

Др Мирјана Радовић*

ПРОВИЗИЈА ТРГОВИНСКОГ ЗАСТУПНИКА

У овом раду ауторка анализира провизију трговинског заступника као најзначајнију врсту накнаде из уговора о трговинском заступању. У Европској унији је ово питање детаљно регулисано 1986. године Директивом 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима, док важећи српски Закон о облигационим односима с њом још увек није усклађен. Таква ситуација би требало да се промени усвајањем новог српског Грађанског законика, с обзиром на то да актуелни Преднацрт садржи бројна нова решења, која су инспирисана наведеном Директивом. Први део рада посвећен је дефинисању појма провизије и његовом разграничењу од појма накнаде трговинског заступника. Након тога су објашњене врсте провизије, и то: провизија за посредовање (закључење уговора), провизија за подручје или клијенте, провизија за накнадно закључене уговоре, делкредере провизија и инкасо провизија. У следећем делу рада се испитује да ли је провизија, односно њена конкретна врста, битан или природан елемент уговора о трговинском заступању. Коначно, последњи део рада се бави питањем висине и обухвата провизије из угла диспозитивног правног режима успостављеног Директивом и важећим, односно предложеним, српским законским правилима.

Кључне речи: *Уговор о трговинском заступању. Директива 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима. Провизија. Накнада.*

1. УВОД

Трговинско заступање је значајна делатност која привредним субјектима олакшава дистрибуцију производа, односно услуга, до крајњих корисника.¹ Уговором о трговинском заступању се између

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду, mirjanam@ius.bg.ac.rs

¹ Упор.: Claus Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, С. Н. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 2006²⁴, 248; Tobias Lettl, *Handelsrecht*, Verlag С. Н. Beck, München

трговинског заступника и трговца као налогодавца успоставља трајни однос, током кога трговински заступник има овлашћење и обавезу сталног посредовања и/или закључења одређене врсте уговора с трећим лицима (клијентима) у име налогодавца.² Поред тога, трговински заступник може с налогодавцем да уговори пружање и других врста услуга, попут гарантовања за уредно испуњење обавеза трећег из закљученог уговора у име принципала (прихватање дел-кредере одговорности), или наплате потраживања принципала према трећем лицу (услуге инкаса). Заузврат, налогодавац према трговинском заступнику преузима обавезу плаћања одговарајуће накнаде.

Накнада као противчинидба принципала за услуге трговинског заступника се најчешће дугује у виду провизије. Отуда је једино провизија предмет детаљне регулативе на нивоу Европске уније, која је усвојена с циљем заштите трговинског заступника. Нажалост, решења српског Закона о облигационим односима, који уређује уговор о трговинском заступању, значајно одступају од правног режима успостављеног у Европи. Међутим, с обзиром на то да је Србија преузела обавезу усклађивања националног права с комунитарним правом, а нарочито у области трговине, важећа правила ће у догледно време морати да буду измењена.³ Управо с тим циљем је израђен део Преднацрта новог српског Грађанског законика, који се бави провизијом трговинског заступника.

У редовима који следе детаљно се анализира комунитарни правни режим провизије трговинског заступника уз поређење с важећим правилима у српском праву. Најзад, свако питање се истражује и из угла предложених правила у Преднацрту, како би се утврдила њихова усклађеност с датим комунитарним решењима. Предстојећа анализа ограничава се на питања појма, врста, правног значаја, висине и обухвата провизије, док је проблем стицања и губитка правног захтева за плаћање провизије предмет посебног рада.

2007, 125; Martijn W. Hesselink *et al.*, *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Volume 2, Munich 2006, 157.

² С. W. Canaris, 248, 251; Т. Lettl, 126; Heinz Krejci, *Handelsrecht*, Wien 2005³, 334; Мирко С. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2014¹⁴, 131; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Београд 1999⁴, 524, 525; М. W. Hesselink *et al.*, 157; уоп.: Fergus Randolph, Jonathan Davey, *Guide to the Commercial Agents Regulations*, Hart Publishing, Oxford Portland (Oregon) 2003, 39 и даље.

³ Закон о потврђивању споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне, и Републике Србије, с друге стране, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 83/08, чл. 72.

2. РЕГУЛАТОРНИ ОКВИР

2.1. Директива 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима

Провизија трговинског заступника је у Европској унији детаљно регулисана Директивом 86/653/ЕЕЗ о усклађивању права држава чланица у вези са samozапосленим трговинским заступницима (у даљем тексту: Директива).⁴ Ова директива је ступила на снагу крајем 1986. године, а имплементирана је у национална права скоро свих држава чланица до 1. јануара 1990.⁵ Захваљујући томе, данас у Европској унији постоји хармонизован правни режим провизије трговинског заступника. Приликом дефинисања појма трговинског заступника Директива је значајно сузила свој домен примене, будући да се ограничила на уређење сталног посредовања искључиво у куповини или продаји робе.⁶ Стога се њена правила не примењују на, данас подједнако значајне, трговинске заступнике у области услуга, попут заступника у осигурању, туристичких агенција, посредника у испоруци електричне енергије, посредника у пружању телефонских услуга, пловидбених агената, и сл.⁷ Ипак, државе чланице биле су слободне да приликом имплементације прошире примену њених правила на све трговинске заступнике, што су неке од њих и учиниле.⁸ Наведено проширење домена примене правила је пожељно, јер омогућава успостављање јединственог правног режима, чиме се постиже равноправност трговинских заступника, у смислу једнаког поступања у суштински једнаким случајевима, без обзира на делатност у којој су ангажовани.

Основни мотив за усвајање посебних правила о провизији у оквиру Директиве се огледао у потреби за заштитом трговинског заступника у односу на принципала (налогодавца).⁹ Наиме, пре Ди-

⁴ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self employed commercial agents Commercial Agents Directive, *Official Journal* L 382, 31.12.1986.

⁵ Commercial Agents Directive, Art. 22.

⁶ Commercial Agents Directive, Art. 1(2); C. W. Canaris, 249; Karl Heinz Thume, „Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters: Grenzen der Vertragsgestaltung“, *Betriebs Berater* 2012, 975; Мирослав Пауновић, „Директива о трговинским заступницима 86/653/ЕЕЗ“, *Европско законодавство* 5/2003, 7.

⁷ К. Н. Thume, 975; упор.: Mathias Effenberger, „Kommentar zu § 87 HGB“, http://www.jusline.de/index.php?cpid_f92f99b766343e040d46fed6b03d3ee8&lawid_26&paid_87, 4.12.2013; Philippe Delebecque, Michael Germain, G. Ripert / R. Roblot *Traité de droit commercial Tome 2*, L.G.D.J., Paris 2004¹⁷, 651.

⁸ Тако су, примера ради, ступиле Немачка и Француска. Вид. C. W. Canaris, 249; К. Н. Thume, 975; Yves Guyon, *Droit des affaires Tome 1: Droit commercial général et Sociétés*, Economica, Paris 2003¹², 877.

⁹ Masood Ahmed, „Construing the meaning of „Commercial Agent““, *Nottingham Law Journal* Vol. 19(2), 2010, 37; упор.: М. Пауновић, 7.

рективе регулатива провизије трговинског заступника је у појединим државама чланицама, а нарочито у енглеском праву, била превасходно усмерена ка заштити принципала као налогодавца.¹⁰ Таква ситуација је отежавала закључење и извршење уговора о трговинском заступању, поготову у прекограничним случајевима, када су се принципал и трговински заступник налазили у различитим државама чланицама.¹¹ Отуда су бројне одредбе Директиве о провизији полуимперативног карактера, будући да дозвољавају уговорна одступања само у корист, али не и на штету трговинског заступника.¹² Насупрот томе, преовлађује мишљење да су остале одредбе Директиве, код којих није наглашена полуимперативност, диспозитивне природе.¹³

2.2. Закон о облигационим односима и Преднацрт Грађанског законика

У праву Србије уговор о трговинском заступању уређен је Законом о облигационим односима из 1978. године (у даљем тексту: Закон).¹⁴ У погледу провизије трговинског заступника, Закон садржи свега четири кратке одредбе.¹⁵ Међутим, домен примене тих правила је шири него у праву Европске уније, с обзиром на то да је законским појмом трговинског заступања обухваћено стално посредовање за закључење било које врсте уговора, односно у било којој делатности. Према томе, Закон о облигационим односима представља *lex generalis* у погледу трговинског заступања. Уз то, у појединим делатностима постоје и *leges speciales*, као што је то случај у области осигурања,¹⁶ туризма,¹⁷ поморске и унутрашње пловидбе,¹⁸ и

¹⁰ М. Ahmed, 38.

¹¹ Commercial Agents Directive, Recital 2.

¹² Упор.: Commercial Agents Directive, Art. 10(4), 11(3), 12(3).

¹³ О диспозитивном, односно императивном карактеру правила о провизији више вид. F. Randolph, J. Davey, 75, 76. У прилог диспозитивности осталих одредби о провизији вид. François Xavier Licari, „Le limites du commissionnement indirect de l’agent commercial“, *GPR European Union Private Law Review* 2008, 81; К. Н. Thume, 977; у погледу провизије за накнадно закључене уговоре вид. Ulf Wauschkuhn, Joachim Fröhlich, „Der nachvertragliche Provisionsanspruch des Handelsvertreter“, *Betriebs Berater* 2010, 528.

¹⁴ Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/03, чл. 790 812.

¹⁵ ЗОО, чл. 801, ст. 2, чл. 804 и чл. 811, ст. 3.

¹⁶ Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/14, чл. 97 и даље.

¹⁷ Закон о туризму, *Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10, 99/11, 93/12, чл. 58.

¹⁸ Закон о поморској и унутрашњој пловидби, *Службени лист СРЈ*, бр. 12/98, 44/99, 74/99, 73/2000, *Службени гласник РС*, бр. 101/05, 85/05, 73/10, 87/11, 10/13, чл. 719 и даље.

сл.¹⁹ Ипак, посебни закони не садрже никакве специфичности које би биле релевантне за истраживање у оквиру овог рада.

У време доношења Закона још увек није постојала Директива, а њено касније ступање на снагу није представљало довољан подстицај за увођење одговарајућих законских измена у овој области. Отуда, ни важећа верзија Закона није усклађена с описаним тековинама права Европске уније. Таква ситуација би требало да се промени, ако и када буде усвојен нови српски Грађански законик у предложеном тексту актуелног Преднацрта из 2014. године (у даљем тексту: Преднацрт).²⁰ Домен примене правила Преднацрта у вези с провизијом трговинског заступника је, по узору на Закон о облигационим односима, остао шири од Директиве, тако да важи за заступнике у било којој врсти делатности.²¹ Такво решење је позитивно, јер омогућава јединствен правни режим и равноправност свих врста трговинских заступника. Систематика и садржина правила Преднацрта представља директно преузимање одредби хрватског *Zakona o obveznim odnosima*, прилагођених српском језику и правничкој терминологији.²² С обзиром на то да је наведени хрватски извор имплементирао комунитарна правила у вези с провизијом трговинског заступника, одговарајућа правила Преднацрта су, такође, начелно усклађена с Директивом.

3. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ПРОВИЗИЈЕ

У важећем српском праву провизија је схваћена као синоним за накнаду трговинског заступника из уговора о трговинском заступању.²³ То је уочљиво из више правила Закона у којима се користи формулација „накнада (провизија)“.²⁴ Међутим, такво схватање је потпуно различито од приступа Директиве, и упоредноправних система. Према Директиви провизија (енгл. *commission*, нем. *Provision*, фр. *la commission*) се дефинише као део накнаде који зависи од броја

¹⁹ И. Јанковец, 525.

²⁰ Влада Републике Србије Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађански законик Републике Србије: Друга књига Облигациони односи*, Београд 2014, http://www.kopaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf, 20.3.2015 (даље у фусногама: Преднацрт СГЗ).

²¹ Преднацрт СГЗ, чл. 1002, ст. 1.

²² Упор.: хрватски *Zakon o obveznim odnosima*, *Narodne novine*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, чл. 819 824; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 1023.

²³ М. Васиљевић, 139; Славко Царић, „Уговор о трговинском заступању“, *Коментар Закона о облигационим односима Књига друга* (редактори Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац Горњи Милановац 1980, 629.

²⁴ ЗОО, чл. 790, ст. 1, чл. 801, ст. 2, чл. 804.

или вредности закључених послова.²⁵ Готово исто правило садржи и Преднацрт, према коме је провизија „свака накнада чији износ зависи од броја или вредности остварених послова“.²⁶ Из изложеног произлази да провизија представља само један могући, али не и обавезни вид накнаде, коју принципал плаћа за услуге трговинског заступника. Наиме, накнада за трговинско заступање (енгл. *remuneration*, нем. *Vergütung*, фр. *la rémunération*) може да се састоји из фиксног и/или варијабилног дела, при чему су у складу са слободом уговарања дозвољене све комбинације: 1. искључиво фиксна накнада, 2. фиксна и варијабилна накнада, или 3. искључиво варијабилна накнада.²⁷

У складу с појмом провизије из Директиве, односно Преднацрта, она чини варијабилни део накнаде, који зависи од обима закључених послова обухваћених уговором о трговинском заступању.²⁸ При том, не може свака варијабилна накнада за трговинско заступање да се квалификује као провизија. За постојање провизије је неопходно да накнада зависи од броја или вредности закључених послова.²⁹ Насупрот томе, стране могу да уговоре и варијабилну накнаду у виду учешћа трговинског заступника у приходима или добити принципала, као и варијабилну накнаду у виду бонуса за достизање уговореног обима продаје, и сл.³⁰ Разграничење провизије од наведених и других врста варијабилних накнада је понекад тешко, поготову ако се има у виду да у уговору није неопходна употреба термина „провизија“ да би се одређена накнада правно квалификовала као таква.³¹ У том погледу, одлучујући критеријум разликовања би требало да буде везаност варијабилне накнаде за конкретан закључени посао. Оне варијабилне накнаде које нису везане за закључење одређеног правног посла између принципала и трећег лица, већ за неке друге параметре (попут укупних прихода или добити принципала, постизања уговорених маркетиншких циљева) не треба третирати као провизију, већ као накнаду за трговинско заступање.³²

²⁵ Commercial Agents Directive, Art. 6(2); P. Delebecque, M. Germain, 654; K. H. Thume, 975.

²⁶ Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 4.

²⁷ Karl H. Lincke, Anne Christin Mittwoch, „Überblick über das Recht des Handelsvertreeters in Spanien“, *IHR Internationales Handelsrecht* 2009, 4. У сваком случају, уговарањем фиксне накнаде искључује се или умањује пословни ризик трговинског заступника, који је код варијабилне накнаде велики. Упор.: M. W. Hesselink *et al.*, 189.

²⁸ K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4.

²⁹ M. W. Hesselink *et al.*, 188.

³⁰ K. H. Thume, 975.

³¹ M. W. Hesselink *et al.*, 188; M. Effenberger.

³² M. Effenberger.

Из свега наведеног се закључује да стране могу да уговоре да ће принципал имати обавезу плаћања накнаде, која не може да се квалификује као провизија (на пример, фиксна накнада).³³ Другим речима, уговор о трговинском заступању може да постоји и без провизије. Ипак, провизија је у пракси најчешћи вид накнаде за трговинско заступање.³⁴ Управо из тог разлога је она предмет детаљне регулативе како у Директиви, тако и у Преднацрту. При том, правила Директиве, односно Преднацрта, о провизији нису применљива на друге уговорене видове накнаде, за разлику од правила Закона, која важе за све врсте накнаде подједнако.

Обавеза принципала да плати провизију је кореспондентна главној или другој посебно уговореној обавези трговинског заступника.³⁵ Према томе, плаћање провизије од стране принципала представља његову противчинидбу за извршење одређене престације трговинског заступника.³⁶ Реч је о уговорном захтеву, на коме се темељи узајамност давања код уговора о трговинском заступању као синалагматичног уговора. Овакво одређење природе провизије омогућава њено разграничење у односу на накнаду за клијентелу, која не почива на уговору него на самом закону. Најзад, право на провизију у потпуности зависи од одговарајућег резултата, тј. од закључења, односно извршења посредованог уговора.³⁷ Стога, она чини врсту накнаде за резултат, и у том смислу се јасно разликује у односу на накнаду за услуге (чинидбе).³⁸

4. ВРСТЕ ПРОВИЗИЈЕ

У пракси постоји више врста провизије, чије разликовање је и правно релевантно. Врсте провизије које подлежу посебном правном уређењу у Србији и/или на нивоу Европске уније су: провизија за посредовање (закључење уговора), провизија за подручје или клијенте, провизија за накнадно закључене уговоре, делкредере провизија и инкасо провизија. Поред тога, трговински заступник и принципал могу да уговоре и друге провизије, попут: провизије за нове клијенте, гарантоване (минималне) провизије и провизије за одржавање односа с клијентима. Пошто наведене остале врсте

³³ К. Н. Thume, 977.

³⁴ М. W. Hesselink *et al.*, 173.

³⁵ Упор.: С. W. Canaris, 261; F. X. Licari, 82.

³⁶ С. W. Canaris, 261; T. Lettl, 131; Hans Brox, *Handels und Wertpapierrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2005, 109.

³⁷ F. X. Licari, 82; С. W. Canaris, 261, 262.

³⁸ Н. Brox, 110.

провизије нису предмет регулативе, оне ће бити изузете из даљих разматрања.

4.1. Провизија за посредовање или за закључење уговора

Провизија за посредовање (нем. *Vermittlungsprovision*), односно за закључење уговора (нем. *Abschlussprovision*) је накнада за успешну посредничку и/или заступничку активност трговинског заступника.³⁹ Ова врста провизије је основна, јер представља противчинидбу принципа за карактеристичну престацију трговинског заступника из уговора. За разлику од тога, остале провизије се означавају као додатне, будући да служе за накнаду других, додатних услуга трговинског заступника. Да би трговински заступник имао право на провизију за посредовање, неопходно је да између његових посредничких услуга и закључења конкретног уговора између принципала и трећег постоји узрочна веза.⁴⁰ Међутим, узрочност која се овде захтева не мора да буде директна. Отуда, провизија за посредовање обухвата не само провизију за уговоре закључене захваљујући конкретној активности трговинског заступника,⁴¹ него и провизију за уговоре закључене с клијентом кога је трговински заступник раније нашао за исту врсту послова.⁴² У другонаведеном случају је реч о тзв. индиректној провизији (нем. *Folgeprovision, Nachbestellungsprovision*), с обзиром на то да између активности трговинског заступника и закључења конкретног уговора постоји само индиректна узрочна веза, која се огледа у иницијалном привлачењу тог клијента за одговарајућу врсту уговора.⁴³

Иако Закон не познаје израз „провизија за посредовање“, нити „провизија за закључење уговора“, он је као основну провизију (накнаду) изричито уређује. Наиме, према Закону трговински заступник има право на провизију за уговоре закључене његовим посредовањем, односно за уговоре које је заступник овлашћено закључио у име на-

³⁹ Јован Славнић, „Уговор о трговинском заступању“, *Коментар Закона о облигационим односима Књига друга* (редактор Слободан Перовић), Савремена администрација, Београд 1995, 1337; Т. Lettl, 130; Н. Brox, 110.

⁴⁰ Jürgen Sonnenschein, Birgit Weitemeyer, „§ 86 b“, *Heymann, Handelsgesetzbuch, Band 1, Einleitung §§ 1 104* (hrsg. Norbert Horn), de Gruyter, Berlin 1995², 635; упор.: Р. Delebecque, М. Germain, 654; Karsten Schmidt, *Handelsrecht, Köln* Berlin 1999⁵, 736; Н. Brox, 110; К. Н. Lincke, А. С. Mittwoch, 4.

⁴¹ F. Randolph, J. Davey, 69; M. W. Hesselink *et al.*, 174, 175; F. X. Licari, 81.

⁴² Commercial Agents Directive, Art. 7(1)(b); P. Delebecque, M. Germain, 654; T. Lettl, 130, 131; Н. Brox, 110; M. W. Hesselink *et al.*, 175; F. Randolph, J. Davey, 69, 70; F. X. Licari, 81; К. Н. Lincke, А. С. Mittwoch, 4; Michael Furmston, Jason Chuah (ed.), *Commercial and Consumer Law*, Pearson, Harlow 2010, 88.

⁴³ Упор.: F. X. Licari, 81.

логодавца (директна провизија).⁴⁴ Уз то, принципал дугује провизију и за уговоре закључене с клијентима које је трговински заступник нашао (индиректна провизија).⁴⁵ С друге стране, ни Директива не користи одговарајући израз, али такође уређује провизију за посредовање – како директну, тако и индиректну.⁴⁶ Према Директиви, трговински заступник има право на провизију ако је закључење уговора између принципала и трећег последица његових радњи, или ако принципал закључи уговор с трећим лицем које је трговински заступник раније привукао као клијента за истоврсне послове.⁴⁷ Најзад, Преднацрт у погледу ове врсте провизије садржи решење идентично оном из Закона.⁴⁸

4.2. Провизија за подручје или клијенте

Трговински заступник може да има право на провизију и независно од извршења својих главних уговорних обавеза. Такав је случај са тзв. провизијом за подручје или клијенте. Ова врста провизије се дугује на основу чињенице да је трговинском заступнику поверено (искључиво) стално посредовање у име и за рачун принципала на одређеном географском подручју или у погледу одређене групе клијената, под условом да принципал закључи уговор с клијентом који припада тој групи или подручју.⁴⁹ Према томе, код ове врсте провизије не мора да постоји узрочна веза између активности трговинског заступника и закључења конкретног уговора између принципала и клијента.⁵⁰ Отуда се путем провизије за подручје (клијенте) трговинском заступнику пружа накнада за свеукупну активност у погледу припреме и обраде датог тржишта у корист принципала. При том, да би ова врста провизије постојала, није довољно да се уговором о трговинском заступању територијално ограничи делатност трговинског заступника, јер се то у сумњи сматра само дефинисањем

⁴⁴ ЗОО, чл. 804, ст. 1; М. Васиљевић, 139.

⁴⁵ ЗОО, чл. 804, ст. 2; Владимир Јовановић, „Уговор о трговинском заступању“, *Коментар Закона о облигационим односима – II књига* (редактори Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ), Савремена администрација, Београд 1983², 1752; С. Царић, 629; Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Научна књига, Београд 1990, 209; упор.: М. Васиљевић, 139; И. Јанковец, 530.

⁴⁶ Commercial Agents Directive, Art. 7(1).

⁴⁷ M. W. Hesselink *et al.*, 173; упор.: F. Randolph, J. Davey, 69, 70.

⁴⁸ Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 1 и 2.

⁴⁹ P. Delebecque, M. Germain, 654; K. Schmidt, 736; H. Krejci, 339; H. Brox, 110; M. W. Hesselink *et al.*, 174, 175; F. Randolph, J. Davey, 70; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4; M. Furmston, J. Chuah (ed.), 88; М. Пауновић, 8; упор.: В. Јовановић, 1753.

⁵⁰ Упор.: M. W. Hesselink *et al.*, 174, 175; F. X. Licari, 81; М. Пауновић, 8.

граница његове уговорне обавезе. Насупрот томе, нужно је да постоји посебан споразум о заштити интереса трговинског заступника у погледу одређеног подручја или групе клијената.⁵¹

Нажалост, Закон ни терминолошки, а ни суштински, не познаје провизију за подручје или клијенте, па је ни не уређује.⁵² Стога се чини да би она постојала само када би била изричито уговорена између трговинског заступника и принципала.⁵³ Насупрот томе, Директива изричито прописује право трговинског заступника на ову врсту провизије, иако не уводи посебан термин за њено означавање.⁵⁴ Коначно, у складу с Директивом, Преднацрт предвиђа да трговински заступник, коме је поверено искључиво посредовање на одређеном подручју или с одређеним клијентима, има право на посебну провизију независно од узрочне везе између његове посредничке активности и конкретног закљученог уговора с клијентом који припада том подручју или групи.⁵⁵

4.3. Провизија за накнадно закључене уговоре

Начелно, трговински заступник има право на провизију само за уговоре које је принципал закључио с трећим лицем током трајања уговора о трговинском заступању. Међутим, у одређеним ситуацијама је оправдано да се право на провизију призна и у погледу уговора с клијентима, који су закључени у кратком року након престанка уговора о трговинском заступању.⁵⁶ У том случају је реч о провизији за накнадно закључене уговоре.⁵⁷ Важећи Закон, додуше, не уређује изричито ову врсту провизије. Ипак, она може да се изведе из основног правила о провизији за посредовање. Наиме,

⁵¹ К. Н. Thume, 981. Спорно је да ли у случају поверавања одређеног подручја или групе клијената стране могу уговором да искључе ову врсту провизије. Упор.: J. Sonnenschein, V. Weitemeyer, 638.

⁵² Ипак, у судској пракси је законско правило о индиректној провизији примењивано и на овај случај. Вид. J. Славнић, 1337. Такво проширење његове при мене се препоручује и у правној теорији. Вид. С. Царић, 629.

⁵³ В. Јовановић, 1753.

⁵⁴ Commercial Agents Directive, Art. 7(2); упор.: M. W. Hesselink *et al.*, 173, 177. Директива је дала опцију државама чланицама да провизију за подручје (клијенте) пропишу само у случају када трговински заступник има *искључиво* право посредовања и/или заступања на одређеном подручју или у погледу одређене групе клијената. Вид. F. X. Licari, 81. Такву опцију су искористиле, примера ради, Енгле ска, Пољска и Шпанија (К. Н. Lincke, A. C. Mittwoch, 4). О појму искључивости више вид. F. Randolph, J. Davey, 70.

⁵⁵ Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 3.

⁵⁶ M. W. Hesselink *et al.*, 178. Реч је о провизији на коју би трговински заступник свакако имао право да није престао уговор о трговинском заступању.

⁵⁷ U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 525.

Закон признаје трговинском заступнику право на провизију за сваки уговор који принципал закључи с трећим захваљујући његовом посредовању (односно овлашћеном заступању), као и за сваки уговор који принципал непосредно закључи са клијентом кога је заступник нашао. Из овог правила се уочава да Закон не ограничава период у коме уговор између принципала и трећег треба да настане, да би постојало право на провизију за посредовање. Отуда се чини да би према Закону, под претпоставком испуњености осталих услова, трговински заступник могао да захтева провизију и за уговоре који су с клијентима закључени након престанка уговора о трговинском заступању.⁵⁸ Нажалост, описана имплицитна регулатива провизије за накнадно закључене уговоре је остала непотпуна, будући да би, због непрописивања крајњег рока, такво право теоријски могло да постоји временски неограничено.

За разлику од Закона, према Директиви се провизија за посредовање и провизија за подручје (клијенте) примењују само на уговоре закључене с клијентима током трајања уговора о трговинском заступању,⁵⁹ захваљујући чему су јасно разграничене у односу на провизију за накнадно закључене уговоре. У складу с Директивом, провизија за уговоре закључене с клијентима након престанка уговора о трговинском заступању представља изузетак. Она ће постојати само у једној од две (алтернативне) ситуације: а) ако је уговор с клијентом закључен у разумном року након престанка трговинског заступања, а на његово закључење је претежно утицала активност трговинског заступника током трајања уговора о трговинском заступању,⁶⁰ или б) ако је принципал примио клијентову понуду за закључење уговора пре престанка трговинског заступања, а испуњени су услови за стицање провизије за посредовање или провизије за подручје, односно клијенте.⁶¹ Провизија за накнадно закључене уговоре је прописана из разлога правичности, како пружене услуге трговинског заступника не би остале без противнакнаде само због чињенице да је закасно остварен резултат, који не зависи од њега, будући да је уго-

⁵⁸ Исто схватање заступа и: Ј. Славнић, 1337; упор.: Весна Бесаревић, „Право заступника на провизију и посебну накнаду у нашем и упоредном праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3 4/1985, 332.

⁵⁹ J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 633; H. Brox, 110.

⁶⁰ K. Schmidt, 736; U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 525; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 634. Процена разумности рока зависи од околности случаја. Вид. U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 526; M. W. Hesselink *et al.*, 179; упор.: F. Randolph, J. Davey, 74. У шпанском праву је законодавац дефинисао рок од три месеца након закључења уговора као разуман рок. Вид. K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4.

⁶¹ P. Delebecque, M. Germain, 654; H. Krejci, 339; F. Randolph, J. Davey, 73; K. H. Lincke, A. C. Mittwoch, 4; M. Furnston, J. Chuah (ed.), 88; K. H. Thume, 975; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 635. О тумачењу појма „пунде“ у смислу овог правила више вид. U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 526.

вор са клијентом закључен у кратком року након престанка уговора о трговинском заступању.⁶²

Слично решење као у Директиви садржи и Преднацрт. Према Преднацрту провизија за уговор који је налогодавац закључио након престанка уговора о трговинском заступању постоји „ако је закључени уговор претежно последица заступникова деловања пре престанка уговора о трговинском заступању, и ако је уговор закључен у разумном року од престанка уговора о трговинском заступању или ако је понуда трећег лица за закључење уговора стигла заступнику или налогодавцу пре престанка уговора о трговинском заступању“.⁶³ Изложено правило је нејасно. Наиме, употреба интерпункцијског знака испред везника „и“, а његов изостанак испред везника „или“, изазива проблем у тумачењу који од наведених услова су постављени алтернативно, а који кумулативно. Осим тога, у последњем делу одредбе је изостало позивање на опште услове стицања права на провизију за посредовање, односно за подручје или клијенте.

4.4. Делкредере провизија

Делкредере (*del credere*) провизија представља додатну накнаду за посебно уговорену делкредере услугу трговинског заступника.⁶⁴ Она се дугује само ако је трговински заступник према принципалу преузео одговорност за извршење обавеза клијента из уговора који је закључен уз његово посредовање или овлашћено заступање.⁶⁵ Ова врста провизије није регулисана комунитарним правом.⁶⁶ Ипак, она је у складу са слободом уговарања допуштена, те може да се предвиди као додатна провизија у уговору о трговинском заступању. С друге стране, Закон, а под његовим индиректним утицајем и Преднацрт, изричито уређују право на делкредере провизију. Циљ ових правила се огледа у заштити трговинског заступника,⁶⁷ јер је прописано да делкредере одговорност мора да се уговори посебно, у писменој форми,⁶⁸ за конкретан уговор с клијентом, а не генерално

⁶² Упор.: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, 525.

⁶³ Преднацрт СГЗ, чл. 1018, ст. 3.

⁶⁴ Raimond Emde, *Vertriebsrecht Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB. Handelsvertreterrecht; Vertragshändlerrecht; Franchiserecht*, Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin Boston 2011², 615; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 626; упор.: Vesna Kranjc, *Gospodarsko pogodbeno pravo*, Ljubljana 2006, 335; T. Lettl, 133; F. Randolph, J. Davey, 73; M. W. Hesselink *et al.*, 207; J. Славнић, 1334, 1335; С. Царић, 626, 627.

⁶⁵ T. Lettl, 132; H. Brox, 111; V. Kranjc, 334; M. Васиљевић, 140; И. Јанковец, 530; В. Јовановић, 1750.

⁶⁶ R. Emde, 615; M. W. Hesselink *et al.*, 208.

⁶⁷ M. W. Hesselink *et al.*, 208.

⁶⁸ J. Славнић, 1334; V. Kranjc, 334, 335.

унапред за све истоврсне уговоре принципала с клијентима.⁶⁹ При том, уговарање ове врсте одговорности аутоматски даје право трговинском заступнику на делкредере провизију, чак и када она није уговорена.

4.5. Инкасо провизија

Инкасо провизија је додатна провизија за пружање уговорене услуге наплате (инкаса) потраживања принципала према клијенту.⁷⁰ Начелно, трговински заступник нема обавезу, а ни право да наплати потраживање принципала од клијента.⁷¹ Стога, када би он неовлашћено примио исплату од клијента у име принципала, не би имао право на инкасо провизију као посебну накнаду за уговорену услугу.⁷² Другим речима, инкасо провизија се дугује само ако је трговински заступник био овлашћен од принципала да прими испуњење трећег и ако је извршио наплату уредним пружањем услуге инкаса.⁷³ При том, принципал може да дâ овлашћење за наплату не само претходно, него и накнадно.⁷⁴ Право на инкасо провизију није прописано Директивом, али је у складу с аутономијом воље дозвољено његово уговарање. За разлику од тога, Закон и Преднацрт познају ову врсту накнаде, а уређују је као посебну накнаду од наплаћене своте на коју трговински заступник има право ако је „по овлашћењу налогодавца извршио наплату неког његовог потраживања“.⁷⁵

5. ПРОВИЗИЈА КАО ПРИРОДАН ЕЛЕМЕНТ УГОВОРА

Поставља се питање да ли је провизија битан или природан елемент уговора о трговинском заступању. Према правилима Закона о облигационим односима, она је прописана као природан елемент, будући да постоје законска правила која допуњују уговор о трговинском заступању, ако није уговорена накнада (провизија) или њене врсте.⁷⁶ Према томе, без обзира на неуговарање провизије, трговин-

⁶⁹ ЗОО, чл. 801, по коме делкредере одговорност постоји само ако је трговински заступник „посебно писмено јемчио“. Исто решење садржи и: Преднацрт СГЗ, чл. 1015. Упор.: М. W. Hesselink *et al.*, 209.

⁷⁰ Н. Врох, 111; упор.: М. Васиљевић, 140; И. Јанковец, 531; Ј. Славнић, 1339; В. Јовановић, 1757.

⁷¹ J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 639.

⁷² J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, 639.

⁷³ T. Lettl, 133; Н. Врох, 111.

⁷⁴ Н. Врох, 111.

⁷⁵ ЗОО, чл. 807; Преднацрт СГЗ, чл. 1020.

⁷⁶ С. Царић, 631; В. Капор, С. Царић, 208; Ј. Славнић, 1324; упор.: И. Јанко вец, 526; М. Васиљевић, 131, 132; В. Јовановић, 1741.

ски заступник по самом Закону у горенаведеним случајевима има право на провизију за посредовање (закључење уговора), делкредере провизију и инкасо провизију. Из тога се закључује да су ове врсте провизије природни елементи уговора, који чине саставни део споразума трговинског заступника и принципала чак и када нису изричито уговорени.

Насупрот Закону који не прави јасну разлику између накнаде и провизије, Директива предвиђа да у недостатку уговарања било какве *накнаде* за трговинско заступање, трговински заступник има право на уобичајену, односно разумну накнаду.⁷⁷ С обзиром на то да је накнада по Директиви шири појам у односу на провизију, из изложеног правила произлази да ће трговински заступник имати право на провизију када она није уговорена, само под условом да је такав вид накнаде уобичајен у његовом месту пословања, а ако такви обичаји не постоје – разуман у датим околностима. Закључује се да ни према Директиви провизија није битан елемент уговора. Међутим, у Директиви она није директно прописана ни као природан елемент, већ природан елемент представља накнада за трговинско заступање, која ће се састојати из провизије само ако је то уобичајено, односно разумно. Једино у случају да је провизија уговорена као вид накнаде за трговинско заступање или да је у недостатку уговарања утврђена као уобичајен, односно разуман вид накнаде, могу да се примене правила Директиве о врстама провизије. Сагласно томе, када се накнада за трговинско заступање састоји искључиво или делом из провизије, трговински заступник према Директиви има право, у складу с прописаним условима, на следеће врсте провизије: провизију за посредовање (закључење уговора), провизију за подручје (клијенте) и провизију за накнадно закључене уговоре.

Насупрот Директиви, Преднацрт у овом погледу недовољно разликује провизију и накнаду за трговинско заступање. У Преднацрту је провизија, слично као и у Закону, прописана као природан елемент уговора, па независно од (не)уговарања трговински заступник, у објашњеним случајевима, има право на следеће врсте провизија: провизију за посредовање, провизију за подручје (клијенте), провизију за накнадно закључене уговоре, делкредере провизију и инкасо провизију. Из изложеног произлази да би по Преднацрту принципал увек дуговао провизију када накнада за трговинско заступање није уговорена. Такво решење није сасвим у складу с Директивом, јер она не прејудицира одговор на питање која врста накнаде је уобичајена, односно разумна у датим околностима – да ли фиксна накнада, провизија, комбинација фиксне и варијабилне накнаде, и сл. Ипак, у практичној примени би решења Преднацрта

⁷⁷ К. Н. Thume, 975; М. Пауновић, 8.

по правилу доводила до истог резултата као и решења Директиве, будући да је провизија најчешће уобичајена,⁷⁸ а у сваком случају разумна врста накнаде за трговинско заступање.

6. ВИСИНА И ОБУХВАТ ПРОВИЗИЈЕ

С обзиром на то да провизија представља врсту накнаде која зависи од броја или вредности закључених уговора с клијентима, начин одређивања њене висине може да буде двојак. С једне стране, провизија може да се установи у одређеном износу по закљученом послу (на пример, 10.000 динара за сваки уговор између принципала и клијента).⁷⁹ Укупан износ дуговане провизије у том случају зависи од броја закључених послова. С друге стране, провизија може да се уговори у одређеном проценту од вредности закљученог посла (на пример, 3% од вредности уговора између принципала и клијента).⁸⁰

Уговорена провизија обухвата не само накнаду за услугу трговинског заступника, него и редовне трошкове његовог пословања, односно обављања делатности.⁸¹ Ово питање је изричито уређено диспозитивном одредбом Закона,⁸² која је задржана и у Преднацрту.⁸³ За разлику од тога, Директива не регулише изричито обухват провизије. Ипак, имајући у виду да је у складу с њеним режимом трговински заступник samozапослено лице, које самостално обавља своју делатност, па самим тим сноси ризик свог пословања, јасно је да оно, у недостатку другачијег уговарања, не може да трошкове, односно ризик своје делатности у потпуности пребаци на сауговарача. Стога, и према Директиви провизија трговинског заступника обухвата редовне трошкове његовог пословања.

Према Закону, ако износ провизије није уговорен, принципал дугује провизију утврђену тарифом. Реч је о тарифи трговинског заступника, као носиоца карактеристичне престације из уговора и трговца, коме послови трговинског заступања спадају у редовну делатност.⁸⁴ Међутим, Закон није прецизан у погледу релевантног

⁷⁸ Р. Delebecque, М. Germain, 653 и 654.

⁷⁹ У немачком праву се таква провизија означава као „провизија по комаду“ или „комадна провизија“ (нем. *Stückprovision*). Вид. М. Effenberger.

⁸⁰ Н. Brox, 109; М. Effenberger.

⁸¹ К. Schmidt, 737; Н. Brox, 111; И. Јанковец, 531; Ј. Славнић, 1340; В. Јовановић, 1757; В. Капор, С. Царић, 210; V. Kranjc, 336; упор.: Т. Lettl, 133; Н. Krejci, 341.

⁸² М. Васиљевић, 140.

⁸³ ЗОО, чл. 808, ст. 1; Преднацрт СГЗ, чл. 1024, ст. 1.

⁸⁴ И. Јанковец, 530; Ј. Славнић, 1338; В. Јовановић, 1755. Тарифа не мора да буде важећа само за тог конкретног трговинског заступника, већ може да важи и као

тренутка за утврђивање важеће тарифе. Отуда није јасно да ли је реч о тарифи која је важила у моменту закључења уговора о трговинском заступању, или о тарифи која важи у моменту закључења уговора с клијентом на коме се заснива право на провизију. Штавише, ни накнада код осталих сродних уговора, попут комисиона и посредовања, није детаљније уређена, због чега није могуће попуњавање наведене празнине коришћењем аналогije. Насупрот томе, код уговора о продаји у привреди је код цене као природног елемента уговора прописано да се у недостатку уговарања дугује цена коју је продавац редовно наплаћивао „у време закључења уговора“.⁸⁵ По аналогiji с тим правилом се долази до закључка да је и код трговинског заступања за висину провизије меродавна тарифа трговинског заступника (провизија коју је он „редовно наплаћивао“) у моменту закључења уговора.⁸⁶

Коначно, када помоћу тарифе није могуће одредити висину провизије, према Закону се њен износ утврђује у складу с обичајима.⁸⁷ Законодавац ни овде није прецизно прописао где и када обичаји треба да постоје да би били релевантни за дефинисање висине дуговане провизије. Стога, у правној теорији постоје дилеме око тога да ли се обичаји утврђују према месту закључења уговора о трговинском заступању⁸⁸ или према месту седишта трговинског заступника.⁸⁹ Чини се да у том погледу преовлађује другонаведени став. Према томе, у недостатку уговора и тарифе, висина провизије се одређује на основу обичаја који су важили у месту седишта трговинског заступника, и то у време закључења уговора о трговинском заступању. При том се релевантан тренутак постојања обичаја изводи из аналогije са сличним правилом код уговора о продаји у привреди, по коме се у недостатку редовне цене примењује текућа цена „у време закључења уговора“ (тзв. разумна цена).⁹⁰

Иако Закон није уредио питање висине провизије у ситуацији непостојања обичаја, опште је прихваћено схватање да тада треба

јединствена тарифа на одређеном подручју. Битно је само да трговински заступник примењује ту тарифу у свом редовном пословању. Упор.: С. Царић, 631.

⁸⁵ ЗОО, чл. 462, ст. 2.

⁸⁶ Насупрот увреженом схватању у српској правној теорији, не треба сматрати нужним да тарифа постане саставни део уговора о трговинском заступању на основу правила о примени општих услова пословања. Наиме, претпоставке за укључивање општих услова пословања у уговор су строже, док је овде за утврђивање висине провизије довољна чињеница да је трговински заступник редовно наплаћивао одређену висину провизије за истоврсне послове у моменту закључења уговора. Су протно вид. В. Јовановић, 1756; Ј. Славнић, 1338; В. Капор, С. Царић, 209.

⁸⁷ М. Васиљевић, 139.

⁸⁸ С. Царић, 631.

⁸⁹ В. Јовановић, 1756; Ј. Славнић, 1338.

⁹⁰ ЗОО, чл. 462, ст. 3.

применити аналогију с одговарајућим правилом код посредовања.⁹¹ Према томе, у недостатку обичаја висину провизије утврђује суд према труду и услузи трговинског заступника.⁹² У сваком случају, висина провизије је ограничена начелом правичности, захваљујући чему суд има овлашћење да на захтев налогодавца снизи превисоку провизију на правичан износ.⁹³

Насупрот Закону, висина провизије се према Директиви примарно утврђује на основу обичаја који постоје у месту пословања („предузимања радњи“) трговинског заступника.⁹⁴ Из везивања обичаја за место „предузимања радњи“ посредно произлази да је релевантан тренутак њиховог утврђивања време закључења конкрет-ног уговора између принципала и клијента, а не време закључења уговора о трговинском заступању. Према Директиви, у недостатку обичаја трговински заступник има право на разумну провизију, која се утврђује узимајући у обзир све околности уговора између принципала и клијента.⁹⁵ Ово правило, такође, индиректно везује моменат одређивања висине накнаде за закључење уговора с клијентом, а не за закључење уговора о трговинском заступању.⁹⁶

Преднацрт у погледу висине провизије садржи комбинацију решења Закона и Директиве. У недостатку уговарања висине провизије, трговински заступник према Преднацрту има право на провизију утврђену тарифом. Наведено правило треба тумачити на исти начин као и изложено непотпуно правило Закона. С друге стране, ако висина провизије не може да се утврди на основу уговора или тарифе, одредиће се према обичајима „места у којем је заступник обављао послове за налогодавца“. Овај део одредбе је усклађен с Директивом, па би га требало тумачити на већ објашњен начин. Ипак, Преднацрт појашњава да су у ситуацији посредовања у различитим местима, меродавни обичаји места пребивалишта, односно седишта трговинског заступника.⁹⁷ Попут Директиве, Преднацрт предвиђа да принципал, у недостатку уговора, тарифе и обичаја, дугује правичан износ провизије на основу свих околности случаја. Најзад, у Преднацрту је задржано правило из Закона по коме је суд овлашћен да контролише висину провизије применом начела правичности.

⁹¹ Ј. Славнић, 1338.

⁹² ЗОО, чл. 822, ст. 2.

⁹³ ЗОО, чл. 806, ст. 2; С. Царић, 631; више вид. Ј. Славнић, 1339; В. Јовановић, 1756; В. Капор, С. Царић, 210; В. Бесаревић, 331.

⁹⁴ Р. Delebecque, М. Germain, 653; F. Randolph, J. Davey, 68; К. Н. Lincke, А. С. Mittwoch, 4; упор.: Н. Крејси, 340.

⁹⁵ F. Randolph, J. Davey, 68; М. W. Hesselink *et al.*, 176; Р. Delebecque, М. Germain, 653; К. Н. Lincke, А. С. Mittwoch, 4.

⁹⁶ Критички: F. Randolph, J. Davey, 68.

⁹⁷ Правило је преузето из хрватског права. Вид. хрватски *Zakon o obveznim odnosima*, чл. 820, ст. 2.

7. ЗАКЉУЧАК

Важећа српска правила о провизији трговинског заступника нису усклађена с правом Европске уније. Отуда је неопходна њихова измена, која би могла да буде део ширег подухвата усвајања новог српског Грађанског законика. Међутим, актуелни Преднацрт Грађанског законика садржи комбинацију решења Директиве и Закона, уз недовољно препознавање суштине проблематике накнаде трговинског заступника. Из тог разлога би било пожељно да се његова решења унапреде имајући у виду критичке примедбе изложене у овом раду.

Dr Mirjana Radović

Assistant Professor

University of Belgrade Faculty of Law

COMMISSION OF THE COMMERCIAL AGENT

Summary

In this paper the author analyses the commercial agent's commission as the most important type of remuneration for commercial agency. In the European Union the issue of commercial agent's commission is regulated in the Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents, whereas the Serbian Law on Obligations has still not been harmonised with those rules. Such state of law would change if and when the new Serbian Civil Code is enacted, since its latest Draft contains numerous new solutions, which were inspired by the Directive. The first part of the paper is dedicated to defining the term „commission“ and its distinguishing from the wider term „remuneration“. Thereafter, the main types of commission are explained. The following part investigates whether the commission or its specific type constitutes *essentialia* or *naturalia negotii* of the contract on commercial agency. Finally, the last part of the paper deals with the amount and the extent of covering costs by the commission, in the absence of any agreement on that matter.

Key words: *Contract on commercial agency. – Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents. – Commission. – Remuneration.*