15%
Mono 5-10 anni	2,75	20%
Mono oltre 10 anni	3,25	35%
Pluri 0-5 anni	2,00	17%
Pluri 5-10 anni	2,50	22%
Pluri oltre 10 anni	3,00	37%

³³ Nel capo I dell'art. 10 dell'aec 20/3/2002 era disciplinata l'indennità di risoluzione del rapporto, riconosciuta in ogni ipotesi di cessazione del contratto (salvo in tre casi specifici) e da accantonare di anno in anno nel fondo istituito all'uopo presso l'ENASARCO. L'ammontare delle indennità è così schematizzato:

Agente monomandatario

4% fino a 12.400 euro di provvigioni annue

2% tra 12.400, 01 e 18.600 euro annui

1% oltre i 18.600 euro annui

Agente plurimandatario

4% fino a 6.200 euro di provvigioni annue

2% tra 6.200, 01 e 9.300 euro annui

1% oltre i 9.300 euro annui

Va inoltre sottolineata l'espressa previsione di tre ipotesi nelle quali l'indennità non verrà riconosciuta all'agente, e più precisamente nel caso in cui il rapporto venga risolto dal preponente per:

a) appropriazione indebita da parte dell'agente di somme di pertinenza del preponente;

b) concorrenza sleale;

c) violazione dell'obbligo di svolgere la propria attività in favore di un unico preponente.

In questi casi l'indennità accantonata nel Fondo istituito presso l'ENASARCO non verrà corrisposta all'agente, ma restituita al preponente secondo le modalità indicate nel regolamento stipulato contestualmente all'accordo.

³⁴ Indennità suppletiva pari al 3% sull'ammontare complessivo delle provvigioni maturate in costanza di rapporto, maggiorata dello 0,5% dal 4° anno in avanti, entro il massimale annuo di € 45.000,00; con un ulteriore 0,5% aggiuntivo sulle provvigioni maturate dopo il 6° anno compiuto, sempre entro il massimale annuo di € 45.000,00.

Una volta calcolate le 3 voci (valore dell'incremento, periodo di prognosi e tasso di migrazione), si procederà con la detrazione del tasso di migrazione dal valore dell'incremento, determinando in questo modo il valore del primo anno del periodo di prognosi e così di seguito per gli anni successivi. I singoli risultati verranno sommati, per poi procedere ad una riduzione forfettaria in base alla durata del rapporto: 10% per contratti di durata sino a 5 anni; 15% per contratti di durata compresa tra 5 e 10 anni; 20% per contratti di durata superiore ai 10 anni. Il risultato ottenuto verrà poi confrontato con il limite massimo dell'art.1751 c.c. e ridotto conseguentemente se superiore. Infine, dall'importo così risultante verranno detratti l'indennità di risoluzione del rapporto (in buona parte già accantonata presso il fondo FIRR) e l'indennità suppletiva di clientela.

Il conteggio appare certamente complesso e tale in ogni caso da garantire all'agente un trattamento più favorevole rispetto a quello risultante dalla precedente versione del 2002. Tuttavia si applicherà esclusivamente ai contratti conclusi dopo il 1 gennaio 2014, poiché per tutti quelli in corso a quella data la nuova disciplina risulterà applicabile dal 1 aprile 2017.

8.4 Aec commercio 16.2.2009 e criteri di quantificazione dell'indennità

L'aec 16 febbraio 2009 del settore commercio, dedica all'indennità di fine rapporto gli artt. 11, 12, 12 *bis* e 13 (numerazione poi modificata dal Testo unico 10 marzo 2010).

Tutti e tre gli emolumenti nei quali l'aec ha suddiviso l'indennità di fine rapporto sono stati modificati rispetto alla precedente versione del 2002.

Per quanto attiene all'indennità di risoluzione del rapporto accantonata presso il fondo FIRR, è rimasta una soltanto delle tre ipotesi in precedenza previste, al cui verificarsi era collegata la perdita del diritto da parte dell'agente, e più precisamente la "ritenzione indebita di somme di spettanza della preponente". Anche quest'ipotesi è stata poi eliminata dal Testo unico del 10 marzo 2010.

Nell'indennità suppletiva di clientela è stato eliminato il riferimento al contratto a tempo indeterminato e la parificazione allo stesso del contratto a termine rinnovato o prorogato, con la conseguenza che l'indennità suppletiva di clientela va riconosciuta anche nell'ipotesi di cessazione del contratto a tempo determinato.

Il cambiamento più significativo attiene peraltro all'indennità meritocratica, prevista dall'art. 12 III comma, nelle dichiarazioni a verbale n. 1 e 2 dell'art. 12 e nell'art. 12 *bis*.

Viene anzitutto confermato il limite massimo dell'indennità, che in ogni caso non potrà essere superiore alla differenza tra la somma dell'indennità di risoluzione rapporto e dell'indennità suppletiva di clientela ed il valore massimo dell'art. 1751 c.c..

Al fine di verificare l'importo dovuto a titolo di indennità meritocratica andranno individuati un valore iniziale ed un valore finale, corrispondenti rispettivamente al fatturato della zona o dei clienti affidati all'agente all'inizio ed alla fine del mandato.

I criteri per la determinazione del valore iniziale e finale sono precisati nell'art. 12 *bis* (al quale rinvio) e sono basati sulla durata del rapporto, passando dal raffronto tra il volume di fatturato del primo e dell'ultimo anno (per contratti di durata sino a 3 anni) al volume di fatturato dei primi e degli ultimi 5 anni (per contratti di durata superiore ai 12 anni). L'art. 12 *bis* precisa che per volume di fatturato deve intendersi il volume delle vendite effettuate dalla preponente nella zona o per la clientela affidata all'agente.

Per determinare in percentuale l'incremento realizzato verranno posti a confronto i valori del volume di fatturato iniziale (rivalutato secondo gli indici Istat) con il volume di fatturato finale.

La tabella di calcolo dell'indennità meritocratica è contenuta nella dichiarazione a verbale n. 2 dell'art. 12 e fissa delle percentuali del valore massimo di cui all'art. 1751 c.c., in funzione della durata del rapporto e della percentuale di incremento realizzata.

Queste percentuali sono estremamente significative rispetto al passato e, laddove vi sia un incremento rilevante (superiore al 150%), possono determinare il riconoscimento anche del valore massimo dell'indennità così come prevista dall'art. 1751 c.c.

Dall'importo dell'indennità meritocratica così determinato andrà poi detratto quanto riconosciuto a titolo di indennità di risoluzione rapporto (FIRR) e di indennità suppletiva di clientela.

Trattasi certamente di modifiche molto favorevoli all'agente, che dal punto di vista pratico sembrano voler dare una risposta concreta ai molteplici problemi sorti in passato a partire dal d. lgs. 303/91 in tema di criteri di quantificazione dell'indennità di fine rapporto.

Tuttavia, la dichiarazione a verbale n. 1 dell'art. 12 stabilisce che il riconoscimento dell'indennità suppletiva di clientela e dell'indennità meritocratica, così come previste dall'aec 16 febbraio 2009, è condizionato al rispetto delle previsioni dei commi IV e V della stessa dichiarazione a verbale.

Il comma IV prevede che la corresponsione delle indennità debba avvenire entro 30 giorni dalla cessazione del rapporto, presso la Commissione di conciliazione territorialmente competente, mentre il comma V stabilisce che all'atto del pagamento debba essere redatto un verbale di conciliazione ai sensi degli artt. 2113, IV comma, c.c. e 410 e 411 c.p.c., con successivo deposito presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente.

Le finalità della duplice condizione sono costituite dalla celerità di definizione e dalla impossibilità di successiva impugnazione degli accordi raggiunti.

Ferma la condivisione degli obiettivi perseguiti, resta qualche perplessità sull'aver condizionato il riconoscimento delle indennità al rispetto delle predette condizioni, posto che l'eventuale disaccordo di una delle parti sembrerebbe suscettibile di vanificare gli sforzi effettuati in termini di riduzione del contenzioso, rendendo in sostanza inapplicabili le modifiche apportate. Le associazioni di categoria, con il testo unico 10 marzo 2010, entrato in vigore il 1 aprile 2010, hanno apportato alcune modifiche all'aec 16/2/2009 del settore commercio. Trattasi di variazioni non fondamentali, che tuttavia hanno in parte modificato le previsioni in tema di indennità di fine rapporto. Come ho già accennato, è stato ripristinato il diritto dell'agente al FIRR in ogni ipotesi di cessazione del rapporto, così ritornando alla disciplina esistente prima degli aec del 2002. Sono state poi effettuate alcune precisazioni in tema di indennità suppletiva di clientela e di indennità meritocratica ed è stato aumentato a 60 gg. il termine per effettuare il pagamento. Infine è stato inserito un nuovo ultimo comma nella dichiarazione a verbale n. 1 dell'art. 13, precisando che, anche in presenza di mancata conciliazione e/o di mancato accordo, le parti potranno adire l'autorità giudiziaria in applicazione del rito del lavoro o deferire la controversia ad un collegio arbitrale ex art. 18 *bis* dell'aec.

È stata poi modificata la tabella dell'art. 12 *bis* (divenuto art. 14 nella nuova numerazione) per la determinazione del valore reale dell'incremento del fatturato, con l'inserimento di tre ipotesi distinte per il primo, secondo e terzo anno di durata, così superando il problema emerso nella precedente versione, che non consentiva di rilevare aumenti di fatturato nel primo anno.

8.5 Ipotesi in cui l'indennità non è dovuta e termine di decadenza

L'art. 1751 c.c., dopo i requisiti necessari per il sorgere del diritto e prima della fissazione del limite massimo pari ad una annualità media delle retribuzioni riscosse negli ultimi 5 anni o nell'intero rapporto se di durata inferiore, prevede tre ipotesi nelle quali l'indennità non è dovuta.

La prima nel caso in cui il preponente risolva il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente la quale, per la sua gravità, non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto. La seconda in caso di recesso dell'agente, con due eccezioni che permettono all'agente di mantenere il diritto all'indennità qualora il recesso sia giustificato da circostanze attribuibili al preponente o da circostanze attribuibili all'agente, quali età, l'infermità e malattia, per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività.

È evidente una certa differenza tra il recesso giustificato da "circostanze attribuibili" al preponente, che consente all'agente di mantenere il diritto all'indennità e quello del preponente, che legittima l'esclusione dell'indennità solo se sussista una grave inadempienza dell'agente. In altri termini pare consentito all'agente di recedere dal rapporto per un inadempimento del preponente non particolarmente qualificato, al contrario di quanto avviene invece in caso di inadempimento da parte dell'agente.

La giurisprudenza non ha ancora adottato sul punto una posizione precisa e non è quindi possibile stabilire con certezza cosa si intenda per "circostanze attribuibili al preponente", anche sembrerebbe trattarsi di un inadempimento lieve e/o non particolarmente qualificato.

La terza ed ultima ipotesi di esclusione del diritto all'indennità è quella della cessione del contratto da parte dell'agente, previo accordo con il preponente.

La perdita del diritto all'indennità per l'agente uscente si giustifica con il passaggio del diritto all'agente subentrante, che dovrebbe aver corrisposto un prezzo all'agente uscente per divenirne cessionario, sulla scorta di quanto avviene in diritto francese.

È poi previsto un termine di decadenza di un anno entro il quale l'agente deve comunicare al preponente l'intenzione di far valere i propri diritti³⁵.

8.6 Il risarcimento del danno ulteriore

Da ultimo, l'art. 1751 c.c. prevede la possibilità per l'agente di ottenere, oltre all'indennità, anche il risarcimento del danno. Non si tratta tuttavia di un'ipotesi di risarcimento da atto lecito (costituito dall'esercizio del recesso o dalla cessazione del contratto a tempo determinato) poiché bisognerebbe riconoscere il diritto al risarcimento anche nell'ipotesi di semplice scadenza del contratto a termine.

L'esercizio del recesso in sé non dà quindi alcun diritto al risarcimento, dovendo per contro riscontrarsi l'esistenza di un illecito (di carattere contrattuale o extracontrattuale) commesso dal

³⁵ Cfr. per la prevalenza dell'art. 1751 cod. civ. sulla disciplina dell'aec *erga omnes* 20/6/1956, che non prevede alcuna decadenza, Cass. 17/4/2013, n. 9348.

preponente in occasione della cessazione del rapporto (in particolare in relazione alle modalità di cessazione, anche con riguardo ad un eventuale affidamento che sia stato in ipotesi creato sulla prosecuzione del rapporto)³⁶.

L'art. 1751 prevede infine un'inderogabilità assoluta a svantaggio dell'agente, in ciò superando le previsioni della direttiva, che si limitavano a stabilirla durante la vigenza del contratto.

Come già accennato, l'ultimo comma stabilisce il diritto dell'agente (o meglio dei suoi eredi) all'indennità, anche in caso di decesso.

³⁶ Cfr. in questo senso in giurisprudenza Cass. 30/8/2000, n. 11402.



Beendigung des Handelsvertretervertrages Abfertigungsanspruch in Österreich

RA Dr. Josef Wolff

Sommario

1. Legislation	40
1.1 Die Rechtsverhältnisse um den Handelsvertreter sind für Österreich in dem Handelsvertretergesetz (BGBl 1993/88) – abgekürzt HVertrG – geregelt. Die letzte bedeutende Novellierung erfolgte mit Bundesgesetzblatt 2006/103	40
1.2 Anzuwendendes Recht	40
1.3 Eingriffsnormen	40
1.4 Gerichtsstände	41
2. Duration of the contract	42
3. Contract termination terms	43
3.1 Ordentliche Kündigung	43
3.2 Außerordentliche Kündigung (Vorzeitige Auflösung)	43
4. Agents right to termination indemnity and / or compensation	45
4.1 Die Ansprüche bei vorzeitiger Auflösung sind in § 23 HVertrG geregelt	45
4.2 Der Ausgleichsanspruch	45
5. Conclusio	53

1. Legislation

1.1 Die Rechtsverhältnisse um den Handelsvertreter sind für Österreich in dem Handelsvertretergesetz (BGBl 1993/88) – abgekürzt HVertrG – geregelt. Die letzte bedeutende Novellierung erfolgte mit Bundesgesetzblatt 2006/103¹

Das Gesetz regelt Begriff und Tätigkeit des Handelsvertreters, Rechte und Pflichten des Unternehmers und des Handelsvertreters, Beendigung des Vertragsverhältnisses (mit Regelung zu den Ansprüchen bei vorzeitiger Auflösung und Ausgleichsanspruch), Spezialnormen für den Versicherungsvertreter sowie Normen zur Anwendbarkeit der Rechtsvorschriften.

1.2 Anzuwendendes Recht

Ein Handelsvertretervertrag wird als Dauerschuldverhältnis bzw. als Dienstleistungsvertrag qualifiziert². Im Fall einer Rechtswahl gilt grundsätzlich das Recht der gewählten Rechtsordnung³. Wurde keine Rechtswahl getroffen, sind die Kollisionsnormen für Dienstleistungsverträge anzuwenden. Mangels Rechtswahl unterliegen Handelsvertreterverträge daher dem Recht des Staates, in welchem der Handelsvertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 1 Ziff. b Rom I Verordnung⁴). Hat der Handelsvertreter daher seine Niederlassung, in deren Rahmen der Handelsvertretervertrag geschlossen wurde in Österreich, kommt österreichisches Handelsvertreterrecht zur Anwendung.

Auf das Rechtsverhältnis zwischen einem Handelsvertreter und einem Unternehmer aus einem Drittstaat außerhalb der EU kommt mangels Rechtswahl österreichisches Recht zur Anwendung, wenn der Handelsvertreter seine Niederlassung in Österreich hat (§ 35 Abs. 2 IPRG).

1.3 Eingriffsnormen

Das Handelsvertretergesetz kennt zwingende Vorschriften, die im Voraus durch Vertrag zum Nachteil des Handelsvertreters weder aufgehoben noch beschränkt werden können (§ 27 HVertrG). Zu diesen Bestimmungen gehört auch die Regelung zum Anspruch des Handelsvertreters bei vorzeitiger Auflösung und zum Ausgleichsanspruch nach § 23 und 24 HVertrG.

¹ Damit wurde die Anwendbarkeit des Handelsvertretergesetzes auf die Versicherungsagenten (Versicherungsvertreter) festgelegt und Sonderbestimmungen für Versicherungsagenten eingefügt.

² OGH 9 OB 2065/96h, RIS Rechtsatz 0109284 (RIS Rechtsätze sind öffentlich abrufbar unter www.ris.bka.gv.at/jus/. Unter Angabe der Rechtsatznummer werden Rechtssätze wiedergegeben. Diese Rechtssätze sind Leitlinien aus Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes (OGH).

³ Art 3 Abs 1 Verordnung 593/2008 (Rom 1).

⁴ Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, (EG) 593/2008.

Sowohl IPRG (§ 6 IPRG), also auch die Rom 1 Verordnung (Art. 3 Abs. 4 iVm Art 9) kennen Eingriffsnormen. Das sind zwingende Bestimmungen, die trotz Rechtswahl unabhängig vom Parteiwillen angewandt werden müssen. In der Rechtssache C-381/98 hat der europäische Gerichtshof am 09.11.2000 ausgesprochen, dass europarechtlich verankerte Ansprüche der Handelsvertreter bei vorzeitiger Vertragsbeendigung als zwingende Eingriffsnormen zu interpretieren sind, wenn der Sachverhalt einen gemeinschaftsrechtlichen Bezug hat⁵. Dies unabhängig von dem gewählten Recht, welches unter Umständen derartige Ansprüche nicht vorsieht. Begründet wurde dies mit Schutzvorschriften zugunsten des Handelsvertreters. Diese sollen nicht durch eine Rechtswahlklausel umgangen werden können. Dies wurde auch vom österreichischen Obersten Gerichtshof übernommen⁶.

1.4 Gerichtsstände

Möglich ist natürlich eine Gerichtsstandvereinbarung, solange dies schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung, in einer den Gepflogenheiten der Parteien entsprechenden oder im internationalen Handel üblichen Form geschlossen wurde (Art. 23 Absatz 1 EuGVVO).

Gibt es keine Gerichtsstandvereinbarung, sieht Art 2 EuGVVO als allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten dessen *Wohnsitz bzw. Sitz* innerhalb der EU vor. Gesellschaft und juristische Personen haben ihren Wohnsitz an ihrem satzungsmäßigen Sitz ihrer Hauptverwaltung oder ihrer Zweigniederlassung (Art 60 EuGVVO).

Neben dem allgemeinen Gerichtsstand können auch besondere Gerichtsstände der EuGVVO in Anspruch genommen werden. Hier ist insbesondere der *Gerichtsstand des Erfüllungsortes* gemäß Art 5 Ziff 1 lit. a EuGVVO zu nennen. Der Erfüllungsort von Dienstleistungen ist der Ort in einem Mitgliedschaft, an dem sie nach dem Vertrag erbracht worden sind oder hätten erbracht werden müssen. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass der Sitz des Handelsvertreters als Ort der Leistungserbringung anzusehen ist⁷. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Lieferungen dann im Wohnsitzstaat oder in anderen EU-Staaten ausgeführt werden. Für den Obersten Gerichtshof ist die schwerpunktmäßige Ausübung der Tätigkeit des Handelsvertreters Anknüpfungspunkt für die Beurteilung des Erfüllungsortes⁸.

Als weiterer Gerichtsstand kommt der *Gerichtsstand der Niederlassung* in Frage. Ein Unternehmer kann im Rahmen der EuGVVO dort beklagt werden, wo sich seine Zweitniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung befindet (Artikel 5 Ziffer 5 EuGVVO).

Ist die EuGVVO aber nicht anwendbar, wird die Zuständigkeit österreichischer Gerichte nach der (österreichischen) Juristiktionsnorm (JN) geregelt. Österreichische Gerichte sind dann

⁵ Rechtssache Ingmar GB Ltd, RS 381/98, Urteil vom 09.11.2000.

⁶ 7 Ob 255/09i vom 27.01.2010. Der Ausgleichsanspruch zählt auch nach Auffassung des OGH zum *ordre public*. Übt der Handelsvertreter seine Tätigkeit innerhalb der Gemeinschaft aus, kann dieser nicht vertraglich ausgeschlossen werden.

⁷ Entscheidung EuGH 11.03.2010, C 19/09.

⁸ Vgl. OGH 6 Ob 63/08w vom 08.05.2008.

international zuständig, wenn eine örtliche Zuständigkeit österreichische Gerichte vorliegt⁹. Eine solche bildet z.B. der Gerichtsstand der Niederlassung. Gegen Unternehmen kann daher in Streitigkeiten die sich auf eine Niederlassung beziehen, bei dem Gericht des Ortes geklagt werden an dem sich die Niederlassung befindet. In Frage kommt auch der Gerichtsstand des Erfüllungsortes¹⁰. Möglich ist auch der Gerichtsstand des Vermögens: Wenn Personen in Österreich keinen allgemeinen Gerichtsstand haben, kann wegen vermögensrechtlicher Ansprüche bei jedem Gericht subsidiär eine Klage eingebracht werden, in dessen Sprengel das Vermögen dieser Person befindet (Art 99 JN).

2. Duration of the contract

Der Handelsvertretervertrag kann auf befristete oder unbefristete Zeit abgeschlossen werden. Die Befristung muss bestimmt (Endtermin, Dauer) oder bestimmbar (Zweck; z.B. Dauer einer Messe) sein.

§ 20 HVertG sieht eine Auslegungsregel vor: Wenn ein auf bestimmte Zeit geschlossener Vertrag nach Ablauf der Zeit von beiden Parteien fortgesetzt wird, so gilt er also auf unbestimmte Zeit verlängert.

Wenn beide Parteien das Vertragsverhältnis auf befristete Zeit wiederholen möchten, müssen sie einen neuen Vertrag abschließen. Dies ist grundsätzlich möglich¹¹.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch § 25 HVertrG, nach welchem eine Vereinbarung (Konkurrenzklausele), durch die der Handelsvertreter für die Zeit nach Beendigung des Vertrages in seiner Erwerbstätigkeit eingeschränkt ist, unwirksam ist. Diese Vorschrift ist aber nicht zwingend und kann durch Vertrag geändert werden.

⁹ Dazu eingehender: RA Dr. Georg Rihs, Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarungen in Vertriebsverträgen, RdW Heft 4 (15.04.2011), 201.

¹⁰ Dies ist auch nach der JN der Ort, an dem der Vertrag nach Übereinkunft der Parteien von Beklagten zu erfüllen ist.

¹¹ Die z.B. im Arbeitsrecht herrschende Lehre von Kettenverträgen, nämlich die Umdeutung mehrerer befristeter Verträge in einen unbefristeten Vertrag, wird im Handelsvertreterrecht abgelehnt. Der Handelsvertreter muss als selbstständiger Unternehmer nicht besonders geschützt werden (vgl. *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 20 Rz 6).

3. Contract termination terms

3.1 Ordentliche Kündigung

Ein auf unbestimmte Zeit geschlossener Vertrag kann von jedem Teil im ersten Vertragsjahr unter Einhaltung einer einmonatigen Frist aufgelöst werden, nach Anfang des zweiten Jahres unter zweimonatiger Frist, nach dem dritten Jahr dreimonatiger Frist, nach dem vierten Jahr viermonatiger Frist, nach dem fünften Jahr fünfmonatiger Frist und nach dem sechsten Jahr sechsmonatiger Frist (§ 21 HVertrG).

Kürzere Fristen können nicht vereinbart werden. Werden längere Fristen vereinbart, darf die vom Unternehmer einzuhaltende Frist nicht kürzer sein als die vom Handelsvertreter.

Für die Bemessung des Vertragsjahres kommt der Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung an, nicht auf den Kündigungsendtermin. Diese Kündigungstermine sind gemäß § 27 HVertrG zwingende Vorschriften, können also nicht im Voraus zum Nachteil des Handelsvertreters beschränkt.

Werden die Vorschriften des § 21 HVertrG nicht eingehalten, kann der andere Teil Ersatz des ihm verschuldet zugefügten Schadens verlangen (§ 23 HVertrG).

Ein auf bestimmte Dauer geschlossener Vertrag kann vor Ablauf der Vertragsdauer nur einvernehmlich oder aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden, bzw. aufgrund eines vertraglich eingeräumten Kündigungsrechtes¹².

3.2 Außerordentliche Kündigung (Vorzeitige Auflösung)

Bei Vorliegen wichtiger Gründe, kann das Verhältnis gemäß § 22 HVertrG vorzeitig ohne Einhaltung von Kündigungsfristen aufgelöst werden. Die Aufzählung der wichtigen Gründe in § 22 HVertrG ist demonstrativ.

Dies insbesondere wenn der Handelsvertreter unfähig wird, seine Tätigkeit auszuüben oder sich einer Handlung schuldig macht, welche ihn des Vertrauens des Unternehmers unwürdig erscheinen lässt, wenn er sich weigert oder es unterlässt für den Unternehmer tätig zu werden wenn er sich einer Tätigkeit oder Ehrverletzung gegen das Unternehmen zu Schulde kommen lässt oder über das Vermögen des Handelsvertreters Konkurs eröffnet wird.

Der Handelsvertreter kann hingegen das Vertragsverhältnis vorzeitig aus wichtigem Grund insbesondere dann auflösen, wenn er unfähig wird, seine Tätigkeit auszuüben oder wenn der Unternehmer seine Provision ungebührlich schmälert oder vorenthält, sich einer Tätigkeit oder Ehrverletzung gegen den Handelsvertreter zu Schulden kommen lässt oder den Betrieb des Geschäftszweiges aufgibt.

Diese Regelung gilt sowohl für unbefristete als auch für befristete Handelsvertreterverträge.

¹² Zum Teil wird bei vertraglich eingeräumten Kündigungsrechten die Einhaltung der in § 21 HVertrG normierten Fristen gefordert. Vgl. *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 20 Rz 3.

- a. Wichtiger Grund bedeutet, dass dem Vertragspartner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar sein muss. Dies kann sowohl neben einer einzigen wichtigen Vertragsverletzung, als auch neben wiederholten kleineren Verfehlungen zum Tragen kommen¹³. Sie muss so gewichtig sein, dass es dem Vertragspartner nicht einmal zugemutet werden kann, die ordentliche Kündigungsfrist abzuwarten¹⁴. Verschulden des Vertragspartners ist nicht immer Voraussetzung (z.B. bei Konkureröffnung).
- b. Wird eine derartige sofortige Auflösung zu Unrecht ausgesprochen, ist diese unwirksam. Eine unwirksame außerordentliche Kündigung wird in eine ordentliche Kündigung umgedeutet, der Vertrag besteht also bis zur ordentlichen Beendigung weiter¹⁵.
- c. Der wichtige Grund muss im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorliegen¹⁶. Die außerordentliche Kündigung muss unverzüglich nach Bekanntwerden des Auflösungsgrundes ausgesprochen werden. Ansonsten ist anzunehmen, dass dem Kündigenden die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unzumutbar war. Setzt ein Vertragspartner das Verhältnis fort und akzeptiert er widerspruchslos das Verhalten des anderen Vertragspartners, kann dies unter Umständen auch als konkludente Vertragsänderung umgedeutet werden und das vertragswidrige Verhalten nicht als Auflösungsgrund gelten.
- d. Mangelhafte Vertrauenswürdigkeit des Handelsvertreters liegt insbesondere dann vor, wenn er Belohnungen von Dritten annimmt, den Unternehmern Aufträge übermittelt die nicht erteilt worden sind bzw. wenn er den Unternehmer in wesentlichen geschäftlichen Angelegenheiten in Irrtum führt (vgl. § 22 Abs. 2 Ziff 2 HVertrG). Anderes Beispiel ist die Nutzung der Kundenkontakte zur Unterstützung eines Konkurrenzunternehmens¹⁷. Bei Verletzungen der Tätigkeitspflicht ist Verschulden Voraussetzung. Voraussetzung ist auch, dass die Pflichtwidrigkeit erhebliche Zeit angedauert hat. Dies gilt ebenso für die Verweigerung der Tätigkeit.
- e. Wichtige Gründe für eine Auflösung durch den Handelsvertreter sind z.B. die Verletzung der Provisionszahlungspflicht oder anderer wesentlicher Vertragsbestimmungen. Dies liegt dann vor wenn der Unternehmer die gebührende Provision einseitig und rechtswidrig schmälert, insbesondere fällige und unbestrittene und unbezweifelte Provisionen ungerechtfertigt nicht zahlt¹⁸. Ungebührliches Vorenthalten liegt aber nicht vor, wenn über die Provision Unklarheiten bestehen bzw. diese strittig sind.

¹³ RIS Rechtssatznummer RS0029600.

¹⁴ RIS Rechtssatznummer RS0106000 unter Hinweis auf die Entscheidung OGH 8 ObA 2083/96y vom 24.07.1996.

¹⁵ *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 22 Rz 25.

¹⁶ Der Kündigungsgrund muss nicht erwähnt werden. Ein „Nachschieben“ des Grundes ist grundsätzlich gestattet. Zu beachten ist aber die Möglichkeit eines konkludenten Verzichtes auf die Geltendmachung des wichtigen Grundes (z.B. In OGH vom 14.4.1999, 7 Ob 292/98m, verging ein Jahr zwischen Grund und Geltendmachung – der Grund war verwirkt).

¹⁷ Vgl. OGH in 1 Ob 214/61; 4 Ob 52/85; 9 ObA 38/08s.

¹⁸ OGH 10.07.2002, 9 ObA 21/02g.

4. Agents right to termination indemnity and / or compensation

4.1 Die Ansprüche bei vorzeitiger Auflösung sind in § 23 HVertrG geregelt

Trifft einen Teil ein Verschulden, so kann der andere Teil Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens verlangen. Hat ein Teil das Verhältnis vorzeitig aufgelöst, ohne dass ein wichtiger Grund vorlag, so kann der andere Teil Erfüllung des Vertrages oder Ersatz des Schadens verlangen. In der Praxis verlangt der Handelsvertreter daher Schadenersatz, wenn der Unternehmer das Vertragsverhältnis zu Unrecht mit sofortiger Wirkung auflöst.

Trifft beide Teile Verschulden, hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein Ersatz gebührt.

Bemessungsgrundlage für den Schadenersatzanspruch ist der Verdienst, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge bis zum nächsten Kündigungstermin zu erwarten gewesen ist. Dies entspricht also der Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist¹⁹.

Dieser Anspruch wird auch „Kündigungsentschädigungen“ genannt. Er entspricht in der Regel der Provision, die der Handelsvertreter bis zum nächsten Kündigungstermin hätte verdienen können. Ist der Vertrag auf bestimmte Zeit abgeschlossen, wird der Ersatz auf Basis der gesamten noch übrigen Vertragslaufzeit berechnet. Der Handelsvertreter kann auch weitere Schäden geltend machen, also etwa Anspruch auf Gewinnbeteiligung bzw. Investitionsersatz. Der Handelsvertreter muss sich jedoch anrechnen lassen, was ihn durch die Unterbrechung der Tätigkeit erspart blieb.

Die Ansprüche gemäß § 23 können gemäß § 27 Handelsvertretergesetz nicht zum Nachteil des Handelsvertreeters abgeändert oder ausgeschlossen werden.

Die Schadensersatzansprüche stehen dem Handelsvertreter unbeschadet eines etwaigen Ausgleichsanspruches gemäß § 24 zu²⁰.

4.2 Der Ausgleichsanspruch

§ 24 Handelsvertretergesetz lautet:

1. Nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gebührt dem Handelsvertreter ein angemessener Ausgleichsanspruch, wenn und soweit
 - er dem Unternehmer neue Kunden zugeführt oder bereits bestehende Geschäftsverbindungen wesentlich erweitert hat,

¹⁹ OGH 24.07.1996, 8 ObA 2083/96y.

²⁰ OGH 30.06.1998, 1 OB 342/97v.

- zu erwarten ist, daß der Unternehmer oder dessen Rechtsnachfolger aus diesen Geschäftsverbindungen auch noch nach Auflösung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile ziehen kann, und
 - die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit den betreffenden Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.
2. Der Ausgleichsanspruch besteht auch dann, wenn das Vertragsverhältnis durch Tod des Handelsvertreters endet und die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen vorliegen.
3. Der Anspruch besteht nicht, wenn
- der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat, es sei denn, daß dem Unternehmer zurechenbare Umstände, auch wenn sie keinen wichtigen Grund nach § 22 darstellen, hiezu begründeten Anlaß gegeben haben oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit oder Gebrechen nicht zugemutet werden kann, oder
 - der Unternehmer das Vertragsverhältnis wegen eines schuldhaften, einen wichtigen Grund nach § 22 darstellenden Verhaltens des Handelsvertreters gekündigt oder vorzeitig aufgelöst hat oder
 - der Handelsvertreter gemäß einer aus Anlaß der Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffenen Vereinbarung mit dem Unternehmer, die Rechte und Pflichten, die er nach dem Vertrag hat, einem Dritten überbindet.
4. Der Ausgleichsanspruch beträgt mangels einer für den Handelsvertreter günstigeren Vereinbarung höchstens eine Jahresvergütung, die aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre errechnet wird. Hat das Vertragsverhältnis weniger als fünf Jahre gedauert, so ist der Durchschnitt der gesamten Vertragsdauer maßgeblich.
5. Der Handelsvertreter verliert den Ausgleichsanspruch, wenn er dem Unternehmer nicht innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mitgeteilt hat, daß er seine Rechte geltend macht.

a. Einleitung

§ 24 wurde aufgrund Artikel 17 der Richtlinie 86/653/EWG²¹ weitgehend neu gefasst. Entscheidend ist nun nunmehr, dass der Handelsvertreter neue Kunden zugeführt hat, gleichgültig ob er nur dafür angestellt war oder nicht. Neu ist auch, dass der Handelsvertreter einen Ausgleichsanspruch hat, wenn er bestehende Verbindungen wesentlich erweitert hat und der Unternehmer erhebliche Vorteile (nicht nur Vorteile) daraus ziehen kann. Die Jahresfrist zur Geltendmachung der Ansprüche entspricht Artikel 17 Absatz 5 der Richtlinie.

²¹ Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter (86/653/EWG).

Ein Kundenstock ist in der Regel ein wertbeständiges Aktivum eines Unternehmens. Neue Kunden, die der Handelsvertreter einem Unternehmen zuführt, erhöhen daher dessen Wert. Diese Werterhöhung soll mit dem Ausgleichsanspruch für den Handelsvertreter ausgeglichen werden. Es ist ein künftiger Anspruch des Handelsvertreters. Er ist schon während des Vertragsverhältnisses abtretbar, verpfändbar und pfändbar²².

b. Anspruch bei Beendigung des Vertrags

Der Ausgleichsanspruch wird mit der Beendigung des Vertrages ausgelöst. Dabei kommt es aber nicht auf den Ausspruch der Auflösung an, sondern auf das Ende des Vertragsverhältnisses. Aus welchem Grund dies erfolgte, ist gleichgültig. Der Ausgleichsanspruch gebührt daher auch für befristete und für einvernehmlich beendete Verträge. In der Praxis wird oft übersehen, dass der Ausgleichsanspruch auch für eine einvernehmliche Beendigung gilt und auch im Rahmen der einvernehmlichen Beendigung nicht darauf verzichtet werden kann. Mögliche Beendigung des Vertragsverhältnisses ohne Ausgleichsanspruch ist die fristlose Beendigung seitens des Unternehmers und danach die Unterfertigung einer Auflösungsvereinbarung. Mit einer einvernehmlichen Auflösungsvereinbarung lebt der Ausgleichsanspruch nach herrschender Meinung nicht wieder auf²³. Im umgekehrten Fall entsteht auch kein Ausgleichsanspruch wenn der Handelsvertreter zunächst selbst kündigt, und dann eine einvernehmliche Kündigung vereinbart wird, um die Kündigungsfrist zu verkürzen. Auch in diesem Fall lebt der Ausgleichsanspruch nicht wieder auf.

Eine Vertragsumwandlung ist in der Regel eine einvernehmliche Vertragsauflösung, wenn also z.B. der Handelsvertreter Angestellter des Unternehmens wird. Auch in diesem Fall lässt eine derartige einvernehmliche Auflösung den Ausgleichsanspruch entstehen.

Bei befristeten Verträgen entsteht der Ausgleichsanspruch mit Ablauf der Befristung. In der Praxis kommen oft automatische Verlängerungsklauseln vor. Verträge werden z.B. auf ein Jahr befristet abgeschlossen und verlängern sich jeweils um wieder eine vereinbarte befristete Dauer, wenn nicht mitgeteilt wird, dass die Parteien den Handelsvertretervertrag nicht fortsetzen wollen. Diese Verträge sind in Wahrheit unbefristete Vertragsverhältnisse mit besonderem Bestandschutz. Das Entstehen des Ausgleichsanspruchs hängt von den Umständen der Kündigung ab. Wenn der Handelsvertreter die stillschweigende Verlängerung z.B. durch eine entsprechende Mitteilung verhindert, entsteht ein Ausführungsanspruch nicht.

Konkurs des Unternehmers beendet das Vertreterverhältnis gemäß § 26 HVertrG *ex lege*. Ein Ausgleichsanspruch entsteht dann, wenn die Konkursmasse nach Beendigung aus den Geschäftsverbindungen erhebliche Vorteile ziehen kann. In der Regel wird dies der Fall sein, wenn das Unternehmen vom Masseverwalter fortgeführt wird. Der Ausgleichsanspruch muss aber als Konkursforderung geltend gemacht werden. Schließt der Masseverwalter aber bei Fortführung des Unternehmens einen neuen Vertretungsvertrag und wird dieser später aufgelöst, so entsteht ein Ausgleichsanspruch als Massforderung, weil er durch Rechtshandlung des Masseverwalters begründet wurde.

²² Petsche/Petsche-Demmel, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 24 Rz 4.

²³ Vgl. Petsche/Petsche-Demmel, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 24 Rz 11.

Konkurs des Handelsvertreters stellt nur einen wichtigen Grund dar, aus welchem der Unternehmer der Handelsvertretervertrag kündigen kann. Ein Ausgleichsanspruch wegen Konkurs des Handelsvertreters besteht daher grundsätzlich schon. Er kann nur dann entfallen, wenn den Handelsvertreter ein Verschulden am Konkurs trifft.

Eine Betriebsveräußerung des Unternehmens beendet das Vertragsverhältnis nicht per se. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters richtet sich primär gegen den veräußernden Unternehmer als Vertragspartner. Gemäß § 38 bis 40 UGB bzw. § 1409 ABGB kann er den Ausgleichsanspruch aber subsidiär auch gegen den Erwerber geltend machen. Nach den zitierten Bestimmungen haftet nämlich der Erwerber eines lebenden Unternehmens für alle im Betrieb des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen (§ 38 UGB) bzw. mit den übernommenen Aktiva (§ 1409 ABGB). § 38 UGB gilt jedoch nur, wenn das Unternehmen mit dem Beifügen eines Nachfolgezusatzes fortgeführt wird. § 1409 ABGB gilt nur für jene Verbindlichkeiten die der Übernehmer im Zeitpunkt der Übergabe kannte oder kennen musste. In der Regel kommt es daher zu keinem automatischen Übergang des Handelsvertretervertrages auf den Erwerber. Dies kann aber vereinbart werden. Es kommt dann nicht zu einer Vertragsbeendigung sondern zu einer Fortführung des bisherigen Verhältnisses. Bei Berechnung des Ausgleichsanspruchs sind aber auch die Geschäftsbeziehungen zu berücksichtigen, die aus der Zeit mit dem Veräußerer stammen und vom Erwerber weiter genutzt werden.

Änderungskündigungen sind grundsätzlich wie normale Kündigungen zu behandeln²⁴. Auch sie lösen daher einen Ausgleichsanspruch aus. Wenn der Handelsvertreter der vorgeschlagenen Änderung zustimmt, wird der Vertrag zu den geänderten Bedingungen aber fortgesetzt. Es kommt daher nicht zu einer Beendigung und der Ausgleichsanspruch entfällt. Wenn aber die Änderungen sehr tiefgreifend sind und das Verhältnis auf einer komplett anderen rechtlichen oder tatsächlichen Grundlage fortgesetzt werden soll, kann es zu einer Beendigung des Vertrages kommen und den Ausgleichsanspruch auslösen. Typischerweise kommt es zu keinem Ausgleichsanspruch wenn lediglich z.B. der Provisionssatz herabgesetzt wird. Andererseits kann es zu einem Ausgleichsanspruch kommen, wenn dem Vertreter durch eine Änderungskündigung ein von ihm aufgebauter Kundenstock weggenommen und z.B. auf einen anderen Vertreter übertragen wird.

Teilbeendigungen können unter Umständen ebenso einen Ausgleichsanspruch auflösen. Dies ist in der Praxis insbesondere für Bezirksverkleinerungen bzw. Verkleinerungen des Kundenstockes relevant. In diesen Fällen verliert nämlich der Handelsvertreter die Möglichkeit, die von ihm aufgebauten Beziehungen weiter zu nutzen und daraus Provisionen zu beziehen.

c. Fristen

Der Handelsvertreter muss die Ausgleichsansprüche binnen ein Jahr nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend machen. Die Frist kann durch jede außergerichtliche Verständigung gewahrt werden. Natürlich empfiehlt sich dafür die Schriftform.

²⁴ Dazu *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 24 Rz 34ff.

Klageerhebung ist aber nicht erforderlich²⁵. Es ist auch nicht erforderlich dass der Betrag genau beziffert wird, es reicht aber nicht aus, dass nur mitgeteilt wird, dass dem Handelsvertreter „Ansprüche“ zustehen. Derartige Ansprüche müssen nicht unbedingt Ausgleichsansprüche sein. Es handelt sich um eine materiell rechtliche Frist. Der Anspruch muss daher nicht nur abgesandt, sondern auch dem Unternehmer zugegangen sein. Abweichende Vereinbarungen sind nur zum Vorteil des Handelsvertreters zulässig.

Zu beachten ist, dass der Anspruch wie alle Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und dem Handelsvertreter in drei Jahren verjähren (vgl. § 18 HVertrG). Zu berücksichtigen ist auch § 16 HVertrG, welcher bestimmt, dass der Handelsvertreter vom Unternehmer zur Nachprüfung des Betrages der ihm zustehenden Provisionen einen Buchauszug verlangen kann. In der Regel wird der Anspruch schriftlich gestellt, Buchauszug verlangt und dann die vom Buchauszug ermittelte Summe eingefordert. Dies auch im Rahmen eines Gerichtsverfahrens mit der sogenannten Stufenklage.

d. Zurückbehaltungsrecht

Grundsätzlich hat der Handelsvertreter ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Unternehmer für seine fälligen Forderungen. Dies gilt auch für einen Ausgleichsanspruch. Zu beachten ist aber, dass das Zurückbehaltungsrecht des Handelsvertreters nach österreichischem Recht kann vertraglich ausgeschlossen werden kann.

e. Tod des Handelsvertreters

Der Ausgleichsanspruch gebührt bei Tod des Handelsvertreters seinen Erben. (§ 24 Abs. 2 HVertrG). Der Anspruch fällt als nicht höchstpersönliches Recht in den Nachlass und daher in die Erbmasse. Billigkeitserwägungen können hier keine Rolle spielen, weil diese auf die Person des Handelsvertreters abstellen und nicht auf seine Erben²⁶.

f. Zu den Anspruchsvoraussetzungen

Für das Entstehen des Anspruches müssen alle drei Voraussetzungen des 24 Abs. 1 HVertrG erfüllt sein:

- Erste Voraussetzung ist die Zuführung neuer Kunden oder die wesentliche Intensivierung der Geschäftsbeziehung mit Altkunden. Kunde ist derjenige, der eine Bestellung abgegeben hat. Ein Interessent ist kein Kunde. Der Begriff ist wirtschaftlich zu verstehen, trifft also auch auf jenen zu, der im Namen und auf Rechnung von Dritten bestellt (z.B. Architekt)²⁷. Der Kunde muss neu sein, also noch nicht mit dem Unternehmen in Geschäftsbeziehung gestanden haben. Neukunde ist auch, wer eine abgebrochene Geschäftsbeziehung wieder aufgenommen hat. Eine derartige Unterbrechung muss endgültig und definitiv abgebrochen gewesen sein.

²⁵ Vgl. RIS Rechtssatznummer RSO125310 unter Hinweis auf OGH 9 ObA 91/08k.

²⁶ Vgl. *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 24 Rz 115.

²⁷ OGH 1 Ob 609/89.

Auch die Frage der Wesentlichkeit lässt sich nur für den Einzelfall beantworten. Nach der Rechtsprechung ist eine Umsatzsteigerung wesentlich, wenn sich der Umsatz verdoppelt hat²⁸. Auch hier kommt es aber auch die Kausalität des Handelsvertreters an. Steigt der Umsatz lediglich aufgrund der Preisentwicklung, gebührt kein Ausgleichsanspruch.

Der Handelsvertreter muss kausal für den Geschäftsabschluss geworden sein. Mitursächlichkeit genügt. Ursächlichkeit ist aber z.B. dann zu verneinen, wenn der Handelsvertreter lediglich eine Bestellung entgegennimmt. Bei der Erweiterung einer bestehenden Geschäftsbeziehung liegt Ursächlichkeit dann vor, wenn es qualitative oder quantitative Mehrungen der Bestellungen bei Stammkunden gibt. Dabei wird in der Regel der Umsatz des Unternehmers im letzten Jahr vor Beginn des Handelsvertretervertrages mit dem Altkunden erzielte Umsatz mit jenem verglichen, in welchem der Handelsvertreter aktiv war. Dabei kommt es auf den Umsatz mit dem einzelnen Kunden an. Diese sind für jeden Kunden gesondert zu Prüfen.

- Zweite Voraussetzung ist, dass der Unternehmer erheblich Vorteile erwarten kann²⁹. Es kommt dabei darauf an, dass eine dauernde Geschäftsbeziehung entsteht. Als Indizien werden dafür laufende Betreuungs-, Beratungs-, Serviceverträge oder Ersatzteillieferungen gewertet. Ein Vorteil besteht für den Unternehmer dann, wenn er eine Aussicht auf weitere Nutzung oder eine Intensivierung der Beziehung erlangt. Hierbei kommt es aber nur auf die Möglichkeit an, nicht auf die tatsächliche Nutzung³⁰.

Vorteile müssen nicht ausschließlich in Form einer Umsatzsteigerung auftreten. Der Wert des Kundestockes schlägt sich auch bei einer Betriebsveräußerung oder Verpachtung nieder oder bei Einlage des Kundestockes als Sacheinlage in eine Gesellschaft erlangen. In all diesen Fällen erlangt der Unternehmer Vorteile aus der Arbeit des Handelsvertreters. Voraussetzung ist weiter, dass diese Vorteile erheblich sind. Diese Erheblichkeit bemisst sich nach Zahl der dem Unternehmer verbleibenden Neukunden bzw. der Höhe des erwartenden Umsatzes.

Diese Vorteile können entweder vom Unternehmer oder seinem Rechtsnachfolger erzielt werden. Dies darf aber nicht so verstanden werden, dass der Rechtsnachfolger auch den Ausgleich schuldet. Als vertraglicher Anspruch besteht der Ausgleichsanspruch nur gegenüber den Vertragspartnern³¹.

Hat der Unternehmer Aufwendungen zur Erhaltung des Vorteils zu tragen bzw. Kosten für einen neuen Handelsvertreter, schränken diese den Ausgleichsanspruch des alten Handelsvertreters nicht ein. Die Unternehmervorteile müssen zukünftige Vorteile sein. Sie dürfen nicht unmittelbar im Moment der Vertragsbeendigungen realisiert werden können. Es geht daher um eine Prognose für einen überschaubaren Zeitraum. Zu berücksichtigen sind branchentypische Bestellungsintervalle. Der Fortbestand der Geschäftsbeziehung wird vermutet, kann aber widerlegt werden.

- Letzte Voraussetzung ist, dass der Ausgleichsanspruch unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht. Dies ist einer Ermessensentscheidung des Gerichtes, die

²⁸ Vgl. OGH 20.02.2003, 6 Ob 170/02x.

²⁹ Dazu zuletzt OGH in 9 Ob 21/13y.

³⁰ RIS Rechtssatznummer RS0112456.

³¹ Außer der Erwerber haftet für den Ausgleich gesetzlich (gemäß § 1409 oder § 38 ff UGB) oder hat sich vertraglich dazu verpflichtet.

aber keine erhebliche Rechtsfrage aufwirft und damit nicht als außerordentliche Revision dem OGH vorgetragen werden kann. Mit Aufnahme der Billigkeit sollen die Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigt werden. Ein Beispiel derartiger Umstände sind Provisionsverluste des Handelsvertreters (vgl. § 24 Abs. 1 Z 3).

Andere im Rahmen der Billigkeit zu berücksichtigende Umstände sind z.B. besondere Vergünstigungen während des aufrechten Vertragsverhältnisses, Umstände bei der Vertragsbeendigung, Umsatzrückgänge wegen Vernachlässigung der Altkunden trotz Durchführung von Neukunden, Abwerbungen von Altkunden, Sogwirkungen anderer Produkte³².

g. Entfall des Ausgleichsanspruches

Andererseits nominiert § 24 Abs. 3 mehrere Umstände, die zum Entfall des Ausgleichsanspruches führen. Diese Umstände sind taxativ aufgezählt und betreffen:

- Kündigung des Handelsvertreters. Der Ausgleichanspruch entfällt, wenn der Handelsvertreter das Verhältnis auflöst, außer er löst dieses auf, wegen dem Unternehmer zurechenbaren Umstände oder weil dem Handelsvertreter die Fortsetzung wegen Alter, Krankheit oder Gebrechen nicht zugemutet werden kann.

Zurechenbar bedeutet aber nicht verschuldet. Auch ein vertragsgemäßes Verhalten kann daher begründeten Anlass zur Kündigung bzw. Auflösung darstellen. Dabei werden nicht so strenge Maßstäbe angewandt wie an die wichtigen Gründe im Sinne des § 22 Handelsvertretergesetz (Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages). Bei Kündigung oder Auflösung muss der Handelsvertreter grundsätzlich den Grund der Kündigung nicht mitteilen. Dazu gibt es keine Pflicht. Das „Nachschießen“ eines Grundes ist generell möglich. Akzeptiert der Handelsvertreter aber das Verhalten des Unternehmers während laufender Vertragszeit für eine gewisse Zeit, wird seine schlüssige Akzeptanz angenommen.

Liegen die Gründe aber in der Person des Handelsvertreters (Krankheit, Alter, Gebrechen) müssen diese nach herrschender Meinung im Zeitpunkt der Kündigung bekannt gegeben werden und können nicht nachgeschoben werden. Ansonsten gibt der Handelsvertreter zu erkennen, dass die Fortsetzung für ihn nicht unzumutbar ist. Die Kündigung aus persönlichen Gründen ist auf die individuelle Leistungsfähigkeit abzustellen. Eine Krankheit muss schwerwiegend, von nicht absehbarer Dauer und nicht durch Ersatzkräfte behebbar sein.

- Auflösung des Vertrages durch den Unternehmer aufgrund eines schuldhaften, einen wichtigen Grund gem. § 22 HVertrG darstellenden Grundes des Handelsvertreters³³; oder
- Überbindung der Rechte und Pflichten des Handelsvertreters an einen Dritten durch Vereinbarung mit dem Unternehmer (sogenannter „Vertretungskauf“). Da der Vertrag übernommen wird, kommt der vom Vorvertreter aufgebaute Kundenstock auch dem Nachvertreter zu. Es kommt nicht zu einer Vertragsbeendigung. In der Regel erhält der Vorvertreter eine Entschädigung für die Übernahme vom Nachvertreter. Er soll daher nicht doppelt begünstigt werden.

³² Vgl. *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 24 Rz 111.

³³ RIS Rechtssatznummer RSo124099 mit Hinweis auf OGH 3 Ob 114/13f.

h. Zur Höhe des Abfertigungsanspruches:

Die Provisionsverluste werden unter Berücksichtigung der Abwanderungsquote auf den Prognosezeitraum hochgerechnet. Üblicherweise wird zur Berechnung der Provisionsverluste auf die ausgleichsfähigen Verluste der letzten zwölf Monate zurückgegriffen. Bei der Prognoseerstellung werden außerdem die Abwanderungsquote und der Abwanderungszeitraum berücksichtigt. Maßgeblich sind die Jahresbruttoprovisionen. Hierbei werden neben Vermittlungsabschluss-, Übergangs- und Folgeprovisionen auch Bezirksverwaltung-, Delkredere-, Inkasso- und bereits verjährte Provisionen berücksichtigt³⁴. Auch umsatzbezogene Boni für Vermittlungstätigkeit sind einzubeziehen³⁵. Durchlaufposten (erstattete Mietkosten oder Lagergeld) und echte Aufwandsentschädigungen sind abzuziehen, wenn sie kein Entgelt darstellen. Ausgangsbasis sind die Provisionen der letzten 12 Monate aus Geschäften mit Neukunden und wesentlich erweiterten Altkunden.

Der Prognosezeitraum bestimmt sich danach, wie sich die Geschäftsverbindungen weiterentwickelt hätten, wenn der Vertretervertrag Fortbestand gehabt hätte³⁶. Nach der Rechtsprechung des OGH ist je nach den Verhältnissen des Einzelfalles ein 2-5jähriger Zeitraum anzusetzen. In der Praxis rechnet man grundsätzlich mit 4 Jahren³⁷. Üblicherweise wird von einer Prognosezeit von bis zu fünf Jahren ausgegangen. Dafür wird entweder für jedes Jahr eine Abwanderungsquote ermittelt oder eine durchschnittliche Abwanderungsquote für den gesamten Zeitraum. Die Abwanderungsquote stellt einen Prozentsatz der Kunden dar, die die Geschäftsbeziehung zum Unternehmer wieder abbrechen und daher nicht Stammkunden werden. Diese Quote wird nach Erfahrungswerten ermittelt (in der Regel 20 %)³⁸.

Dieser Betrag ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der Billigkeitsaspekte zu erhöhen und zu vermindern. Liegen Umstände vor, die aus Billigkeitsgesichtspunkten eine Minderung des Ausgleichsanspruchs rechtfertigen (z.B. Sogwirkung der Marke, Standort, Investitionen in den Standort, Vertragsdauer, Eigenverschulden an der Auflösung des Vertrags, Verwaltungsanteil), so verringert sich der Rohausgleich entsprechend.

Das Ergebnis wird abgezinst (idR 2-5%), weil der Vertreter die Leistung auf einmal erhält.

Der so ermittelte Betrag wird als Rohausgleich bezeichnet. Für diesen gilt die rechnerische Obergrenze des § 24 Abs. 4 HVertrG.

Insgesamt ist daher zweistufig vorzugehen: Zunächst ist der Ausgleichsbetrag an Hand der Kriterien des Abs. 1 Z 1 bis 3 zu messen und der Billigkeit entsprechend zu ermitteln. Dann ist zu prüfen ob der so bemessene Betrag den Höchstbetrag übersteigt und dementsprechend herabzusetzen ist. Grundlage der Bemessung des Ausgleichsanspruchs eines Handelsvertreters nach § 24 HVertrG sind daher allein die in Abs. 1 Z 1 bis 3 angeführten Kriterien. Der Höchstbetrag des

³⁴ Vgl. *Petsche/Petsche-Demmel*, Praxiskommentar zum Handelsvertretergesetz, 2008, § 24 Rz 124.

³⁵ RIS Rechtssatznummer RS0114266.

³⁶ Zum Prognosezeitraum RIS Rechtssatznummer RS0121118 und OGH in 9 Ob 32/11p mwH.

³⁷ Der OGH dazu: Wird etwa im Neuwagengeschäft das durchschnittliche Nachkaufintervall mit fünf Jahren angenommen (vgl BGH 22. 3. 2006, VIII ZR 173/04, wrp 2006, 759), muss für den Abschluss der entsprechenden Haftpflicht- und Kaskoversicherungen dasselbe gelten. Wird bei Wohnungs- oder Lebensversicherungen die durchschnittliche Laufzeit auch länger als fünf Jahre sein, spielt erfahrungsgemäß die Beständigkeit von Kundenbeziehungen in der Versicherungsbranche eine geringe Rolle; entscheidend für den Vertragsabschluss ist hier weniger das Vertrauen in den bisherigen Vertragspartner, als die im Vergleich zu Mitbewerbern gebotenen Konditionen (Urteil vom 09.08.2006 zu 4 Ob 65/06x).

³⁸ Die Festlegung eines Billigkeitsabzugs sowie der Abwanderungsquote liegt im richterlichen Schätzungsermessen gem. § 273 ZPO (vgl. 6 Ob 170/02x).

Abs. 4 dient ausschließlich der Begrenzung des zunächst nach Abs. 1 zu ermittelnden und ziffernmäßig zu bestimmenden Ausgleichsbetrages, wenn dieser höher sein sollte³⁹.

Der Ausgleichsbetrag darf höchstens eine aus dem Durchschnitt der letzten fünf Jahre zur errechneten Jahresvergütung betragen. Bei weniger als fünf Jahren wird die tatsächliche Vertragsdauer herangezogen. Als Beispiel dient folgende Berechnung: Der Durchschnitt der letzten 5 Jahresvergütungen beträgt € 80.000,00. Die Provisionseinnahmen aus Geschäften mit Neukunden und intensivierten Altkunden in den letzten 12 Monaten des Vertragsverhältnisses € 70.000,00. Angenommen werden (wie üblich) eine Abwanderungsquote in Höhe von 20% (also € 14.000,00 pro Jahr) und ein Abzinsungsfaktor von 4%.

	Errechnete hypothetische Provisionseinnahme minus Abwanderungsquote von 14.000,00	Abzinsung mit 4% wegen sofortiger Fälligkeit
1. Jahr	€ 56.000,00	€ 53.760,00
2. Jahr	€ 42.000,00	€ 40.320,00
3. Jahr	€ 28.000,00	€ 26.880,00
4. Jahr	€ 14.000,00	€ 13.440,00
Etwaige Berücksichtigung von Billigkeitsaspekten		€ 0,00
Rohausgleich		€ 134.400,00

Der Rohausgleich (€ 134.400,00) übersteigt die durchschnittliche Jahresvergütung (€ 80.000,00), sodass der Anspruch durch die Höchstgrenze limitiert wird.

5. Conclusio

Die Gesetzgebung Österreichs orientiert sich weitgehend an der Richtlinie 86/653/EWG. Österreich sieht insbesondere die Bestimmungen zum Ausgleichsanspruch als Eingriffsnormen. Dieser kommen daher zum Tragen, auch wenn die Parteien die Anwendbarkeit nicht österreichischen Rechtes vereinbart haben.

Die Durchsetzung des Ausgleichsanspruches erfolgt meist mit Stufenklage gem. Art 42 EGZPO: Der Kläger begehrt zunächst Bucheinsicht und Vorlage sämtlicher Unterlagen und in einem zweiten Schritt Zahlung des Ausgleichsanspruches aufgrund dieser Bucheinsicht.

Eine Vielzahl von Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zeigt, dass die Gerichte in diesem Rechtsbereich vielfach angerufen werden und es oberstgerichtliche Rechtsprechung zu vielen Detailfragen gibt. Trotz allem bleibt das Rechtsgebiet für den Rechtsanwender spannend: Vor allem die Berechnung des Ausgleichsanspruches enthält eine Vielzahl von Faktoren, die ohne genau Hinterfragung und Feststellung des Sachverhaltes leicht verloren gehen können.

³⁹ So ausdrücklich der OGH in 6 Ob 260/00d, Urteil vom 14.12.2000 oder auch Urteil vom 09.08.2006 zu 4 Ob 65/06x. Zuletzt auch in 9 ObA 129/10a.



La cessation du contrat d'agent commercial : l'indemnité compensatrice de fin de contrat en France

Martina Barcaroli des Varannes, Avocat aux Barreaux de Rome et de Paris

Sommario

Introduction	56
1. Contexte normatif de l'agent commercial en France	58
2. La durée du contrat	59
3. Contrats à durée déterminée	60
4. Contrats à durée indéterminée	61
5. Le droit à l'indemnité de fin de contrat	62
6. Quantification de l'indemnité de cessation de contrat	64

Introduction

La France et l'Italie sont des partenaires commerciaux de premier plan, malgré la grave crise financière et économique qui les a frappés. Constitué par un système économique différent, qui voit de grands groupes au niveau mondial pour la France et un important tissu de PME innovantes pour l'Italie, ces deux pays ont réalisé en juillet 2015 des échanges commerciaux d'une valeur de 52,6 milliards d'euros, dont 19,3 milliards d'euros d'exportations françaises en Italie, et 25,6 milliards d'euros d'importations françaises de l'Italie¹.

L'Italie reste donc en 2014 le second partenaire commercial de la France, son second client avec une part de marché équivalent à 8,2% des exportations mondiales, après l'Allemagne².

La présence des entreprises italiennes en France est constituée d'environ 1100 entreprises avec un capital Italien et autres 700 à capital mixte, pour un total de 1800 entreprises³.

La recherche de débouchés sur l'un et l'autre marchés suppose généralement de faire appel dans un premier temps aux services d'un agent commercial pour démarcher les acheteurs potentiels locaux.

L'agent commercial est un mandataire chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux, rémunéré par des commissions. L'implantation sur un nouveau marché et le choix d'un représentant constituent toutefois un pari risqué et les conditions de la cessation des relations avec le mandataire doivent toutefois être envisagées dès le départ.

¹ Statistiques de l'ICE sur les échanges Italie-France au Juillet 2015, http://actea.ice.it/tavole_paesi/T1_001.pdf.

² Rapport du Ministère des Affaires Etrangères sur La France et l'Italie 2015, <http://basedoc.diplomatie.gouv.fr/>.

³ Rapport AFII, Tableau de bord de l'attractivité de la France, 2014.

Sur ce point, le droit français et le droit italien prévoient des solutions différentes en matière d'indemnisation de l'agent commercial à l'issue de la résiliation du contrat d'agence.

Compte tenu de ces disparités, et notamment de la sévérité du régime français à cet égard, la rédaction et le choix des clauses du contrat d'agence commerciale entre la France et l'Italie revêtent une importance particulière. En particulier, le choix de la loi applicable et le choix des juridictions compétentes peuvent avoir des conséquences très importantes en pratique.

Cette question concerne aussi bien les entreprises françaises qui souhaitent faire appel aux services d'un agent commercial en Italie que les entreprises italiennes souhaitant s'adresser à un agent français. Les lignes qui suivent dressent un aperçu des règles concernant le calcul de l'indemnité de cessation des relations de l'agent commercial en France et mettent en garde les investisseurs étrangers sur certains dispositifs impératifs que ne pourront pas faire l'objet des dérogations ni conventionnelles ni législatives par rapport à la norme européenne.

1. Contexte normatif de l'agent commercial en France

Le droit de l'agence commerciale trouve sa première reconnaissance légale en France avec la loi du 18 juillet 1866 sur les courtiers de marchandises qui libéralise la représentation dans le commerce⁴. En 1958, est publié le décret du 23 décembre 1958⁵ introduisant une législation nationale sur le contrat d'agence commerciale.

Aujourd'hui, la réglementation relative aux agents commerciaux est intégrée dans le chapitre IV (*Des agents commerciaux*) du Livre III du Titre Ier du Code de Commerce (L 134-1 et suivants) qui codifie la loi N° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants, qui a son tour transpose la Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (ci-après, "la Directive"). Des dispositions relatives aux agents commerciaux sont également mentionnées dans la partie réglementaire du Code de Commerce (R 134-1 et suivants).

Aux termes de l'article L. 134-1, alinéa 1er, du Code de Commerce l'agent commercial "*est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale*".

L'agent commercial relève ainsi de la catégorie des intermédiaires commerciaux avec la particularité de n'être ni salarié ni commerçant⁶.

Nonobstant la transposition de la Directive, le droit de l'agence commerciale français n'échappe ni aux dispositifs d'origine coutumière fondés sur les règles relatives au mandat d'intérêt commun, ni aux principes du *Titre III du Code Civil (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général)*.

Les deux sources (le droit commun et la Directive) ont ainsi mêlé leurs apports pour faire du droit français de l'agence commerciale un droit impératif et un droit relevant de l'ordre public communautaire⁷.

La question de l'indemnité compensatrice de fin de rapport est souvent la pomme de discorde la plus fréquente lorsque un contrat d'agent commercial est régi par la loi française alors que le mandant appartient à un autre Pays Membre de l'UE ou s'il y d'autres éléments d'internationalité. En effet, la loi française de 1991 fait bénéficier l'agent commercial d'un statut particulièrement protecteur par rapport à d'autres Pays de l'Union Européenne.

⁴ Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000 relatif à l'ordonnance no 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce, JORF n°219 du 21 septembre 2000 page 14777.

⁵ Décret N° 58-1345 du 23 décembre 1958.

⁶ Cf. J.-B. BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, Ed. LGDJ, 2011.

⁷ J.-M. LELOUP, *Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale*, AJCA, Décembre 2014, p. 356.

Le législateur communautaire de 1986 a voulu poursuivre deux objectifs : protéger les intérêts des agents commerciaux et harmoniser les conditions de concurrence entre Pays Membres. A cette fin, la Directive assortit un grand nombre de ses dispositions d'un caractère impératif. L'indemnité compensatrice de fin de rapport est une mesure primordiale de la Directive ayant une portée impérative.

Paradoxalement les normes introduites par la Directive sur cette question (article 17) offrent aux Pays Membres l'alternative de reconnaître à l'agent un droit à réparation du préjudice né de la fin du contrat qui le lie au mandant (le soi-disant « système de la réparation » conforme à la tradition française prévu au §3 de l'article 17⁸), soit payer à l'agent une indemnité liée à la perte de la clientèle qu'il s'est constituée dans le cadre de l'exécution du contrat d'agence (le soi-disant « système de l'indemnité » conforme à la tradition allemande prévu au §2 de l'article 17⁹).

La Directive, en laissant aux Etats Membres le choix entre deux systèmes juridiques différents sur le calcul de l'indemnité de fin de rapport de l'agent, fait comme Zeus avec le jugement de Pâris, qui, en attribuant la *pomme d'or* avec la mention « Pour la plus belle » à Aphrodite, déclenche la terrible guerre de Troie. Or, l'harmonisation *a minima* du droit de l'agence commerciale assurée par la Directive se heurte souvent avec un réel besoin de "paix" et sécurité juridique en laissant ainsi aux juges nationaux le soin de mettre en œuvre la règle choisie dans leur propre Pays.

La présente analyse se limitera ainsi à décrire le mécanisme d'indemnisation de l'agent commercial à l'occasion de la rupture de son contrat quand celui-ci est régi par le droit français.

2. La durée du contrat

Le contrat d'agent commercial peut être librement conclu, soit pour une durée déterminée, soit pour une durée indéterminée. Cette possibilité est implicitement reconnue par l'article L 134-11, alinéa 1 du Code de commerce qui dispose à ce sujet :

« *Un contrat à durée déterminée qui continue à être exécuté par les deux parties après son terme est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée.* » Ainsi, outre le fait qu'ils sont libres de conclure un contrat à durée déterminée s'ils en sont d'accord et de fixer la durée de ce contrat comme bon leur semble, un mandant et son agent commercial peuvent également librement arrêter les modalités de renouvellement éventuel de ce contrat.

Le contrat peut prévoir qu'à son terme il se transformera en contrat à durée indéterminée suivant le principe posé par l'article L 134-11 précité ou, au contraire, qu'il se renouvellera pour une nouvelle période de même durée que la période initiale, voire pour une durée différente et ce, le cas échéant, en prévoyant également un nombre limité ou illimité de renouvellements ainsi qu'un délai de prévenance si l'une des parties ne souhaite pas renouveler le contrat.

La différence entre contrat à durée déterminée et à durée indéterminée a trait à l'existence ou non d'un préavis obligatoire.

⁸ *Rapport sur l'application de l'article 17 de la directive du Conseil relative à la coordination des droits des Etats Membres concernant les agents commerciaux indépendants (86/653/CEE)*, pp. 7 ss. Voir pour la théorie de l'indemnité de cessation de contrat, J.-M. LELOUP, *Les agents commerciaux*, 6ème Ed., Paris, Delmas, 2005.

⁹ *Ibidem*.

3. Contrats à durée déterminée

En droit français, lorsqu'un contrat d'agent commercial à durée déterminée n'est pas renouvelé, il prend nécessairement fin à l'arrivée du terme stipulé, sans qu'il faille respecter un délai de préavis¹⁰. La Loi de 1991 reprend à la lettre l'article 14 de la Directive en prévoyant que l'obligation du préavis concerne uniquement la résiliation du contrat à durée indéterminée sauf si le contrat à durée déterminée a continué à être exécuté par les deux parties après son terme et est ainsi réputé transformé en un contrat à durée indéterminée (article L. 134-11, alinéa 1 du Code de commerce)¹¹. Dans cette dernière hypothèse, le droit français, en ligne avec l'article 15, paragraphe 6 de la Directive, prend en compte, pour le calcul de ce préavis, la durée des contrats à durée déterminée qui se sont transformés en contrats à durée indéterminée du fait de la poursuite de leur exécution. En application de l'article L. 134-11, alinéa 2 du Code de commerce « le calcul de la durée du préavis tient compte de la période à durée déterminée qui précède ».

La jurisprudence récente de la Cour de Cassation¹² a exclu, par contre, l'application éventuelle de la norme de droit commun concernant la rupture des relations commerciales établies qui impose le respect d'un préavis tenant compte de la durée de la relation commerciale pour des contrats successivement renouvelés (article L. 442-6-I-5° du Code de commerce)¹³ ce qui aurait permis au mandataire de bénéficier d'un préavis très long pouvant atteindre 12 à 24 mois en fonction de l'ancienneté des relations¹⁴. Le contrat à durée déterminée non renouvelé¹⁵ prend ainsi fin à l'échéance sans besoin de le résilier¹⁶.

Par contre, la cessation du contrat d'agent commercial, même à durée déterminée, donne droit, à réparation du préjudice résultant de la perte pour l'avenir des revenus tirés de l'exploitation de la clientèle commune comme il sera expliqué ci-après (application de l'article L 134-12) tandis que le caractère anticipé de cette cessation donne droit, à réparation du préjudice résultant de la perte des commissions jusqu'à la date conventionnellement prévue¹⁷.

¹⁰ CA de Rouen, 2ème Ch. Civ., 14 mai 1998, *Delamare c/ BTR Valves*.

¹¹ Cass. civ. 1er, 15 novembre 2005, n°02-21.366, Bulletin civ. I, n°413.

¹² Cass. com., 3 avril 2012, n°11-13.527, Bull. civ. IV, n°71.

¹³ L'article L. 442-6-I-5° du code de commerce prévoit qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (dans le sens large) : « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ; Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ».

¹⁴ Cf. L. VOGEL, *Les agents commerciaux en Europe, échec de l'harmonisation ?*, Ed. Panthéon-Assas, 2012, pp. 125 et ss.

¹⁵ Cette règle s'applique aussi aux CDD avec une clause contenant une limitation du nombre des reconductions.

¹⁶ Voir pour tous, J.-M. LELOUP, *Agents commerciaux (Statuts juridiques. Stratégies professionnelles)*, 5e éd. In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 54 N°3, Juillet-septembre 2002. pp. 886-887.

¹⁷ Cass. com., 23 avril 2003, n°01-15.639, Bulletin 2003 IV n° 55. Voir également Cass. com., 21 juin 2011, n°10-19.902, non publié au Bulletin.

4. Contrats à durée indéterminée

La loi impose, sauf faute grave ou force majeure, dans tout contrat d'agence à durée indéterminée un préavis d'un mois pour la première année du contrat, de deux mois pour la deuxième année et de trois mois ensuite (article L. 134-11, alinéa 3 du Code de commerce). De même, le préavis est de trois mois si le contrat était dans sa troisième année d'exécution¹⁸.

Le préjudice causé par le non-respect de ce préavis pourra donner lieu au paiement d'une indemnité autonome. Dans ce cas, le délai de déchéance d'un an qui est imposé à l'agent par l'article L. 134-12 du Code de commerce pour faire valoir ses droits à indemnité n'est pas applicable¹⁹.

Selon l'alinéa 4 de l'article L. 134-11 du Code de commerce « *les parties ne peuvent convenir de délais plus courts* » en ligne avec l'article 15, paragraphe 3 de la Directive. Le législateur français a fixé un caractère minimal obligatoire du délai de préavis pour des raisons de protection sociale, de concurrence et de sécurité juridique²⁰.

D'autre part, il est possible de convenir de délais plus longs à condition de respecter la règle selon laquelle « *le délai de préavis prévu pour le mandant ne doit pas être plus court que celui qui est prévu pour l'agent* » (article L. 134-11, alinéa 4 du Code de commerce).

Il est important de souligner que le législateur national a frappé du sceau de l'impérativité cette norme du préavis minimum réciproque. Par conséquent, toute clause ou convention contraire est réputée non écrite (article L. 134-16, alinéa 4 du Code de commerce). Cela a été fait dans le souci de protéger la finalité économique du contrat d'agence, c'est-à-dire le maintien d'un équilibre dans les rapports de force entre mandant et agent²¹.

¹⁸ Cass. com. 2 novembre 2011, n° 10-22.859, RJDA 2011 n° 152, dans *Contrats, Concurrence, Consommation 2012*, comm. 39, obs. N. MATHEY.

¹⁹ Cass. com. 11 mars 2008, n° 07-10.590, Bull. civ. IV, n° 55, D. 2008, p. 913, obs. E. CHEVRIER, JCP G 2008, IV, n° 1713.

²⁰ Rapport sur le projet de loi sur le mandat et l'agent commercial, dit « Rapport Huchon », 11 avril 1991, *Sénat*, n° 268, p. 24.

²¹ J.-M. LELOUP, *Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale*, op. cit., pp. 356 et ss.

5. Le droit à l'indemnité de fin de contrat

Inspirée de la tradition juridique française, l'option de l'indemnité réparatrice du préjudice subi par l'agent prévue par l'article 17 paragraphe 3 de la Directive a été fidèlement reprise dans la loi de 1991. Le droit à l'indemnité de cessation de contrat est une disposition légale d'ordre public établie dans l'intérêt de l'agent car ce dernier reste la partie la plus économiquement exposée au risque de la révocation du mandat²².

L'indemnité compensatrice du préjudice subi est due à l'agent « *en cas de cessation de ses relations avec le mandant* » (article L. 134-12, alinéa 1 du Code de commerce), quelle que soit la durée du contrat²³. Cette disposition jouit d'une force juridique tout à fait considérable rendant illégales deux ordres de pratiques (et donc réputées non écrites)²⁴ : la première, toute clause qui permet une évaluation par anticipation de l'indemnisation de l'agent ; la deuxième, toute clause qui limite l'indemnité compensatrice à la valeur revenant personnellement à l'agent dans l'apport, la création ou le développement de clientèle. La première pratique est frappée de nullité étant celle-ci considérée comme une forfaitisation de l'indemnité de fin de contrat alors que cela ne serait pas possible pour son caractère réparateur propre au système français. L'illégalité de la deuxième pratique par contre serait due, dans l'esprit des juges, au fait qu'elle empêcherait de réparer l'intégralité du préjudice éprouvé par l'agent qui est considéré beaucoup plus ample²⁵.

En contrepartie, l'agent commercial, pour bénéficier de l'indemnité, est soumis à deux obligations. En premier lieu, l'agent a une année seulement, à compter de la cessation du contrat, pour « *notifier au mandant qu'il entend faire valoir ses droits* » (article L. 134-12, alinéa 2 du Code de commerce). Cette exigence, d'origine jurisprudentielle, entraîne une déchéance du droit à réparation de l'agent, non une prescription extinctive de son action²⁶. En deuxième lieu, en application de l'article 1315 du Code civil, c'est au mandataire qu'incombe la charge de la preuve pour justifier sa demande d'indemnisation et il devra produire tout élément comptable utile dont les factures et extraits du grand livre client certifiés conformés²⁷.

De plus, l'article L134-13 écarte cette indemnisation dans trois cas :

1. Cessation provoquée par la faute grave de l'agent commercial (article L. 134-13 alinéa 1^{er} du Code de commerce) dont la preuve incombe au mandant. La jurisprudence a défini cette faute comme « *celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat d'intérêt commun et rend*

²² Article L. 134-16, alinéa 4 du Code de commerce. Sur les raisons de cette impérativité cfr. J.-M. LELOUP, *Les traits fondamentaux du droit de l'agence commerciale*, op. cit., pp. 356 et sss.

²³ Cass. com. 3 octobre 2006, n° 05-10.127, www.legifrance.gouv.fr.

²⁴ CA Paris, 26 mars 2015, JurisData n°2015-007319.

²⁵ Cass. com. 21 octobre 2014, n° 13-18.370, D. 2014, p. 2173, obs. E. CHEVRIER.

²⁶ Cass. com. 18 mai 2005, n° 03-20.820, Bull.civ. IV, n° 102, D. 2005, p. 1475, obs. E. CHEVRIER.

²⁷ Cass. com. 19 décembre 2000, n° 97-10.919, www.legifrance.fr. Dans ce sens voir Cf. L. VOGEL, *Les agents commerciaux en Europe*, op. cit., p. 137.

impossible le maintien du lien contractuel »²⁸. Dans la pratique, la faute grave ne résulte pas du seul fait que l'agent n'a pas atteint le quota d'opérations que lui demandait de réaliser la convention, et cela même si le contrat avait pris soin de qualifier ce manquement de faute grave. Il appartient en effet, au seul juge de procéder à une telle qualification²⁹.

2. Cessation résultant de l'initiative de l'agent (par exemple une démission), à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent, par suite desquels la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée³⁰.
3. La cession par l'agent commercial de ses droits à un tiers, selon un accord avec le mandant (article L. 134-13 alinéa 3 du Code de commerce).

Il convient également de souligner que l'article L 134-12 du Code de commerce ne permet pas à l'agent de prétendre à être indemnisé à la fois du préjudice causé par la cessation des relations contractuelles et de la perte de clientèle. La perte de clientèle peut être une composante du préjudice que lui cause la cessation du contrat mais elle n'est pas distincte de celui-ci³¹.

De même, la Cour de Cassation a jugé que le préjudice subi par l'agent commercial qui cesse ses fonctions, sans agrément par le mandant du successeur présenté par lui, est déjà réparé par l'indemnité de fin de contrat, laquelle, étant destinée à réparer le préjudice résultant pour lui de la cessation de ses fonctions, prend nécessairement en compte la perte du droit de présentation d'un successeur du fait de la non-transmission du contrat³².

Enfin, récemment, la Cour de Cassation a jugé que le droit à indemnité s'appliquait lorsque la convention d'agence commerciale était définitivement conclue et non lors de la rupture d'une simple période d'essai³³.

Par ailleurs, conformément au droit commun des contrats, la résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée avant l'arrivée du terme engage la responsabilité de son auteur et donne lieu à des dommages et intérêts (article 1184 du Code civil) comprenant la perte éprouvée par la victime et le gain dont il a été privé (article 1151 du Code civil). Ces dommages et intérêts peuvent se cumuler avec l'indemnité due au titre de l'article L. 134-12 du Code de commerce.

²⁸ Cass. com. 15 octobre 2002, n° 00-18.122, *Contrats, Concurrence, Consommation*, 2003, p. 13, obs. N. LEVENEUR.

²⁹ Cass. com. 13 novembre 1990, n° 89-16448, *www.legifrance.com* ; Cass. com., 28 mai 2002, 00-16.857, Bulletin 2002 IV N° 91 p. 98.

³⁰ Cass. com., 4 décembre 2014, n° 11-28.224, *www.legifrance.com*.

³¹ Cass. com. 25 juin 2002, n° 1257, RJA 2002, n° 1260.

³² Cass. com., 9 décembre 2014, 13-23.309, Publié au bulletin.

³³ Cass. com., 23 juin 2015, 14-17.894, Publié au bulletin.

6. Quantification de l'indemnité de cessation de contrat

Alors que la Directive fixe un plafond pour l'indemnité compensatrice de l'apport de clientèle, elle ne donne aucune précision concernant l'évaluation de l'indemnité réparatrice du préjudice. Elle se borne cependant à offrir des critères généraux de quantification, notamment (article 17, paragraphe 3 de la Directive) en précisant que le préjudice découle notamment de l'intervention de la cessation dans des conditions qui privent l'agent commercial des commissions dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier tout en procurant au commettant des avantages substantiels liés à l'activité de l'agent commercial et/ou qui n'ont pas permis à l'agent commercial d'amortir les frais et dépenses qu'il a engagés pour l'exécution du contrat sur la recommandation du commettant. Le Code de Commerce est encore plus succinct³⁴.

La Cour de Cassation a jugé « *que l'indemnité de cessation de contrat due à l'agent commercial a pour objet de réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature* »³⁵.

Il doit s'agir d'une réparation intégrale du dommage excluant un plafond³⁶ prédéterminé dans le contrat d'agence commerciale.

Ce montant est estimé souverainement par les juges du fond (cours d'appel et tribunaux)³⁷.

En pratique, les juridictions évaluent fréquemment l'indemnité à deux ans de commissions brutes. Cette tendance jurisprudentielle d'indexer l'indemnité de cessation du contrat d'agent au montant des commissions perçues a conduit certains auteurs à suggérer qu'il ne s'agit pas réellement d'une indemnité réparatrice intégrale du préjudice³⁸.

Lors de cette évaluation, les juges prennent en compte l'ensemble des rémunérations acquises par l'agent lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties³⁹, dont les commissions pour les ventes réalisées à la demande du mandant hors du secteur attribué⁴⁰ et les frais d'entreposage des produits vendus⁴¹. Dans cette évaluation n'a, par contre, pas été prise en compte une rémunération perçue au titre de l'activité d'importation dès lors que cette dernière était une simple faculté accordée à l'agent qui ne pouvait être considérée comme accessoire à l'activité d'agent commercial.

³⁴ L'article L. 134-12 du Code de commerce se limite à préciser qu' « *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* ».

³⁵ Cass. com., 5 avril 2005, n° 03-15.228, Publié au Bulletin.

³⁶ La clause limitant l'indemnité prévue à l'art. L. 134-12 C. com. à la valeur revenant personnellement à l'agent commercial dans l'apport, la création ou le développement de la clientèle, empêche l'indemnisation entière du préjudice éprouvé par l'agent et qu'elle doit donc être réputée non écrite (CA Paris, 25 février 2004, n° 03-7583).

³⁷ Cass. com., 3 mars 2009, 07-21.586.

³⁸ Voir M. MEKKI, *Mandat. Définition et caractères distinctifs*, JurisClasseur Contrats-Distribution, fasc. 3500, 2004. Cf. D. FERRE et R. PIHERY, *La preuve de la faute grave et l'évaluation des indemnités*, op. cit., p. 365.

³⁹ Cass. comm. 5 avril 2005, n° 03-15.228, Bull.civ. IV, n° 76, D. 2005, p. 1150, obs. E. CHEVRIER.

⁴⁰ Cass. comm. 20 mars 1972, JPC 1973, II, p. 17297.

⁴¹ Cass. comm. 1 décembre 1981, n° 80-14.162, Bull.civ. IV, n° 418.

Cependant, certaines jurisprudences récentes, s'éloignant de la tradition énoncée, fixent des montants d'indemnisation inférieurs à deux ans de commissions, pour tenir en compte par exemple de la brièveté des relations⁴².

Un récent arrêt de la Cour de Cassation semble exclure le versement de l'indemnité de l'article L 134-12 en l'absence de commissions perçues par le mandataire⁴³.

D'un point de vue fiscal, la Cour de Cassation a jugé⁴⁴ que l'assujettissement à l'impôt de l'indemnité de cessation de contrat d'agent commercial ne constitue pas un préjudice.

Le juge administratif⁴⁵ considère que l'indemnité compensatrice versée à un agent commercial n'est pas imposable à la TVA dès lors que la reprise par le mandant de la clientèle acquise par cet agent commercial durant la période d'exécution du contrat d'agence ne caractérise pas une prestation individualisée de services entrant dans le champ d'application de la taxe.

La fixation du montant de l'indemnité de cessation de contrat à deux ans de rémunération est ancienne et poursuivie de façon constante par la jurisprudence depuis les années 30 jusqu'à nos jours⁴⁶. Les débats parlementaires lors de l'approbation de la loi du 25 juin 1991 ont montré la volonté unanime du législateur français d'adhérer à l'option en faveur de l'article 17-3 de la Directive du 1986 sans laisser aucun doute sur la ratio ultime du dispositif français, soit de « respecter la tradition juridique et commerciale [française] » et de « protéger plus efficacement les agents »⁴⁷.

Faute d'apparaître draconienne, la discipline française en matière d'indemnité compensatrice a été ultérieurement encadré au profit de l'agent en rappelant que celle-ci est une « créance légale d'ordre public économique » et qu'aucune autre cause exonératrice (autres que celles énoncées à l'article 134-13 du Code de commerce) ne peut être prise en compte pour faire échapper le mandant à son obligation d'indemnisation, quand bien même celle-ci revêtirait les caractères de la force majeure⁴⁸.

⁴² Cour d'appel de Grenoble, 10 janvier 2013, n° 10/00514, JurisData n° 2013-000232 ; Cour d'appel de Paris, 6 septembre 2012, n° 10/16975, RDLC 2013, n 1, p. 102, obs. D. FERRE.

⁴³ Cass. com. 4 novembre 2014, n° 13-18.024, www.legifrance.fr.

⁴⁴ Cass. com., 15 septembre 2009, 08-16.696, Publié au bulletin.

⁴⁵ CAA Nancy, arrêt du 29 novembre 2007, SARL ACB, n° 06NCO0762.

⁴⁶ Voir pour un excursus de la jurisprudence des années 30 jusqu'à celle des années 2000 J-M. LELOUP, Les agents commerciaux, 2016-2017, pp. 353-356.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ CA Paris, 26 mars 2015, JurisData n°2015-007319.



Die Beendigung eines Handelsvertretungsverhältnisses und der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters nach deutschem Recht

Christian Huber, Rechtsanwalt

Sommario

I. Zweck und Inhalt der gesetzlichen Regelungen (legislation) nach §§ 89, 89 b HGB	68
1. Anwendungsbereich	68
2. Begriff des Handelsvertreters	68
3. Anwendbares Recht und Gerichtsstand	69
II. Vertragsbeendigung (Duration of the contract)	72
1. Allgemeines zum Vertragsende	72
2. Befristete Verträge (Fixed-term contract)	72
3. Unbefristete Verträge (Open-ended contract)	72
4. Kettenvertragsverhältnisse (Chain contracts)	73
5. Fristlose Kündigung	73
6. Vertragliche Regelung zum Kündigungsrecht (Contract termination terms and conditions)	74
III. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters (Agent's right to termination indemnity and/or compensation and parameters for quantification)	74
1. Systematische Stellung und Entstehungsgeschichte	74
2. Tatbestandsmerkmale der aktuellen gesetzlichen Regelung in § 89 b Abs. 1 HGB	77
3. Begrenzung des Ausgleichsanspruches nach § 89 b Abs. 2 HGB	85
4. Ausschluss des Ausgleichsanspruches § 89 b Abs. 3 HGB	86
5. Anmeldefrist und Verjährung	89
6. Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruches	90

I. Zweck und Inhalt der gesetzlichen Regelungen (legislation) nach §§ 89, 89 b HGB

1. Anwendungsbereich

Die Regelungen des deutschen Rechtes, welche sich mit der Beendigung eines Handelsvertretungsverhältnisses und dem hieraus dem Handelsvertreter unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen zustehenden Ausgleichsanspruch befassen, entsprechen der Richtlinie der Europäischen Union vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter (VO 86/653/EWG). Die Handelsvertreterrichtlinie gilt seit 2.5.1998 auch für die EFTA-Staaten.

Sie sind auf *Handelsvertreter* anwendbar.

Hieraus ergibt sich dann die Beschränkung ihres Anwendungsbereiches nach der Definition des Begriffes „*Handelsvertreter*“.

2. Begriff des Handelsvertreters

Die Definition „Handelsvertreter“ in § 84 des Handelsgesetzbuches entspricht bis auf die Begrenzung des Geschäftsbereiches (Verkauf oder Ankauf von Waren) der Regelung in Art. 1 Abs. 2 der EU-Richtlinie vom 18.12.1986.

Handelsvertreter ist, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen (Unternehmer) Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen.

Die EU-Richtlinie schließt in Art. 1 Abs. 3 bestimmte Gruppen von Personen, die Vermittlungstätigkeit durchführen, ausdrücklich von dem Begriff des Handelsvertreters aus. Dies betrifft

- eine Person, die als Organ befugt ist, für eine Gesellschaft oder Vereinigung verbindlich zu handeln – Geschäftsführer einer GmbH, der für die Gesellschaft Geschäfte vermittelt, desgleichen der Vorstand einer AG;
- einen Gesellschafter, der rechtlich befugt ist, für die anderen Gesellschafter verbindlich zu handeln – Gesellschafter einer OHG, Komplementär einer KG,
- Zwangsverwalter/gerichtlich bestellte Vermögensverwalter – gerichtlich bestellte Betreuer, Liquidatoren, Insolvenzverwalter.

Diese Personen gelten nicht als Handelsvertreter, auch wenn sie selbstständig in Ausübung ihrer Funktionen Geschäfte vermitteln könnten.

Nach deutschem Recht werden diese Personen häufig auch keine Handelsvertreter sein, weil die Vermittlungstätigkeit in aller Regel dann nicht in *selbstständigem* Gewerbe „für einen *anderen*“ Unternehmer erfolgen wird.

Das deutsche Recht strukturiert dann die Definition von Handelsvertreter in § 84 Abs. Satz 1 HGB durch eine weitere Erläuterung:

„Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“

Diese Definition ist in der deutschen Arbeits- und Sozialrechtslehre und Rechtsprechung Grundlage für die Abgrenzung zwischen selbstständig und unselbstständig. Maßgeblich ist hierbei auf die *persönliche* und *zeitliche* Selbstständigkeit abzustellen. Handelsvertreter ist demnach *nicht*, wer bei Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit für einen *anderen* Unternehmer *hinsichtlich* Ort und Zeit persönlich gebunden ist oder durch entsprechende Weisungen des Unternehmers persönlich gebunden werden kann. Eine solche durch entsprechende vertragliche oder faktische Gestaltung unselbstständige Person gilt als Angestellter (§ 84 Abs. 2 HGB).

Die Selbstständigkeit des Handelsvertreters wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass er in Ansehung der kaufmännischen Entscheidung des vertretenen Unternehmers gebunden ist. Dies beinhaltet insbesondere konkrete Weisungen zu den zu vermittelnden Geschäften, dem Inhalt dieser Geschäfte, den zu besuchenden Kunden und Interessenten und zu den erforderlichen Berichten (§ 86 Abs. 2 HGB). Erst wenn solche Weisungen des Unternehmers den Handelsvertreter persönlich und zeitlich unselbstständig machen, gilt er zwingend als Angestellter. Da dies für den Unternehmer erhebliche nachteilige Konsequenzen in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht haben kann, ist gegebenenfalls zu empfehlen, bei Zweifel von der zuständigen Sozialversicherungsbehörde in Deutschland ein Statusfeststellungsverfahren einzuleiten. Gilt eine mit der Vermittlung von Geschäften betraute Person nach den vorstehenden Kriterien als Angestellter, so hat er keinen Ausgleichsanspruch. Er ist dann allerdings durch arbeitsrechtliche Schutzvorschriften abgesichert (z. B. Kündigungsschutzgesetz).

Nach der Klarstellung zum Anwendungsbereich in Bezug auf die Definition „Handelsvertreter“ sei auf den Anwendungsbereich des Rechtes und des Gerichtsstandes hingewiesen:

3. Anwendbares Recht und Gerichtsstand

a. Anwendbares Recht bei internationalen Handelsvertreterverträgen

Bei der Feststellung des Anwendungsbereiches der §§ 89, 89 b HGB (*Beendigung des Vertragsverhältnisses, Ausgleichsanspruch*) ist zu beachten, dass in der Regel – wenn von den Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wurde – auf eine in Deutschland für einen außerhalb Deutschlands ansässigen Unternehmer mit der Geschäftsvermittlung betraute und dort ansässige Person (in Deutschland ansässiger Handelsvertreter) das deutsche Recht anzuwenden ist (Verordnung EG, Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht – Rom I – Artikel 4 b und f; Artikel 8 Abs. 2). Abgestellt wird dabei auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Handelsvertreters. Handelt es sich bei dem Handelsvertreter um eine Gesellschaft, eine juristische Person, gilt der Sitz der Hauptverwaltung. Die VO gilt für nach dem 17.12.2009 geschlossene Verträge. Für vorher geschlossene Verträge gelten nach wie vor die Art.27 ff. EGBGB (materielle deutsche IPR-Regelungen).

b. Gerichtsstände bei Geltung der EuGVVO/Brüssel I a

Im Bereich der EuGVVO (Verordnung EG Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, zuletzt am 10. Januar 2015 von der VO EU, Nr. 1215 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 351, S.1, kurz „Brüssel Ia –VO“ ersetzt und aufgehoben), ist bei Streitigkeiten ein allgemeiner Gerichtsstand am Wohnsitz der Person (*unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit*) bzw. am Sitz der Gesellschaft und juristischen Person gegeben (Art. 2, 60 EuGVVO), die verklagt wird. Sachlich gilt diese VO für Zivil- oder Handelssachen, zeitlich ist sie anwendbar für alle Klagen, die nach dem 1. März 2002 erhoben wurden. Bei Benennung der Regelungen der EuGVVO gilt jeweils die VO in ihrer Neufassung, die auch als Brüssel -I a –VO bezeichnet wird/werden kann. Sie gilt im Handelsvertreterrecht wechselseitig etwa für einen italienischen Unternehmer bei einem Vertragsverhältnis mit einem deutschen Handelsvertreter wie für einen italienischen Handelsvertreter und einem deutschen Unternehmer.

Daneben gibt es u.a. die Zuständigkeit des Gerichtsstandes des Erfüllungsortes des betroffenen Vertrages (Art. 5 EuGVVO). Da der Erfüllungsort für Dienstleistungsverträge mannigfaltiger Art (die Tätigkeit des Handelsvertreters wird als Dienstleistungsverhältnis qualifiziert) am Sitz des Dienstleistenden (der Handelsvertreter ist Dienstleister) liegt, ist an seinem (Wohn)Sitz dann dort der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gegeben. Bei Provisionszahlungsansprüchen wie bei Ausgleichszahlungsansprüchen gem. § 89 b HGB, hier zunächst thematisch vorgegeben, liegt eine zu erfüllende Geldschuld zugrunde, die am Erfüllungsort zu erfüllen ist, etwa im Falle einer eingeklagten Geldschuld des Unternehmers, so bei Provisionen und Ausgleichszahlungen. Also in der Regel eine Wahlzuständigkeit des italienischen Gerichtes am Sitz des „italienischen“ Unternehmers als auch am Tätigkeitsort/Dienstleistungsort des Handelsvertreters in Deutschland (Art. 2, 60 EuGVVO, Artikel 5 Ziffer 1 EuGVVO). Im Falle der Erbringung von Dienstleistungen ist der tatsächliche Erbringungsort relevant.

Ist der „deutsche“ Handelsvertreter in mehreren Staaten tätig, bestimmt sich der Erfüllungsort und damit der Gerichtsstand gem. EuGVVO nach dem Schwerpunkt seiner Tätigkeit.

Damit eröffnet Art. 5 Abs. 1 lit.b EuGVVO den Erfüllungsortsgerichtsstand auch für die Zahlungsklage am Erbringungsort der Dienstleistung, hier der Dienstleistung des Handelsvertreters, auch wo diese nach Vertrag hätte erbracht werden sollen. Diese Vorschrift schafft einen Erfüllungsort für *alle Verpflichtungen* aus einem solehen Vertrag, also *auch für entsprechende Zahlungsklagen*.

Den Gerichtsstandsregelungen der EuGVVO gehen Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen den Parteien vor. Eine Gerichtsstandsvereinbarung und eine Vereinbarung über den Erfüllungsort, wie: *„...Gerichtsstand und Erfüllungsort für alle Verbindlichkeiten aus diesem Vertrag ist ausschließlich der Sitz des...Unternehmers/....des Handelsvertreters“*, wäre daher sinnvoll. Neuerdings ist es möglich, ein Gericht eines Mitgliedsstaates für zuständig zu erklären, wenn keine der Parteien ihren Wohnsitz in der EU hat (Art. 25 Abs.V der Neufassung der Verordnung).

c. Das Handelsvertreterverhältnis in Deutschland

Schließen die mit einem Sitz in Deutschland ausgestatteten Vertragsparteien einen Handelsvertretervertrag ergibt sich folgendes: Die Mindestkündigungsfristen in § 89 HGB und die Regelungen über den Ausgleichsanspruch in § 89b HGB sind zwingend. Sie haben in Deutschland eine starke Ausweitung auf ähnliche Sacherhalte erfahren.

Insoweit kommt der Ausprägung der deutschen Rechtsprechung zu den Ansprüchen eines Handelsvertreters und ähnlicher Berufsgruppen eine wesentliche Bedeutung zu.

- *Analoge Anwendung des § 89 HGB auf andere Personen als Handelsvertreter*

In der deutschen Rechtslehre und in der deutschen Rechtsprechung werden die Regelungen in § 89 HGB – Mindestkündigungsfristen – in erheblichem Umfang auf Vertriebsverträge aller Art angewendet. Generell wird für Vertriebsverträge, die den Vertriebspartner gegenüber dem Lieferanten im Sinne einer Abnahmeverpflichtung oder eines Wettbewerbsverbotes binden, eine Kündigungsfrist von nicht unter sechs Monaten angenommen.

- *Analoge Anwendung des § 89b HGB auf andere Person als Handelsvertreter*

In der deutschen Rechtslehre und in der deutschen Rechtsprechung werden die Regelungen in § 89b HGB oft auch auf Personen angewendet, die – wenn sie selbstständig sind – wie ein Handelsvertreter in das Vertriebssystem des vertretenen Unternehmers eingliedert sind.

Dies betrifft primär

- Vertragshändler;
- Franchisenehmer;
- Kommissionsagenten.

Grundvoraussetzung für eine analoge Anwendung des § 89 b HGB auf andere Vertriebs- und Vermittlungsformen als den Handelsvertreter, ist stets eine vertragliche Ausgestaltung, die den Vertragspartner wie einen Handelsvertreter in die Absatzorganisation des Unternehmers eingliedert und ihn verpflichtet, dem Unternehmer die Kunden (Kundendaten) zu übertragen.

Die aufgeführten Beispielfälle sind nicht *abschließend*. Es lassen sich durchaus auch andere Vertragsgestaltungen finden (wegen der generellen Vertragsfreiheit im Bürgerlichen Recht), welche eine analoge Anwendung des § 89 b HGB auf den Vertriebskaufmann rechtfertigen.

In diesem e-book werden diese einzelnen Problemfälle *nicht* behandelt.

Zu beachten ist, dass die analoge Anwendung des § 89 b HGB auf andere Vertriebsformen als eine solche des Handelsvertreters mit der Reichweite der EU-Richtlinie vom 18.12.1986 kollidieren kann. Der Vertriebskaufmann, der nicht Handelsvertreter ist, hat den Schutz durch eine analoge Anwendung des § 89 b HGB demnach in Deutschland nur, wenn deutsches Recht anwendbar ist und die deutsche Rechtsprechung maßgeblich ist.

Unter Beschränkung dieser Ausführungen im e-book auf den mit der Vermittlung von Geschäften über den An- oder Verkauf von Waren (mit oder ohne *Abschlussvollmacht*) betrauten Selbstständigen (Handelsvertreter), der natürliche oder juristische Person sein kann, werden nachfolgend die grundsätzlichen Strukturen der Beendigung des Vertragsverhältnisses und des Anspruches auf Ausgleich nach § 89 b HGB dargestellt.

II. Vertragsbeendigung (Duration of the contract)

1. Allgemeines zum Vertragsende

Die Beendigung eines Handelsvertretungsverhältnisses richtet sich grundsätzlich nach den zwischen den Parteien getroffenen Regelungen. Die Parteien eines Handelsvertretungsverhältnisses haben in einem weiten Umfange eine Dispositionshoheit betreffend dessen Beginn und Ende. Klassischerweise wird zwischen einem befristeten Vertragsverhältnis, welches von vorneherein nur für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, und einem unbefristeten Vertragsverhältnis, welches auf unbestimmte Zeit abgeschlossen ist, unterschieden.

Die Kündigung eines Handelsvertretungsverhältnisses, das unbefristet abgeschlossen ist, kann grundsätzlich auch *mündlich* erfolgen, da das deutsche Recht für die Kündigung des Handelsvertretungsverhältnisses keine ausdrückliche Schriftform vorsieht. Es ist aber zu beachten, dass für den Vertragsabschluss selber jede Partei von der anderen Partei verlangen kann, dass die getroffenen Vereinbarungen schriftlich niedergelegt werden (§ 85 HGB).

Daher wird in den meisten Handelsvertreterverträgen, wenn sie schriftlich abgeschlossen sind, auch vereinbart sein, dass auch die Kündigung schriftlich zu erfolgen hat. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dies stets zu empfehlen.

2. Befristete Verträge (Fixed-term contract)

Das Handelsvertretungsverhältnis als Unterart eines Dienstleistungsverhältnisses endet grundsätzlich mit Ablauf der Frist, für welche es eingegangen wurde. Wird es auf die Lebenszeit des Handelsvertreters oder für eine Dauer von mehr als 5 Jahren eingegangen, so kann es nach § 624 BGB von dem zum Dienst verpflichteten Handelsvertreter mit einer Frist von 6 Monaten ab dem Ablauf von 5 Jahren gekündigt werden. Insoweit sind langdauernde befristete Kontrakte (über 5 Jahre) letztlich ähnlich zu behandeln wie unbefristete.

3. Unbefristete Verträge (Open-ended contract)

Unbefristete Verträge unterliegen den zwingenden Mindestkündigungsfristen des § 89 HGB.

Folgende Kündigungsfristen- bzw. Regelungen gelten

- Im ersten Jahr der Vertragsdauer ein Monat
- Im zweiten Jahr der Vertragsdauer zwei Monate
- Im dritten bis fünften Jahr der Vertragsdauer drei Monate
- Nach einer Vertragsdauer von fünf Jahren sechs Monate

Die Kündigung ist nur für den Schluss eines Kalendermonates zulässig, soweit keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde. Abweichende Vereinbarungen sind zulässig, sie müssen für beide Teile gleich und dürfen nur zu Gunsten des Dienstverpflichteten ungleich sein (§ 622 5. Abs. BGB analog). Wird ein befristetes Verhältnis fortgesetzt, gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert – unbefristet. Es gelten dann die o.a. Kündigungsfristen, wobei die Mindestkündigungsfrist nach der Gesamtdauer des Vertrages zu berechnen ist.

4. Kettenvertragsverhältnisse (Chain contracts)

Werden zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter jeweils für einen befristeten Zeitraum – (z. B. für die Dauer eines Kalenderjahres) – immer wieder neue Verträge abgeschlossen, so wird überwiegend angenommen, dass für solche „Kettenverträge“ die Regeln für einen unbefristeten Vertrag gelten. Dies ist jedoch nicht ganz unumstritten: Für jeden einzelnen Fall wird zu prüfen sein, ob die häufige Wiederholung einzelner befristeter Verträge nach dem Willen der Parteien einem unbefristeten Vertragsverhältnis gleichsteht oder ob – etwa bei wesentlichen inhaltlichen Abweichungen der einzelnen Verträge – doch mehrere befristete Verträge vorliegen. Die genaue Analyse des Parteiwillens ist von erheblicher Bedeutung. Bietet der vertretene Unternehmer vor Ablauf eines solchen „Kettenvertragsverhältnisses“ dem Handelsvertreter wiederholt die Fortdauer des Vertragsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen an und lehnt der Handelsvertreter dieses Angebot ab, kann hierin abweichend von allgemeinen Vertragsregeln eine Kündigung des Handelsvertreters gesehen werden, die den Ausgleichsanspruch entfallen lässt.

5. Fristlose Kündigung

Neben der ordentlichen Kündigung ist stets auch das Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zu bedenken. Nach deutschem Recht kann jegliches Dauerschuldverhältnis, auch wenn es für lange Zeit unkündbar eingegangen ist oder sehr lange Kündigungsfristen vorsieht, aus wichtigem Grunde fristlos gekündigt werden.

Ein wichtiger Grund ist ein solcher, welcher der kündigenden Partei unzumutbar macht, an dem Vertragsverhältnis bis zu seinem ordentlichen Ablauf weiter festzuhalten. Es muss sich *nicht* um Gründe handeln, die im Verhalten einer der Parteien liegen. Es kann sich auch um Gründe handeln – außerhalb des Verantwortungsbereiches der Parteien –, welche eine Fortführung des Vertragsverhältnisses der kündigenden Partei bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar machen. Dies können z. B. schwere Erkrankungen einer der Parteien, insbesondere des Handelsvertreters, sein. Dies können unvorhersehbare Entwicklungen auf dem Markt – etwa gesetzliches Vertriebsverbot für die Vertragsprodukte, Absatzbeschränkungen aufgrund gesetzlicher oder behördlicher Regelungen – sein.

Wird ein Vertragsverhältnis aus wichtigem Grund fristlos gekündigt und ist der wichtige Grund hierfür das Verhalten einer der Parteien, so ist in aller Regel vor der Kündigung eine Abmahnung erforderlich (§ 314 BGB). Eine Abmahnung ist die Aufforderung der kündigenden Partei an die vertragswidrige Partei, die Vertragswidrigkeit abzustellen und zur Vertragstreue zurückzufinden. Diese Abmahnung muss mit der Androhung verbunden sein, dass anderenfalls fristlos gekündigt wird. Nach der deutschen Rechtsprechung sind in aller Regel fristlose Kündigungen ohne vorherige Abmahnung unwirksam. Ausnahmen bilden Verletzung von „Kernpflichten“. Hierzu gehört etwa das strikte Gebot an den Handelsvertreter, sich während der Vermittlungstätigkeit für den Unternehmer jeglicher Förderung der Konkurrenz zu enthalten.

Eine fristlose Kündigung des Vertrages aus einem von der anderen Partei zu vertretenden wichtigem Grund gibt der kündigenden Partei einen Anspruch auf Ersatz des durch die fristlose Kündigung ihr entstehenden Schadens (§ 89 Abs. 2 HGB).

6. Vertragliche Regelung zum Kündigungsrecht (Contract termination terms and conditions)

Unter Berücksichtigung der oben aufgeführten zwingenden Regelungen zum Kündigungsrecht der Parteien können die Parteien ergänzende vertragliche Regelungen treffen.

Diese betreffen in aller Regel längere Kündigungsfristen als die Mindestkündigungsfristen und häufig bestimmte Gründe, die zur fristlosen Kündigung berechtigen sollen. Solche Vereinbarungen sind in aller Regel im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit zulässig und von den Gerichten für den Einzelfall nur auf missbräuchliche Gestaltungsformen zu überprüfen. Etwa Regelungen, die schon bei geringfügigen Vertragsverstößen einer Partei eine fristlose Kündigung ohne Abmahnung vorsehen, werden nichtig sein.

III. Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreeters (Agent's right to termination indemnity and/or compensation and parameters for quantification)

1. Systematische Stellung und Entstehungsgeschichte

Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreeters ist in § 89 b des Handelsgesetzbuches geregelt und gehört aus systematischer Sicht zum Handelsrecht, welches das Recht der Handelsvertreter im 7. Abschnitt des Handelsgesetzbuches in den §§ 84 b – 92 c HGB regelt. Der Ausgleichsanspruch in § 89 b HGB soll dem Handelsvertreter bei Beendigung des Handelsvertreterverhältnisses eine zusätzliche Gegenleistung für seine Vermittlungstätigkeit schaffen, wenn diese zur Gewinnung von Neukunden für das vertretene Unternehmen geführt hat.

Nach der Auffassung in der deutschen Rechtslehre zum Handelsvertreterrecht ist der Ausgleichsanspruch kein Schadensersatzanspruch, sondern ein Vergütungsanspruch. Er entspricht dem Anspruch auf „Ausgleich“ nach Art. 17 Abs. 2a der Richtlinie des Rates der EG vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter (§ 86/653/EWG).

Dieser Ausgleichsgedanke findet seine Rechtfertigung darin, dass der Handelsvertreter während seiner Vermittlungstätigkeit für den vertretenen Unternehmer bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses für den Unternehmer Geschäftsbeziehungen mit Kunden schafft, die dieser auch noch nach Beendigung des Handelsvertretervertragsverhältnisses ausnutzen kann, ohne dass der Handelsvertreter – bis auf etwaige Ansprüche auf Überhangprovision und nachvertragliche Provision nach § 87 Abs. 3 HGB – eine Vergütung verlangen kann. Der Vorteil des Unternehmers aus dieser fortdauernden Nutzung des vom Handelsvertreter geschaffenen (Neu)- Kundenstammes soll ausgeglichen werden.

Dieser Ausgleichsgedanke kann erhebliche Forderungen des Handelsvertreeters begründen und die Regelung in § 89 b des Handelsgesetzbuches wird daher oft als die in Praxis und

Rechtsprechung wichtigste Norm des Handelsvertreterrechtes bezeichnet (Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 35. Aufl. 2012, Rz. 1 zu § 89 b HGB).

Die Regelung zum Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters wurde zum 01.10.1953 in das Handelsgesetzbuch eingefügt.

Die heutige gesetzliche Fassung von § 89 b HGB, insbesondere der Grundtatbestand in Abs. 1

„Der Handelsvertreter kann von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit

1. der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und
2. die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.....“

ist mit Wirkung ab dem 05.08.2009 unter Berücksichtigung der Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 der Richtlinie des Rates vom 18.12.1986 (86/653 EWG) fixiert worden.

Das vor Inkrafttreten der Richtlinie geltende deutsche Handelsvertreterrecht einschließlich der Regelungen zum Ausgleichsanspruch war „Vorbild“ dieser Richtlinie. Während bis zu diesem Zeitpunkt drei Voraussetzungen für einen Ausgleichsanspruch existierten:

- Unternehmensvorteile des Unternehmers durch fortdauernde Nutzung des vom Handelsvertreter geschaffenen Kundenstammes auch nach Beendigung des Handelsvertretervertrages;
- Provisionsverluste des Handelsvertreters aus den Geschäftsbeziehungen mit dem von ihm geschaffenen Kundenstamm durch die Beendigung des Handelsvertretervertrages;
- eine sogenannte Billigkeitskontrolle, an der sich die Berechnung der Höhe des Anspruches messen lassen musste,

wurde infolge eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 26.03.2009 der Ausgleichsanspruch nach § 89 b HGB entsprechend dem Wortlaut der Richtlinie in Art. 17 Abs. 2 a Satz 1 neu gefasst.

Bis zu dieser Neufassung war ein zukünftiger Provisionsverlust aus den Geschäftsbeziehungen mit den von dem Handelsvertreter neu geworbenen Kunden ein eigenes Tatbestandsmerkmal.

Dieses Tatbestandsmerkmal ist entfallen. Die Provisionsverluste des Handelsvertreters wurden zu einem „Beispielfall“ innerhalb der Billigkeitskontrolle herabgestuft und statuiert.

In der Praxis der deutschen Rechtslehre und Rechtsprechung spielt trotzdem die Feststellung der dem Handelsvertreter durch Vertragsbeendigung entgehenden Provisionen weiterhin eine wesentliche Rolle, wozu weiter unten noch ausgeführt wird.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Strukturierung des Ausgleichsanspruches des Handelsvertreters weiter an den „Ausgleichsgedanken“ im Sinne einer *nachträglichen Vergütung* für die Schaffung von Geschäftsbeziehungen mit Neukunden orientiert und die nach der EU-Richtlinie gemäß Art. 17 Abs. 3 mögliche Schadensersatzregelung nicht aufgegriffen.

Historisch orientiert sich der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters an der bereits zum 01.01.1950 für den Handelsagenten im schweizerischen Obligationenrecht nach Art. 418 u vorgesehenen „Kundschaftsentschädigung“ bei Beendigung des Vertragsverhältnisses.

Abweichend von der EU-Richtlinie vom 18.12.1986 in Art. 1 Abs. 2 ist nach deutschem Recht der Ausgleichsanspruch nicht begrenzt auf Handelsvertreter, die als selbstständige Gewerbetreibende ständig damit betraut sind, für eine andere Person (Unternehmer) den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Unternehmers abzuschließen, sondern umfasst gemäß § 89 b Abs. 5 HGB auch die mit der Vermittlung von Versicherungsverträgen und Bausparkassenverträgen betrauten Handelsvertreter. Diese Besonderheit des deutschen Rechtes wird in den vorliegenden Darlegungen *nicht* behandelt.

Ausgangspunkt für die folgenden Ausführungen ist der derzeitige aktuelle Gesetzestexte nach § 89 b Abs. 1 bis Abs. 4 HGB (*Abs. 5 trifft Regelungen für Versicherungsvertreter*):

1. Der Handelsvertreter kann von dem Unternehmer nach Beendigung des Vertragsverhältnisses einen angemessenen Ausgleich verlangen, wenn und soweit
 - der Unternehmer aus der Geschäftsverbindung mit neuen Kunden, die der Handelsvertreter geworben hat, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses erhebliche Vorteile hat und
 - die Zahlung eines Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der dem Handelsvertreter aus Geschäften mit diesen Kunden entgehenden Provisionen, der Billigkeit entspricht.

Der Werbung eines neuen Kunden steht es gleich, wenn der Handelsvertreter die Geschäftsverbindung mit einem Kunden so wesentlich erweitert hat, dass dies wirtschaftlich der Werbung eines neuen Kunden entspricht.
2. Der Ausgleich beträgt höchstens eine nach dem Durchschnitt der letzten 5 Jahre der Tätigkeit des Handelsvertreters berechnete Jahresprovision oder sonstige Jahresvergütung; bei kürzerer Dauer des Vertragsverhältnisses ist der Durchschnitt während der Dauer der Tätigkeit maßgebend.
3. Der Anspruch besteht nicht, wenn
 - der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis gekündigt hat, es sei denn, dass ein Verhalten des Unternehmers hierzu begründeten Anlass gegeben hat oder dem Handelsvertreter eine Fortsetzung seiner Tätigkeit wegen seines Alters oder wegen Krankheit nicht zugemutet werden kann, oder
 - der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaftem Verhalten des Handelsvertreters vorlag oder
 - aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter ein Dritter anstelle des Handelsvertreters in das Vertragsverhältnis eintritt; die Vereinbarung kann nicht vor Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen werden.
4. Der Anspruch kann im Voraus nicht ausgeschlossen werden. Er ist innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend zu machen.

2. Tatbestandsmerkmale der aktuellen gesetzlichen Regelung in § 89 b Abs. 1 HGB

a. Vertragsbeendigung

Der Ausgleichsanspruch entsteht erst mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses, Hierzu sei auf die vorstehenden Erörterungen unter *II.* verwiesen.

b. Unternehmervorteile im Sinne des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB

Im Grundsatz gilt folgendes:

Das Entstehen von Vorteilen des Unternehmers aus der „Neukundenwerbung“ durch den Handelsvertreter kann sich in vielen Varianten vollziehen – maßgeblich ist allein, ob ein *wirtschaftlicher* und hinreichend dauerhafter Vorteil des Unternehmers aus der von dem Handelsvertreter geschaffenen (oder erweiterten) Geschäftsbeziehung zum Stichtag der Beendigung des Vertragsverhältnisses festgestellt werden kann.

- *Definition „Neukunde“*

Entsprechend der Begrenzung der EU-Richtlinie auf den „Warenhandelsvertreter“ ist der Kern der möglichen Ausgleichsansprüche auf die Geschäftsbeziehungen zwischen dem Unternehmer als *Verkäufer* und dem Kunden als *Käufer* zu reduzieren. Kunde in diesem Sinne ist jede natürliche oder juristische Person, die im Rahmen der vom Unternehmer vorgegebenen Absatzstrukturen mit dem vertretenen Unternehmer ein Geschäft abschließt. Das *Potential* der *möglichen* Kunden begründet keine Geschäftsbeziehung. Hier handelt es sich um „Interessenten“, welche in Geschäftsbeziehung zu dem vertretenen Unternehmer durch Abschluss eines Geschäftes (in der Regel Kaufvertrag) treten können.

Entsprechend dem Vermittlungsauftrag des Handelsvertreters gilt dann jeder „Interessent“, der auch nur durch eine geringfügig mitursächliche Vermittlungstätigkeit des Handelsvertreters erstmals ein Geschäft mit dem vertretenen Unternehmer abschließt und zu diesem dann in eine laufende Geschäftsbeziehung tritt, als vom Handelsvertreter neu geworbener Kunde.

Hierbei kommt es nach allgemeiner Auffassung nicht darauf an, wie hoch der Anteil des Handelsvertreters an der Schaffung dieser Geschäftsverbindung war.

Es genügt jegliche auch nur geringfügig ursächliche Tätigkeit des Handelsvertreters – etwa auch durch Werbung mittels Prospektübergabe –, welche geeignet ist, das Geschäftsabschlussinteresse des Kunden zu wecken. Ist die Beteiligung des Handelsvertreters an der Neukundenwerbung sehr gering, kann dies aus Billigkeitsgründen Einfluss auf die Höhe des Ausgleichs haben. Die Betrachtung des Kunden als Neukunden wird hierdurch nicht beeinflusst.

Entsprechendes gilt für die Erweiterung einer bereits mit einem Kunden bestehenden Geschäftsbeziehung durch den Handelsvertreter: Soweit der Handelsvertreter durch seine Vermittlungstätigkeit auch nur die geringste Ursache dafür gibt, dass ein bestehender Kunde die Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmer wesentlich erweitert, gilt dieser Kunde als Neukunde. Hierbei wird eine wesentliche Erweiterung in aller Regel bei einer Verdoppelung der bisherigen Geschäftsbeziehung (berechnet nach dem durchschnittlich erzielten Umsatz) des Unternehmers mit dem Kunden angesehen. Die Berechnung der Verdoppelung des

Umsatzes muss allerdings inflationsbereinigt erfolgen. Wenn also eine Geschäftsbeziehung mit einem Kunden durch die Preissteigerungen erweitert wird, geht dies nicht auf eine mitursächliche Tätigkeit des Handelsvertreter zurück.

Problematisch ist die Einordnung des Begriffes „Neukunde“ bzw. der Voraussetzung der „Werbung eines Neukunden“ dann, wenn der Kunde als juristische Person konzernmäßig mit mehreren Filialen strukturiert ist und die Vertragsabschlusstätigkeit zwischen dem Unternehmer und dem Kunden auf Konzernleistungsebene stattfindet. Der Handelsvertreter, der dann etwa die Einzelaufträge bei den Filialen des Kunden einholt, kann diesen Kunden nicht originär werben, weil die Geschäftsabschlüsse dann stets zwischen der Zentrale (Einkaufszentrale) des Kunden und dem Unternehmer erfolgen. Er wird jedoch in aller Regel einen mitursächlichen Beitrag zur Werbung des Kunden oder zur wesentlichen Steigerung der Geschäftsbeziehung mit dem Kunden erreichen, wenn die Summe der von ihm bei den Filialen des Kunden eingeholten Aufträge, die dann zu den Geschäftsabschlüssen zwischen dem Kunden und Unternehmer führen, wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsbeziehung hat.

Insbesondere ist zu beachten, dass häufig auch bei Filialunternehmen oder Konzernunternehmen mehrere Handelsvertreter Einfluss auf die Geschäftsabschlüsse nehmen. So etwa der Handelsvertreter, der über Zentralkonditionen mit dem Zentraleinkauf der Konzernspitze des Kunden verhandelt und der Handelsvertreter, der bei den Filialen des Kunden die Einzelaufträge einholt. Hier kann es durchaus sein, dass beiden Handelsvertretern zuzugestehen ist, den Kunden „gemeinsam“ neu geworben oder die Umsätze mit diesem Kunden wesentlich gesteigert zu haben.

In all diesen Fällen wird auch stets zu prüfen sein, wie die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kunden und dem Handelsvertreter betreffend seinen Anspruch auf Provision aus solchen Geschäftsbeziehungen mit Konzernkunden/Filialkunden sind. Etwa Provisionsregelungen – „Zentralprovision“ für den Handelsvertreter, der die Zentrale betreut und „Betreuungsprovision“ für den Handelsvertreter, der die Filiale betreut – können Einfluss auf die Höhe des Ausgleichsanspruches nehmen (mindestens über die Billigkeit unter Beachtung der Provisionsverluste).

Die Zahlung einer Provision für die mitursächliche Tätigkeit bei der Herbeiführung von Geschäftsabschlüssen ist aber in aller Regel auch ein Indiz dafür, dass ein durch die Vermittlungstätigkeit neu geworbener Kunde oder eine durch die Vermittlungstätigkeit wesentlich gesteigerte Kundengeschäftsbeziehung von dem Handelsvertreter bewirkt wurde.

- *Definition „Geschäftsbeziehung“*

Alleine die Vermittlung eines einzelnen Geschäftes begründet in der Regel noch keine Geschäftsverbindung. Maßgeblich ist, ob aus der Natur der von dem Handelsvertreter zu vermittelnden Geschäfte zu erwarten ist, dass der (erste) Geschäftsabschluss zwischen dem Unternehmer und dem Kunden Ursache für weitere (Folge)-Geschäfte ist. Dies ist in aller Regel bei Konsumgütern anzunehmen. Im Rahmen der klassischen Marktstruktur, wonach der vertretene Unternehmer in der Regel Produzent, mindestens aber Vertreiber der Ware ist, wird bei Vermittlung einer Geschäftsbeziehung zwischen dem Unternehmer und einem Händler über Konsumgüter im Zweifel von einer Fortdauer dieser Geschäftsbeziehung auszugehen sein. Erstrecken sich die vom Handelsvertreter zu vermittelnden Geschäfte nicht

auf Konsumgüter, sondern auf Investitionsgüter, so wird zu differenzieren sein: Aus dem Blickwinkel des Endkunden (insbesondere private Verbraucher im Sinne des § 13 BGB) sind etwa Küchenmöbel, Badezimmermöbel, Wohnaccessoires etc. pp. Investitionsgut. Es ist nicht zwingend zu erwarten, dass solche Güter von dem Endkunden in einer laufenden Geschäftsbeziehung dauerhaft von dem Produzenten gekauft werden. Aus dem Blickwinkel des in aller Regel eingeschalteten Fachhandels (wozu z. B. auch Fachabteilungen von Baumärkten/Kaufhauskonzernen gehören) sind solche Güter jedoch nicht per se Investitionsgüter, weil eine unbestimmt große Anzahl von Endkunden – die die Geschäftsbeziehung mit dem Händler begründen –, diese Güter über einen längeren Zeitraum laufend beziehen werden. Begründet der Handelsvertreter eine Geschäftsbeziehung zwischen einem solchen Fachhändler und dem Unternehmer (z. B. Möbelfabrikant), so wird auch hier von einer laufenden Geschäftsbeziehung gesprochen werden können. Bei reinen Investitionsgütern – etwa Geschäftsausstattung für gewerbliche Endabnehmer – ist zu differenzieren:

Besteht aufgrund der Spezifika der vom Handelsvertreter dem Kunden anzubietenden Produkte auch über einen längeren Zeitraum die Vermutung, dass der Kunde diese Produkte weiterhin trotz ihrer Langlebigkeit gebrauchen und wiederholt erwerben wird, so kann auch dies eine Geschäftsbeziehung begründen. Dies ist etwa vom Oberlandesgericht Bamberg für die Vermittlung von Geschäften über Backöfen an gewerblich tätige Bäckereien festgestellt worden. Wegen der Langlebigkeit dieses Wirtschaftsgutes ist aufgrund des Bedarfes etwaiger Reparaturen, Ersatzteile, Zubehör, Nachkäufe Geräte gleicher oder ähnlicher Art eine Geschäftsbeziehung entstanden, die gegebenenfalls auch über eine sehr lange Dauer – im entschiedenen Fall 8 Jahre – für die Berechnung des Ausgleichanspruches zu betrachten ist. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine Geschäftsbeziehung dann entsteht, wenn in Abhängigkeit von den konkreten Produkt- und Marktsituationen zu erwarten ist, dass der vom Handelsvertreter neu geworbene Kunde in einem (noch) überschaubaren Zeitraum weiterhin mit dem vertretenen Unternehmer Geschäfte abschließen wird.

- *Unternehmervorteile*

Aus der Werbung eines Neukunden und der damit bewirkten Schaffung einer laufenden Geschäftsbeziehung zwischen dem Neukunden und dem von ihm vertretenen Unternehmer erhält der Handelsvertreter nur dann einen Ausgleichanspruch, wenn der Unternehmer aus dieser Geschäftsverbindung auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses (noch) erhebliche Vorteile hat.

Rechtsprechung und Rechtslehre zum Handelsvertreterrecht gehen grundsätzlich davon aus, dass solche „erheblichen Vorteile“ bereits darin bestehen, dass der Unternehmer die Geschäftsbeziehungen mit den vom Handelsvertreter neu geworbenen Kunden (oder die wesentlich gesteigerten Geschäftsbeziehungen) nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit Aussicht auf zukünftigen Gewinn weiterhin nutzen kann.

Hierbei wird für die *Prognose*, ob der Unternehmer diese Geschäftsbeziehungen weiterhin nutzen kann, grundsätzlich allein auf dem Bestand einer Geschäftsbeziehung im letzten Jahr des Vertragsverhältnisses abgestellt. Hier ist aber zu beachten, dass dies nicht zwingend und auch vom Gesetz so nicht vorgesehen ist. Es kann – je nach Natur der Geschäftsbeziehungen und der vom Handelsvertreter vermittelten Geschäfte – sich durchaus auch eine Betrachtung

der bestehenden Geschäftsbeziehungen in einem längeren Zeitraum als dem letzten Jahr vor Beendigung des Vertragsverhältnisses rechtfertigen.

Steht entsprechend den obigen Darlegungen zur Schaffung einer Geschäftsverbindung fest, dass bei Beendigung des Vertragsverhältnisses solche Geschäftsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und den von dem Handelsvertreter neu geworbenen Kunden bestehen, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Unternehmer entsprechend den zu erwartenden Umsätzen aus der Geschäftsbeziehung mit den Kunden weiterhin wesentliche Vorteile haben wird. Hierbei hat die deutsche Rechtsprechung schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt festgehalten, dass schon der bloße Fortbestand der Geschäftsbeziehung – gegebenenfalls auch in einer anderen Form als ursprünglich – einen erheblichen Vorteil darstellt (vgl. Urteil des BGH vom 25.04.1960 – II ZR 130/58). Bei der Feststellung des Umfangs dieser Vorteile, welche für die Höhe des Ausgleichsanspruches maßgeblich ist, ist dann eine Prognose zur voraussichtlichen Fortdauer der Geschäftsbeziehung zu stellen. Hierbei haben sich bei Geschäftsbeziehungen zwischen der Industrie (Produktion) und dem Handel, welche *Konsumgüter* betreffen, auf Basis allgemeiner Erwägungen im Rahmen des richterlichen Schätzungsrechtes Berechnungsschemata herausgebildet, welche – stark verkürzt – etwa wie folgt dargestellt werden können:

Es wird ein Zusammenhang zwischen Unternehmervorteil und Provisionsverlust des Handelsvertreters gesehen. Bei der Bestimmung, wie lange nach Vertragsbeendigung der Handelsvertreter aus dem von ihm selbst geschaffenen Kundenstamm aus den ihm zustehenden Provisionen noch hätte Vorteile ziehen können und der Unternehmer aus den mit den Neukunden künftig zustande kommenden Geschäften weiter Vorteile ziehen wird, wird von einem Regelfall von zwischen 3 und 5 Jahren ausgegangen. Gleichzeitig ist angesichts einer gewissen Fluktuation eine Abwanderungsquote zu schätzen. Die Dauer der Prognose entspricht dem durch Erfahrungswerte gewonnen üblichen Bestand einer Geschäftsbeziehung zwischen dem Unternehmer und den neu geworbenen Kunden in der Konsumgüterbranche. Für den einzelnen konkreten Fall kann sie länger oder kürzer sein.

Zu beobachten ist die Entwicklung der Geschäftsbeziehungen mit den Neukunden in der Vergangenheit. Da auch Neukunden die Geschäftsbeziehung mit dem Unternehmer abbrechen können, muss auch eine „Abwanderung“ beachtet werden.

Die Prognosedauer kann auch aus einem statistischen Mittel bestimmt werden, wie lange die Kunden im Durchschnitt die Geschäftsbeziehung aufrechterhalten. Bei einer Dauer zwischen 3 und 5 Jahren ergibt sich eine durchschnittliche Dauer von 4 Jahren ($5 + 3 : 2 = 4$). Die Prognosedauer ist unter Berücksichtigung der Fluktuation (Abwanderungsquote) auf Basis der vorstehend beschriebenen Feststellungen zu schätzen. Sie wird bei dem folgenden Beispiel mit 4 Jahren bei einer Abwanderungsquote von 20 % pro Jahr angesetzt.

Die sich aus dieser Prognose ergebenden Vorteile für den Unternehmer sind für jedes einzelne Jahr der Prognosedauer anzusetzen. Die einzelnen Jahre sind dann zu addieren.

Schließlich wird in der Regel noch eine Abzinsung vorgenommen (so die überwiegende Rechtsprechung und Literatur), da dem Handelsvertreter der Ausgleich bei Vertragsbeendigung in einer Summe bezahlt wird. Ansonsten würde er die durch die Vertragsbeendigung ihm entgehenden Provisionen erst sukzessive während der Prognosedauer erhalten.

Die Begrenzung des Ausgleichsanspruchs auf eine Jahresvergütung nach § 89 b Abs. 2 HGB, berechnet aus den im Durchschnitt der letzten 5 Jahre bezogenen Provisionen und sonstigen Vergütungen, ist streng von der Berechnung der Unternehmervorteile (= Provisionsverluste)

zu trennen. Es besteht keine rechtliche oder wirtschaftliche Verbindung zwischen dem durch das Gesetz für die Begrenzung des Ausgleichsanspruches vorgesehenen Betrachtungszeitraumes von 5 Jahren und der Prognosedauer, die nur zufällig in der Konsumgüterindustrie ebenfalls 5 Jahre betragen kann.

Es wird vermutet, dass die Vorteile des Unternehmers in aller Regel so hoch sein werden, wie die Provisionen, die der Handelsvertreter aus den Geschäftsbeziehungen mit den von ihm neu geworbenen Kunden bezogen hat. Dafür, dass seine Vorteile geringer sind als die an den Handelsvertreter gezahlte Provision, ist der Unternehmer darlegungs- und beweispflichtig.

Hat der Handelsvertreter etwa im Bereich einer Geschäftsbeziehung über Konsumgüter zwischen dem Unternehmer (Produzenten) und dem Kunden (Händler) eine langfristige Geschäftsbeziehung geschaffen und hieraus aus Geschäften mit von ihm neu geworbenen Kunden im letzten Jahr des Vertragsverhältnisses € 10.000,00 bezogen, so kann unter Berücksichtigung der Unwägbarkeit, dass einzelne Kunden abwandern, eine sehr schematische Ausgleichsberechnung etwa wie folgt vorgenommen werden:

- *Beispiel zur Berechnung des Ausgleichsanspruches*

Ausgangsbetrag: € 10.000,00

Provisionsverluste (= „spiegelbildlich“ Unternehmervorteile, unter Beachtung von Abwanderungen von jeweils 20 % pro Jahr, anknüpfend an den jeweiligen verbleibenden Betrag des Vorjahres). Die Prognose beginnend mit dem 1. Jahr nach Ende der Tätigkeit des Handelsvertreters, letztes Vertragsjahr:

1. Jahr € 8.000,00 ./ . € 1,600 (20 %)

2. Jahr € 6.400,00 ./ . € 1,280 (20 %)

3. Jahr € 5.120,00 ./ . € 1.024 (20%)

4. Jahr € 4.096,00 verbleibender Betrag

ergibt: € 23.616,00.

Auf Basis einer solchen schematischen Prognose wäre der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im vorliegenden Beispielfall € 23.616,00.

- *Kritische Betrachtung der Berechnung der Provisionsverluste des Handelsvertreters*

Bei der Berechnung der Provisionsverluste (als Äquivalent zu den Unternehmervorteilen) wurde nicht differenziert zwischen den

– „Provisionsanteilen für Vermittlungstätigkeit“ und

– „Provisionsanteilen für verwaltende Tätigkeit“.

Nach der vorherrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Rechtslehre waren nur die Provisionsbestandteile zu berücksichtigen, die der Geschäftsvermittlung dienen,

Die ursprüngliche Fassung des § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB bis zum 05.08.2009 lautete:

„... der Handelsvertreter infolge der Beendigung des Vertragsverhältnisses Ansprüche auf Provision verliert, die er bei Fortsetzung desselben aus bereits abgeschlossenen oder künftig zustande kommenden Geschäften mit den von ihm geworbenen Kunden hätte.“

Rechtsprechung und Rechtslehre haben aus diesem separaten Tatbestandsmerkmal des § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB entwickelt, dass es sich hierbei nur um solche Provisionstatbestände handeln könne, welche für die Vermittlung von Geschäften bezahlt würden. Bereits diese Auffassung ist nicht unproblematisch, denn der Gesetzeswortlaut gibt hierfür grundsätzlich

nichts her. Deswegen ist auch in der früheren Rechtsprechung und Rechtslehre die Beweislast für den Anteil von „Verwaltungsprovision“ immer dem Unternehmer aufgebürdet worden und eine unangemessene vertraglich vereinbarte Verteilung zwischen Vermittlungs- und Verwaltungsprovision als gegen den Unabdingbarkeitsgrundsatz verstoßende Regelung betrachtet worden.

Schon nach der früheren Gesetzssystematik (§ 87 d HGB: *Der Handelsvertreter trägt die Kosten in seinem regelmäßigen Geschäftsbetrieb selbst*) müsste davon ausgegangen werden, dass die Provision eine Gesamtvergütung für die Vermittlungstätigkeit und die Kostentragung ist. Die meist künstliche Differenzierung zwischen verwaltender und vermittelnder Tätigkeit hat der Bundesgerichtshof selbst etwa in den „Tankstellenpächter-Urteilen“ in erheblichem Umfange relativiert.

Soweit der Handelsvertreter Vergütung für Tätigkeiten erhält, die nicht der Geschäftsvermittlung zuzuordnen sind, sind diese nicht zu berücksichtigen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass kaum eine Tätigkeit des Handelsvertreters nicht zumindest (mittelbar) auch der Vermittlungstätigkeit dient. Es wird hier etwa auf das Beispiel der Lagerhaltung verwiesen, welche – mindestens wenn Kunden ab Lager bestellt und abholt – auch der Geschäftsvermittlung dient. Das Gleiche gilt für die Regalpflege, weil erst mit einem geordneten Regal der Abverkauf und folglich die Geschäftsvermittlung gefördert wird.

Ebenso problematisch ist die von der herrschenden Meinung vorgenommene Rohausgleichsberechnung mit einer *Abzinsung*: Wenn der Anspruch des Handelsvertreters auf Ausgleich nicht mehr von einem separaten Tatbestandsmerkmal „Provisionsverluste“ abhängt, sondern die Provisionsverluste – nach der Berechnungsmethodik in der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre – lediglich ein Spiegelbild für die zukünftigen Unternehmervorteile sind, ist der Vorteil des Handelsvertreters auf die Zahlung einer Summe als Ausgleich in einem Betrag bei Beendigung des Vertragsverhältnisses vom Gesetzgeber gewollt.

Es ist nicht ersichtlich, dass hier eine Abzinsung stattfinden soll, auch wenn die Unternehmervorteile als solche erst im Laufe mehrerer Jahre eintreten. Mit Rücksicht auf die Verlagerung der Provisionsverluste von einem eigenen Tatbestandsmerkmal auf ein Billigkeitselement wäre der Abzinsungsgedanke nicht bei der Berechnung der Unternehmervorteile, sondern allenfalls bei der *Billigkeit des Ausgleiches* anzubringen.

- *Grenzen der schematischen Berechnung des Ausgleichsanspruches*

Es ist aber auf jeden Fall zu beachten, dass diese schematischen Berechnungsmethoden nicht aus dem Gesetz zu entnehmen sind, sondern aus der Praxis der Absatzstrukturen in den einzelnen Märkten und den darauf basierenden Schätzungen der Gerichte. Die Bemessung der Höhe des Ausgleichsanspruches im Rahmen der (unbestimmten) gesetzlichen Voraussetzung und die hierzu festzustellenden Tatsachen, ist im Wesentlichen Sache des Tatrichters und es ist für jeden konkreten Fall festzustellen, welche Daten betreffend der

- Umsätze mit neu gewonnenen Kunden;
 - Dauerhaftigkeit der Geschäftsbeziehung mit diesen Kunden;
 - Prognose zu den Geschäftsbeziehungen mit diesen Kunden
- dargelegt werden.

Die schematische Ausgleichsberechnung hat der Bundesgerichtshof sogar für – aus dem Blick des Endverbrauchers – „relative“ Investitionsgüter, wie Kraftfahrzeuge festgestellt und unter Berücksichtigung des Wiederholungskaufes eines Kunden bei entsprechender Markentreue

über eine Prognose von 5 Jahren aus der Dauer der Wiederholungskäufe eine laufende Geschäftsbeziehung und hieraus einen wesentlichen Vorteil für den Unternehmer festgestellt. Die Berechnungen sind jeweils aufgrund vom Handelsvertreter darzulegender konkreter Umsatzzahlen zu den Geschäftsbeziehungen mit den von ihm neu geworbenen Kunden zu leisten. Beweispflichtig hierfür ist der Handelsvertreter.

Auf Basis der überwiegend zu seinen Gunsten vertretenen Beweiserleichterung, dass er die Vorteile des Unternehmers unter Aufweisung der ihm entstehenden Provisionsverluste darlegen kann, wird er hierfür jedoch häufig eine umfassende Feststellung seiner Provisionen durch Verlangen nach Provisionsabrechnung und Buchauszugserteilung durchsetzen, um eine sichere Basis für seine Darlegungen zur Höhe des Ausgleichsanspruches zu schaffen.

Hierbei sind die dem Handelsvertreter zur Berechnung des Ausgleichsanspruches heranzuziehenden Provisionen, die ihm rechtlich zustehen, zu berücksichtigen, nicht die tatsächlich bezahlten. Steht entsprechend diesen Vorgaben fest, dass der Handelsvertreter aus Geschäftsbeziehungen mit von ihm neu geworbenen Kunden weiterhin laufend Provisionen bezogen hätte, so kann der Unternehmer durchaus einwenden, dass die so berechneten Provisionsverluste (gemäß dem *ehemaligen* Tatbestandsmerkmal des § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB) höher sind als die ihm zufließenden Vorteile.

Der Unternehmer kann auch die Grundlagen der Berechnung – Neukundenwerbung, Fortbestand der Geschäftsbeziehung, Dauer der Geschäftsbeziehung – bestreiten.

Ist allerdings der Bestand einer vom Handelsvertreter geschaffenen Geschäftsbeziehung mit einem Neukunden im letzten Jahr des Vertragsverhältnisses unstrittig, so kann der Unternehmer eine etwaige Abwanderung dieses Kunden nur darlegen, wenn vor Beendigung des Vertragsverhältnisses diese Abwanderungstendenz sachlich zu belegen und zu beweisen ist.

Auch während eines Gerichtsverfahrens nach Beendigung des Handelsvertretungsverhältnisses eintretende Umstände, die vorher nicht erkenntlich waren, können weder vom Unternehmer noch vom Handelsvertreter zu den jeweiligen Gunsten ausgewertet werden. Für die Prognose zu den erheblichen Vorteilen des Unternehmers bleibt es bei den zum Stichtag der Vertragsbeendigung feststellbaren Tatsachen.

Steht zum Stichtag der Beendigung des Vertragsverhältnisses fest, dass der vertretene Unternehmer aus Geschäftsbeziehungen mit von dem Handelsvertreter für ihn neu geworbenen Kunden keine Vorteile mehr haben wird – etwa wenn er den Betrieb vollständig aufgibt, ohne für den vorhandenen Kundenstamm einen Gegenwert zu erhalten oder wenn er in Insolvenz gerät – entsteht in aller Regel kein Ausgleichsanspruch.

Ein Ausgleichsanspruch entsteht auch dann nicht, wenn zum Stichtag der Vertragsbeendigung der Unternehmer nachweist, dass er mit den neu geworbenen Kunden eine Geschäftsbeziehung nicht mehr unterhält, weil diese abgesprungen sind, keine „Wiederholungskunden“ sind oder schon bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nachzuweisen ist, dass der Handelsvertreter sie zu einem konkurrierenden Unternehmen „mitnehmen wird“.

Andererseits bleibt ein wesentlicher Vorteil des Unternehmers aus der Geschäftsbeziehung auch dann bestehen, wenn er die Geschäftsbeziehung mit dem Kunden in anderer Form ausnutzt – etwa wenn die vom Handelsvertreter geworbenen Einzelhandelskunden vollständig bei einem Großhändler kaufen, an den der Unternehmer nunmehr seine Ware absetzt oder wenn auf Basis der Geschäftsbeziehungen mit den vom Handelsvertreter neu geworbenen Kunden dem Unternehmen von einem Einkaufsverband oder einer Genossenschaft ein Umsatzkontingent eingeräumt wird.

c. Billigkeit des Ausgleichsanspruches § 89 b Abs. 1 Nr. 2 HGB

- *Insbesondere: Provisionsverluste des Handelsvertreters*

Unter Berücksichtigung der vorstehend geschilderten Besonderheit der Betrachtung des Ausgleichsanspruches bei der Bemessung der erheblichen Vorteile des Unternehmers auf Basis einer Prognose zu den Provisionsverlusten des Handelsvertreters, wird in aller Regel ein Ausgleich billig sein, wenn nach vorstehenden Ausführungen dem Handelsvertreter in der Höhe der von dem Unternehmer zu erwartenden Vorteile Provisionsverluste entstehen.

Hierbei werden durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses Provisionsverluste nur dann auszuschließen sein, wenn vertraglich über die Dauer des Vertragsverhältnisses in einem „Geschäftsbeziehungsschutz“ dem Handelsvertreter weiterhin Provisionszahlung (trotz Vertragsbeendigung und Einstellung seiner Vermittlungstätigkeit) zugesagt ist oder wenn er in erheblichem Umfang nachvertragliche Provision nach § 87 Abs. 3 HGB oder Überhangprovisionen erhält.

Überhangprovisionen sind Provisionen aus bis zur Vertragsbeendigung abgeschlossenen Geschäften, die durch Ausführung der Geschäfte nach der Vertragsbeendigung anfallen. Hier entstehen für den Handelsvertreter keine Provisionsverluste. Entsprechendes gilt für die nachvertraglichen Provisionen, wenn der Handelsvertreter Geschäfte vermittelt hat, die erst nach Beendigung des Vertragsverhältnisses abgeschlossen werden und er nach den gesetzlichen Vorschriften in § 87 Abs. 3 HGB hierfür Provision verlangen kann.

Ansonsten werden wegen der Bestimmung der Vorteile des Unternehmers aus den Provisionsverlusten des Handelsvertreters (letztlich im Wege einer Art Beweislastumkehr) die zur Berechnung der Unternehmervorteile herangezogenen Provisionsverluste des Handelsvertreters für die Billigkeit des Ausgleichsanspruches sprechen.

- *Sonstige Billigkeitskriterien für die Höhe des Ausgleichsanspruch*

Sonstige Kriterien für eine Verringerung oder einen Ausschluss des Ausgleichsanspruches aus Billigkeitsgründen können sein:

Aus Billigkeitsgründen kann der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters gänzlich ausgeschlossen sein. Dies ist etwa der Fall, wenn der Handelsvertreter durch schwer vertragswidriges Verhalten dem Unternehmer einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung gegeben hat und der Unternehmer – aus persönlicher Rücksichtnahme – hiervon keinen Gebrauch macht, sondern das Vertragsverhältnis ordentlich kündigt. Dann kann diese „Rücksichtnahme des Unternehmers“ unter Berücksichtigung der Vertragswidrigkeit des Handelsvertreters wertungsgemäß dazu führen, dass der Ausgleichsanspruch gänzlich entfällt. Hierbei ist aber stets für jeden Einzelfall *nach* Feststellung der wesentlichen Vorteile des Unternehmers abzuwägen, ob ein Verhalten des Handelsvertreters unter Berücksichtigung der für ihn durch die Vertragsbeendigung eintretenden Nachteile (Provisionsverluste!) den Ausgleichsanspruch tatsächlich gänzlich oder wesentlich zum Entfallen bringt.

In der Praxis maßgeblich sind Leistungen des Unternehmers an den Handelsvertreter, welche „überdurchschnittlich“ sind.

Dies betrifft nach gefestigter Rechtsprechung insbesondere Versorgungszusagen an den Handelsvertreter. Allerdings müssen diese schon so erheblich sein, dass ein Ausschluss oder eine wesentliche Verringerung des Ausgleichs demnach „billig“ erscheint.

Auch Übernahme von Kosten des Handelsvertreters (die Kostentragung für die Aufwendungen zur Vermittlungstätigkeit liegt grundsätzlich gemäß § 87 d HGB beim Handelsvertreter) durch den Unternehmer kann ein Grund sein, den Ausgleich aus Billigkeit zu senken.

Nach allgemeiner Rechtsprechung sind mit Beendigung des Vertragsverhältnisses vom Handelsvertreter ersparte Kosten nicht zu berücksichtigen, wenn nicht eine ungewöhnliche Kostenentlastung auftritt.

Vom Unternehmer *gezahlte* überdurchschnittlich hohe Provisionen führen regelmäßig auch nicht zu einer Senkung des Ausgleichsanspruches aus Billigkeitsgründen, weil das wirtschaftliche Äquivalent zwischen der hohen Provision als Tätigkeitsanreiz und den Unternehmervorteilen (bei der Gleichsetzung von Unternehmervorteilen = Provisionsverlust) sonst systemwidrig gestört würde.

Auf Basis der Neuregelung des § 89 b HGB ab dem 05.09.2009 ist auch zu berücksichtigen, dass der Ausgleichsanspruch aus Billigkeitsgründen erhöht werden könnte. Dies insbesondere dann, wenn der Handelsvertreter sehr geringe Provision bezogen hat und nachweisen kann, dass die Unternehmervorteile höher sind. Dann wird allerdings die Höhe des Ausgleichsanspruches sich meist bereits aus den Darlegungen zu den Unternehmervorteilen nach § 89 b Abs. 1 Nr. 1 ergeben und nur eingeschränkt bei den Billigkeitserwägungen noch zu berücksichtigen sein.

Besondere Aufwendungen des Unternehmers zur Kundenwerbung können ebenfalls aus Billigkeitsgründen zu einer Verringerung des Ausgleichsanspruches führen.

Ebenso könnte bei „Kettenverträgen“ die Ablehnung des Handelsvertreters, die Vertragskette durch Zustimmung des neuen Vertragsabschlussangebotes fortzuführen, aus Billigkeitsgründen den Ausgleichsanspruch beeinflussen. Hier wird jeder einzelne Fall nach Treu und Glauben individuell zu betrachten sein. In aller Regel gilt: Bietet der Unternehmer dem Handelsvertreter eine Fortführung des Vertragsverhältnisses für eine neue Vertragslaufzeit zu Lasten des Handelsvertreters geänderten Bedingungen an, so kann der Handelsvertreter diese ablehnen, ohne den Ausgleichsanspruch zu verlieren.

3. Begrenzung des Ausgleichsanspruches nach § 89 b Abs. 2 HGB

Mit Feststellung der Höhe des Ausgleichsanspruches des Handelsvertreters auf Basis der voraussichtlichen Vorteile des Unternehmers aus den Geschäftsbeziehungen mit von dem Handelsvertreter neu geworbenen Kunden steht der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters im Prinzip fest. Er kann aufgrund der Prognosedauer insbesondere deutlich über einer Jahresprovision liegen, wenn der Handelsvertreter langjährig für den Unternehmer tätig war und in einem Bereich der Konsumgüterbranche fast alle Kunden neu geworben hat. Hier erreicht der Ausgleichsanspruch in der Regel oft das Doppelte einer durchschnittlichen Jahresprovision.

Der Ausgleichsanspruch ist dann *begrenzt* auf die dem Handelsvertreter im Durchschnitt der letzten 5 Jahre bezahlte Provision oder sonstige Vergütung. Es sind hier *alle* Vergütungen und Provisionen zu berücksichtigen – auch etwa verjährte Provisionsansprüche.

In die Berechnung dieses Höchstbetrages sind alle Vergütungen des Handelsvertreeters zu berücksichtigen (also auch Provisionen aus „Delcredere“, Lagerhaltung oder Kundendienst).

Dieser berechnete *Höchstbetrag* unterscheidet nicht, ob die Provisionen auf Geschäfte zurückgehen, die mit Alt- oder Neukunden abgeschlossen wurden, oder solche, die nicht einmal auf einer Tätigkeit des Handelsvertreeters beruhen (z. B. im Falle von Bezirksprovisionen).

Streitig ist, wie die Jahresdurchschnittsprovision zu berechnen ist, wenn das Vertragsverhältnis weniger angedauert hat als ein Jahr. Hat der Handelsvertreter bei einer so kurzen Dauer in erheblichem Umfange Neukunden geworben und wird ihm dann – unter Berücksichtigung der recht kurzen gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende – gekündigt, so spricht einiges dafür, die über einen Zeitraum von unter einem Jahr bezogene Provision auf ein volles Jahr hochzurechnen, wenn sein Ausgleichsanspruch unter Berücksichtigung der Prognose der Unternehmervorteile entsprechend hoch ist.

Die Begrenzung des Ausgleichsanspruches kommt erst dann zum Tragen, wenn der dem Handelsvertreter zustehende Ausgleich über der Jahresdurchschnittsprovision liegt.

Nur für den Fall, dass der „Rohausgleich“ genannte „Unternehmervorteil“ nach § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB den Höchstbetrag übersteigt, bildet der Höchstbetrag den Ausgleich. Andernfalls hat der vertretene Unternehmer nur den (niedrigeren) Rohausgleich zu zahlen.

4. Ausschluss des Ausgleichsanspruches § 89 b Abs. 3 HGB

a. Vertragsbeendigung durch Kündigung des Handelsvertreeters

Wenn der Handelsvertreter das Vertragsverhältnis als unbefristetes Vertragsverhältnis unter Beachtung der gesetzlichen Regelungen in § 89 HGB oder etwa hiervon abweichender vertraglicher Kündigungsfristen und Kündigungstermine selbst kündigt, entfällt regelmäßig sein Anspruch auf Ausgleich gemäß § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB.

Dies gilt dann nicht, wenn der Unternehmer dem Handelsvertreter zur Kündigung einen begründeten Anlass gegeben hat. Ein solcher begründeter Anlass wird dann angenommen, wenn die Fortdauer des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände einem billig und gerecht denkenden Handelsvertreter nicht zuzumuten ist. Hierbei kommt es bei Bewertung der Umstände im Verhalten des Unternehmers nicht auf ein Verschulden des Unternehmers an. Etwa auch unverschuldete Umstände, wie permanenter Umsatzrückgang, die bei dem Handelsvertreter zu einer Provision unter dem Existenzminimum führen, können ein begründeter Anlass zur Kündigung sein. Dann wird allerdings wegen der Voraussetzung des § 89 b Abs. 1 Nr. 1 HGB (Fehlen der erheblichen Vorteile des Unternehmers) auch ein Ausgleichsanspruch nicht oder nur in sehr geringer Höhe entstehen.

Ein begründeter Anlass zur Kündigung ist für den Handelsvertreter meist gegeben, wenn der Unternehmer seinerseits Pflichten verletzt und dies – insbesondere trotz Abmahnung dieses Verhaltens durch den Handelsvertreter – nicht unterlässt. Die Rechtsprechung sieht etwa eine permanente Verletzung der Provisionsabrechnungspflicht, permanente Verletzung der pünktlichen Provisionszahlung, Verletzung eines etwaigen Alleinvertretungsrechtes des Handelsvertreeters (nach deutschem Recht muss auch für den Bezirksvertreter ein Alleinvertretungsrecht

ausdrücklich vereinbart werden), Verweigerung der Buchaus-zugserteilung (§ 87 c Abs. 2 HGB) als begründeten Anlass im Verhalten des Unternehmers, der den Handelsvertreter berechtigt, das Vertragsverhältnis *ordentlich* zu den gesetzlich oder vertraglich bestimmten Fristen und Terminen zu kündigen.

Es ist hier auf jeden Fall zu differenzieren zwischen der Kündigung aus begründetem Anlass und der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund:

Ein Verhalten des Unternehmers, das den Handelsvertreter berechtigt, das Vertragsverhältnis fristlos zu kündigen, muss unter billiger Abwägung der Interessen beider Parteien ein solches sein, welches dem Handelsvertreter unmöglich macht, das Vertragsverhältnis erst zu den vorgesehenen (ordentlichen) Fristen und Terminen zu kündigen, sondern er dies nur mit sofortiger Wirkung tun müsste. Dies setzt in aller Regel eine Abmahnung des Verhaltens des Unternehmers voraus (§ 314 Abs. 2 BGB). Kündigt der Handelsvertreter ein Vertragsverhältnis fristlos und stellt aufgrund dieser fristlosen Kündigung seine Vermittlungstätigkeit sofort ein, so verliert er seinen Ausgleichsanspruch, wenn kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorgelegen hat, denn die fristlose Kündigung kann nicht ersatzweise eine ordentliche aus begründetem Anlass sein.

b. Altersbedingte Kündigung des Handelsvertreters

Weiterhin behält der Handelsvertreter seinen Ausgleichsanspruch, wenn er das Vertragsverhältnis kündigt, weil ihm Alter und/oder Krankheit die Fortführung des Vertragsverhältnisses auf Dauer unzumutbar machen. Die Beweispflicht hierfür hat der Handelsvertreter.

Er muss gegebenenfalls entsprechende ärztliche Atteste/Gutachten vorlegen. Dies gilt auch bei der *altersbedingten* Kündigung, denn allein das Lebensalter sagt über die Fähigkeit, die Vermittlungstätigkeit für den Unternehmer fortzuführen, nicht zwingend etwas aus. In aller Regel wird dem Handelsvertreter allerdings zugestanden, ein Vertragsverhältnis zu einem Stichtag zu kündigen, zu dem er als *natürliche* Person das Alter erreicht, bei dem in aller Regel (unselbstständig) Tätige einen Altersrentenanspruch haben. Dies ist in der Bundesrepublik Deutschland in der Regel zwischen dem 65. und 67. Lebensjahr der Fall. Sozialrechtliche Beurteilungen zu vorgezogenen Altersrenten sind hier nicht maßgeblich.

Ist der Handelsvertreter keine natürliche, sondern eine juristische Person (etwa Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder Aktiengesellschaft), so gelten die Kündigungsmöglichkeiten wegen Alter und/oder Krankheit grundsätzlich *nicht*. Eine juristische Person kann nicht alt oder krank werden. In der deutschen Rechtsprechung und Rechtslehre ist umstritten, ob einer (kleinen) Handelsvertreter-GmbH, bei welcher nur ein Handelsvertreter als natürliche Person Gesellschafter und Geschäftsführer ist, das Kündigungsrecht wegen Alters oder Krankheit ohne Verlust des Ausgleichsanspruches zusteht. Abschließend entschieden ist diese Streitfrage bisher nicht.

In allen Fällen der (ordentlichen) Kündigung wegen Alter und/oder Krankheit ist zu beachten, dass die entsprechende Minderung der Tätigkeitskraft des Handelsvertreters auf Dauer bestehen muss. Auch hierfür ist der Handelsvertreter darlegungs- und beweispflichtig.

c. Ausschluss des Ausgleichsanspruches bei Kündigung durch den Unternehmer

Kündigt der vertretene Unternehmer das Vertragsverhältnis ordentlich, so entsteht in der Regel mit Beendigung des Vertrages der Ausgleichsanspruch.

Der Ausgleichsanspruch entfällt ebenfalls, wenn die Kündigung durch den Unternehmer aufgrund eines wichtigen Grundes wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters erfolgt. In aller Regel wird hierzu dann gefordert, dass die Kündigung auch als fristlose Kündigung im Sinne des § 89 a HGB erklärt werden muss. Erklärt der vertretene Unternehmer, obwohl ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung im schuldhaften Verhalten des Handelsvertreters vorliegt, eine fristgerechte Kündigung, so wird er die Beweislast dafür zu tragen haben, dass er eine fristlose Kündigung hätte aussprechen können und dann aus *Billigkeitsgründen* der Ausgleichsanspruch entfällt.

Ansonsten bewirkt nicht jede fristlose Kündigung aus wichtigem Grund ein Entfallen des Ausgleichsanspruches, sondern nur diejenige, die auf ein schuldhaftes und pflichtwidriges Verhalten des Handelsvertreters zurückzuführen ist. Hier ist genauso wie bei der fristlosen Kündigung durch den Handelsvertreter zu beachten, dass eine fristlose Kündigung regelmäßig erst nach einer erfolgten Abmahnung zulässig ist.

Ausnahmen insbesondere vom Erfordernis einer vorherigen Abmahnung seitens des Unternehmers bestehen bei gravierenden Pflichtverletzungen, die gegen den Kern der Vertragspflichten verstoßen, insbesondere bei nachgewiesener und nicht nur im Randbereich liegender Wettbewerbs-tätigkeit des Handelsvertreters.

Die Pflichtverletzung des Handelsvertreters muss schuldhaft und zurechenbar sein. Eine fristlose Kündigung wegen einer vertragswidrigen und schuldhaften, aber – etwa wegen Störung der Geistestätigkeit – nicht zurechenbaren Handlung des Handelsvertreters würde den Ausgleichsanspruch nicht entfallen lassen. Ebenso wenig eine Kündigung des Unternehmers wegen Erkrankung des Handelsvertreter.

d. Ausschluss des Ausgleichsanspruches bei „Nachfolgeregelung“

Diese Regelung in § 89 b Abs. 3 Nr. 3 HGB hat in Rechtsprechung und Rechtslehre zu erheblichen Problemen geführt, weil sie vertragsrechtlich sehr kompliziert ist: Regelmäßig können die Vertragsparteien über das Vertragsverhältnis disponieren, insbesondere auch die Vertragspartnerstellung einvernehmlich wechseln. Bei einer solchen Vereinbarung wird dann immer zu prüfen sein, ob bei Vertragspartnerwechsel unter Mitwirkung des Unternehmers das bestehende Vertragsverhältnis mit einem neuen Vertragspartner fortgesetzt wird oder ein neues Vertragsverhältnis begründet wird. Wird mit dem „Nachfolger“ ein neues Vertragsverhältnis begründet, so schließt dies den Ausgleichsanspruch nur dann aus, wenn vorher die Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem (ausscheidenden) Handelsvertreter feststeht. Hierbei werden diese Vereinbarungen in der Regel zeitlich gleich zu einem Stichtag erfolgen.

Der Gesetzgeber unterstellt hier, dass der ausscheidende Handelsvertreter von dem neu eintretenden Handelsvertreter im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages eine Entschädigung für die Übergabe der Ertragsaussichten aus dem Handelsvertretungsvertrag erhält, welche in etwa dem erwarteten Ausgleichsanspruch entspricht.

Eine Übertragung des Handelsvertretervertragsverhältnisses ohne Zustimmung des Unternehmers ist auf Grund des personenbezogenen Dienstleistungsverhältnisses grundsätzlich nicht möglich. Hier wird sogar bei Übertragung der Anteile an einer Handelsvertreter-GmbH auf einen Dritten zu prüfen sein, ob dies ohne Zustimmung des Unternehmers möglich ist, wenn es auf die Fähigkeiten des Geschäftsführers oder Gesellschafters ankommt.

Die im Zusammenhang mit der Regelung der Nachfolge des Handelsvertreters oft auftretende Problematik einer alternativen Vereinbarung zwischen den Handelsvertretern und dem Unternehmer zur Zahlung einer „Einstandssumme“ oder eines „Übernahmebetrages“ von dem „neuen“ Handelsvertreter an den „alten“ Handelsvertreter, wird mit Rücksicht auf die hiermit im Kontext stehenden Rechtsprobleme unter *Ziffer 6* betreffend die Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruches behandelt. Gleiches gilt für den Abschluss einer Vereinbarung zwecks Abwälzung des Ausgleichsanspruches auf den Nachfolger.

5. Anmeldefrist und Verjährung

a. Ausschlussfrist

Der Ausgleichsanspruch muss innerhalb eines Jahres nach Beendigung des Vertragsverhältnisses geltend gemacht werden. Hierzu genügt es, dass der Handelsvertreter ihn verlangt. Auch Verhandlungen zwischen dem Unternehmer und dem Handelsvertreter über den Ausgleichsanspruch, aus denen konkludent geschlossen werden kann, dass der Handelsvertreter den Ausgleich beansprucht, genügen für ein solches Verlangen. Die Jahresfrist ist eine Ausschlussfrist. Hat der Handelsvertreter gegenüber dem Unternehmer die Zahlung des Ausgleichs nicht geltend gemacht – Klageerhebung ist hierfür nicht notwendig –, so ist er nach Ablauf der Jahresfrist verfallen.

b. Verjährungsfrist

Grundsätzlich gilt die gesetzliche Regelung in §§195, 199 BGB: Die Frist beträgt 3 Jahre, beginnend jeweils mit Ende des Jahres der Anspruchsentstehung. Eine Verkürzung ist möglich, dann allerdings für beide Vertragsparteien gleichmässig, bis zu einem Jahr.

c. Verwirkung

Eine Verwirkung ist nach Treu und Glauben möglich, wegen des zwingenden Charater des Ausgleichsanspruches und der einjährigen Ausschlussfrist selten. Lediglich ein Verhalten des Vertreters, das auf Forderungsverzicht schließen lässt und auf das der Unternehmer vertrauen durfte kann den Ausgleichsanspruch tangieren. oft wird dieses Verhalten bei der Prüfung der Billigkeit zu berücksichtigen sein.

6. Unabdingbarkeit des Ausgleichsanspruches

a. Allgemeines

Der Ausgleichsanspruch ist generell unabdingbar und kann vor Beendigung des Vertragsverhältnisses weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden. Hierbei ist jegliche Verringerung des Ausgleichsanspruches unzulässig. Dies betrifft etwa auch Regelungen, wonach nur ein bestimmter Anteil der Provision zur Bestimmung der Provisionsverluste heranzuziehen ist. Dies betrifft jegliche Regelungen, wonach über die gesetzlichen hinaus Ausschlusstatbestände angeführt werden. Auch Einschränkungen des Ausgleichsanspruches in Ansehung seines Entstehens (der Fälligkeit) oder seiner Verjährung sind nichtig.

Das Hauptproblem bei der Beurteilung, ob eine Vereinbarung zwischen dem Handelsvertreter und dem vertretenen Unternehmer den Ausgleich unverhältnismäßig einschränkt, liegt bei der Regelung von sogenannten „Einstandszahlungen“.

b. Einstandszahlungsvereinbarung

Hierunter werden Vereinbarungen zwischen dem „neuen“ Handelsvertreter und dem Unternehmer verstanden, wonach der Handelsvertreter für die Übernahme des Vertretungsvertrages eine bestimmte Summe zu zahlen hat. Diese Summe wird meist in Höhe einer von dem Vorgänger des Handelsvertreters im Durchschnitt der letzten 5 Jahre erzielten Jahresprovision vereinbart. Problematisch ist, dass der Bundesgerichtshof die Verpflichtung zur Zahlung eines solchen Einstandspreises für die Übernahme der „Provisionsanwartschaften“ und des „Kundenstammes“ grundsätzlich anerkannt hat. Der Bundesgerichtshof hat sich hierbei von dem Gedanken der Vertragsfreiheit und der kaufmännischen Erwägungen des Handelsvertreters leiten lassen, gegen die Zahlung eine dauerhafte Ertragsquelle aus dem Handelsvertretungsverhältnis zu erhalten. Diese Überlegungen des Bundesgerichtshofes sind für jeden Einzelfall sehr kritisch zu betrachten: Durch die grundsätzlich sehr kurzfristige Kündbarkeit des Handelsvertretungsverhältnisses (gemäß § 89 HGB im ersten Jahr des Vertragsverhältnisses mit einem Monat zum Monatsende) erwirbt der Handelsvertreter keineswegs mit Zahlung eines „Übernahmepreises“ eine dauerhafte Erwerbsquelle.

- Wenn der Handelsvertreter nicht ausdrücklich die vorhandenen Kunden auch als von ihm neu geworbene Kunden (fiktiv) erwirbt, erwirbt er letztlich nur unbestimmte Ertragsaussichten.
- Wesentliche Ertragsaussichten sind in der Regel nur anzunehmen, wenn der Vertreter Bezirksvertretungsprovision und im Zweifel sogar Alleinvertretungsrecht hat.

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof und der Oberlandesgerichte lässt sich – einzelfallbezogen – etwa folgende Betrachtungsweise ableiten:

Erhält der neue Handelsvertreter für die Einstandszahlung eine langfristige Ertragsaussicht (etwa einen Bezirksprovisionsvertrag über 5 Jahre), mag eine Einstandszahlung mit einer späteren Verrechnung der Einstandszahlung mit dem bei Vertragsende entstehenden Ausgleichsanspruch zulässig sein. Der Handelsvertreter hat dann über diese lange Frist zusätzlich die Chance, Neukunden für einen Ausgleich zu werben.

Wird vereinbart, dass mit der Einstandszahlung die vorhandenen Kunden als vom „neuen“ Handelsvertreter neu geworben gelten, besteht grundsätzlich gegen die Einstandszahlung kein Bedenken, weil der Handelsvertreter dann im Zweifel den Ausgleich in gleicher Höhe erwirbt wie die Einstandszahlung und folglich durch seine Tätigkeit die Provisionseinkünfte sichern kann.

In der Regel unzulässig sind Vereinbarungen, wonach ein bestimmter Teil der an den Handelsvertreter bezahlten Provision als Vorausabgeltung auf den Ausgleich gilt: Die Zahlung einer Provision ist regelmäßig Äquivalent für die Vermittlungstätigkeit des Handelsvertreters. Nur wenn die Provision wirklich, gemessen an den durchschnittlichen Provisionssätzen der einschlägigen Branche, ungewöhnlich hoch ist (mindestens das Doppelte) und auf Basis dieser Sondervergütung diese Vergütung primär für die Neu-kundenwerbung bezahlt wird und – wenn ein Ausgleichsanspruch nicht entsteht – eine vereinbarte Vorausabgeltung (mit einem Teilbetrag der Provision) vom Handelsvertreter zurück zu zahlen ist, hält der Bundesgerichtshof eine solche Vorausabgeltung für zulässig.

c. Ausgleichsabwälzungsvereinbarung

Die Ausgleichsabwälzungsvereinbarung beinhaltet als Sonderform einer Einstandszahlungsvereinbarung, dass der neue Handelsvertreter sich verpflichtet, den von dem Unternehmer geschuldeten Ausgleich an seinen Vorgänger zu zahlen. Behält der ausscheidende Handelsvertreter den Anspruch gegen den Unternehmer, so erhielte er praktisch zwei Schuldner, die den Ausgleich zu bezahlen hätten. Eine Schuldbefreiung für den Unternehmer vor Beendigung des Vertragsverhältnisses wäre nichtig, da sie den Ausgleichsanspruch einschränkt. Für den neuen Handelsvertreter gelten die Ausführungen zur Einstandszahlungsvereinbarung entsprechend.

Wegen des hoch komplexen Themas der Wirksamkeit von Einstandszahlungsvereinbarung/Ausgleichsabwälzungsvereinbarung ist den Vertragsparteien eines Handelsvertretungsverhältnisses stets die Beratung durch fachkundige Anwälte zu empfehlen.



Commercial Agency Contracts: Termination and Indemnity England and Wales

Gregor Kleinknecht, LL.M. MCI Arb, Solicitor

Sommario

1. Legislation	94
1.1 The Regulations	94
1.2 Scope of Application	94
1.3 Definition of Commercial Agent and Exclusions	94
1.4 <i>Del Credere</i> Agents	95
1.5 Marketing Representatives	95
2. General Principles of Agency Law	96
3. Formation of Contract Including Form Requirements	96
4. Termination	97
4.1 Fixed Term Agreements	97
4.2 Indefinite Agreements	97
4.3 Immediate Termination	98
5. Indemnity or Compensation on Termination	99
5.1 Introduction	99
5.2 Indemnity	100
5.3 Compensation	101
6. Calculating Compensation	101
7. Grounds for Excluding Payment of Indemnity or Compensation	103
8. Compensation Outside of the Regulations	104
9. Entitlement to Commission on Transactions Concluded After Termination of Agency Contract	105
10. Reimbursement of Expenses	105
11. Applicable Law and Jurisdiction	106
11.1 Applicable Law	106
11.2 Jurisdiction	107

1. Legislation

1.1 The Regulations

In England, Wales and Scotland, *Council Directive 86/653/EEC on the Co-ordination of the Laws of the Member States Relating to Self-Employed Commercial Agents* (the “Directive”) was implemented through the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993¹, which entered into force on 1.1.1994 (the “Regulations”). The Regulations follow the wording of the Directive closely. One of the main purposes of the Regulations was to strengthen the position of the commercial agent in relation to his principal. Separate but substantially similar rules apply in Northern Ireland².

1.2 Scope of Application

Regulation 1.(2) defines the scope of application of the Regulations. It provides that they govern the relations between commercial agents and their principals and apply in relation to the activities of commercial agents in Great Britain. However, Regulation 1.(3) gives the parties freedom expressly to agree that the agency contract is to be governed by the laws of another Member State (the assumption being that the agent will nevertheless be protected by the legislation implementing the Directive in that other Member State). If the law of a non-EU country is chosen then the provisions of the Regulations are intended to override that choice of law insofar as any of the activities of the commercial agent are carried out in Great Britain (see further below on questions of the applicable law).

1.3 Definition of Commercial Agent and Exclusions

Regulation 2.(1) defines a “commercial agent” as a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or purchase of goods on behalf of another person (the “principal”), or to negotiate and conclude the sale or purchase of goods on behalf of and in the name of that principal. The Regulations do not apply to commercial agents whose activities are unpaid or to persons whose activities as commercial agents are considered to be secondary as defined in detail by the Schedule to the Regulations.

Contrary to the law of some other Member States, in implementing the Directive, English law has not extended the scope of application of the Regulations beyond the sale or purchase of goods to include also the supply of services³. The Regulations also do not apply to any other type

¹ Statutory Instrument No 1993/3053, as amended by Statutory Instruments No 1993/3173 and No 1998/2868.

² Commercial Agents (Council Directive) Regulations (Northern Ireland) 1993 Statutory Rules for Northern Ireland No 1993/483).

³ Supplies of gas and electricity are to be treated as goods under the Regulations: *Tamarind International Ltd –v- Eastern Natural Gas (Retail) Ltd* [2000] CLC 1397; although software on its own is not goods, software bundled with hardware would be: *Accentuate Limited –v- Asigra Inc* [2009] EWHC 2655 (QB).

of commercial agency or distribution arrangement falling outside of the scope of the definition of “commercial agent”. Dealerships, distributors and franchisees therefore fall outside the scope of application of the Regulations. This will further exclude, for example, an agent appointed for a specified number of transactions, who will lack the continuing authority required by Regulation 2.(1) for him to be considered a commercial agent within the meaning of the Regulations; or an agent who acts on behalf of an undisclosed principal but not in the name of the principal⁴.

1.4 *Del Credere* Agents

There is some uncertainty in English law as to whether a *del credere* agent, who, in consideration of extra remuneration, will guarantee to his principal that third parties with whom he enters into contracts on behalf of the principal will duly perform their obligations under those contracts, falls within the Regulations. The answer will depend very much on the individual circumstances of each case: while the additional features of a *del credere* agency do not in themselves cause the agency to fall outside the definition of “commercial agent”, the question can arise whether the *del credere* agent does not in reality act on his own account⁵.

1.5 Marketing Representatives

Although the term “agency” is frequently used also in relation to marketing representatives (also sometimes referred to as “introducing” agents as opposed to “sales” agents), a marketing representative has more limited authority than a commercial agent proper and is entitled only to canvass business on behalf of the principal, to acquire and solicit prospective customers, and to make introductions, but is not entitled to alter the principal’s legal relationship with third parties. An introducing agent lacks the authority to negotiate and conclude the sale or purchase of goods on behalf of and in the name of the principal and therefore does not fall within the scope of the Regulations⁶.

There is however a developing line of case law which is seeking to bring introducing agents into the scope of application of the Regulations, based on the construction of the term “negotiate” in Regulation 2.(1). The term “negotiate” was found to include an agent whose role it was to encourage third party interest, suggest prices subject to confirmation, and encourage the third party to place an order⁷. However, the courts have gone further and found that, where the commercial agent was actually retained to develop a principal’s business and goodwill, and the principal continued to derive benefit from that goodwill after termination of the agency, less

⁴ *Sagal –v- Atelier Bunz GmbH* [2009] EWCA Civ 700.

⁵ Department of Trade and Industry (DTI) Guidance Notes on the Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993 (“DTI Guidance Notes”).

⁶ See the definition of “Commercial Agent” in Regulation 2.(1); and *Poseidon Chartering BV –v- Marianne Zeeschip VOF and others* [2006] EUECJ C-3/04; petrol station operators do not “negotiate” the sale of petrol and cannot therefore be considered agents for the purpose of the Regulations: *Parks –v- Esso Petroleum Company Ltd* [1999] EWCA Civ 1942.

⁷ *Nigel Fryer Joinery Services Ltd –v- Ian Firth Hardware Ltd* [2008] EWHC 767 (Ch).

importance was to be given to the question whether the agent actually participated in discussions on price and commercial terms with the third party, so that the introducing agent was nevertheless considered to be a commercial agent for the purpose of the Regulations⁸. What is clear from this line of cases, is that the meaning of “negotiate” has a low threshold and that the courts are reluctant to limit or restrict the application of the Regulations.

2. General Principles of Agency Law

Outside of the scope of application of the Regulations, there is no specific statutory provision for commercial agency relationships. Rather, the rights and obligations of principal and agent are determined principally by the express and implied provisions of their commercial agency contract. A sufficiently detailed and well drafted commercial agency contract is therefore essential for both parties. These contractual provisions are supplemented, clarified and construed in accordance with the common law and jurisprudence on agency law, which has a wide scope of application under English law. The general law also applies where the Regulations are silent on a specific issue.

3. Formation of Contract Including Form Requirements

3.1. English common law does not stipulate any form requirements for commercial agency contracts; the contract can be made orally or in writing. However, if the agent is a commercial agent within the meaning of the Regulations, each party is entitled to receive from the other upon request a signed written document setting out the terms of the commercial agency contract, including any terms subsequently agreed⁹. Any purported waiver by either party of this right will be void¹⁰. The requirements of Regulation 13 are not a form requirement as such: the commercial agency contract can still be valid if made orally in circumstances where neither party requires a written document or, at least, until one of the parties makes such a request.

3.2. As pointed out above, in practice, and notwithstanding the absence of a form requirement, the parties will be well advised to set their agreement down in writing to create certainty as to their mutual rights and obligations under the agency relationship; in particular, if the agency relationship takes effect across borders in more than one jurisdiction.

⁸ *PJ Pipe and Valve Co Ltd –v- Audco India Ltd* [2005] EWHC 1904.

⁹ Regulation 13.(1).

¹⁰ Regulation 13.(2).

4. Termination

4.1 Fixed Term Agreements

Where a commercial agency contract has been entered into for a fixed period of time, it will automatically come to an end upon expiry of the contractual term. However, it is not unusual in practice for parties to continue their agency arrangement beyond the termination date and most fixed term commercial agency contracts will therefore provide for termination on notice where the agency relationship continues beyond the date on which the fixed term comes to an end. Where a commercial agency falls within the scope of the Regulations, Regulation 14 provides that an agency contract for a fixed period which continues to be performed by both parties after that period has expired shall be deemed to be converted into an agency contract for an indefinite period. Where such a deemed conversion into a commercial agency contract of indefinite duration occurs, Regulation 15.(5) clarifies that the commercial agent will benefit from the minimum notice periods provided for in Regulation 15. The earlier fixed period must be taken into account when calculating the notice period.

4.2 Indefinite Agreements

Where the commercial agency contract has been entered into for an indefinite period of time, it can be terminated on notice in accordance with the termination provisions in the agency agreement between the parties. Where the commercial agency contract falls within the scope of the Regulations, Regulation 15.(1) confirms that an agency contract concluded for an indefinite period may be terminated by either party on notice. Regulation 15.(2) then provides for certain minimum notice periods depending on the length of the commercial agency contract. The notice period must be not less than:

- 1 month for the first year of the contract;
- 2 months for the second year commenced; and
- 3 months for the third year commenced and for the subsequent years.

The parties may not agree on any shorter notice periods. If the parties agree on longer periods than those laid down in Regulation 15.(2), the notice period to be observed by the principal must, pursuant to Regulation 15.(3), not be shorter than that to be observed by the commercial agent. Finally, Regulation 15.(4) requires that the end of the notice period must coincide with the end of a calendar month unless otherwise agreed by the parties.

Where the commercial agency contract falls outside of the scope of the Regulations, and the parties have not agreed on a notice period in their commercial agency contract, the contract can be terminated on reasonable notice¹¹. What constitutes a reasonable notice period will depend

¹¹ *Winter Garden Theatre (London) Ltd –v- Millenium Products Ltd* [1948] AC 173.

on the circumstances of each case, having regard to the facts in existence at the time notice was given, not at the time when the contract was entered into¹². Factors such as the duration of the commercial agency contract prior to termination, whether there is a post-contractual restrictive covenant, the degree of investment required by the agent at the outset of the agency relationship, the question whether the agent is free to sell competing products, and the proportion of the agent's turn-over contributed by the principal's goods must be taken into account in determining the appropriate notice period. Most English case law on reasonable notice periods concerns distributors. In circumstances where the agency relationship lasted between two and a half and three years, and the agent had to incur significant start-up costs, the English courts considered notice periods of 9 months¹³ and 12 months¹⁴ to be reasonable. Depending on the circumstances of the case, English common law may therefore afford the agent more generous notice periods than the Regulations.

4.3 Immediate Termination

Fixed term commercial agency contracts as well as commercial agency contracts for an indefinite period of time can be terminated immediately if the other party commits a fundamental breach of contract. However, if the party terminating the agreement fails to establish grounds for a termination without notice, such termination will itself amount to a breach of contract and may entitle the other party to damages and/or other relief, including an injunction¹⁵. Regulation 16.(1) contains an express saving for any rule of English law which provides for immediate termination of an agency contract because of the failure of one party to carry out all or part of his obligations under that contract¹⁶; or where exceptional circumstances arise. The term "exceptional circumstances" may cover matters falling within the English law doctrine of frustration¹⁷.

¹² *Martin-Baker Aircraft Co –v- Canadian Flight Equipment* [1955] 2 QB 556.

¹³ *Jackson Distribution Ltd –v- Tum Yeto Inc* [2009] EWHC 982 (QB).

¹⁴ *Decro-Wall –v- Practitioners in Marketing Ltd* [1971] WLR 361.

¹⁵ *In Bailey v Angove's Pty Ltd* [2014] EWCA Civ 215, for example, the Court of Appeal held that an agent's authority to receive payments due from customers for goods already supplied and owed to the principal was not ended by the termination of the agency contract where ending the agent's authority was a breach of the agency contract by the principal.

¹⁶ This has been held in English law to refer to a repudiatory breach of contract: *Crane v Sky in Home Ltd* [2007] 2 All ER 599.

¹⁷ DTI Guidance Notes.

5. Indemnity or Compensation on Termination

5.1 Introduction

The introduction of the Regulations significantly strengthened the commercial agent's position on termination of the commercial agency contract. Regulation 17.(1) requires the agent either to be indemnified or to be compensated for damage upon termination of the commercial agency contract. Neither the term "indemnity" nor the term "compensation" is defined in the Regulations. When the Regulations came into force in 1994, both were new concepts in English law. The Directive derived the concept of compensation from French law, whereas the concept of indemnity flowed from German law. While the Directive gave Member States the option of adopting either the indemnity or the compensation approach, English law adopted both. It has not yet been tested before the courts whether this constitutes effective implementation of the Directive. Unless otherwise agreed by the parties in the commercial agency contract, the commercial agent shall be entitled to be compensated rather than indemnified¹⁸. However, the use of the term "compensation" by the parties is not necessarily in itself conclusive¹⁹. The agent's claim to an indemnity or compensation is mandatory and the parties may not derogate from Regulation 17 to the detriment of the commercial agent before the agency contract expires²⁰. This leaves room however for the parties to come to a different arrangement for the settlement of the agent's claims after the commercial agency contract has come to an end.

The claim to an indemnity or compensation does not require the principal to have acted in any way wrongfully and it arises even if the commercial agency contract had been entered into for a fixed time period and has expired through simple lapse of time²¹; or, in the case of a commercial agency contract entered into for an indefinite period, where the principal terminated the agreement in accordance with the contractual notice provisions and adhered to the required minimum notice period; or where the commercial agency contract comes to an end as the result of the death of the commercial agent²². Regulation 17 is a 'no fault' provision and the entitlement to an indemnity or compensation arises simply as a consequence of termination of the agency relationship, provided that the principal continues to derive substantial benefits from the goodwill that the agent has generated for the principal.

In practice, compensation will nearly always be more beneficial to the agent than an indemnity. Not only is there no cap on the amount of compensation payable, in order to claim compensation, the agent does not need to show that he has brought the principal new customers

¹⁸ Regulation 17.(2).

¹⁹ See the Scottish case of *Hardie Polymers –v- Polymerland Ltd* (2002) SCLR 64, where the commercial agency contract referred to "Compensation" but the court concluded that the word had been used in a non-technical sense to refer to a termination payment and that on balance the intention of the parties had been to choose indemnity rather than compensation.

²⁰ Regulation 19.

²¹ *Light –v- Ty Europe Ltd* [2003] EWCA Civ 1238; *Cooper and others –v- Pure Fishing (UK) Ltd* [2004] EWCA Civ 375.

²² Regulation 17.(8).

or has significantly increased the volume of business. The agent would have difficulty in establishing these factors, for example, where he has taken over a pre-existing customer list in a mature market based principally on repeat business but with little scope for growing the business. Valuing compensation by reference to the value of the lost agency will be much more attractive for the agent in such circumstances.

The agent's claim for payment of indemnity or compensation can only be excluded in the circumstances of Regulation 18. Regulation 17.(9) does however introduce a statutory exclusion period in that it provides that the commercial agent will lose his entitlement to an indemnity or compensation if he does not notify the principal that he intends to pursue his entitlement within one year following termination of his commercial agency contract. The agent's claim for indemnity or compensation does not need to comply with any specific form requirements.

5.2 Indemnity

The Regulations deal with the agent's entitlement to payment of an indemnity in Regulations 17.(2) to 17.(5). Where the commercial agency contract provides that the commercial agent shall be indemnified rather than compensated, the agent will be entitled to an indemnity if and to the extent that:

- a. he has brought the principal new customers or has significantly increased the volume of business with existing customers and the principal continues to derive substantial benefits from the business with such customers; and
- b. the payment of this indemnity is equitable having regard to all the circumstances and, in particular, the commission lost by the commercial agent on the business transacted with such customers²³.

The purpose of the indemnity is essentially to recognise the value of the goodwill which the commercial agent created in the principal's goods or business but is no longer able to exploit following termination. The term "indemnity" does however have a more limited meaning under the Regulations than it normally bears under English law in that it falls short of a complete making good of the loss suffered by the agent²⁴. Pursuant to Regulation 17.(4), the amount of the indemnity shall not exceed a figure equivalent to an indemnity for one year, calculated from the commercial agent's average annual remuneration over the preceding five years and, if the contract goes back less than five years, the indemnity shall be calculated on the average for the period in question. The payment of an indemnity is very unusual in England and Wales and there is little practical experience with its application. Existing case law principally addresses issues surrounding the calculation of compensation (which is the default position under the Regulations unless the parties have specifically agreed otherwise in the commercial agency contract). The grant of an indemnity does not prevent the commercial agent from seeking damages where termination of the commercial agency contract constitutes a breach of contract by the principal.

²³ Regulation 17.(3).

²⁴ DTI Guidance Notes.

5.3 Compensation

Regulations 17.(6) to 17.(8) make provision for the agent's entitlement to compensation. Where the commercial agency contract does not specifically provide that the agent shall be indemnified upon termination of the commercial agency contract, the agent will be entitled to compensation for the damage which he suffers as a result of the termination of his relations with the principal²⁵. Pursuant to Regulation 17.(7), such damage shall be deemed to occur particularly when the termination takes place in either or both of the following circumstances, namely circumstances which:

- a. deprive the commercial agent of the commission which proper performance of the agency contract would have procured for him whilst providing his principal with substantial benefits linked to the activities of the commercial agent; or
- b. have not enabled the commercial agent to amortize the costs and expenses that he had incurred in the performance of the agency contract on the advice of his principal.

The agent's claim for compensation for damage is in addition to any claim which the agent may have for damages for breach of contract against the principal since the compensation claim arises simply as a result of termination of the commercial agency contract²⁶. In contrast to the provisions on indemnity, the Regulations do not stipulate a maximum amount payable by way of compensation.

6. Calculating Compensation

The lack of further guidance on interpretation and the method of calculating compensation in the Regulations, and the absence of pre-existing English jurisprudence on the issue, initially gave rise to significant uncertainty as to the correct approach. Since the concept of compensation derived from French law, English courts initially looked to and followed the principles established by French case law, which generally tended to award the agent two times his average annual gross remuneration over the preceding three years. This approach had been endorsed, in particular, by the highest appellate court in Scotland, the Court of Session²⁷. Subsequently, English courts increasingly sought to diverge from this rule and to develop alternative approaches, which were perceived to be more suited to English market conditions²⁸. Since a ruling of the House of Lords in 2007, the question as to the correct method of calculating compensation (if not necessarily as to the application of that method) has been resolved for the time being as a matter of English law²⁹.

²⁵ Regulations 17.(2) and 17.(6).

²⁶ *Page –v- Combined Shipping and Trading Company Ltd* [1996] EWCA Civ 1312.

²⁷ *King –v- Tunnock Ltd* 2000 SC 424.

²⁸ *Tigana Ltd –v- Decoro* [2003] EWHC 23 (QB); *Smith, Bailey Palmer –v- Howard & Hallam Ltd* [2005] EWHC 2790 (QB).

²⁹ *Lonsdale –v- Howard & Hallam Ltd* [2007] UKHL 32, per Lord Hoffmann; cf *Nigel Fryer Joinery Services Ltd –v- Ian Firth Hardware Ltd* [2008] EWHC 767 (Ch).

In *Lonsdale*, the House of Lords started from the premise that the purpose of compensation was to compensate the commercial agent for the damage which he suffered as a result of the termination of his relations with the principal, in particular, the loss of future commission income which proper continued performance of the agency contract would have procured for him or, in other words, the value of the agency. The lost income stream and goodwill which the agency would have generated for the agent going forward had to be valued on the basis of what a hypothetical purchaser would have paid for the agency in the open market at the time of termination³⁰. Commission earnings had to be ascertained as net commission after deducting the expenses which the agent would have had to incur to earn his commission, and after discounting future earnings by an appropriate rate of interest. The factors which the House of Lords took into consideration in assessing the value of the agency included the question whether the market for the products in which the agent dealt was rising or declining, the earnings prospects of the agency, whether the agent had to incur expenses in earning his commission, and, in the circumstances of the specific case which the court had to consider, that the principal went out of business and therefore derived no continuing benefit from the goodwill established by the agent. Against this background, the House of Lords affirmed the decision of the judge at first instance to award the agent compensation of £5,000, based on modest net commission earnings of £8,000 per annum which had been falling prior to termination in a steadily deteriorating environment. One of the practical difficulties with this approach however is that there is no market in the UK for the sale of commercial agencies. A valuation on this basis is therefore notional and in most cases needs to rely on expert valuation evidence. In applying the *Lonsdale* principles, parties and courts have continued to seek to grapple with the factors which needed to be taken into account for the purpose of valuing the agency³¹. The English valuation method is not necessarily as beneficial to principals as may appear at first glance: a successful commercial agent in an expanding market may well recover more on this basis than pursuant to the French rule of two times average annual gross remuneration over the preceding three years. The method of calculating compensation under English law therefore clearly differs from that adopted by the French courts. While it may be open to argument whether these differences in approach aid the harmonisation of the laws of the Member States intended by the Directive, their existence was expressly acknowledged by the European Court of Justice, which observed that, although Article 17 of the Directive was mandatory and prescribed a framework, it did not give any detailed indications with regard to the method for calculating the indemnity and that, within that framework, the Member States therefore enjoyed a margin of discretion as to the choice of methods for calculating the indemnity³². The same margin of discretion will apply *mutatis mutandis* to the method for calculating compensation under Article 17 of the Directive. Sub-agents who do not enjoy a direct contractual relationship with the principal, but only with the agent who appointed them, do not have a claim for compensation against the principal³³.

³⁰ Cf *Barrett McKenzie v Escada (UK) Ltd* [2001] EWHC (QB) 462.

³¹ *McQuillan and another –v– McCormick and others* [2010] EWHC 1112, where the court took into account the risk of termination of the principal's contract with the ultimate manufacturer.

³² Case C-465/04 *Honeyvem Informazioni Commerciali Srl –v– Mariella De Zotti* [2006] ECR I-02879 at paragraphs 34-36.

³³ *Light –v– Ty Europe Ltd* [2003] EWCA Civ 1238.

7. Grounds for Excluding Payment of Indemnity or Compensation

While the indemnity and compensation rules in Regulation 17 are mandatory and cannot be derogated from to the detriment of the commercial agent before the commercial agency contract expires³⁴, Regulation 18 enumerates limited grounds on which the agent may lose the entitlement to payment of an indemnity or compensation. Regulation 18 is itself mandatory and the commercial agency contract between the parties cannot therefore provide for any additional grounds on which payment can be excluded.

Regulation 18 provides that the compensation referred to in Regulation 17 shall not be payable to the commercial agent where:

- a. the principal has terminated the agency contract because of a default attributable to the commercial agent which would justify immediate termination of the agency contract pursuant to Regulation 16³⁵; or
- b. the commercial agent has himself terminated the agency contract, unless such termination is justified:
 - by circumstances attributable to the principal, or
 - on grounds of the age, infirmity or illness of the commercial agent in consequence of which he cannot reasonably be required to continue his activities; or
- c. the commercial agent, with the agreement of his principal, assigns his rights and duties under the agency contract to another person.

Although the wording of Regulation 18 refers only to “compensation referred to in Regulation 17”, it is generally acknowledged that this includes also the payment of indemnity pursuant to Regulation 17. Where the agent terminates the contract on the grounds of the principal’s breach in circumstances which justify such termination at common law, he remains entitled to claim compensation or an indemnity³⁶; however, the agent will lose the right to payment of indemnity or compensation if the right to termination is lost at common law, for example, on the grounds that the agent affirmed the contract following the principal’s breach. It follows from the above that where the agent terminates the agency relationship other than pursuant to Regulation 18.(b), he has no entitlement to an indemnity or compensation.

³⁴ Regulation 19.

³⁵ In *Volvo Car Germany GmbH v Autohof Weidendorf GmbH* [2009] ECJ C-203/09 (28 October 2010), a case concerned with a claim for an indemnity, the ECJ held that, once a principal has given notice to terminate, he cannot withhold an indemnity due to the agent under Article 17 of the Directive if the principal subsequently discovers a breach that would have entitled the principal to withhold the indemnity under Article 18(a) of the Directive. However, because the indemnity alternative requires the indemnity to be paid only if equitable, the agent’s breach of contract may be taken into account when determining this. The ruling in the *Volvo* case runs counter to the English common law rule in *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co v Ansell* (1888) 39 ChD 339 to the effect that an innocent party, who purports to accept a repudiatory breach and rescinds the contract, is entitled thereafter to justify his conduct by reference to matters amounting to a serious breach of the contract which were not referred to by him at the time when he rescinded the contract.

³⁶ *Bell Electric Ltd –v- Aweco Appliance Systems GmbH* [2002] EWHC 872.

The difficulty in applying Regulation 18 is highlighted by another case which the Court of Appeal had to consider³⁷, in which the agent sold goods manufactured by different manufacturers. When one of his principals introduced a new range of goods, the agent refused to sell them on the grounds that doing so would breach the terms of the agreements with his other principals by competing with their goods. When the agent's fixed term contract came to an end, the principal refused to offer the agent a new contract. When the agent claimed compensation, the principal sought to rely on Regulation 18.(a), arguing that he terminated the commercial agency contract because of a default attributable to the commercial agent which would justify immediate termination of the agency contract pursuant to Regulation 16. The Court of Appeal rejected this argument. Expiry of a fixed term contract may amount to termination for the purposes of the Regulations but was not termination by the principal. In order to avoid payment of compensation, the principal would have had to terminate the commercial agency contract immediately rather than to allow it to expire through lapse of time.

In order to increase the prospects of being able to avoid the need to pay indemnity or compensation in circumstances where the principal terminates the commercial agency contract due to the agent becoming insolvent or going into liquidation, the principal should insert into the commercial agency contract provisions entitling him to terminate the agreement forthwith upon such an event occurring.

8. Compensation Outside of the Regulations

The position at common law is much less beneficial to the commercial agent than that under the Regulations. Unless an entitlement to contractual compensation has been agreed between the agent and the principal in the commercial agency contract, the agent will not have any claim to be compensated for any loss of income or loss of his client base or goodwill due to termination of the commercial agency contract. In commercial practice this will be relevant, in particular, where the commercial agent sells services rather than goods, or where the sale of goods is secondary to the sale of services³⁸. The question whether the commercial agent's activities fall within the scope of the Regulations is therefore of much greater importance under English law than it is in some other jurisdictions with more comprehensive compensation regimes. A claim for damages may arise in addition to any contractual claim for compensation if the principal terminates the commercial agency contract wrongfully and in breach of contract (for example, because he does not adhere to the contractual notice provisions).

³⁷ *Cooper Atkins Bartle –v- Pure Fishing (UK) Ltd* [2004] EWCA Civ 375.

³⁸ *Crane –v- Sky In-Home Service Ltd and another* [2007] EWHC 66 (Ch) (goodwill held to have arisen from sale of subscriptions for satellite television rather than from sale of satellite dishes).

9. Entitlement to Commission on Transactions Concluded After Termination of Agency Contract

Independent of any claim to an indemnity or payment of compensation, Regulation 8 entitles a commercial agent to commission on commercial transactions concluded after the agency contract has terminated if:

- a. the transaction is mainly attributable to his efforts during the period covered by the agency contract and if the transaction was entered into within a reasonable period after that contract terminated; or
- b. in accordance with the conditions mentioned in Regulation 7, the order of the third party reached the principal or the commercial agent before the agency contract terminated.

The entitlement is however subject to any requirement to apportion commission between new and previous commercial agents in accordance with Regulation 9. The Regulations do not define the term “reasonable period” and the agent and principal will therefore be well advised to define in their commercial agency contract what they consider to be a reasonable period. Otherwise regard will have to be had to the time period which it would typically take for the agent’s marketing activities to be converted into a concluded contract between principal and third party. The use of the words “mainly attributable to” in Regulation 8.(a) differs from the term “as a result of” used in Regulation 7.(1)(a) and appears to set a higher threshold³⁹. In applying both concepts, regard will also have to be had to the contributions of any new agent to the generation of business. Regulation 8 is not expressed to be mandatory and the parties are therefore free to make other provisions in their commercial agency contract.

10. Reimbursement of Expenses

There is no statutory entitlement for a commercial agent to obtain reimbursement of the expenses which he necessarily incurs in fulfilling his duties, or to be indemnified by the principal against losses incurred by the agent in the performance of lawful duties within the scope of the agent’s authority. Such an entitlement may however be agreed between the parties. Where such an entitlement has been agreed, it will normally be conditional upon the agent acting within the scope of his authority.

³⁹ In *Tigana Ltd –v- Decoro Ltd* [2003] EWHC 23 (QB), the court found that “mainly attributable” required a causal link between the agent’s activities and the making of the contract; in *PJ Pipe and Valve Co Ltd –v- Audco India Ltd* [2005] EWHC 1904, the court found it to mean the same as the “effective cause” requirement at common law.

11. Applicable Law and Jurisdiction

11.1 Applicable Law

The Regulations themselves contain limited conflict of law provisions in Regulation 1.(2) which provides that the Regulations apply in relation to the activities of commercial agents in Great Britain; and in Regulation 1.(3), which gives the parties the freedom to agree that the commercial agency contract is to be governed by the law of another Member State.

The general conflict of laws rules applicable to agency contracts entered into after 17.12. 2009 are those set out in *Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of The Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)* (“Rome I Regulation”). Article 3(1) of the Rome I Regulation gives the parties the freedom to choose the law applicable to the contract. The choice must be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.

However, Article 3(4) makes clear that, where all other elements relevant to the situation at the time of the choice are located in one or more Member States, the parties’ choice of an applicable law other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement. In the context of commercial agency, Article 3(4) thus prevents the parties from agreeing on the application of the laws of a non-EU Member State in an attempt to avoid the application of the Regulations (or of the Directive as implemented in other Member States) in circumstances where the agency relationship has no connection with a country outside of the EU. Article 9 of the Rome I Regulation contains a further saving for overriding mandatory provisions of law which the parties’ contractual choice of law cannot override.

On this issue, the English High Court had the opportunity to consider a case in which a commercial agency contract was subject to the law of the US state of California and held (following a reference to the European Court of Justice)⁴⁰ that a choice of law clause in favour of the substantive law of a non-EU Member State could not be used to evade liabilities under the Regulations and that the commercial agency contract still provided the commercial agent with EU compensation as a matter of public policy where the agent carried out his duties in the EU⁴¹. It follows that the parties are free to ‘contract out’ of the Regulations where the commercial agent fulfils his duties exclusively outside of the EU. Where a principal appoints an agent for a non EU territory and English law governs the commercial agency contract, the Regulations do not apply. More recently, following a request for a preliminary ruling from the Belgian Hof van Cassatie, the ECJ went further and ruled that the courts of a Member State (here Belgium) can in limited circumstances also override the parties’ choice of the substantive law of another EU-Member

⁴⁰ *Ingmar GB (Free movement of persons)* [2000] EUECJ C-381/98 (09 November 2000).

⁴¹ *Ingmar GB Ltd –v- Eaton Leonard Inc* [2001] EWHC QB 3; cf *Accentuate Ltd –v- Asigra Inc* [2009] EWHC 2655 (QB), where a Canadian arbitration and choice of law clause was found to be unenforceable.

State, which had correctly implemented the Directive (here Bulgaria), in favour of the *lex fori*, where the law of the Member State of the forum grants protection to the agent which exceeds that granted by the Directive and regards that protection as mandatory⁴². However, given that the Directive provided Member States with a choice whether to adopt the indemnity or the compensation approach in its implementing legislation, and regarded both models as equally acceptable, the rules of a Member State which adopted one approach can arguably not be used to override the application of the other approach adopted by the substantive law of another Member State chosen by the parties. In *Unamar*, the ECJ did not have to deal with the question whether the Belgian courts had correctly assumed jurisdiction, an express choice of arbitration by the parties notwithstanding, based on a concern that the arbitral tribunal would apply the Bulgarian substantive law chosen by the parties and would therefore not apply the more far-reaching protection envisaged by Belgian law and regarded as mandatory by the Belgian courts. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen by the parties, Article 4(b) of the Rome I Regulation provides that the law governing a commercial agency contract (agency contracts being contracts for the supply of services) shall be the law of the country where the agent as service provider has his habitual residence.

Conflict of Laws issues arising from contracts entered into between 1.4.1991 and 17.12.2009 are subject to the Contracts (Applicable Law) Act 1990, which implements the rules of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.

11.2 Jurisdiction

Court jurisdiction over cross-border disputes between agent and principal where the defendant is domiciled in a Member State is determined in accordance with the provisions of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (the “Jurisdiction and Judgments Regulation”). Article 23(1) of the Jurisdiction and Judgments Regulation permits parties, one or more of whom is domiciled in a Member State, to agree that the courts of a Member State shall have jurisdiction to settle any disputes which have arisen or which may arise in connection with a particular legal relationship. Such jurisdiction will be exclusive unless the parties have agreed otherwise. The agreement conferring jurisdiction must be either:

- a. in writing or evidenced in writing; or
- b. in a form which accords with practices which the parties have established between themselves; or
- c. in international trade or commerce, in a form which accords with a usage of which the parties are or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade or commerce concerned.

Absent a choice of jurisdiction by the parties, Article 2 of the Jurisdiction and Judgments Regulation contains the general jurisdictional rule that a party domiciled (or, in the case of a

⁴² *Unamar* [2013] ECJ C-184/12 (17 October 2013).

company, having its seat, central administration or principal place of business)⁴³ in a Member State shall be sued in the courts of that Member State. Pursuant to the special jurisdictional rule in Article 5(1)(a) of the Jurisdiction and Judgments Regulation, a person domiciled in a Member State may however also be sued in another Member State in matters relating to a contract in the courts for the place of performance of the obligation in question. Article 5(1)(b) of the Jurisdiction and Judgments Regulation clarifies that in the case of the provision of services (which includes the provision of services by a commercial agent to his principal) the place of performance of the obligation in question will be the place in a Member State where the services were provided or should have been provided under the contract⁴⁴.

The Jurisdiction and Judgments Regulation also provides for the recognition and enforcement of judgments from one Member State in the courts of all other Member States.

English law generally also recognises choice of jurisdiction clauses outside of the scope of application of the Jurisdiction and Judgments Regulation in an international cross-border context. Alternatively, the parties are free under English law to submit their disputes to alternative dispute resolution or arbitration. Arbitration proceedings with seat in England are governed by the Arbitration Act 1996.

⁴³ Article 60 Jurisdiction and Judgments Regulation.

⁴⁴ The ECJ considered the application of Article 5(1)(b) specifically in the context of a commercial agency contract in *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH –v- Silva Trade SA* [2010] EUECJ C-19/09, establishing a three tier test to establish the place of performance where services were provided in multiple Member States.



Dutch Legislation on Termination of Commercial Agency Contract

Hans Emanuel Urlus, Advocaat

Sommario

Introduction	110
1. Legislation on Termination of Commercial Agency Contract	111
2. Duration of Commercial Agency Contracts	112
3. Termination of Fixed Term Commercial Agency Contracts	113
4. Contract Terms and Conditions	114
5. Agent's Right to Compensation	115
6. Parameters for quantification of the compensation	115
7. Agent's Right to Termination Indemnity	116
8. Parameters for Quantification of the Termination Indemnity	118
9. Future developments	120

Introduction

Dutch agency law imposes significant mandatory provisions on principals and commercial agents (“agent”).

Thus, it is important to consider whether a contract might qualify as a commercial agency contract.

A commercial agency contract is defined as an agreement pursuant to which the principal authorizes the agent to act as an intermediary, for the purpose of concluding contracts directly between the principal and third parties, and the agent accepts such a role for remuneration. Dutch law imposes strict constraints on terminating commercial agency contracts, and dictates the potential compensation that the principal must pay the agent in the event of termination.

To provide clarity on these Dutch law parameters, this article explores the existing legislation on the termination of commercial agency contracts, the agent’s right to compensation, and the termination indemnity.

1. Legislation on Termination of Commercial Agency Contract

During the industrial revolution, the use of agents became more common, making legislation on commercial agency contracts necessary. In 1897, Germany became one of the first countries that enacted legislation on commercial agency contracts. The Dutch legislation on commercial agency contracts, which dates back to 1936, was strongly influenced by the German legislation. This early legislation did not, however, contain any provisions regarding customer indemnification in the event that a principal terminates a commercial agency contract.

On November 26, 1973 the Benelux Convention on Agency Contracts was enacted¹. Although this convention never entered into force, Dutch law was amended accordingly in 1977². These amendments introduced customer indemnification for the terminated agent into the Dutch law. In 1986, the European Communities enacted Directive 86/653/EEC (the “Directive”) on self-employed agents³. The Directive was adopted with the aim of harmonizing law across the European Communities with respect to contractual relations between agents and principals⁴. As a directive is not directly applicable in member states, each member state is required to enact its own legislation implementing the Directive—these national implementing laws must at minimum adhere to the directive, and may provide a higher level of protection than required by a directive. The Netherlands implemented the Directive into national law when the Dutch rules on commercial agency contracts were amended and incorporated in the Dutch Commercial Code on November 1, 1989⁵. These rules were later incorporated in the Dutch Civil Code (“DCC”) with some minor amendments, in book 7, section 3, article 428 to 445. The fundamental aim of the Dutch rules on commercial agency contracts is to provide a high level of protection for the agent. Dutch law on commercial agency contracts, therefore, is broader in scope than the Directive, in contrast to the Directive, it also applies to commercial agency contracts for services⁶.

One of the most critical aspects of the Dutch rules on commercial agency contracts is its regulation of the conclusion and termination of commercial agency contracts. The right to terminate a commercial agency contract is provided for in article 7:437 DCC. In order to establish this right, Dutch law imposes various rules on the termination of commercial agency contracts.

¹ Treaty Series 1974, 4.

² Law of 23 March 1977, containing amendments to the Dutch Commercial Code and the Dutch Insolvency Act.

³ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member State relating to self-employed commercial agents [1986] OJ L382/17.

⁴ H. E. Urlus; De Gevolgen van Beëindiging van Agentuurovereenkomsten (vertraagd) Verduidelijkt. *Contracteren*, nr. 1, 2013, para. 4.

⁵ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member State relating to self-employed commercial agents [1986] OJ L382/17; Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG -Berenschot, para. 2.11.

⁶ German, Belgian and French legislation on commercial agency contracts also has a broader scope than the Directive by its application on commercial agency contracts for services.

The first of these rules states that a commercial agency contract will terminate as a result of the decease of the agent⁷. Absent this rule, it could be argued that upon the decease of the agent, the beneficiaries of the agent will become entitled to termination indemnity⁸. On the other hand if the principal becomes deceased, both the beneficiaries of the principal and the agent are entitled to end the contract within nine months following the decease of the principal with the observance of a four month notice period.

Dutch law ensures that both parties are able to request the dissolution of a contract through sub-district court proceedings. The dissolution of the contract through these proceedings must be based on compelling reasons or changes of circumstances that require the contract's termination⁹. If the dissolution is based on a compelling reason for which the defendant is at fault, the defendant will be liable for compensation¹⁰. However, if the contract is dissolved based on a change of circumstances, which on equitable grounds require the dissolution of the contract, the sub-district court may hold either one of the parties liable for compensation¹¹.

In general, a commercial agency contract will come to an end upon the expiration of its term. Still, a contract can be terminated unilaterally for "urgent reasons" or based on mutual consultations. Each of these options will be discussed in more detail below. However, as a starting point the rules governing the duration of commercial agency contracts will be explored.

2. Duration of Commercial Agency Contracts

Generally speaking, Dutch law is based on the principle of contractual freedom, according to which contractual parties are free to determine their own agreements. Pursuant to this principle, parties themselves determine the duration of a contract. The parties have the option of creating a fixed-term contract, which is established for a definite period, or an open-ended contract, which is established for an indefinite period. Whether a contract has a fixed-term is determined by objective criteria. For example, if the contract can be determined by a fixed period of time or the completion of a specific project or stock delivery¹². The hallmark of a fixed-term contract is that termination is determined by objective criteria rather than the will of the respective parties.

The question of whether a contract can easily be terminated depends on whether the contract is established for a fixed-term or for an indefinite period.

⁷ Art. 7:438(1) DCC.

⁸ H.E. Urlus; De Agentuurovereenkomst. Deventer: Kluwer, 1990, p. 39.

⁹ Art. 7:440(1) DCC.

¹⁰ Art. 7:440(2) DCC.

¹¹ Art. 7:440(3) DCC.

¹² H.E. Urlus; De Agentuurovereenkomst. Deventer: Kluwer, 1990, p. 38.

3. Termination of Fixed Term Commercial Agency Contracts

Commercial agency is a species of the legal concept of assignment, as defined in article 7:400 DCC. Commercial agency and assignment share two essential features: they can always be terminated and, in the event of termination, no performance can be claimed as a consequence thereof. Due to the latter feature, upon termination the question will always be in relation to liability for compensation by reason of the defective performance of the contract.

In general, a fixed-term commercial agency contract will come to an end upon expiration of the predetermined period for which it was entered into. If the commercial agency contract is continued after the expiration of the period agreed upon by both parties, it will be lawfully converted into a contract for an indefinite period under the same conditions as the initial contract¹³. Dutch law prescribes that termination of the commercial agency contract will be effective at the end of a calendar month¹⁴. Unilateral interim termination of a fixed-term contract is only allowed if provided for in the contract¹⁵. A fixed-term commercial agency contract with the right of interim termination may be terminated by either party, provided the agreed period of termination notice is observed¹⁶. When agreeing on the notice period, it is important that parties take into account the statutory minimum standards established by Dutch law. These minimum standards dictate that the minimum period of notice is one month for the first year of the contract. This legal period is extended to two months in the second year of contract, and three months for the following years¹⁷. If parties agree on a longer period of termination notice then that period of termination notice must be equal in length for the principal and the agent.

Different legal notice periods apply if the parties did not agree upon a period of termination notice. If parties did not agree to a defined notice period, a four month notice period must be observed¹⁸. This period is extended to five months if the contract has been in place for at least three years and further extended to six months if the contract has been in place for a period of six years. If parties do not comply with the required notice period, the contract will still end with legal effect. However, the party responsible for disregarding the required period will be liable for compensation if the contract was not ended for urgent reasons¹⁹.

Termination of an open-ended commercial agency contract is generally subject to the same terms and conditions as the interim termination of a fixed-term contract²⁰.

If a commercial agency contract is concluded where a natural person acts as the agent for less than three principals, then Dutch labor law should also be taken into account when the commercial agency contract is terminated. The obligation to receive permission from the Dutch Employee Insurance Agency prior to termination is of particular importance²¹.

¹³ Art. 7:436 DCC.

¹⁴ Art. 7:437(3) DCC.

¹⁵ Explanatory Memorandum, Parliamentary Papers Dutch House of Representatives 1970/71, 11022, nr. 4, p.20.

¹⁶ Art. 7:437(1) DCC.

¹⁷ Art. 7:437(1) DCC.

¹⁸ Art. 7:437(1) DCC.

¹⁹ Art. 7:445 DCC.

²⁰ Art. 7:437 DCC.

²¹ The Dutch Extraordinary Labor Relations Decree 1945 has a wide connotation of employee. This has the consequence that in some cases the agent falls within the scope of employee as defined in the Extraordinary Labor Relations Decree 1945. As a consequence, article 6 of the Extraordinary Labor Relations Decree 1945 requires permission from the Dutch Employee Insurance Agency in such a case.

4. Contract Terms and Conditions

The terms and conditions applicable to the termination of a contract are generally determined by the parties themselves. Although there are particular standards, such as minimum time limits regarding, for example, the obligations of the principal or the right to a contribution, from which parties may not deviate²². Accordingly, the parts of the contract that deviate from these specific Dutch rules will be considered void.

The principal and the agent are allowed to choose the internal law which shall govern the agency relationship between them²³. However, the Court of Justice of the European Union held in its decision of November 9, 2000 that the chosen law may not deprive the commercial agent of his rights and protections provided in the Directive²⁴. Therefore, the Directive remains applicable where the commercial agent carried on his activity in the European Union, regardless of any clause in the contract stipulating that the agency relationship is to be governed by the law of a state that is not a member of the European Union²⁵. The Court of Justice of the European Union based this conclusion on its finding that the Directive remains applicable in cases where closely connected with the European Union, irrespective of the law chosen by the parties. The decision further emphasized that this is particularly true where the commercial agent carries on his activity in the territory of a member state of the European Union²⁶.

There is no obligation under Dutch law to provide a written commercial agency contract. However, the law does require parties to provide each other party with a signed document containing the contents of the verbally agreed commercial agency contract upon first request of the other party²⁷.

Non-compete clauses in commercial agency contracts are only valid when they are in writing and apply to the type of products or services, territory and groups of consumers covered by the contract. A non-compete clause in a commercial agency contract is only valid for a maximum period of two years after termination²⁸. However, an agent can always request the court to set aside the non-compete clause.

²² Art. 7:445(1) DCC.

²³ Art. 5 of the Convention on the Law applicable to Agency and art. 3 of Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

²⁴ Case C 381/98, *Ingmar GB Ltd. v Eaton Leonard Technologies* [2000] ECR I-09305, para. 25.

²⁵ Case C 381/98, *Ingmar GB Ltd. v Eaton Leonard Technologies* [2000] ECR I-09305, para. 26.

²⁶ Case C 381/98, *Ingmar GB Ltd. v Eaton Leonard Technologies* [2000] ECR I-09305, para. 25.

²⁷ Art. 7:428 (3) DCC.

²⁸ Art. 7:443 DCC.

5. Agent's Right to Compensation

In principle, a party that terminates the commercial agency contract is liable for damages if the contract is terminated: (i) prior to the end of the term, (ii) without observing the applicable legal or contractual notice period, or (iii) unilaterally²⁹. However, the terminating party will not be liable for damages if it terminates the contract for an urgent reason of which the other party has been immediately informed. In this context, a compelling or urgent reason is of such a nature that continuing the contract becomes unreasonable³⁰.

Nevertheless, if the court determines that the dissolution of the commercial agency contract was on basis of a change in circumstances or urgent reasons, but the defendant was still at fault for the termination, he will also be liable for damages.

6. Parameters for quantification of the compensation

The amount of compensation is generally equal to the payment for the time that the contract would have continued if it had expired at the end of its term. Although this compensation amount may also take additional factors into account³¹, including expenses which have been saved, future developments and the average number of transactions over a longer period prior to the termination³². Courts may, however, reduce compensation if the sum appears to be too high³³. On the other hand, if the beneficiary believes the sum is too low, he can claim the actual damages instead of the fixed compensation³⁴. To claim the actual damages, the terminated party must prove the extent of those damages. Subsequently, the judge is only permitted to allocate compensation for the complete extent of the damages if those damages are sufficiently proven³⁵. If the damages are not sufficiently proven then the judge is required to allocate the fixed compensation³⁶.

²⁹ Art 7:439(1) DCC.

³⁰ Art 7:439(2) DCC.

³¹ Art 7:441(1) DCC.

³² Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot, para. 2.4.

³³ Art 7:441(2) DCC.

³⁴ Art 7:441(3) DCC.

³⁵ H.E. Urlus; *De Agentuurovereenkomst*. Deventer: Kluwer, 1990, p. 41.

³⁶ H.E. Urlus; *De Agentuurovereenkomst*. Deventer: Kluwer, 1990, p. 41.

7. Agent's Right to Termination Indemnity

Legal scholars opine differently on how the compensation should be understood.

Tjong Tjin Tai, a professor at Tilburg University, states that the remuneration the agent can claim at the termination of the contract is not to be confused with termination indemnity³⁷. The underlying thought behind article 7:442 DCC, according to Tjong Tjin Tai, is that termination indemnity should only reward the mediation and the transactions and does not include the building of a new customer group. This also does not apply to the contracts concluded with new customers. F.M. Smit shares the same opinion as Tjong Tjin Tai³⁸. Smit notes that, termination indemnity should only be seen as an earned provision for the transactions, and not include provisions for adding a new customer to an existing customer group. This approach would thus require a prognosis on the future developments of the company of the principal.

D.E. Alink, a Judge at the court of The Hague states that, with regards to termination indemnity, the advantage for the principal should be the deciding factor, rather than the disadvantage of the agent³⁹. This conclusion was based on the Dutch Supreme Court ruling of November 2, 2012.

Another underlying basis for termination indemnity is that it prevents unjustified enrichment of the principal as a consequence of the termination of the commercial agency. The reasoning here is that, in the event of termination, the principal will continue to benefit from the customers that the commercial agent engaged⁴⁰.

An agent's right to termination indemnity at the end of a contract is based on two cumulative conditions. This first condition is that the agent has either introduced new customers to the principal, or has considerably expanded the number or value of the contract with the existing customers⁴¹. In this case, the contract with the customer should still produce considerable advantages for the principal, which essentially means that termination indemnity is characterized by the sustainability of the customer group⁴². The second condition is that the payment of the termination indemnity should be fair vis-à-vis all circumstances particularly including the lost commission from the contracts with customers⁴³, meaning, the amount of termination indemnity must be fair⁴⁴.

In 2012, the Dutch Supreme Court decided a case involving the quantification of termination indemnity⁴⁵. The case involved a commercial agency contract entered into on 1 September 2003

³⁷ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/375.

³⁸ F.M. Smit, *De Agentuurovereenkomst tussen Handelsagent en Principaal*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle, 1996.

³⁹ D.E. Alink, *Elk voordeel heeft zijn nadeel, of toch niet? Het berekenen van de goodwillvergoeding bij beëindiging van een agentuurovereenkomst*, MvV 2013, nr. 6.

⁴⁰ See also opinion of Advocate General Bot in C-203/09 3 *Volvo Car Germany/Autohof Weidensdorf* [2010].

⁴¹ Art 7:442(1)a DCC.

⁴² Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot, para. 2.22.

⁴³ Art 7:442(1)b DCC.

⁴⁴ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot para. 2.9., 2.12.

⁴⁵ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865.

by T-Mobile Netherlands B.V. (T-Mobile) and a party trading under the name of Icom Telecom (Icom). T-Mobile terminated the contract on December 1, 2006 without giving reasons, which led Icom to claim termination indemnity from T-Mobile.

The Dutch Supreme Court used this case to clarify the method for calculating termination indemnity under Dutch law. The Dutch Supreme Court looked to the Court of Justice of the European Union's explanation of the calculation of termination indemnity under Dutch law in its decision of March 26, 2009 (C-348/07)⁴⁶. Based on this explanation, the Dutch Supreme Court outlined a three-step procedure for calculating termination indemnity.

The first step involved quantifying the benefits that the principal derived from the contracts closed with new customers as a result of mediation with the agent. These benefits include the principal's ability to continue using and benefitting from these customer relationships without having to pay commission to the agent responsible for securing these customers. Thus, from these contracts the principal benefitted, while the agent did not. The benefit the principal receives must be determined by the gross commission earned by the agent, for new contracts and new contracts concluded with existing customers in the preceding year.

This amount should then be adjusted to include factors that relate to:

- a. the duration of the advantage that the principal is expected to receive from these concluded contracts;
- b. the turnover in the customer group; and
- c. the accelerated receipt of commission income by the agent as a result of the lump sum indemnity payment.

The second step involves assessing whether the amount calculated in the first step should be adjusted to be more equitable. In order to calculate this adjustment, all facts of the case should be taken into account. Particularly, the commission that the agent will no longer receive as a result of the termination. The Dutch Supreme Court decided, however, that a one time acquisition payment awarded by the principal to the commercial agent when the latter brings in a new customers, is not regarded as a commission. Therefore, a one time acquisition payment does not entitle the commercial agent to claim termination indemnity⁴⁷. In order to determine the amount of commission that was lost, factors such as how many new customers would have been introduced by another agent also play a role. Generally, the amount of commission lost is estimated through the anticipated turnover in the customer group, which means the assessment is not always limited to a one year period.

The Supreme Court further ruled that the amount of commission that the agent has lost should be determined based on the gross commission. That gross commission comprises all factors of the remuneration, including the costs made by the agent on gifts or discounts to customers, but excluding costs such as advertisement fees. In the event that the agent used his commission to pay for a substantial amount of certain expenses, this may also be taken into account.

⁴⁶ The European Court case will be addressed more fully later in this chapter.

⁴⁷ Supreme Court 2 March 1990, LJN: AB7936, NJ 1991.

The third step was assessing whether the amount calculated based on the previous criteria exceeds the agent's average annual remuneration. If it does, the termination indemnity will be limited to the average annual remuneration. The Supreme Court ruled that the maximum amount should be based on gross remuneration. This also includes expenses, such as gifts or discounts, paid from of this amount. There are various circumstances under which termination indemnity will not be due. The first of these circumstances is if the contract is ended by the principal for compelling reasons for which the agent is to blame⁴⁸. The second is when the contract is ended by the agent, and this termination is justified by circumstances which can be attributed to the principal or is justified by the age, invalidity or sickness of the agent which result in him being incapable of performing his duties⁴⁹. Finally, termination indemnity is not due if the contract is ended by the agent who has transferred, with approval of the principal, his contractual position under the commercial agency contract to a third party⁵⁰.

8. Parameters for Quantification of the Termination Indemnity

The termination indemnity is generally calculated by the average remuneration over the last five years of the contract, or in cases where the contract lasted less than 5 years, the average of the entire duration⁵¹. Dutch law prescribes that the amount of termination indemnity cannot exceed the maximum possible remuneration for one year⁵². The Dutch Supreme Court explained this by interpreting remuneration as the gross amount of commission comprising all elements of remuneration that vary according to the number or value of products. In response to this ad-hoc judges in arbitration proceedings have acknowledged the argument that termination indemnity should only take into account the remuneration for acquisition⁵³.

The determination of gross commission must furthermore take into account the payment of investments by the agent⁵⁴. This because the principal often makes payments to the agent at the start of the commercial agency relationship. These payments allow the agent to make investments that can be earned back over time. In practice, these payments are usually made in the form of (temporarily) higher commissions, remunerations or allowances for expenses⁵⁵.

⁴⁸ Art 7:442(4)a DCC; pursuant to Art 7:439(3) DCC.

⁴⁹ Art 7:442(4)b DCC.

⁵⁰ Art 7:442(4)c DCC.

⁵¹ Art 7:442(2) DCC.

⁵² Explanatory Memorandum, Parliamentary Papers Dutch House of Representatives 1988/99, 20 842, nr. 3, p.9.; Dutch Supreme Court 2 March 1990, LJN: AB7936, NJ 1991, 50, para. 5.1.2.

⁵³ H. E. Urlus; De Gevolgen van Beëindiging van Agentuurovereenkomsten (vertraagd) Verduidelijkt. Contracteren, nr. 1, 2013, para. 16.

⁵⁴ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot, para. 2.22.; H.E. Urlus; De Agentuurovereenkomst. Deventer: Kluwer, 1990, p. 52.

⁵⁵ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot, para. 2.22.; H.E. Urlus; De Agentuurovereenkomst. Deventer: Kluwer, 1990, p. 52.

If these payments are not taken into account, a principal that chooses to make payments in the form of separate allowances will have an advantage over a principal who chooses a different form. This is because payments in the form of separate allowances lead to higher provisions, which creates a significant disadvantage for the principal in quantifying termination indemnity⁵⁶.

The Court of Justice of the European Union has held that the quantification of termination indemnity should occur in three stages⁵⁷. The first stage establishes that the benefits the principal derives from transactions with customers secured by the agent should be quantified. These benefits are contingent upon the principal's ability to continue customer relationships without payment of commission to the agent responsible for securing the relationships. The benefit must be determined by the gross commission earned by the agent during the last 12 months from new and enhanced existing customers. Accordingly, the amount should be calculated on the basis of factors relating to the duration of the advantage to the principal, the turnover in the customer base and the accelerated receipt of the commission income by the agent⁵⁸.

The second stage checks whether the amount established in the aforementioned criteria is equitable and, takes into account the circumstances of the case, particularly, the commission the agent stands to lose as a result of the termination⁵⁹. At this stage, it is left to the national courts to determine whether the termination indemnity is equitable and whether, and to what extent, the indemnity may have to be adjusted⁶⁰. This does not, however, imply that it can only be adjusted downwards. At this stage, the factors that are taken into account are whether the agent continues to work for the principal, whether the agent is to blame for the termination, the level of remuneration, the turnover decrease of the principal, the extent of advantage to the principal, the payment of pension contribution by the principal and the existence of a non-competition clause⁶¹. The third stage addresses limits on the amount of the termination indemnity. The amount of the termination indemnity is subject to the upper limit provided in article 17(2)b of the Directive, this provision only comes into play if the amount calculated during stages one and two exceeds it⁶². The upper limit is equivalent to a termination indemnity of one year calculated from the commercial agent's average annual remuneration over the preceding five years⁶³. If the contract goes back less than five years, the termination indemnity shall be calculated on the average for the period of the contract. If the termination indemnity appears to be higher than the limit after step one and two, the amount shall be equal to the upper limit⁶⁴.

⁵⁶ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot para. 2.22.; H.E. Urlus; *De Agentuurovereenkomst*. Deventer: Kluwer, 1990, p. 52.

⁵⁷ Case C 348/07, *Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH* [2009] ECR I-02341 para. 19.

⁵⁸ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot para. 2.27 with referral to COM (96) 364.

⁵⁹ Case C 348/07, *Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH* [2009] ECR I-02341, para. 20.

⁶⁰ Case C 348/07, *Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH* [2009] ECR I-02341, para. 19.

⁶¹ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot para. 2.27, with referral to COM (96) 364.

⁶² Case C 348/07, *Turgay Semen v Deutsche Tamoil GmbH* [2009], ECR I-02341 para. 19.

⁶³ Art. 17(2)b of Directive 86/653/EEC.

⁶⁴ Dutch Supreme Court, Case C-11/01448 *T-Mobile Netherlands B.V. v Icom Telecom* [2012] LJN BW9865, Opinion of AG Berenschot, para. 2.27, with referral to COM (96) 364.

9. Future developments

The Draft Common Frame of Reference (DCFR) was drafted to propose the codification of all of European contract law and law in related areas. This draft was prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on Existing EC Private law, as well as various other institutions. Although the DCFR is not yet a binding legal text, its content is promising and directly addresses issues relating to termination indemnity.

The article regarding compensation in the DCFR, article IV.E-3:312 includes two stages that provide guidance over termination indemnity⁶⁵. The first stage relates to determination of goodwill of the principal and the second stage relates to the quantification of the compensation. The stages outlined in the DCFR correlate directly with the stages used by the Dutch Supreme Court. There is thus a significant chance that the stages used by the Dutch Supreme Court, may soon become the norm for the European Union.

⁶⁵ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC). Prepared by Martijn W. Hesselink, Jacobien W. Rutgers, Odavia Bueno Díaz, Manola Scotton, Muriel Veldmann (Sellier, Bruylant, Staempfli, Oxford University Press 2006).



El contrato de agencia. Especial consideración a su régimen indemnizatorio

Fernando Sales Bellido, Abogado

Julia Trius Arias, Graduada en Derecho (*)

Sommario

Introducción	122
1. Contrato de agencia. Consideraciones preliminares	123
1.1 Marco normativo. Concepto	123
1.2 Naturaleza jurídica	124
1.3 Carácter imperativo de la LCA, salvo disposición en contrario	125
2. Duración y terminación del contrato de agencia	131
2.1 Contratos de duración determinada	132
2.2 Contratos de duración indefinida	132
2.3 Excepciones a las anteriores reglas	133
3. Consecuencias indemnizatorias de la resolución del contrato de agencia	135
3.1 Consideración previa	135
3.2 Indemnización por clientela. Art. 28 LCA	136
3.3 Indemnización por daños y perjuicios	142
3.4 Parámetros de cuantificación de la indemnización del agente	143
3.5 Normas procesales: Prescripción y competencia funcional y territorial	147
3.6 Implicaciones fiscales: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Valor Añadido	150

(*) Soporte documental: Marina Nicolas, Abogado (Ne)

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto ofrecer una primera aproximación a la regulación existente en España del contrato de agencia y, en especial, las consecuencias indemnizatorias que dicha norma prevé de forma específica para determinados supuestos de resolución contractual. Razones de espacio y sistemática limitan, pues, el alcance del presente trabajo.

La consecución de los fines expuestos exige abordar una serie de cuestiones introductorias o generales que habrán de servir, a su vez, para enmarcar de forma adecuada el núcleo del presente trabajo que, como hemos dicho, viene constituido por el régimen indemnizatorio previsto en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia (en adelante, LCA).

En este sentido, nuestra primera aproximación exige que desarrollemos en primer lugar:

- 1. unas mínimas anotaciones conceptuales acerca del contrato de agencia, las cual son, a nuestro juicio, necesarias para comprender el marco en el que se encuadra dicha modalidad contractual,*
- 2. posteriormente, abordaremos las formas y plazos en los que puede tener lugar la terminación del contrato, en la medida en que las mismas son, en determinados supuestos, determinantes al tiempo de producirse el devengo del derecho indemnizatorio a favor del agente, para concluir, finalmente,*
- 3. con el análisis de las consecuencias indemnizatorias que tal resolución produce, ya que tales extremos constituyen, no solamente el objeto de las disputas que se originan entre empresario y agente, sino que en la práctica son aspectos que suscitan ciertas dudas en cuanto a su devengo y cuantificación.*

1. Contrato de agencia.

Consideraciones preliminares

1.1 Marco normativo. Concepto

Según se ha advertido ya, el contrato de agencia encuentra su regulación en el Derecho interno español en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, *sobre contrato de agencia*¹. Mediante dicha ley, el Estado Español no sólo ha incorporado la Directiva comunitaria 86/653/CEE, de 18 de diciembre de 1986, *relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes*², sino que, según reza la Exposición de Motivos I *in fine*, ha pretendido dotarla de un contenido propio e íntegro.

El marco regulatorio descrito, en particular, el artículo 1 LCA³, define el contrato de agencia como aquél contrato en virtud del cual, el agente, que puede ser una persona física o jurídica y que, además, opera como un intermediario financiero, se obliga frente a la otra parte contratante (el empresario principal), a *promover* actos y operaciones de comercio por cuenta del principal o a promoverlos y *concluirlos* por cuenta y en nombre del principal. Además, y salvo pacto en contrario, el agente no asumirá el “*riesgo y ventura*” de las obligaciones de comercio que promueva o concluya (art. 1 LCA *in fine*).

De la definición legal del contrato, se extraen como principales notas inherentes al mismo, las siguientes:

1. El agente es un empresario independiente.
2. Es un contrato *intuitu personae*.
3. Su actuación se realiza en nombre y por cuenta ajena.
4. Es consustancial a la figura del agente su independencia o autonomía. Salvo pacto en contrario, no asume el riesgo y ventura del negocio.

¹ Publicada en BOE núm. 129, de 29 de mayo de 1992 (<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1992-12347>). La ley se estructura por capítulos (3) y estos, a su vez, por secciones. Tales son los siguientes según resulta indicado en la Exposición de Motivos:

El capítulo I contiene las disposiciones generales, la primera de las cuales se ocupa de delimitar el objeto de la regulación.

El capítulo II, relativo al contenido del contrato, se divide en cinco Secciones. La primera trata de la actuación del agente; la segunda regula las obligaciones de las partes; la tercera se ocupa específicamente de la remuneración; la cuarta presta atención al pacto accidental sobre limitación de la competencia del agente una vez finalizado el contrato; y la quinta trata de la documentación del contrato.

El capítulo III se ocupa de la extinción del contrato, distinguiendo los casos en que se hubiera pactado por tiempo determinado o por tiempo indefinido.

² Publicada en *DOUE L* núm. 382 (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1986.382.01.0017.01.SPA).

³ **Artículo 1. Contrato de agencia.**

Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

5. El contrato exige permanencia o estabilidad. Es decir, no es agente el que concierta un contrato por cuenta de su principal tan solo por una vez, o de forma aislada. Esta circunstancia, entendemos, es capital para comprender el sistema de indemnizaciones que se articulan en la LCA.
6. Es retribuido.
7. El contrato de agencia puede revestir la forma de mandato representativo o no representativo, respectivamente, en función de si el agente simplemente se dedica a la promoción de actos y operaciones de comercio (*agente negociador*) o si, además, se dedica a la conclusión de los mismos (*agente contratante*).

Otra característica importante, si bien no mencionada con carácter expreso en el artículo 1 LCA, es la *necesidad* de que la relación entre agente y principal se asiente sobre un principio de confianza mutua, sin que la independencia del agente pueda suponer un menoscabo de dicho principio. Ciertamente, es característica del contrato, y por tanto, nota distintiva del mismo su carácter *intuitu personae* de la que además derivan importantes consecuencias que, entre otros aspectos, se manifiestan en la facultad de resolución unilateral del contrato y, por ende, del momento o hito en el que puede tener lugar el devengo de la indemnización que corresponda.

Cabe indicar, por último, que la LCA, a diferencia de la Directiva que traspone, no impone límites a lo que pueda constituir el objeto – el bien o servicio – a cuya promoción se obliga el agente, pudiendo constituir por tanto el objeto de dicha relación actividades diversas a las de mera compraventa de mercaderías. Vide al efecto, la Exposición de Motivos, Pto. II.

1.2 Naturaleza jurídica

De la naturaleza jurídica del contrato de agencia podemos indicar que se trata de un contrato de carácter mercantil⁴, típico, de naturaleza consensual cuyo perfeccionamiento se somete al previo consentimiento de ambas partes, gozando además de libertad de forma (escrita o verbal). Sin perjuicio de ello, y a pesar de no constituir forma *ad solemnitatem*, el artículo 22 LCA⁵ dispone

⁴ Afirmamos el carácter mercantil del contrato con base a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Código de comercio (publicado en BOE núm. 289, de 16 de octubre de 1885; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>). Significamos que, académicamente, la LCA se inscribe en las materias que se imparten dentro de la asignatura de Derecho mercantil y no de Derecho laboral, como sucede en alguna otra jurisdicción.

Lo anterior nos sirve para indicar, si bien pudiera resultar obvio, que la figura objeto de estudio, a pesar de presentar alguna característica similar, no puede confundirse con el llamado agente dependiente (o económicamente dependiente) cuya regulación viene ordenada mediante la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (publicada en BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>) y que, por tanto, queda sometido a la regulación laboral. La figura del agente dependiente se enmarca dentro del Capítulo III del Título II de la referida Ley, el cual se destina a la regulación del “régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, entendiéndose por tal “aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”, (art. 11.1 Ley 20/2007). La independencia o autonomía del agente comercial es, por tanto, un rasgo más que distintivo del contrato de agencia, siendo además una de las principales circunstancias que lo diferencian del agente económicamente dependiente.

⁵ **Artículo 22. Derecho a la formalización por escrito.**

Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato de agencia, en el que se harán constar las modificaciones que, en su caso, se hubieran introducido en el mismo.

que cualquiera de las partes se hallará facultada para exigir de la otra la formalización por escrito del contrato. La escritura se configura así COMO una forma *ad mera probationem*.

De este régimen que la LCA impone con carácter general parece escaparse el acuerdo al que se refiere el artículo 19 LCA⁶ el cual dedica su tenor al acuerdo por el que el agente asume el riesgo y ventura de la operación concertada con el cliente en la medida en que sanciona con nulidad la falta de la forma escrita. Aquí por tanto la forma escrita si se configura como requisito de validez.

El de agencia es, además, un contrato de duración por cuanto el agente se obliga frente al empresario principal “*de manera continuada o estable*” (art. 1 LCA). Por otro lado, su naturaleza de contrato *intuitu personae* implica que la causa principal del contrato la constituyen los propios contratantes y las características inherentes a su persona, y por ello, no puede entenderse que el empresario agenciado contrate un servicio objetivo e impersonal. La elección del agente por parte del empresario principal se sustenta en las cualidades personales y profesionales del primero⁷. Como veremos, ello faculta al empresario, en supuestos de quiebra de dicha confianza, a resolver de forma unilateral el contrato sin mediar otra justa causa. La forma y tiempo en la que se produzca tal resolución tendrá mayor o menor impacto, tanto en el devengo del derecho indemnizatorio que la ley concede al Agente, como en su cuantificación.

Por último, cabe mencionar que el contrato de agencia es considerado también un contrato de colaboración, por apoyar el agente al principal en la promoción y/o conclusión de operaciones inherentes a su negocio. Por último, mencionar que la doctrina también señala como caracteres propios del reiterado contrato, el ser de negociación previa, comercial y nominado, debiéndose ésta última característica a que su nomen iuris es ampliamente usado en el tráfico para identificarlo.

1.3 Carácter imperativo de la LCA, salvo disposición en contrario

Ante todo, debemos destacar el carácter tuitivo de la posición del agente – como parte estructuralmente más débil del contrato – que trasciende de alguna de las disposiciones de la LCA, lo que se traduce en el carácter imperativo de sus normas, según sanciona EL artículo 38, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

⁶ **Artículo 19. Garantía de las operaciones a cargo del agente.**

El pacto por cuya virtud el agente asuma el riesgo y ventura de uno, de varios o de la totalidad de los actos u operaciones promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, será nulo si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir.

⁷ Exigencia aparejada a esta característica es, precisamente, la necesidad de que la relación entre agente y agenciado se base en el principio de confianza mutua antes mencionado; confirmado asimismo por las SSTS núm. 371/2009, de 2 de junio y núm. 493/2009, de 8 de julio.

⁸ **Artículo 3. Ámbito de aplicación de la Ley y carácter imperativo de sus normas.**

1. En defecto de ley que les sea expresamente aplicable, las distintas modalidades del contrato de agencia, cualquiera que sea su denominación, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo a no ser que en ellos se disponga expresamente otra cosa.

2. La presente Ley no será de aplicación a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores.

Desde la perspectiva que ofrece la anterior consideración, conviene aclarar que, con independencia del contenido obligacional a que deben dar cumplimiento el agente y el principal, respectivamente, ambas partes deben someter sus actuaciones al deber genérico de lealtad y buena fe (arts. 9.1. y 10.1 LCA)⁹.

1.3.1 Obligaciones del agente

El artículo 9.2 LCA¹⁰ dedica su tenor a relacionar las obligaciones esenciales del agente.

Este acerbo obligacional se entiende, obviamente, sin perjuicio de las disposiciones que, con carácter general, dispone el Libro IV Títulos I y II del Código Civil¹¹ (en adelante, Cc) y que por remisión del artículo 50¹² del Código de Comercio (en adelante, CdeCom), es aplicable a los contratos mercantiles.

Hecha la anterior precisión, podemos decir que las obligaciones típicas del agente son:

- a. Ocuparse de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado. El agente, deberá pues actuar con la diligencia de un ordenado comerciante, debiendo ejecutar el encargo por sí mismo o por medio de sus dependientes. Se prevé asimismo la posibilidad de que el agente actúe por medio de subagentes, aunque, en este caso, responderá personalmente de su gestión.
- b. Comunicar al empresario toda la información de que disponga, con carácter general, para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y/o conclusión le hubiese sido encomendada. Con carácter particular, la obligación de comunicación se extiende también a aquella información relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.
- c. Desarrollar su actividad en atención a las instrucciones recibidas por el empresario, siempre que sean razonables y no afecten a su independencia.

⁹ Artículo 9. Obligaciones del agente.

1. En el ejercicio de su actividad profesional, el agente deberá actuar lealmente y de buena fe, velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe.
2. En particular, el agente deberá:
 - a) Ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.
 - b) Comunicar al empresario toda la información de que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado, así como, en particular, la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.
 - c) Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia.
 - d) Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.
 - e) Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

¹⁰ Artículo 10. Obligaciones del empresario.

1. En sus relaciones con el agente, el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe.

¹¹ Publicado en BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889 (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>).

¹² Artículo 50 C de Com.

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales por las reglas generales del Derecho común.

- d. Recibir en nombre del fabricante o agenciado las reclamaciones que terceros formulen por la existencia de defectos o vicios en la calidad o cantidad de los bienes vendidos y/o de los servicios prestados. Si bien no se requiere la conclusión de las operaciones para el nacimiento de esta obligación, sí será necesario que las reclamaciones deriven de las operaciones promovidas por el agente.
- e. Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

Es norma general, salvo pacto en contrario, que el agente pueda desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios (art. 7 LCA¹³). A este respecto, el artículo 20.1 LCA¹⁴ prevé que las partes puedan incluir en el contrato, si así lo acuerdan mutuamente, un pacto de exclusividad o de no competencia, es decir, la prohibición de que el agente actúe por cuenta de otros empresarios competidores del principal. Este pacto puede desplegar sus efectos tanto durante la vigencia del propio contrato, como a posteriori, una vez finalizada la relación contractual, siendo esta última circunstancia un hecho a tener en cuenta al tiempo de considerar el devengo de la indemnización por clientela y, en su caso, para determinar su cuantía. Sin embargo, y en relación con éste último supuesto, dispone el artículo 20.2 LCA que el pacto de no competencia no podrá superar los dos años de duración, reduciéndose el plazo a un año cuando el propio contrato tuviera una duración inferior a dos años. En cualquier caso, son requisitos esenciales para la validez del pacto restrictivo de la competencia, además de su formulación por escrito – de nuevo forma escrita como requisito de validez –, su circunscripción a una zona geográfica, a un grupo de clientes y a la clase de bienes o servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente.

- f. Derecho a una remuneración. Si bien las circunstancias de la remuneración – importe, devengo etc. – serán objeto de estudio más adelante, adelantamos algunas notas características de la misma, por ser derecho esencial del agente y nota caracterizadora del contrato.

El agente tendrá derecho a percibir una remuneración por el encargo recibido, consistiendo la misma, como regla general, en una cantidad fija, en una comisión, o en una combinación de los dos sistemas anteriores, según lo convengan las partes (art. 11.1 LCA¹⁵). El agente goza también de la facultad de exigir al cliente, en el acto de entrega, el reconocimiento de los bienes vendidos,

¹³ **Artículo 7. Actuación por cuenta de varios empresarios.**

Salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

¹⁴ **Artículo 20. Limitaciones contractuales de la competencia.**

1. Entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato.
2. El pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a un año.

¹⁵ **Artículo 11. Sistemas de remuneración.**

1. La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

así como el derecho a efectuar su depósito judicial cuando el tercero rehúse o demore su recibo sin justa causa.

Por último, y sobre la base de las anteriores circunstancias, es posible distinguir varias categorías de agentes, a saber:

- a. *Agente de zona.* El agente de zona es aquél al que se le asigna un marco geográfico de actuación o un grupo de clientes determinado. A pesar de no ser una figura regulada legalmente, su existencia es socialmente reconocida y típica.
- b. *Agente exclusivo.* En este caso, al agente le es asignada una zona geográfica o un grupo determinado de clientes con carácter exclusivo, teniendo además derecho a percibir su comisión con independencia de que haya o no intervenido en la conclusión del negocio durante la vigencia del contrato de agencia. Asimismo, se diferencia del agente de zona en tanto que su exclusividad no es compatible con la previsión contractual que autorice al empresario a realizar una actividad de promoción en la misma zona.
- c. *Agente de uno o varios empresarios.* Para que un mismo agente pueda actuar por cuenta de varios empresarios es necesario que no se haya obligado contractualmente a trabajar en exclusiva para alguno de ellos. Este tipo de agente podrá, además, desarrollar su actividad profesional en concurrencia con sus mandantes, promoviendo negocios relativos o bienes o servicios de igual o similar naturaleza a los de aquéllos.
- d. *Agente principal y subagente.* Como ya ha sido explicado, la LCA prevé que el agente ejecute sus funciones y realice el objeto del contrato de agencia por sí mismo o por medio de sus dependientes. En este sentido, si estuviere contractualmente habilitado para ello, el agente podría servirse de otro agente, denominado subagente, deviniendo entonces agente principal.

1.3.2 Obligaciones del empresario principal

Son obligaciones esenciales del principal por cuya cuenta actúe el agente, a tenor del artículo 10.2 LCA¹⁶, las que, de forma somera se relacionan a continuación:

- a. Paralelamente al deber del agente de promocionar la actividad del principal, éste tiene la obligación de poner a disposición del mismo, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.
- b. Deberá procurar al agente todas las informaciones que resulten necesarias para la ejecución del contrato de agencia. Con carácter particular, deberá también advertir al agente, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.

¹⁶ **Artículo 10. Obligaciones del empresario.**

2. En particular, el empresario deberá:

- a) Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios, catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.
- b) Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.
- c) Satisfacer la remuneración pactada.

- c. Satisfacer la remuneración que, en su caso, se hubiera pactado. La falta de concreción de la remuneración no desemboca en la gratuidad del contrato, pues la retribución es condición esencial del mismo. Así, el artículo 11.1 LCA prevé expresamente que, en defecto de pacto, la retribución se fijará de conformidad con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si tales usos no existieran, el agente percibirá la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

1.3.3 Remuneración del agente

Además de las notas que hemos referido anteriormente, merecen ser destacadas las especialidades que la LCA establece para el régimen de la remuneración del agente, en especial, en cuanto a su determinación, devengo y exigibilidad. A ello dedica su tenor la Sección 3ª del Capítulo II.

a. Obligación de informar.

El empresario dispone de un plazo de quince días para comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación que le hubiese sido notificada. En caso de ejecución total o parcial o falta de ejecución de la operación, el empresario deberá comunicar esta circunstancia al agente en el plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, y satisfacer la remuneración pactada, la cual salvo pacto en contrario deberá ser satisfecha el último día del mes siguiente al trimestre en que se hubiere devengado (vid. art. 16 LCA¹⁷).

b. Formas de remuneración. Conceptos que incluyen.

Según se ha dicho, dicha remuneración consiste habitualmente en la percepción de comisiones, las cuales pueden ser de carácter *ordinario o especial*. Las ordinarias comprenden un tipo porcentual fijo aplicable al precio de la transacción realizada, mientras que las especiales se caracterizan por consistir su importe en cantidades, precios o porcentajes adicionales, aplicables en atención a las circunstancias concurrentes, como la captación de nuevos clientes o la consecución, por ejemplo, de una serie de objetivos.

Si bien la remuneración del agente puede consistir en una cantidad fija, en una comisión, o en un híbrido de ambos, cuando aquélla consista únicamente en comisiones o en un sistema mixto, el agente tendrá derecho a percibirla cuando:

- la operación se concluya por su intervención.
- siendo un agente exclusivo de zona geográfica determinada, la operación se celebre en dicha zona.
- los clientes con los que se concluyan las operaciones ya hubiesen celebrado transacciones anteriores por intervención del agente.

¹⁷ **Artículo 16. Pago de la comisión.**

La comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiese devengado, salvo que se hubiere pactado pagarla en un plazo inferior.

c. *Comisiones que se incluyen: operaciones cerradas antes y después de la terminación del contrato (Artículos 12 y 13 LCA¹⁸).*

Llegada a su término la relación contractual, el agente ostentará un derecho de cobro de las comisiones que se le adeuden, bien en concepto de la actividad ejercida en el período de vigencia del contrato de agencia, bien porque determinados actos u operaciones de comercio se han concluido después de la extinción del referido contrato (*vid.* arts. 12. y 13 LCA, respectivamente).

Del régimen indicado, debemos destacar, en particular, que el cobro de comisiones con posterioridad a la terminación de la agencia queda sometido a la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- Que el acto u operación concluida se deba principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubiera concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de aquél.
- Que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

Ello implica, por tanto, que dependiendo de las circunstancias del caso, el agente no sólo tendrá derecho a percibir las comisiones que deriven de todos aquellos pedidos recibidos con anterioridad a la terminación del contrato, sino también las que se devenguen como consecuencia de aquellos pedidos que se hubieran concretado dentro del plazo de los tres meses subsiguientes a la extinción del contrato o que, realizados durante la vigencia del contrato, se completen con posterioridad a su terminación.

¹⁸ **Artículo 12. Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia.**

1. Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente.
- b) Que el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

2. Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente.

Artículo 13. Comisión por actos u operaciones concluidos con posterioridad a la extinción del contrato de agencia.

1. Por los actos u operaciones de comercio que se hayan concluido después de la terminación del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que el acto u operación se deban principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato.
- b) Que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

2. El agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes.

d. *Devengo*

El devengo de las comisiones se produce, según dispone la LCA (vid. art. 14)¹⁹, en el momento de ejecutar el empresario la operación de que se trate, o incluso cuando hubiera podido ejecutarla, en ambos casos con independencia de que la ejecución sea total o parcial.

Por tanto, el agente tendrá derecho a percibir su comisión cuando:

- El empresario ejecute la prestación definida en el contrato que hubiese celebrado con el tercero. En caso de ejecución parcial, la comisión devengada también lo será parcialmente.
- El empresario, a pesar de no haber ejecutado su prestación, estaba llamado a dicha ejecución por mor de las obligaciones contractuales que sobre él pesaban.
- El tercero con quien se hubiere obligado el empresario ejecute total o parcialmente su prestación a favor de éste. De nuevo, la ejecución parcial de la prestación implicará un devengo parcial de la comisión a percibir.

La imperatividad de la LCA impide que el momento del devengo de las comisiones sea modificado por acuerdo de las partes, ni siquiera para que coincida en el tiempo con el pago del tercero al empresario. Sin embargo, sí se prevé que el agente pierda su derecho a las comisiones ya devengadas cuando el empresario demuestre que la operación no ha sido ejecutada por causas no imputables al mismo. Existe la posibilidad, por tanto, que el agente pierda las comisiones que ya hubiese percibido, siendo las mismas objeto de descuento en liquidaciones posteriores.

2. Duración y terminación del contrato de agencia

La LCA ofrece plena libertad a las partes para fijar el período de vigencia del contrato. Es decir, podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Sin embargo, en caso de que no se hubiera pactado o estipulado una duración determinada en el clausulado del contrato se entenderá, por imperativo del artículo 23 LCA²⁰, que dicho contrato se ha pactado por tiempo indefinido. Respecto de los contratos en que se hubiera fijado una duración determinada, la Ley permite que las partes acuerden un régimen de prórrogas sucesivas.

¹⁹ **Artículo 14. Devengo de la comisión.**

La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero.

²⁰ **Artículo 23. Duración del contrato.**

El contrato de agencia podrá pactarse por tiempo determinado o indefinido. Si no se hubiera fijado una duración determinada, se entenderá que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

2.1 Contratos de duración determinada

La extinción del contrato de agencia sometido a un período de vigencia determinado se producirá con la llegada o cumplimiento del término pactado (art. 24.1 LCA²¹). En caso de que no se hubiese pactado un régimen de prórrogas y, pasado el término fijado en el contrato, las partes continuarán ejecutándolo, entonces se entenderá que dicho contrato se ha transformado en uno de duración indefinida (art. 24.2 LCA).

La resolución anticipada del contrato de agencia, entiéndase que por cualquiera de las partes, sin que medie causa legal que lo justifique, dará lugar a dos posibles actuaciones. De un lado, podrá ejercitarse la acción resolutoria prevista en el artículo 26.1.a)²² LCA por incumplimiento contractual. De otro, y con base a lo dispuesto por el artículo 1.124 del Código civil²³, exigir el cumplimiento íntegro del contrato por el plazo que se hubiera previsto. Ambos supuestos darán lugar, en su caso, al derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios soportados – acción que dimana de los artículos 1.101 y ss. Cc –, así como por clientela, si a ello hubiere lugar. (Vid. art. 28.1 LCA²⁴ que habla de “extinción” sin distinguir entre extinción, terminación por cualquier causa o resolución por incumplimiento, estando tales figuras mencionadas en los artículos 24, 25, 26, 27 y 30 sin demasiado rigor técnico).

2.2 Contratos de duración indefinida

Cuando el contrato de agencia es convenido por un período de vigencia indefinido, o el mismo adquiere tal naturaleza por su tácita reconducción, las partes pueden denunciarlo

²¹ **Artículo 24. Extinción del contrato por tiempo determinado.**

1. El contrato de agencia convenido por tiempo determinado, se extinguirá por cumplimiento del término pactado.
2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, los contratos de agencia por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerarán transformados en contratos de duración indefinida.

²² **Artículo 26. Excepciones de las reglas anteriores.**

1. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:
 - a) Cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas.

²³ **Artículo 1.124 del Código civil.**

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

²⁴ **Artículo 28. Indemnización por clientela.**

1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

unilateralmente en cualquier momento (art. 25.1 LCA²⁵) sin mediar justa causa²⁶.

Ahora bien, sabiendo que el contenido del contrato se somete a las reglas generales de la buena fe, la facultad de denuncia deberá ser también empleada o su uso matizado a través de dicha exigencia, en aras a evitar una situación de abuso de tal derecho y, en concreto, a fin poner coto a resoluciones contractuales en extremo perjudiciales a la posición del agente. Reiteramos, pues, siendo ello piedra angular del sistema, que la resolución del contrato por tiempo indefinido no requiere justa causa.

La LCA, sin embargo, dispone para tales supuestos ciertos remedios y, en tal sentido, exige que la denuncia o requerimiento resolutorio se vea revestido de determinados requisitos como son, entre otros, ser expreso y no meramente tácito – ello a fin de evitar inseguridad jurídica – y darse mediando un plazo de preaviso que no podrá ser inferior a un mes por cada año de vigencia del contrato, ni superior a seis meses, en supuestos de contratos superiores a cinco años e indefinidos. Si el contrato tuviera una vigencia inferior a un año, el preaviso quedaría limitado a un mes (art. 25.2 LCA). Ello, sin embargo, no impide que las partes pacten plazos más amplios, aunque en ningún caso el plazo de preaviso del agente podrá ser inferior al del empresario (art. 25.3 LCA). De nuevo, un detalle que denota la vocación de protección al agente que subyace en la normativa objeto del presente trabajo.

Indicar, por último, que salvo pacto en contrario, el plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes (vid. art 25.4 LCA).

2.3 Excepciones a las anteriores reglas

2.3.1 Resolución por incumplimiento contractual

El artículo 26.1.a LCA, en sintonía con el 1.124 Cc, faculta a las partes para que resuelvan unilateralmente el contrato de agencia cuando la otra parte hubiese incumplido, total o parcialmente, las obligaciones que le competen. Ahora bien, dicha facultad no puede esgrimirse en cualquier supuesto de incumplimiento. Según se desprende de la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo²⁷ (en especial, las SSTs núm. 931/1999, de 5 de noviembre y núm.

²⁵ **Artículo 25. Extinción del contrato de agencia por tiempo indefinido: el preaviso.**

1. El contrato de agencia de duración indefinida, se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito.
2. El plazo de preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes.
3. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario.
4. Salvo pacto en contrario el final del plazo de preaviso coincidirá con el último día del mes.
5. Para la determinación del plazo de preaviso de los contratos por tiempo determinado que se hubieren transformado por ministerio de la ley en contratos de duración indefinida, se computará la duración que hubiera tenido el contrato por tiempo determinado, añadiendo a la misma el tiempo transcurrido desde que se produjo la transformación en contrato de duración indefinida.

²⁶ Como se ha dicho, tal facultad se halla indisolublemente unida y es consecuencia directa del carácter intuitu personae del contrato de agencia.

²⁷ En adelante, la cita o referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo se hará mediante su abreviatura “STS” o bien “SSTS”.

1009/2005, de 16 de diciembre), para que el incumplimiento pueda sustentar la resolución del contrato, deberá tratarse de un incumplimiento esencial que afecte a cualquiera de las obligaciones principales de la parte incumplidora²⁸. Además, la facultad resolutoria, que deberá plasmarse por escrito y con expresión de la causa por la que se resuelve, deberá ejercitarse de buena fe, aunque quedando eximida del plazo de preaviso general previsto en el artículo 25 LCA.

2.3.2 Resolución por declaración de concurso de acreedores

Tradicionalmente, esta causa podía esgrimirse para fundamentar la resolución de los contratos de agencia y de distribución, indistintamente. Sin embargo, esta situación se ha visto radicalmente modificada por la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LCon)²⁹, la cual establece un principio general en virtud del cual, la mera de declaración de concurso, no es fundamento jurídico bastante para declarar la resolución del contrato bilateral – *vid.* art 61.2 LCon³⁰ –. Sin perjuicio de ello, la propia LCon, establece un régimen distinto para otros tantos tipos de contrato como son los de trabajo, y deja la puerta abierta a que cada norma sectorial, disponga qué concretos efectos debe tener la declaración del concurso sobre el contrato de que se trate.

En lo que atañe el contrato de agencia, y dado su carácter *intuitu personae*, la LCA ordena, en su artículo 26.1.b), que la declaración de concurso legitimará a la otra parte para dar por finalizado, sin preaviso, el contrato. El legislador, por tanto, eleva a la categoría de justa causa la declaración de concurso de cualquiera de las partes contractuales, lo que, repetimos, encuentra fácil sustento en la especial relación de confianza que debe existir y presidir la relación de que se trate³¹.

²⁸ La Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en fecha 18 de noviembre de 2013, rec. 2150/2011 resulta sumamente ilustrativa de este concepto, al tatar del «Incumplimiento esencial» versus «incumplimiento prestacional con transcendencia resolutoria».

²⁹ Publicada en BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003 (<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-13813>).

³⁰ **Artículo 61. Vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas.**

2. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. (...).

³¹ Resulta interesante destacar que, a pesar de que en algunas ocasiones se ha tratado de aplicar analógicamente al contrato de distribución exclusiva, la normativa de la LCA – debido a la ausencia de regulación sectorial del primero – y en especial las normas relativas a la formas y tiempos de resolución contractual, así como a las consecuencias de la terminación del contrato – indemnización por clientela y daños y perjuicios – se ha declarado la nulidad de las cláusulas que prevén la resolución del contrato por la mera declaración de concurso (vid. SAP de Barcelona núm. 67/2009, de 16 de febrero, en la que se indica que no es posible resolver un contrato de distribución por incurrir una de las partes en situación de concurso al afirmar, concretamente, que “no es que la apertura del procedimiento concursal haya ocasionado la resolución de los contratos de licencia [de distribución] (lo que por otra parte antes era posible y ahora no bajo la vigencia del art. 61.3 LCA)...”, aunque existen causas resolutorias alternativas a la misma, tales como la existencia de una crisis económica, una manifiesta falta de rentabilidad o una previsión de grandes pérdidas (a modo de ejemplo, vid. STS núm. 1173/2006, de 27 de noviembre, en la que se admite como justa causa de desistimiento la situación patrimonial de crisis y quiebra técnica de las partes; y SAP de Barcelona núm. 123/2005, de 7 de marzo de 2005, en la que la situación de crisis y quiebra del concedente hallaba su causa en la pérdida de la licencia de la marca distribuida, lo que impedía la continuidad en la distribución).

2.3.3 Resolución por causa de muerte

Como causa general de extinción del contrato de agencia, la LCA reconoce en su artículo 2732 la muerte o declaración de fallecimiento del agente. Sin embargo, la Ley no otorga al fallecimiento del principal el mismo tratamiento, pues expresamente estipula que dicha circunstancia no extinguirá el contrato de agencia. Ahora bien, ello no implica que el contrato no pueda extinguirse, sino que, a diferencia de lo que sucede con la muerte del agente, que produce la extinción automática, la muerte del empresario no despliega los mismos efectos inmediatos, sino que precisa de la denuncia de los sucesores de la empresa con el oportuno preaviso (art. 27 LCA *in fine*).

3. Consecuencias indemnizatorias de la resolución del contrato de agencia

3.1 Consideración previa

La LCA ha construido un régimen especial de indemnizaciones en favor del agente para los supuestos de “extinción” del contrato de agencia. Dicho régimen comprende, de una parte, la llamada “indemnización por clientela” (art. 28 LCA³³) y, de otra, una indemnización de o por “daños y perjuicios” (art. 29 LCA³⁴) relativa ésta última, en esencia, a las indemnizaciones por gastos de inversión no amortizados y por infracción de los plazos de preaviso previstos en el artículo 25 LCA, siendo ambas acciones susceptibles de ejercitarse de forma acumulada, incluso, junto a aquellas otras que puedan derivarse de la disciplina general del derecho de obligaciones³⁵. En efecto, el régimen indemnizatorio que regula la LCA, en tanto que ley

³² **Artículo 27. Extinción por causa de muerte.**

El contrato de agencia se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del agente. No se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del empresario, aunque puedan denunciarlo sus sucesores en la empresa con el preaviso que proceda.

³³ **Artículo 28. Indemnización por clientela.**

1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran.

2. El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente.

3. La indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior.

³⁴ **Artículo 29. Indemnización de daños y perjuicios.**

Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato.

³⁵ Vide artículo 72 de la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en orden a los requisitos de la acumulación de acciones (publicada en BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000; <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2000-323>).

especial, cuyo objeto se halla integrado por dos aspectos muy concretos, como son la clientela y los gastos no amortizados, nada impide o no es obstáculo a que sea igualmente de aplicación, de concurrir los requisitos exigidos, el régimen “ordinario” de responsabilidad que con carácter general disciplina el Código civil. Por ello, puede afirmarse que la regulación que ofrece la LCA permite la coexistencia de dos regímenes indemnizatorios, – el propio y el general – plenamente compatibles. Cuestión distinta será determinar, si además del régimen indemnizatorio de clientela y “daños y perjuicios” el agente ha sufrido otros daños sin que el concepto indemnizatorio de que se trate (*Lucrum cessans* y *damnum emergens*. Vid. art 1106 Cc³⁶) se solape con el régimen propio de la LCA.

3.2 Indemnización por clientela. Art. 28 LCA

3.2.1 Naturaleza y alcance

La indemnización por clientela pretende compensar al agente por el perjuicio que para él supone la pérdida de la clientela que ha contribuido a crear o aumentar durante la ejecución del contrato de agencia y de la cual el empresario se sigue y seguirá beneficiando una vez finalizada la relación contractual. Incluye asimismo la pérdida para el agente de su derecho a comisión por negocios ya concluidos, o en trance de ser concluidos, si la relación se hubiese mantenido, y no sean subsumibles en los supuestos previstos por el artículo 13 LCA ya tratado.

Si lo anterior ha sido generalmente aceptado, no es menos cierto que la cuestión relativa a la naturaleza jurídica que ha de atribuirse a la indemnización por clientela, no es en modo alguno pacífica, existiendo divergencias importantes tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia. Sin merma de la importancia y trascendencia que atribuimos a la doctrina científica, la finalidad objeto y alcance de este trabajo aconsejan que centremos nuestro análisis en la controversia que se ha suscitado en torno a esta cuestión en la Jurisprudencia, y más en concreto, en la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo.

Dicho lo anterior, entendemos que la cuestión que ahora nos ocupa no es baladí, ni agota su relevancia en el plano meramente dogmático, sino que la concepción final que se tenga del concepto indemnizatorio influirá de forma importante en dos aspectos, a saber, i) en cuanto al alcance y, ii) su eventual compatibilidad con el sistema de responsabilidad contractual previsto de forma general en el Código civil según se ha dicho con anterioridad.

Considerando, pues, la cuestión debatida desde la perspectiva de la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, podemos partir para su análisis de la Sentencia núm. 697/2007, de 22 de junio, la cual, y entre otras, pone de relieve, de forma ciertamente ilustrativa, la existencia de dos teorías mediante las que se trata de dar respuesta a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la indemnización que tratamos:

- a. De una parte, se identifica la llamada *Tesis o Teoría remuneratoria (o de enriquecimiento con causa)*, la cual viene recogida expresamente en el fundamento jurídico tercero de la STS

³⁶ **Art. 1106.**

La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

antes citada. En síntesis, esta teoría se caracteriza por considerar que la indemnización por clientela es un activo común que beneficia de igual modo a agente y empresario. Sin embargo, – siguen afirmando los defensores de dicha tesis – puesto que en el contrato de agencia no sólo se persigue la promoción y conclusión de operaciones comerciales aisladas, sino también la captación de nuevos clientes y la instauración de relaciones comerciales duraderas, tal indemnización deberá tener el carácter de retribución adicional por ser una actividad ya realizada pero no retribuida en su totalidad durante la vigencia del contrato. Ello se funda, en esencia, en que por vía de la remuneración por compensación únicamente se retribuyen las operaciones o proyectos singularmente concluidos, y no los efectos que puedan producir a posteriori las labores de promoción llevadas a cabo por el agente durante la vigencia de la relación jurídica.

- b. De otra parte, hallamos la teoría basada en el llamado *Enriquecimiento injusto o sin causa* (teoría recogida en su *ratio decidendi*, entre otras, en las SSTS núm. 343/2002, de 22 de abril; núm. 892/2006, de 29 de septiembre; núm. 1173/2006, de 27 de noviembre; y núm. 305/2007, de 22 de marzo). En este supuesto, la indemnización por clientela se estima fundada en un enriquecimiento injusto o sin causa a favor del empresario, circunstancia que se dará cuando la actividad del agente sea susceptible de propiciar un incremento futuro de la clientela a favor del empresario y, además, exista un pronóstico razonable de que el mismo fuera a seguir beneficiándose económicamente de la clientela creada o aumentada durante la vigencia del contrato.
- c. En su Sentencia núm. 697/2007, de 22 de junio, el Tribunal Supremo, se decantó por aplicar de forma preferente la teoría del enriquecimiento sin causa. En este sentido, dicha resolución destaca que el aumento de la cartera de clientes, así como del volumen de operaciones, suponen para el empresario un beneficio que no es o era, en principio, exigible al agente – en cumplimiento estricto del contrato –, y que no se ve compensado debidamente mediante el sistema de retribución fijado en el contrato.
- Tal concepción, esto es, la teoría del enriquecimiento sin causa, ha sido aplicada por el Tribunal Supremo en posteriores pronunciamientos, entre ellos las SSTS núm. 1392/2008, de 15 de enero, y núm. 647/2013, de 5 de noviembre.
- d. A modo de última reflexión, cabría indicar que, a nuestro entender, la regulación de esta concreta figura denota la imprecisión jurídica de la norma al tildar de “indemnización” un derecho que se devenga a favor del agente sin que se requiera la concurrencia de los típicos elementos que para el sistema de responsabilidad general predispone el Cc en sus artículos 1101 y ss. concordantes, basados, en esencia, en la culpa del sujeto causador del daño. Y prueba de ello es que, según un sólido cuerpo doctrinal, la indemnización y el llamado enriquecimiento injusto o sin causa, no solo ostentan distintas naturalezas, sino que requieren la concurrencia de distintos elementos y persiguen o tienen distintos fines, siendo el primero resarcitorio, mientras que el segundo, es de marcado carácter restitutorio³⁷.

³⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 149/2003, de 21 febrero: “Desde otro punto de vista procede señalar que en el desarrollo del motivo se recogen diversas Sentencias de esta Sala sobre el principio del «iura novit curia» como excluyente de la incongruencia. Sin embargo, ninguna de las resoluciones que se citan tienen nada que ver con el caso que se enjuicia y sólo contienen una doctrina general que no es aplicable al mismo. El principio referido permite un cambio de punto de vista jurídico – fundamentación jurídica – siempre que,

3.2.2 *Devengo de la indemnización desde la perspectiva de la causa extintiva del contrato*

Hechas las precedentes consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la indemnización que nos ocupa, debemos destacar en qué condiciones tiene lugar su devengo. Es decir, cómo o por qué causa debe producirse la extinción del contrato para que nazca el derecho a su percibo.

La respuesta a dicha cuestión resulta de la interpretación sistemática de los artículos 28.1 y 2 y 30 LCA³⁸. En efecto, el tenor del artículo 28 claramente prevé el devengo de la indemnización en caso de extinción del contrato. El empleo del término “extinción” a nuestro parecer denota, como se ha dicho más arriba, una voluntad del legislador de dotar de amplitud y generosidad a las formas en las que puede darse tal extinción contractual y que de las mismas se derive el nacimiento del derecho del agente a ser indemnizado. El precepto, con su dicción, parece asimilar extinción con toda terminación de la relación contractual, y acotar los supuestos de no devengo, por vía negativa, esto es, mediante la determinación de los supuestos que de forma precisa excluyan tal devengo. A ello dedica su tenor el artículo 30 LCA³⁹.

En segundo lugar, entendemos que resulta significativo de lo que aquí se refiere, que el punto 2 del artículo 28 LCA reconozca la indemnización en favor del agente incluso en caso de muerte o declaración de fallecimiento de este último.

A ello se añade, finalmente, y en tercer lugar, la sistemática que emplea el precepto que venimos tratando, al disponer, como elemento principal del devengo del derecho indemnizatorio la concurrencia, - aséptica u objetiva, es decir sin recurrir a ningún criterio subjetivista y por tanto,

además de no producir efectos sorprendentes determinantes de indefensión, no se afecte al objeto del proceso, y, obviamente, éste se muta cuando se sustituye una acción por otra, y tanto más cuando se trata – como ocurre en el asunto que se examina – de dos acciones notablemente distintas por su naturaleza y finalidad (Sentencias de 5 de octubre de 1985 [RJ 1985, 4840] – de singular observancia para la cuestión tratada – y 25 de abril de 2000 [RJ 2000, 3379]), pues mientras que la acción indemnizatoria es resarcitoria o recuperatoria, en cambio la acción de enriquecimiento sin causa es, teleológicamente, restitutoria o recuperatoria, siendo evidente la diferencia entre sus elementos estructurales, pues si en la primera son consustanciales el dolo o culpa y el daño, en la segunda resaltan el binomio enriquecimiento-empobrecimiento (que configura su traducción económica) y la falta de causa (de «base» o «razón»), como concepto – jurídico – válvula para determinar la injusticia de la atribución patrimonial, o intromisión o injerencia en el patrimonio ajeno («posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otro de análogo contenido económico», en la dicción del art. 18.6º LCD)”.

³⁸ **Artículo 30. Supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización.**

El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios:

- a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.
- b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigírsele razonablemente la continuidad de sus actividades.
- c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia.

³⁹ La Jurisprudencia no parece haberse detenido en determinar si la lista de supuestos enumerados en el artículo 30 LCA es *numerus clausus* o si, por el contrario, es *numerus apertus*. Puede parecer una obviedad, y tal vez por ello no se le haya dado demasiada importancia, pero sin duda se trata de un aspecto de necesaria observancia. A nuestro juicio, tal enumeración debe entenderse como de carácter cerrado, y ello por las siguientes dos razones: a) es un precepto que se refiere exclusiva y especialmente a las indemnizaciones contenidas en la LCA y que, por tanto, opera al margen y autónomamente respecto de los supuestos generales en que no procede la indemnización por daños y perjuicios de los arts. 1101 y ss. Cc – responsabilidad contractual – y 1902 y ss. Cc – responsabilidad extracontractual –; y b) el legislador es claro al recoger el precepto bajo la rúbrica de “*supuestos de inexistencia del derecho a la indemnización*” (entiéndase que las indemnizaciones especiales de la LCA), supuestos que, además, son concretos en cuanto a su contenido y evitan formulaciones abstractas y típicas de las listas abiertas, tales como “entre otras” o “cualesquiera otras que pudieran resultar de aplicación por...”.

culpabilista – de los requisitos que enumera⁴⁰ como hecho bastante para que nazca el derecho del agente a ser indemnizado.

Por lo tanto, la indemnización por clientela procede con independencia de que el contrato extinguido tuviera una duración determinada o indefinida. Así, las causas por las que el contrato puede quedar extinguido son, – las más significativas – por el transcurso del término pactado, por cumplimiento de la condición resolutoria, por mutuo disenso, por fallecimiento del agente (arts. 27 y 28.2 LCA), por fallecimiento del empresario y la denuncia de dicha circunstancia por sus sucesores (art. 27 LCA), por denuncia del empresario, salvo que la misma se vea justificada por un previo incumplimiento del agente (art. 30.a LCA), por denuncia del agente, siempre que se sustente sobre circunstancias imputables al empresario o se funde en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente (art. 30.b LCA) o, finalmente, por motivos concursales.

Consecuencia de lo anterior, es que el sistema que ordena la LCA puede calificarse como de devengo objetivo y, en todo caso de extinción del contrato, salvo que concurren los supuestos regulados en el artículo 30 LCA, supuestos que, en síntesis, contemplan todas las situaciones de extinción del contrato por causa imputable al agente.

3.2.3 Presupuestos

De la dicción del artículo 28.1 LCA se desprende que para que surja el derecho del agente a percibir una indemnización por clientela, han de concurrir los requisitos que detallamos a continuación, los cuales, además, tienen carácter cumulativo (*vid.* para ello SSTS núm. 761/2011, de 11 de noviembre y núm. 633/2013, de 29 de octubre; y SAP de Barcelona núm. 33/2011, de 28 de enero):

a. *Extinción del contrato de duración determinada o indefinida.*

Al ser esta una cuestión ya tratada nos remitimos a lo ya indicado *up supra* en el punto 3.2.2.

b. *Que el agente haya aportado nuevos clientes a la cartera del empresario o haya incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela existente.*

I.1. La carga de probar⁴¹ la captación de nuevos clientes o del incremento sustancial de las operaciones con la clientela preexistente pesa sobre el agente que reclama la indemnización

⁴⁰ Tal requisitos son: i) que el agente hubiese aportado *nuevos clientes* al empresario o ii) *incrementado sensiblemente* las operaciones con la clientela preexistente, iii) que su actividad anterior puede *continuar produciendo ventajas sustanciales* al empresario y iv) resulta *equitativamente procedente* por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurren.

⁴¹ A diferencia de otras normas, la LCA no establece ninguna norma procesal que altere la regla general que del *onus probandi* la vigente Ley 1/ 2000, de 8 de enero de 2000, de enjuiciamiento civil dispone en su artículo 217, el cual pivota sobre el principio clásico de distribución de la carga de probar esté modulado por el principio de facilidad probatoria recogida en el apartado séptimo el precepto.

A continuación reproducimos su tenor:

Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarán las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

(con carácter general SSTS núm. 1053/2000, de 16 de noviembre; núm. 28/2003, de 28 de enero; núm. 19/2003, de 27 de enero y núm. 328/2003, de 7 de abril y, con carácter particular, la STS núm. 38/2009, de 28 de enero⁴²).

I.2. La clientela únicamente se considerará aportada por el agente, a los efectos del artículo 28 LCA cuando se trate de clientes “nuevos” o distintos de los que ya integren la cartera del empresario (SSTS núm. 341/2012, de 31 de mayo; núm. 130/2011, de 15 de marzo y núm. 565/2007, de 28 de mayo), exigiéndose además, la constatación de una relación de causalidad entre la actividad de promoción del agente y la aportación de nuevos clientes.

I.3. En lo que al incremento de las operaciones realizadas con la clientela preexistente se refiere, la Jurisprudencia viene exigiendo que aquél sea “sensible” y equiparable, por su entidad, a la adquisición de un nuevo cliente, no bastando, por ejemplo, con el mero aumento de volumen en las ventas (STS núm. 1156/2004, de 30 de noviembre⁴³). Obviamente, no será admisible que el incremento de las operaciones se deba a la normal dinámica de mercado, a un aumento de precios o a una devaluación monetaria, entre otros, sino que se requiere que dicho incremento derive directamente de la actividad de promoción del agente (relación de causalidad).

II. Descendiendo a la casuística concreta, relativa a cuándo tiene lugar ese incremento de la clientela, considerar algunos supuestos concretos en los que el agente debería tener derecho a tal indemnización. Tales supuestos son en síntesis los siguientes:

II.1. Cuando en caso de pérdida de clientes preexistentes, la misma se haya debido por causas imputables al empresario, esencialmente por el incumplimiento de las obligaciones que hubiera contraído con sus clientes. Este incumplimiento podría también quedar equiparado a los supuestos en que el empresario, si bien avisado por el agente de las exigencias de los estándares de calidad, precios, promociones u otras prácticas y costumbres en el mercado, hubiera hecho caso omiso a esas exigencias y no se hubiera adaptado a las mismas.

II.2. Cuando la cartera de clientes se hubiera visto minorada a consecuencia de una recesión general del mercado, en cuyo caso parecería razonable indemnizar al agente por mantener el valor de la cartera de clientes para el empresario.

II.3. Cuando los clientes hubieran abandonado la cartera del empresario por causa imputable a los mismos (por ejemplo, por ser declarados en concurso o cesar en su actividad empresarial por decisión propia).

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

⁴² “ (...) considera posible una compensación por clientela, aplicando la idea inspiradora del art. 28 de la Ley del Contrato de Agencia (RCL 1992, 1216) en virtud de lo que dispone el art. 1258 Cc (LEG 1889, 27) , pero siempre que el concesionario pruebe la efectiva aportación de clientela y su potencial aprovechamiento por el concedente (...)”.

⁴³ Afirma el Tribunal que el incremento de las operaciones “no resulta necesariamente de la simple comparación del importe nominal de las operaciones realizadas a través de los años que hayan durado las relaciones entre empresario y agente”.

III. Por el contrario, entenderíamos que, no existiría derecho a indemnización por clientela en los supuestos que enunciamos a continuación:

III.1. Cuando hubiera sido el propio empresario quien hubiera logrado su captación, bien de forma directa, bien en virtud de concurso público y a consecuencia de las condiciones por él ofertadas.

III.2. Cuando la aportación del cliente sea de tan poca entidad que no suponga un incremento sustancial del volumen de negocios.

III.3. Cuando el agente, aun habiendo aportado una cantidad considerable de nuevos clientes a la cartera del empresario, hubiera perdido gran parte de la clientela preexistente, de forma que el incremento de nuevos clientes no supusiera un incremento correlativo del volumen de negocios del empresario. Se entiende que, en este último caso, el agente tendrá derecho a indemnización por clientela si la reducción de la cartera existente no le fuera imputable y tuviera su causa en otras circunstancias, como la crisis económica o el fortalecimiento de la competencia del sector. Por el contrario, si el agente hubiera focalizado su actividad únicamente en la captación de nuevos clientes y hubiera desatendido la clientela preexistente, dicho agente estaría sin duda incurriendo en un incumplimiento que podría, incluso, facultar al empresario para resolver unilateralmente el contrato sin tener que satisfacer indemnización de ningún tipo.

III.4. Si el aumento de la cartera de clientes no se debe exclusivamente a la actuación del agente, sino que la misma se ha visto reforzada por la confluencia de otras circunstancias, como el prestigio de la marca o el propio juego de la competencia, entonces debería resultar admisible una moderación o reducción de la cuantía indemnizatoria.

c. También se requiere que la actividad del agente continúe produciendo ventajas sustanciales al empresario.

En tercer lugar, para que surja la obligación de indemnizar al agente en concepto de clientela, se hace necesario, por mor del artículo 28.1 LCA, que dicha clientela sea susceptible de continuar aprovechando al empresario. Sin embargo, para que la pretensión indemnizatoria pueda prosperar, es preciso acreditar que la situación de aprovechamiento, o de pronóstico razonable de aprovechamiento, realmente se da y concurre en el supuesto.

Como norma general, estas “ventajas sustanciales” deberán apreciarse caso por caso, pesando la carga de la prueba sobre el agente. Ahora bien, el plazo de prescripción de 1 (un) año establecido por el artículo 31 LCA⁴⁴ no permite que, al momento de presentarse la demanda por el agente, se tengan datos suficientes para valorar cuáles son las ventajas o beneficios que los clientes aportados por el agente van a continuar proporcionando al empresario. Al tratarse, pues, de un requisito de difícil valoración, los Tribunales, en la práctica, han venido presumiendo su efectiva concurrencia. Dicha presunción se ha visto apoyada frecuentemente por la existencia de pedidos periódicos con los clientes aportados y corresponderá al empresario desvirtuar tal pretensión. Obviamente dicha presunción – entendemos, *iuris tantum* –, admite prueba en contrario, cuya carga deberá seralzada por el contradictor.

⁴⁴ **Artículo 31. Prescripción.**

La acción para reclamar la indemnización por clientela o la indemnización de daños y perjuicios prescribirá al año a contar desde la extinción del contrato.

d. Que resulte equitativamente procedente por la existencia de pactos de no competencia, por las comisiones que deje de percibir o por las demás circunstancias que concurran.

El artículo 3.2 Cc dispone que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. En materia de contratos de agencia esta norma habilitadora se halla positivizada en el artículo 28.1 LCA, al recurrir a la equidad para apreciar la procedencia indemnizatoria por clientela. Sin embargo, los Tribunales han venido atendiendo a este requisito exclusivamente para modular la cuantía de la indemnización, más que para determinar si la misma es o no procedente (vid. SSTS núm. 341/2012, de 31 de mayo, núm. 868/2010, de 10 de enero, núm. 737/2007, de 29 de junio y SAP de Zaragoza núm. 30/2013, de 30 de enero).

Dígase, por último, que la decisión basada en tal equidad deberá respetar en todo caso el tenor de las normas imperativas.

3.3 Indemnización por daños y perjuicios

La indemnización por daños y perjuicios (vid. art. 29 LCA) surge como consecuencia del perjuicio económico causado por la resolución unilateral del contrato de duración indefinida por parte del empresario al agente, siempre que la misma impida al agente amortizar los gastos que, a instancia del empresario, haya realizado en ejecución del contrato de agencia. Precisamente por ello, la indemnización por daños y perjuicios emana directamente del derecho a verse compensado por inversiones no amortizadas durante el periodo de vigencia del contrato.

Según la Jurisprudencia (vid. SSTS de 9 de febrero de 2006 RJ 2006, 671 y 27 de junio de 2007 RJ 2007, 4675) el devengo de la indemnización que tratamos exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Se trate de un contrato de agencia de duración indefinida.
2. Se denuncie unilateralmente por el empresario, salvo que sea por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente – art. 30 a) –.
3. Existan gastos de inversión o adecuación pendientes de amortización por el agente, los que deben demostrarse cumplidamente (S. 30 abril 2004 [RJ 2004, 1678]).
4. Que los gastos se hayan realizado en virtud de instrucciones del empresario; aunque dichos gastos deben entenderse – según Sentencia de 19 noviembre 2003 (RJ 2003, 8335) – no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fue para desarrollar convenientemente el encargo conferido.
5. Que la extinción anticipada no permita la amortización.

El ámbito objetivo del artículo 29 LCA que comentamos, comprende asimismo los perjuicios derivados de la infracción de los plazos de preaviso previstos en la propia LCA.

El sistema español, como hemos dicho (*vide ut supra* 1.2.), otorga al contrato de agencia un eminente carácter *intuitu personae*, lo que, en supuestos de contratos de duración indefinida legitima la resolución contractual por mera decisión de la parte, y sin alegar justa causa.

Sin embargo, o mejor, al lado de dicha facultad, el ordenamiento requiere que la denuncia

unilateral de que se trate tenga lugar siempre de forma respetuosa con el deber de lealtad y buena fe (art. 7 Cc y art. 57 CdeCom)⁴⁵ predicable en todo supuesto, lo que exige a la parte instante del desistimiento que preavise a la otra ex artículo 1258 Cc⁴⁶ de forma tempestiva (vid., entre otras, SSTs núm. 130/2011, de 15 de marzo y núm. 480/2012, de 18 de julio; SAP de Sevilla núm. 657/2002; SAP de Valencia núm. 118/2006, de 20 de marzo y SAP de Badajoz núm. 60/2014, de 12 de marzo). Ahora bien, el hecho que debe ser destacado es que tales principios o exigencias básicos, no impiden la efectiva resolución del contrato de agencia, pues tal circunstancia, repetimos, dimana o es inherente a su carácter *intuitu personae* y la consiguiente facultad que ambas partes ostentan para resolver el vínculo que las une sin necesidad de alegar justa causa. Por tanto, la desatención del preaviso tempestivo y acorde con la buena fe y, eventualmente, con la previsión contractual, tan solo motivará la indemnización que pudiera corresponder cuando la resolución del contrato haya causado daños y perjuicios⁴⁷ pero no impedirá la eficacia extintiva de la relación jurídica del requerimiento remitido al efecto.

3.4 Parámetros de cuantificación de la indemnización del agente

3.4.1 Indemnización por clientela

La LCA no prevé en su artículo 28 fórmula de cálculo alguna que permita cuantificar el monto de la indemnización por clientela, sino que el indicado precepto se limita a fijar un máximo, al establecer que *“la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato si éste fuese inferior”*. La práctica indica que el agente que se considera merecedor de la referida indemnización suele solicitar ese límite máximo y, en la gran mayoría de supuestos los Tribunales otorgan ese máximo indemnizatorio de forma cuasi automática sin considerar otros aspectos moderadores del tenor de dicha norma, también contemplados en la LCA.

⁴⁵ **Artículo 7 Cc.**

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.
2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Artículo 57 CdeCom.

Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

⁴⁶ **Artículo 1258 Cc.**

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

⁴⁷ A este respecto, destacar la STS núm. 130/2011, de 15 de marzo, con cita de la núm. 1009/2005, de 16 de diciembre, la cual declara que *“un ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurrida en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios”*.

La doctrina científica se ha posicionado en contra de dicho automatismo. En efecto, se argumenta que, obviamente, no se encuentran en la misma posición aquél agente que, por ejemplo, ha incrementado la clientela o las operaciones en un 50 por ciento en un período de diez años, que aquél que, en un año, la haya incrementado en un 10 por ciento, por lo que la cuantía de la indemnización no puede ser la misma en uno y otro supuesto.

Por ello, la aplicación ponderada de la norma aconseja valorar otros aspectos concurrentes en la relación entre el agente y el empresario, como por ejemplo:

- La duración del contrato o relación de agencia.
- La concurrencia de un pacto de exclusividad durante el contrato, así como la extensión del mismo.
- El disfrute por parte del agente de condiciones especialmente favorables (p.ej., planes de pensiones y seguros contratados y pagados por el empresario).

Precisamente, la incorporación de tales aspectos al proceso valorativo del Juzgador debería formar parte del juicio de equidad al que está llamado a realizar en virtud de apartado 3 del artículo 28 LCA.

En este sentido, la STS núm. 341/2012, de 31 de mayo, declara, que *“conviene advertir que el legislador no cuantifica la indemnización por clientela ni suministra los parámetros para su cuantificación, sino que se limita a establecer un tope máximo, en el apartado 3 del art. 28 LCA (...). Es por ello que el juicio de equidad en la determinación de la procedencia de la indemnización por clientela previsto en el apartado 1 del art. 28.1 LCA debe alcanzar también a la fijación de su importe, sin perjuicio de que en todo caso deba respetar el límite legal contenido en el apartado 3”*.

Quedaría por determinar una última cuestión referida al importe relevante de las comisiones del agente que deben ser tenidas en cuenta para calcular la compensación por clientela. Nos referimos, en concreto, a la amplitud que debe atribuirse al concepto de “remuneración” que emplea la ley. Si bien no existe Jurisprudencia expresa en materia de contratos de agencia, sí la hay sobre contratos de distribución, la cual traemos a colación no solo por ser reveladora de la opinión de nuestros Tribunales -a pesar de las evidentes diferencias que existen entre una y otra figura contractual- sino por cuanto que, a falta de ley especial que regule tal contrato, la Jurisprudencia ha aplicado de forma analógica los preceptos de la LCA a supuestos de extinción del contrato de distribución exclusiva.

Concretamente, la STS núm. 7291/1999, de 17 de noviembre y las SSAP⁴⁸ de Barcelona, núm. 512/2007, de 26 de septiembre y de León núm.155/2011, de 27 de abril, en aplicación de la Jurisprudencia marcada por la citada STS, determinan que el margen relevante del distribuidor para calcular la compensación por clientela es el margen bruto, no el margen neto.

En el marco del contrato de agencia, sin embargo, no parece razonable distinguir entre tales márgenes bruto o neto, por la propia mecánica del contrato – no se adquiere para una posterior venta, ni se contrata *propio nomine* –. Ello no es óbice, sin embargo, para plantear la cuestión desde la óptica de la lógica económica de la “remuneración” y preguntarse si tal remuneración deberá entenderse bruta o neta, esto es, una vez descontados los gastos fijos y empresariales precisos para el desarrollo o cumplimiento del contrato. El tenor de la ley no ofrece ninguna previsión, al efecto, lo que conduce a una consideración eminentemente casuística de la materia.

⁴⁸ Sentencias de Audiencia Provincial.

3.4.2 Indemnización por daños y perjuicios

Entendemos relevante poner de manifiesto en primer lugar que a pesar de constituir el artículo 29 LCA ley especial, la apreciación y cuantificación de la indemnización estará sometida a los principios generales regulados en esta materia por el Código Civil (arts. 1101 y 1106)⁴⁹. De dicha regulación general, obviamente, deberán abstraerse a aquellas circunstancias o materia previstas específicamente por la Ley, siendo la más relevante de estas, el hecho generador del devengo.

Por ello, debemos traer a colación, como consecuencia de lo anterior, que según el sistema español, el alcance del resarcimiento por daños y perjuicios abarcará el menoscabo económico sufrido por el perjudicado en aras de volver el patrimonio afectado a la situación en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (*vid.* por todas, STS de 6 octubre 1982 RJ\1982\5540).

Partiendo de dicho principio, significaremos por lo demás que el precepto que nos ocupa no introduce en su redacción un componente punitivo en la indemnización a percibir por el agente, sino que su propósito debe calificarse como estrictamente resarcitorio⁵⁰. Nada se añade por tanto a la regulación general.

La consecuencia de cuanto significamos es que la valoración de la cuantía indemnizatoria recae sobre el daño emergente, consistente en la pérdida sufrida por el perjudicado, y del lucro cesante, definido como aquellas ganancias que haya dejado de obtener (*vid.* STS núm. 896-2002 de 26 septiembre), exigiendo en ambos casos la acreditación tanto de su existencia, como de su importe⁵¹. Este último concepto de lucro cesante, no se halla incluido en el artículo 29, pero su exigencia resulta indudable a tenor de cuanto hemos dicho ya acerca de la compatibilidad de uno u otro sistema. *Vid supra* punto “3.1 Consideraciones previas”.

Dicho lo anterior, el tenor de la norma nos conduce a plantearnos una serie de interrogantes que inciden fundamentalmente en las especialidades del precepto y que influyen en la cuantía a la que podrá ascender la indemnización que tratamos.

En primer lugar, es importante definir el concepto de “gastos amortizables”, siendo que según la Jurisprudencia en tal concepto de gastos únicamente pueden hallarse comprendidos aquellos que tienen carácter de inversión o adecuación por ser susceptibles de amortización, y cuya determinación deberá hacerse teniendo en cuenta la comprobación de su relación con el cumplimiento del contrato, de acuerdo con las instrucciones del empresario, y con el transcurso

⁴⁹ *Vid.* STS núm. 343/2004, de 30 abril: “la indemnización de daños y perjuicios, prevista ahora en el artículo 29 de la Ley de Contrato de Agencia, está sometida a los principios generales que regulan esta materia en el Código Civil (LEG 1889, 27) (artículos 1101 y 1106), por tratarse de resolución que lleva aparejada provecho económico para el empresario por las ventajas conseguidas por el agente a lo largo de muchos años, y no darse las causas de inexistencia del derecho a la indemnización previstas en el artículo 30 de la Ley 12/1992”.

⁵⁰ *Vid.* STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 977/2005 de 19 diciembre:

“Estamos, pues, en el régimen general, dentro del cual hay que aplicar, ciertamente, el artículo 1106 CC, pues la indemnización por daños ha de comprender el daño emergente y el lucro cesante, pero teniendo la indemnidad del perjudicado como límite del resarcimiento (*Sentencias de 26 de noviembre de 1994 [sic], d 13 de abril de 1987 [RJ 1987, 2706] , de 28 de abril de 1992 [RJ 1992, 4466]*), por cuanto el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (*Sentencias de 6 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5540], de 2 de abril de 1997 [RJ 1997, 2727]*), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada».”

⁵¹ *Vid.* STS núm. 692/2008 de 17 julio: “La doctrina general de esta Sala en materia de resarcimiento de daños y perjuicios es la de que no se presumen sino que deben acreditarse por quien los reclama, tanto la existencia (“an”) como su importe (“quantum”).”

de plazos insuficientes para la amortización de acuerdo con los criterios económico-financieros aplicables (*vid.* SAP de A Coruña núm. 252/2008 de 21 mayo).

A sensu contrario, según precisa la STS de 19 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8335), “que no pueden ser incluidos gastos tales como el importe de los servicios de teléfono, agua y electricidad, las rentas mensuales del local, el coste de diverso mobiliario, y hasta pagos por adquisición de flores, heterogénea mezcla de gastos de los que, en unos, no demuestra su relación con el contrato de agencia, y, en otros, fue compensado durante la vigencia del mismo, por lo que se rechaza esta reclamación.

No olvidemos, en definitiva, que conforme a lo normado en el art. 18 de la LCA (RCL 1992, 1216), (RCL 1992, 1216), salvo pacto en contrario, el agente no tendrá derecho al reembolso de los gastos que le hubiera originado el ejercicio de su actividad profesional”.

En segundo lugar, se requiere la apreciación de una suerte de relación de causalidad entre la naturaleza del gasto y el desarrollo del propio contrato. En este sentido, podemos afirmar que el gasto de que se trate debe venir determinado por la instrucción del fabricante según disposición de la norma. Ahora bien, esta instrucción – o mejor, gasto – puede tener su origen o razón en el hecho mismo del cumplimiento del contrato y por tanto ser exigible al agente ex artículo 1258 Cc⁵². Por ello, la Jurisprudencia⁵³ asume el devengo de la indemnización incluso a falta de instrucción expresa sobre el gasto concreto de que se trate, haciendo con ello una interpretación teleológica o funcional de la norma. En efecto, el gasto será indemnizable si y en la medida en que sea preciso y necesario para el adecuado cumplimiento del contrato y no haya podido ser “amortizado” por causa de la resolución contractual operada.

En tercer lugar, entendemos que la naturaleza resarcitoria de la indemnización deberá guiar en todo caso el criterio que sirva para cuantificar el importe al que finalmente ascienda la indemnización, pues en ningún caso, dicha indemnización podrá exceder del valor, que al tiempo de tener lugar la resolución del contrato, tuvieren los bienes a considerar, ya que en ningún caso el resarcimiento podrá procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado⁵⁴.

Lo anterior incide por tanto, en la necesidad de fijar el valor del gasto de que se trate en función de su amortización, luego, en función del tiempo transcurrido desde su adquisición hasta el momento en el que tiene lugar la extinción efectiva del contrato, debiendo tenerse en consideración también la propia naturaleza del bien de que se trate. Esta última circunstancia nos conduce a considerar la cuestión de si la “amortización” a la que se refiere el precepto es una amortización de carácter contable, esto es, entendida esta como la depreciación del bien aplicada por disposición del Plan General de Contabilidad⁵⁵, – incluso desde una perspectiva

⁵² *Vid.* nota 46

⁵³ TS (Sala de lo Civil, Sección Unica) Sentencia núm. 1071/2003 de 19 noviembre RJ\2003\8335: “Se trata de daños y perjuicios cuya existencia y cuantía depende de su acreditación en cada caso, y se refiere a los gastos realizados a instancia del empresario, aunque éstos deben entenderse no sólo cuando existan órdenes expresas en ese sentido, sino también si la inversión fuera para desarrollar convenientemente el encargo conferido”.

⁵⁴ *Vid.* STS núm. 343/2004, de 30 abril: “El resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (Sentencias de 6 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5540], de 2 de abril de 1997 [RJ 1997, 2727]), pero no procurar una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado. De modo, pues, que se reparan los daños efectivamente sufridos, ya que no conoce nuestro Derecho los llamados «daños punitivos» ni tiene ahora función la idea de una «pena privada»”.

⁵⁵ Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad.

fiscal –, o en su caso, por tal amortización debe considerarse el valor real o de “mercado” del bien al tiempo de tener lugar la extinción del contrato.

Entendemos, tenor de lo que hemos dicho más arriba que esta última opción será aquella que se muestra más respetuosa con la doctrina indicada de forma precedente en la medida en que será más acorde con el principio que inspira el sistema de indemnización, esto es, la proscripción del enriquecimiento⁵⁶ por tal vía indemnizatoria.

3.5 Normas procesales⁵⁷: Prescripción y competencia funcional y territorial

3.5.1 Previo

La LCA establece por último, disposiciones específicas relativas, de una parte, a la prescripción de las acciones propias o dimanantes de la propia LCA en las que se puedan basar las correspondientes pretensiones indemnizatorias de las partes y, de otra, a la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales competentes para conocer del ejercicio de pretensiones basadas en la LCA.

3.5.2 Prescripción

Las indemnizaciones que son objeto de estudio podrán ser reclamadas conjunta o separadamente, siendo el plazo de prescripción de un año a contar desde la extinción del contrato (art. 31 LCA). El artículo 31 LCA es taxativo al efectuar dicha afirmación. Su lectura no permite mayores interpretaciones.

Del mismo modo, las previsiones contenidas en los artículos 28 y 29 LCA son muy claras al limitar su aplicabilidad, de un lado, a los supuestos de clientela aportada y posteriormente aprovechada por el empresario y, de otro lado, a los gastos en que hubiere incurrido el agente por razón del contrato y que no hubieren podido ser amortizados al momento de quedar extinguido el contrato de agencia.

⁵⁶ Por todas, vid. TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 585/2007 de 16 mayo RJ\2007\3113 “el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (SSTS 6 de octubre de 1982 [RJ 1982, 5541]; 2 de abril de 1997 [RJ 1997, 2727]; 19 de noviembre de 2005 SIC). Lo que no procura es una ganancia o un enriquecimiento al perjudicado, y ello se evita a partir de una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, y, en particular, mediante la prueba de que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, como con reiteración ha declarado esta Sala (STS 14 de julio 2006 [RJ 2006, 4965], y las que en ella se citan). Y si bien es cierto que, en general, la fijación del “quantum” corresponde a la Sala de instancia (SSTS 9 junio 2005 [RJ 2005, 4434]; 22 de septiembre 2006 [RJ 2006, 6417], entre muchas otras), también lo es que esta doctrina tiene excepciones que se encuentran, entre otras, en la revisión de aquellas decisiones que implican arbitrariedad (SSTS 14 de julio de 2003 [RJ 2003, 4630]; 18 de junio de 2001 [RJ 2001, 4344], entre otras)”.

⁵⁷ Nos permitimos la licencia de calificar de “procesal” el instituto de la prescripción por una mera cuestión sistemática, si bien, advertimos que existe cierta polémica doctrinal acerca de la naturaleza procesal o sustantiva de dicha institución. En todo caso, indicamos que el Tribunal Supremo se ha decantado por la segunda opción (STS núm. 150/2015, de 25 de marzo), tendencia también seguida por el Tribunal Constitucional en materia de prescripción en el proceso penal (STC núm. 63/2005, de 14 de marzo, así como todas las que en ella se citan).

La especialidad de ambas normas impide que puedan comprenderse en ellas supuestos distintos y, en suma, que otros motivos de responsabilidad contractual queden sometidos al régimen de prescripción del artículo 31 LCA. Así, fuera de los supuestos en que operen la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios por gastos no amortizados, los plazos de prescripción serán los generalmente previstos por el Código civil, esto es, en materia de responsabilidad contractual, de cuatro años a partir de la reforma operada mediante la entrada en vigor de la Ley 42/2015 e 5 de octubre, y en sede de responsabilidad extracontractual, de un año (vid. art. 1964 Cc y SSTS núm. 12/2007, de 22 de mayo; núm. 443/2011, de 29 de mayo y núm. 734/2013, de 4 de diciembre)⁵⁸.

3.5.3 Competencia territorial. Supuestos de Jurisdicción ordinaria y supuestos sometidos a Arbitraje sin elemento extranjero

En cuanto a la competencia objetiva funcional y territorial para conocer de las respectivas acciones, ésta viene atribuida al Juzgado de Primera Instancia⁵⁹ del domicilio del agente siendo nulo todo pacto en contrario (Disp. Adicional 1ª.8 y Disp. Adicional 2ª LCA). Dicha norma, es de carácter imperativo y por tanto no puede ser derogada por acuerdo de las partes.

Sin perjuicio de ello, debemos traer a colación el derecho de las partes a someter sus controversias a arbitraje, y sustraerse de esta manera a la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado y, por ende, modificar los criterios distributivos de competencia territorial establecidos por la LCA. En efecto, el carácter imperativo de ciertas normas de la LCA, en nada impiden la plena aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje (significativamente modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), habida cuenta que los derechos resultantes de la LCA son, sin duda, disponibles⁶⁰ por las partes⁶¹.

⁵⁸ Habida cuenta el régimen Autonómico del Estado español, deberá estarse en todo caso, la existencia de normativa específica sobre la materia y que fuera aplicable por razón de la territorialidad. En este sentido, destacamos que en la Comunidad Autónoma de Cataluña, los plazos de prescripción son de diez y tres años, para las acciones derivadas de responsabilidad contractual y extracontractual, respectivamente (vid. arts. 121-20 y 121-21 del Codi Civil de Catalunya).

⁵⁹ A pesar de su carácter mercantil, y siempre que no se ejerciten pretensiones acumuladas que modifiquen dicho régimen atributivo de competencia funcional, la Jurisprudencia ha entendido que tales materias no están incluidas en el artículo 86-ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ; publicada en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>), cuyo tenor se halla dedicado a relacionar las competencia que son atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil. Por todas **Auto núm. 135/2010 de 24 marzo dictado por la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª) JUR 2010\195286**.

⁶⁰ **Artículo 2. Materias objeto de arbitraje.**

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

⁶¹ Vid. **Fernandez Armesto, Juan. El arbitraje internacional en la nueva ley de arbitraje española**, en Revista de derecho mercantil, Núm 258, octubre – diciembre de 2005, pag. 1509 “*El ámbito de la arbitrabilidad, no viene pues definido por la imperatividad de la norma sino por la disponibilidad del derecho. Cuestiones en las que la norma es imperativa, pero el derecho disponible (contrato de agencia, arrendamientos, sociedades, defensa de la competencia) son perfectamente arbitrables*”.

Para supuesto de arbitraje doméstico, puede verse, **De Angel Yagüez, Ricardo, en AA.VV, Comentarios a la Ley de arbitraje**. Ed. La Ley, Wolter Kluwer. 2013. Comentario al artículo 2, página 70.

3.5.4 Competencia territorial. Supuestos de Jurisdicción ordinaria y supuestos sometidos a Arbitraje con elemento extranjero

Las conclusiones que se alcanzan para los supuestos internos, son asimismo aplicables, mutatis mutandis, a los supuestos en los que concurra un elemento extranjero. A ello se añade, además, la libertad de elección de ley aplicable al fondo del asunto que ampara a las partes en supuestos de contratos de agencia internacionales.

En supuestos comunitarios, la competencia territorial de los Tribunales ordinarios vendrá determinada por las disposiciones del Reglamento CE 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶², en la medida en que el Contrato de Agencia no se halla excluido de ámbito de aplicación ex artículo 1⁶³.

En cuando a supuestos no comunitarios, serán de aplicación los artículos 21 y 22 de la LOPJ⁶⁴. De la misma manera, siendo el arbitraje internacional⁶⁵, ya se celebre éste en España o en el extranjero, la solución indicada para el supuesto interno se muestra igualmente válida. A ello,

⁶² Publicado en DOUE L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1432835270951&uri=CELEX:32012R1215>).

⁶³ Artículo 1

1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No se aplicará, en particular, a las materias fiscal, aduanera ni administrativa, ni a la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (acta iure imperii).

2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable; b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos; c) la seguridad social; d) el arbitraje; e) las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad; f) los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte.

⁶⁴ Artículo 21. Competencia territorial de órganos judiciales

1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.

Artículo 22. Orden civil

En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

3º (...); en materia de obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España; en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España; en las acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda; en materia de sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España.

⁶⁵ Artículo 3. Arbitraje internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.
- Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
- Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.

además, añadimos el tenor del artículo 9.6 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA)⁶⁶, por virtud del cual “cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

3.5.5 Autonomía conflictual: Ley Aplicable

Por último, en cuanto a la ley sustantiva aplicable al contrato, en coherencia con el acervo comunitario, serán de aplicación las disposiciones del Reglamento CE núm. 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶⁷, por méritos del artículo 1⁶⁸.

3.6 Implicaciones fiscales: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre el Valor Añadido

Por último, conviene tratar desde un punto de vista tributario la materia indemnizatoria que nos ocupa. En efecto, en tanto que el percibo efectivo de una indemnización por clientela y/o por

⁶⁶ Publicada en BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003 (<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>).

⁶⁷ Publicado en DOUE L núm. 177, de 4 de julio de 2008 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32008R0593>).

⁶⁸ **Artículo 1. Ámbito de aplicación material.**

1. El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes.

No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas.

2. Se excluirán del ámbito de aplicación del presente Reglamento: a) el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13; b) las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos; c) las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones; d) las obligaciones que se deriven de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones nacidas de estos últimos instrumentos se deriven de su carácter negociable; e) los convenios de arbitraje y de elección del Tribunal competente; f) las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas; g) la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica; h) la constitución de trusts, las relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios; i) las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato; j) los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida [14], y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales.

3. El presente Reglamento no se aplicará a la prueba ni al proceso, sin perjuicio del artículo 18.

4. A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por “Estado miembro” todos los Estados miembros a los que se aplica el presente Reglamento. No obstante, en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 7, el término “Estado miembro” designará a todos los Estados miembros.

daños supone un flujo de capital de una entidad/persona a otra, se hace necesario analizar el impacto fiscal que tendrá dicho flujo de capital, debiendo distinguirse, en particular, qué concreto tributo grava el concepto indemnizatorio.

Son de destacar, respecto de esta materia, las Consultas Vinculantes de la DGT de 16 de noviembre de 2006, de 20 de octubre de 2010 y de 17 de octubre de 2011, las cuales, en primer lugar, definen la relación que vincula al agente y al empresario como de naturaleza mercantil.

A efectos del IRPF, se entiende que las indemnizaciones percibidas por el agente deben analizarse desde su consideración como rendimientos de actividades económicas, encontrándose por tanto enteramente sujetas al Impuesto. En todas las consultas mencionadas se explica que las indemnizaciones, al devengarse como consecuencia de la resolución de un contrato, no quedan amparadas por ninguno de los supuestos de no sujeción o exención previstos en la Ley reguladora del IRPF⁶⁹. Además, apunta la DGT que las indemnizaciones por despido o cese del trabajador reconocidas entre los supuestos de exención del artículo 7 de la Ley⁷⁰ se limitan exclusivamente al ámbito de las relaciones laborales, quedando totalmente al margen aquellas indemnizaciones nacidas en el seno de una relación mercantil.

Dicho esto, conviene ahora determinar si las indemnizaciones percibidas por el agente pueden efectivamente considerarse como rendimientos de actividades profesionales. Precisamente, el artículo 95.2.2º del Reglamento del IRPF⁷¹ califica como rendimientos profesionales los obtenidos por los comisionistas, entendiéndose por tales a los que “*se limitan a acercar o aproximar a las partes interesadas para la celebración de un contrato*”, quedando a su vez excluido de tal consideración aquél sujeto que, además de dedicarse al acercamiento de posturas entre las partes, asuma “*el riesgo y ventura de tales operaciones mercantiles, en cuyo caso el rendimiento se comprenderá entre los correspondientes a las actividades empresariales*”. Ello implica, pues, que si el contrato que une a agente y empresario no conlleva para el primero la

⁶⁹ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (publicada en BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>).

⁷⁰ **Artículo 7. Rentas exentas.**

Estarán exentas las siguientes rentas:

e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

⁷¹ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero (publicado en BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2007; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>).

Artículo 95. Importe de las retenciones sobre rendimientos de actividades económicas.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considerarán comprendidos entre los rendimientos de actividades profesionales:

2.º Los comisionistas. Se entenderá que son comisionistas los que se limitan a acercar o a aproximar a las partes interesadas para la celebración de un contrato.

Por el contrario, se entenderá que no se limitan a realizar operaciones propias de comisionistas cuando, además de la función descrita en el párrafo anterior, asuman el riesgo y ventura de tales operaciones mercantiles, en cuyo caso el rendimiento se comprenderá entre los correspondientes a las actividades empresariales.

asunción del riesgo y ventura de las operaciones en las que intervenga, entonces la calificación de las indemnizaciones será la de rendimientos de actividades profesionales, sometidas a retención a cuenta de conformidad con el apartado primero del artículo 95 del Reglamento del IRPF⁷².

En cuanto al IVA⁷³, quedan excluidas de sujeción al mismo aquellas cantidades percibidas por razón de indemnizaciones que, por su naturaleza y función, no constituyen contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto (art. 78.Tres.1.º LIVA⁷⁴). Sin embargo, la DGT ha entendido que la indemnización por clientela se satisface en contraprestación por los servicios prestados por el agente que suponen beneficios para el empresario una vez concluido el contrato de agencia. Por ello, se afirma que la indemnización por clientela tiene efectivamente carácter de contraprestación o compensación por prestación de servicios, debiendo en consecuencia formar parte de la base imponible del Impuesto. Además, no resulta de aplicación, según la opinión de la DGT, ningún supuesto de tributación reducida.

Finalmente, la indemnización por daños y perjuicios suscitada sobre la denuncia unilateral del contrato por el empresario, cuando el agente no haya podido amortizar los gastos que hubiera contraído, por orden del empresario, en la ejecución del contrato de agencia, no supone a efectos de IVA contraprestación por prestaciones de servicios. Así, se trata de una cantidad que no formará parte de la base imponible del Impuesto.

⁷² **Artículo 95.**

1. Cuando los rendimientos sean contraprestación de una actividad profesional, se aplicará el tipo de retención del 18 por ciento sobre los ingresos íntegros satisfechos. No obstante, el porcentaje será el 15 por ciento cuando el volumen de rendimientos íntegros de tales actividades correspondiente al ejercicio inmediato anterior sea inferior a 15.000 euros y represente más del 75 por ciento de la suma de los rendimientos íntegros de actividades económicas y del trabajo obtenidos por el contribuyente en dicho ejercicio.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de contribuyentes que inicien el ejercicio de actividades profesionales, el tipo de retención será del 9 por ciento en el período impositivo de inicio de actividades y en los dos siguientes, siempre y cuando no hubieran ejercido actividad profesional alguna en el año anterior a la fecha de inicio de las actividades.

Para la aplicación de los tipos de retención previstos en los párrafos anteriores, los contribuyentes deberán comunicar al pagador de los rendimientos la concurrencia de una u otra circunstancia, quedando obligado el pagador a conservar la comunicación debidamente firmada.

El tipo de retención será del 9 por ciento en el caso de rendimientos satisfechos a: a) Recaudadores municipales. b) Mediadores de seguros que utilicen los servicios de auxiliares externos. c) Delegados comerciales de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado.

Estos porcentajes se dividirán por dos cuando los rendimientos tengan derecho a la deducción en la cuota prevista en el artículo 68.4 de la Ley del Impuesto.

⁷³ Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (publicada en BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1992; <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-28740>).

⁷⁴ **Artículo 78. Base imponible. Regla general.**

Tres. No se incluirán en la base imponible:

1. Las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto.

Gli autori - *The authors*

Alberto Venezia

albertovenezia avvocati
via Visconti di Modrone, 1
20122 Milano
av@albertovenezia.it
www.albertovenezia.it

Libri e Trattati *Books and Treatises*

Voce "Agenzia" (*Commercial Agency*), in Codice delle Leggi Civili Speciali, annotato con la giurisprudenza, a cura di G. Alpa e P. Zatti, 2015, p. 461 e ss.

Con R. Baldi, "Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising" (*Commercial Agency Contract. Distribution. Franchising*), Giuffrè, 2015, 9^a ed.

AA.VV., "Guida pratica al franchising" (*Franchising Practical Guide*), Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Torino, 2009, 2^a ed. 2014.

"Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising. Appendice" (*Commercial Agency Contract. Distribution. Franchising. Appendix*), Giuffrè, 2011.

Con M. Ferraris, "Guida pratica: Agenti e rappresentanti" (*Commercial Agents and Representatives: Practical Guide*), Il Sole-24 Ore, 2010.

AA.VV., "Guida pratica al franchising", Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Torino, 2009.

AA.VV., "Guida pratica: Assenze nel rapporto di lavoro", Il Sole-24 Ore, 2006.

"Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita", Ipsoa, 2004.

Con G. De Nova e C. Leo, "Il franchising", Ipsoa, 2004.

"La risoluzione e il recesso nel contratto di agenzia" (*Termination in Commercial Agency Contract*), in Aa.Vv, Recesso e risoluzione nei contratti, a cura di G. De Nova, Giuffrè, 1994.

Iscritto all'albo dell'Ordine degli avvocati di Milano dal 1995; dal 2007 all'albo dei patrocinanti dinanzi alla Corte di Cassazione; membro della Commissione Rapporti internazionali dal 2003, ha fondato nel 2006 lo studio italiano Alberto Venezia Avvocati, che opera nell'ambito del diritto civile, commerciale e internazionale con una forte specializzazione nella contrattualistica e nella gestione del contenzioso relativo alle reti di distribuzione in ogni settore economico e finanziario.

I Contratti di agenzia, agenzia assicurativa, agenzia in attività finanziaria, promozione finanziaria, franchising, concessione di vendita, procacciamento d'affari, distribuzione selettiva e mediazione sono le aree di specializzazione in cui operano il fondatore e lo studio, sia nella consulenza stragiudiziale, sia nel contenzioso giudiziale e arbitrale.

È autore di numerosi articoli su vari quotidiani e riviste giuridiche specializzate.

È spesso invitato a tenere lezioni, master e convegni sui contratti di agenzia, franchising e distribuzione commerciale nazionale e internazionale in Università, Camere di commercio e sedi istituzionali in Italia e all'estero.

Lingue conosciute: Inglese e Francese.

Member of the Milan Bar since January 1995, with the right of audience before the Court of Cassation since 2007; member of Milan Bar International Commission since 2003, has founded in 2006 the Italian law firm Alberto Venezia Avvocati, which operates with consolidated expertise in the field of private law, commercial law and international law, with particular expertise in contracts and litigation concerning distribution networks in all economic and financial sectors.

Commercial agency agreements, insurance agency, financial services agency, financial advisory services, franchising, distributorship agreements, business procurement, selective distribution and mediation are specialization areas in which operates the founder and the law firm, both in out-of-court consultancy – aimed at the creation, correct administration and application of national and international contracts – as well as in litigation, both before the courts and in arbitration. Alberto Venezia has written drafting wizard software for commercial agency agreements and authorizations for business procurement agents, has published many articles and comments for financial dailies and law journals and has taught on several occasions including seminars, masters courses and conferences at Universities, Chambers of commerce and institutions based in Italy and abroad.

He works in Italian, English and French.

Josef Wolff

Wolff, Wolff & Wolff
Aignerstrasse 21
5026 Salzburg
josef.wolff@wwwolff.at
www.wwwolff.at

Avvocato, iscritto all'ordine di Salisburgo, Austria, dal 2011. È partner dello studio legale di famiglia "Wolff, Wolff & Wolff", con sedi a Milano, Salisburgo e Vienna. Lo studio legale si occupa di diritto di famiglia e opera a Salisburgo da molte generazioni, fin dal 1911. Specializzato in consulenza legale sulle questioni transfrontaliere Austria-Italia, in particolare negli ambiti del diritto commerciale, del contenzioso giudiziario, nella disciplina dei trust e nel diritto delle successioni. Cultore di dottrine giuridiche, ha conseguito un dottorato in diritto privato internazionale, con una tesi pubblicata sul diritto dei Trust in Austria, Regno Unito e nel diritto romano.

Rechtsanwalt (lawyer), registered at the bar of Salzburg, Austria since 2011.

He works as partner of the family law firm "Wolff, Wolff & Wolff" in its offices in Milan, Salzburg and Vienna. The law firm is an established family law firm having provided assistance in Salzburg over various generations since 1911.

Dr. Josef Wolff is specialized in legal consultancy regarding cross border issues Austria-Italy, particularly within commercial law, litigation, trust law and laws of succession.

He has an interest in legal doctrine, having achieved a doctorate in international private law with a publication on trust law in Austria, UK and Roman Law.

Martina Barcaroli des Varannes

**Associazione professionale
Macchi di Cellere Gangemi**
Avenue Hoche 38
75008 Paris
martina.bdv@barcarolidesvarannes.eu
www.macchi-gangemi.com

Avvocato senior, Parigi. Ammessa all'esercizio della professione forense a Roma nel 2000 e Parigi nel 2004. *Aree di attività:* Diritto societario e accordi commerciali, M&A. *Expertise:* A Parigi da circa 10 anni, esercita la professione d'avvocato presso l'ufficio parigino dello studio legale Macchi di Cellere Gangemi. È specializzata in diritto civile e societario, assistendo società, italiane e francesi, e investitori nel day to day business e in relazione a operazioni straordinarie. Ha iniziato la carriera di avvocato nel 2000 presso lo studio americano *Cleary Gottlieb Steen &* di Bruxelles, poi presso la direzione Antitrust della Commissione europea a Bruxelles, e a Parigi, prima come *in-house counsel* di Fiat France, poi presso lo studio francese *Vovan & Associés*. Dal 2005 svolge il ruolo di corrispondente del Consiglio nazionale forense italiano in Francia. Nel 2010 ha fondato la *Commission Italia* dell'Ordine degli Avvocati di Parigi, un gruppo

di riflessione italo-francese per la promozione del diritto italiano. Nella sua qualità di Presidente della *Commission Italie* organizza e modera incontri di diritto comparato su temi relativi alla giustizia e all'economia, di interesse per il sistema giuridico italiano e francese.

Tra il 2012 e il 2014 ha assunto le funzioni di amministratore indipendente e membro del Comitato controllo e rischi di Ciments Français S.A.

Formazione: Harvard Law School (LL.M degree, 1999), London School of Economics (General Course Degree, 1995), Université Paris II Assas (DESS en contentieux international, 2002), Università La Sapienza di Roma (Laurea in legge magna cum laude, 1997).

Pubblicazioni: È autrice di numerose pubblicazioni in riviste giuridiche specializzate internazionali, francesi e italiane.

Lingue: Italiano, inglese, francese, spagnolo.

Of Counsel, Paris.

Admitted to Rome bar in 2000 and to Paris bar in 2004.

Practice: Corporate and commercial transactions, M&A

Professional Experience: She established in Paris about 10 years ago. She is attached to the Paris office of Macchi di Cellere Gangemi law office. She concentrates on civil law and corporate law advising French and Italian companies and investors in the day to day business and in connection with extraordinary transactions.

She started her career in 2000 at the Brussels office of the US law firm, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, then at the EU/ Competition Law Directorate at the European Commission. In Paris, she worked as in-house counsel at Fiat France, then at the French Law Firm Vovan & Associés.

Since 2005 she is the French correspondent for the Consiglio Nazionale Forense (the Italian Bar Association). In 2010 she founded the Commission Italie, an Italo-French think tank, before the Paris Bar; today she organizes, in her quality of President of the Commission Italie, debates and seminars on legal and economic issues concerning the Italian and French legal systems.

Between 2012 and 2014 she was an independent board director and member of the audit committee of Ciments Français S.A.

Training: Harvard Law School (LL.M degree, 1999), London School of Economics (General Course Degree, 1995), Université Paris II Assas (DESS en contentieux international, 2002), University of Rome La Sapienza (magna cum laude, 1997).

Publications: She is author of several publications in international, French and Italian specialized law review.

Languages: Italian, English, French, Spanish

Christian Huber

Rechtsanwalt Christian Huber

Kleebergstr. 18
60322 Frankfurt am Main
info@huber-anwalt.com
www.huber-anwalt.com

Avvocato, iscritto all'ordine di Francoforte sul Meno.

Ha studiato Giurisprudenza e Filosofia a Francoforte e a Bonn (1970-1976).

Ha iniziato l'attività professionale occupandosi di diritto civile e amministrativo.

Dopo il tirocinio a Wiesbaden e a Milano (Camera di commercio Italo-Germanica, 1976-1978), è stato partner in studi legali a Francoforte (Fendrich-Huber-Zeller, 1980-1985; Greuner-Wicker-Fendrich-Huber-Hanf, 1985-2002), in collaborazione in particolare con studi legali italiani (Prof. Nuzzo – Prof. Visentini in Roma; Manfredini e Associati in Milano, SLACC Arnaldi Caimmi & Associati, 1980-2002), occupandosi principalmente di diritto internazionale.

È specializzato nelle relazioni italo-tedesche, e dal 2002 ha concentrato la sua attività negli affari legali internazionali, in collaborazione permanente con studi legali di Berlino, Colonia, numerosi studi legali italiani, e anche con uno studio legale di Helsinki. I settori di cui si occupa sono descritti in dettaglio nel suo sito web.

È curatore e coautore di un manuale di diritto bancario, “Bankrecht – Bank System – Banking Supervision – Bank Transactions”, e ha contribuito alla traduzione in italiano della relativa legge (“Diritto bancario. Sistema bancario. Vigilanza bancaria. Diritto delle operazioni bancarie. Un manuale per la prassi”, Nomos, 2001).

È autore di numerosi contributi in riviste giuridiche tedesche e italiane, e coautore in una rivista giuridica finlandese.

Si occupa di diritto civile e commerciale, e in particolare:

- svolge consulenza e assistenza in questioni di diritto contrattuale;
- diritto della proprietà (incluso il recupero crediti);
- contratti di acquisto soggetti alla Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di compravendita internazionale di merci (Convenzione di Vienna);
- condizioni generali di vendita e di acquisto nelle esportazioni di merci italiane principalmente in Germania;
- redazione e modifica di contratti di agenzia (richieste di indennizzo ai sensi del codice di commercio tedesco) e calcolo degli indennizzi nei casi di risoluzione del contratto;
- contratti di distribuzione, con particolare riguardo ai casi di risoluzione del contratto, e applicazione analogica del codice di commercio tedesco;
- procedure esecutive, concorsuali e fallimentari.

Su queste materie all'occorrenza rappresenta anche davanti ai tribunali distrettuali e alle corti d'appello in Germania. Allo stesso modo in caso di arbitrato, in particolare in presenza di clausole arbitrali contrattuali.

Lingue: tedesco, italiano, inglese.

Rechtsanwalt, registered in the bar association of Frankfurt am Main.

The author has studied law and philosophy in Frankfurt am Main and Bonn (1970-1976).

He started his activity mainly in civil law and administrative law. After a trainee in the judicial service in Wiesbaden and Milano (Camera di commercio Italo-Germanica, 1976-1978) he continued his activity as a partner of firms of lawyers in Frankfurt am Main (Fendrich-Huber-Zeller, 1980-1985, Greuner-Wicker-Fendrich-Huber-Hanf, 1985-2002) in corporations with especially Italian Law Firms (Prof. Nuzzo – Prof. Visentini in Rome; Manfredini e Associati in Milano, later – SLACC Arnaldi Caimmi & Associati, 1980-2002) with principal activity in International Law.

He was specialized in Italian-German relations. From 2002 he concentrated his activity in legal international affairs in permanent corporations with legal firms in Berlin, Cologne, and a multitude of Italian Legal firms, and in between with a Legal firm in Helsinki. Particularly the fields of activity can be seen in his Website.

He is editor and coauthor of the manual “Bankrecht – Bank System – Banking Supervision – Bank Transactions”. He participated in the translations in Italian language of the relative law at that time in regard of Banking Supervision (KreditwesenG). Numerous contributions in German, Italian legal journals and – as a coauthor – in a Finnish legal journal.

The author is dealing with civil and commercial law, and particularly:

- *Providing consultancy and assistance for matters in Contract Law;*
- *Property Law (incl. debt collections);*
- *Purchase agreements based on the Convention of Contracts for International Sale of Goods (Convention of Vienna);*
- *Generally drawing up General Conditions of Sale, General Conditions of Purchase in the field of export of Italian goods mainly in Germany;*
- *Drawing up and modification of Agency Agreements (Indemnity claims, especially pursuant to § 89 b I HGB – German Commercial Code), calculation of the highest amount for the agents pursuant to § 89 b HGB; in the case of termination of the contract;*
- *Similar contracts;*
- *Distributorship agreements (Vertragshändlerverträge), especially in the case of termination of the contract pursuant to § 89 b HGB applicated by analogy;*
- *Enforcements proceedings and bankruptcy.*

The author attends also such cases, should the situation arise, before all the courts Landgerichte and Oberlandesgerichte (appeal courts) in Germany. The same goes for the Arbitration, especially in case of existing Arbitration Agreements from the beginning of the contract relation between the parties.

Languages: Deutsch, Italian, English

Gregor Kleinknecht

Hunters Incorporating May e May Merrimans

9 New Square – Lincoln's Inn
London WC2A 3QN
gjk@hunters-solicitors.co.uk
www.hunters-solicitors.co.uk

LLM, MCI Arb.

Abilitato allo svolgimento della professione forense in Germania e nel Regno Unito.

Dopo aver avviato la carriera in due importanti studi legali internazionali di Londra e in uno negli Stati Uniti, ha fondato e diretto lo studio legale specializzato Klein Solicitors. Si è unito allo studio Hunter inizialmente come partner nella soluzione stragiudiziale delle controversie e nei servizi alle imprese, fino alla fusione dei due studi, nel 2014.

Ha una vasta esperienza, con una particolare specializzazione nella risoluzione delle controversie internazionali commerciali, negli arbitrati e nei contenziosi legali complessi e di importante valore, soggetti a una pluralità di legislazioni e giurisdizioni.

È membro dello Chartered Institute of Arbitrators ed è mediatore accreditato di Adr Group.

Per la sua competenza transnazionale svolge attività di consulenza su questioni di distribuzione internazionale e accordi di agenzia commerciale.

Ha collaborato ai capitoli sulla legislazione inglese per i due testi più importanti sui contratti di agenzia e distribuzione, pubblicati in Germania e nel Regno Unito.

È stato avvocato dell'anno nel 2013 (Corporate Live Wire) nel Regno Unito per la categoria Litigation.

LLM MCI Arb.

He is qualified to practise law as a German Rechtsanwalt and as an English solicitor. Following a career at two leading international City of London law firms and at a US law firm, he founded and led the boutique law firm of Klein Solicitors. He joined Hunters as a Partner in the Dispute Resolution and Business Services departments upon the merger of the two firms in February 2014.

He has a broadly based practice with an emphasis on international commercial dispute resolution and, in particular, on complex and high value cross-border and multi-jurisdictional arbitration and litigation cases. Gregor is a Member of the Chartered Institute of Arbitrators and an accredited mediator with ADR Group.

Gregor's practice also has a strong transactional element and he frequently advises on questions of international distribution and commercial agency arrangements. He has contributed the chapters on English law to two leading text books on agency and distribution law published in Germany and in the UK.

He was the Corporate Live Wire 2013 Lawyer of the Year in the category Litigation – UK.

Hans E. Urlus

Greenberg Traurig, LLP

Hirsch Building, Leidseplein 29
1017 PS Amsterdam
urlush@eu.gtlaw.com
www.gtlaw.com

List of publications

“Netherlands”, *The Franchise Law Review*, Edition 3, November 2015.

Co-Author, “Denmark’s Differentiated Tax Regime for Online Gambling and Land-Based - Games Still Stands”, *GT Alert*, November 4, 2014.

Co-Author, “Antitrust compliance in the EU – Reason rules again!”, *GT Alert*, September 30, 2014.

Co-Author, “EU Sanctions Concerning Russia and Ukraine Impose Serious Export Compliance Liabilities”, *GT Alert*, August 1, 2014.

Co-Author, “Update to Dutch Online Gaming Liberalization Process”, *GT Alert*, August 1, 2014.

“New EU Ecolabel Criteria for Bed Mattresses”, *GT Alert*, July 9, 2014.

Co-Author, “EU’s Highest Court Rules Cartel Victims can Claim Damages for Purchases from Non-Participants in the Cartel”, *GT Alert*, June 17, 2014.

Co-Author, “New Licensing Rules from Brussels – Avoid Getting Caught by a Legacy Clause”, *GT Alert*, May 16, 2014.

Co-Author, “HvJ EU Expedia en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid Gevolgen voor de Nederlandse praktijk”, *Markt & Mededinging*, August 1, 2013.

“De gevolgen van beëindiging van agentuurovereenkomsten (vertraagd) verduidelijkt”, in *Contracteren (BJU)*, March 2013.

“Franchising System: The Netherlands”, *Lawyer Monthly*, February 2013.

Co-Author “ECJ Eliminates Noticeability Test in Regard to Restriction of Competition by Object”, *GT Alert*, January 2013.

Co-Author, Chapter on Franchising, “Contracteren in de internationale praktijk”, (*International Contracting*), Kluwer, 2011.

Co-Author, “New EU Merger Regulation and Reform of EC Antitrust Enforcement”, *GT Alert*, June 2004.

“The Introduction of the New Dutch Competition Act”, *Advocatenblad (Bar Law Journal)*, 1997.

“Opting Out, The UK Approach”, *European Business Law Review*, 1997.

“De Agentuurovereenkomst” (*Commercial Agency Agreements*), Kluwer, 1990.

“Agentuurovereenkomsten” (*on Commercial Agency*), Kluwer/Fenedex, 1989.

“Convergence of National Competition Laws”, *Liber Amicorum Jan Schepel*, 1989.

È azionista di Greenberg Traurig, LLP e lavora presso la sede di Amsterdam di Greenberg Traurig, l’ufficio olandese dello studio legale americano Greenberg Traurig LLP.

Greenberg Traurig è uno studio legale internazionale plurispecializzato, con circa 1.900 avvocati che assistono i clienti in 39 uffici negli Stati Uniti, in America Latina, in Europa, Medio Oriente e Asia.

L’impresa è tra i “Power Elite” nel rapporto 2014 BTI Client Relationship Scorecard, che valuta le caratteristiche e la solidità delle relazioni degli studi legali con i clienti.

Ammesso al foro di Rotterdam nel 1980, inizialmente ha lavorato in ambito marittimo e del commercio internazionale.

Coordina gli investimenti da e verso la Cina e assiste i clienti internazionali in tutti gli aspetti del commercio internazionale, dell’agenzia commerciale, del franchising e della distribuzione, con particolare attenzione al diritto dell’Unione europea e ai diritti nazionali sulla concorrenza, alle questioni normative Ue, alle fusioni e acquisizioni. Si occupa anche di contenzioso e di arbitrato in relazione a tali questioni. Ha lavorato nel campo normativo in molteplici casi che coinvolgevano l’introduzione di numerosi prodotti regolamentati sul mercato dell’Unione europea.

Pubblica regolarmente in materia di agenzia commerciale, distribuzione e franchising, e sugli aspetti relativi al diritto della concorrenza.

Is a shareholder of Greenberg Traurig, LLP and works at the Amsterdam office of Greenberg Traurig, the Dutch office of the American law firm Greenberg Traurig LLP.

Greenberg Traurig is an international, multi-practice, law firm with approximately 1900 attorneys serving clients from 39 offices in the United States, Latin America, Europe, the Middle East and Asia. The firm is among the “Power Elite” in the 2014 BTI Client Relationship Scorecard report, which assesses the nature and strength of law firms’ client relationships.

Hans was admitted to the Rotterdam Bar in 1980 and initially worked in the maritime practice and international trade. Currently Hans is working in the Amsterdam office of Greenberg. He coordinates inbound and outbound investments with respect to China and counsels international clients in all aspects of international trade, commercial agency, franchise and distribution, with a focus on EU and national competition law, EU regulatory issues, mergers and acquisitions. He is also involved in litigation and arbitration in relation to these matters. Hans has worked in the regulatory field on numerous cases involving the introduction of various regulated products into the EU market.

Hans publishes regularly on commercial agency, distribution and franchise, and related aspects of competition law.

Fernando Sales

Fabregat Perulles Sales Abogados

Pza. Bonanova, 4, 1° 1^a
08022 Barcelona

f.sales@fabregat-perulles-sales.com
www.fabregat-perulles-sales.com/
abogados-es

È avvocato, nella sede di Barcellona dello studio Fabregat Perulles Sales Abogados.

È cofondatore e partner dello studio, e in precedenza ha lavorato come avvocato in importanti studi legali locali.

Ha maturato un'importante esperienza nel settore internazionale, avendo lavorato in uffici nel Regno Unito e in Francia, con cui ancora oggi mantiene relazioni professionali.

Coordina l'attività dello studio per quanto riguarda il contenzioso e l'arbitrato e la soluzione delle controversie.

La sua attività professionale spazia dalle controversie societarie e commerciali agli arbitrati nazionali e internazionali, alla consulenza in ambito commerciale, e in dettaglio ai contratti di agenzia e distribuzione, alla concorrenza sleale e al settore immobiliare.

È arbitro accreditato MCI Arb.

Si è occupato di casi importanti davanti alle corti spagnole e alle camere arbitrali, incluse:

- la Suprema Corte Spagnola;
- la Corte Costituzionale Spagnola;
- procedimenti arbitrali nazionali e internazionali (Icc, Swiss Chambers' Arbitration Institution, Tribunal Arbitral de Barcelona, arbitrati *ad hoc*).

Formazione:

Laurea in Giurisprudenza.

Università di Barcellona (1994).

Primo ciclo di dottorato in Diritto processuale.

Università di Barcellona (1996).

Primo ciclo di dottorato in Diritto internazionale privato.

Università di Barcellona (1996).

Numerosi corsi di specializzazione in Diritto processuale, Arbitrato, Diritto commerciale e Diritto internazionale privato.

Membro delle associazioni professionali:

Barcelona Bar Association, dal 1994.

Chartered Institute of Arbitrator di Londra (MCI Arb).

Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana (Aigli), membro del Consiglio direttivo.

Arbitro accreditato presso la Camera di commercio italiana davanti alla Corte arbitrale di Barcellona.

Lingue: Spagnolo, Catalano, Italiano, Francese e Inglese.

Is a lawyer in the Barcelona office of Fabregat Perulles Sales Abogados.

He is co-founding partner of the firm, having previously worked as a lawyer for relevant local law firms. Fernando also gained a significant experience in the international field through having spent time working in offices in the United Kingdom and France with whom he continues to maintain a working relation.

He heads the firm's Litigation and Arbitration and dispute resolution areas.

His professional practice covers a wide range of corporate and commercial litigation and arbitration national and international, and advising on commercial areas as, among others, distribution and agency contracts, unfair competition and real estate. Fernando is MCI Arb accredited arbitrator.

Fernando has acted in some important cases before the Spanish courts and arbitration tribunals, including:

- *The Spanish Supreme Court.*
- *The Spanish Constitutional Court.*
- *National and international arbitration proceedings (ICC, Swiss Chambers' Arbitration Institution, Tribunal Arbitral de Barcelona, arbitration ad hoc among others).*

Education:

Law Degree, Universidad de Barcelona, 1994.

First Cycle of Doctor's Degree in procedural law.

University of Barcelona. (1996).

First Cycle of Doctor's Degree in private international law.

University of Barcelona. (1996).

Several specialized programs in Procedural, Arbitration, Commercial and International Private law.

Membership of Professional Associations:

Barcelona Bar Association. 1994.

Member of the Chartered Institute of arbitrator of London (MCAIarb).

Member of the Associazione Internazionale Giuristi di Lingua Italiana (Aigli).

Member of the Board of Directors of Aigli.

Arbitrator admitted before the Italian Chamber of Commerce in Barcelona's Arbitration Court.

Languages: Spanish, Catalan, Italian, French and English.

