

Др Мирјана РАДОВИЋ, LL.M. (Humboldt)
доцент на Правном факултету Универзитета у Београду

СТИЦАЊЕ ПРАВА НА ПРОВИЗИЈУ КОД УГОВОРА О ТРГОВИНСКОМ ЗАСТУПАЊУ*

Резиме

У овом раду аутор анализира претпоставке за стицање права трговинској заступнику на провизију. У уводном делу је украјко представљена регулативна права трговинској заступнику на провизију према Закону о облигационим односима, Директиви 86/653/ЕЕЗ о трговинским заступницима и актуелном Преднацрту српској Грађанској законика. На почетку централног дела рада су детаљно објашњене претпоставке за настајанак права на провизију, и то: а) постојање иновационе уговора о трговинском заступању (агентури); б) исцупење главних уговорних обавеза трговинској заступнику; в) закључење уговора између принципала (налоодавца) и агреће (клијента); г) узрочна веза између активности трговинској заступника и закључења уговора са клијентом; д) извршење уговора са клијентом; и) додатне претпоставке за поједине врсте провизија. По том су изложени проблеми доказивања исцупености наведених услова и олакшице које у том погледу предвиђају Директива и Преднацрт у циљу заштите трговинској заступника. У следећем делу рада, аутор истражује питање тренутка настајанка права на провизију и иржуа неопходно разграничење у односу на тренутак доспелости тој захтева. Надаље је дата иравна анализа новина Преднацрта, у складу са Директивом, у погледу ирбутика једном стеченој права на провизију. Коначно, последњи део рада се бави решавањем проблема сукоба два или

* Рад представља прилог пројекту „Идентитетски преображај Србије“ (2015), чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

више њровинских засћуиника у вези са сћицањем љрава на љровизију за један истии ујовор закључен између љринцијала и клијентиа.

Кључне речи: љровизија, љровинско засћуијање (ајенћура), насћанак љрава, љубићак љрава, досћелост.

I Увод

Провизија представља најчешћи облик накнаде за услуге трговинског заступника из уговора о трговинском заступању.¹ Њена основна карактеристика се састоји у везаности за постизање одговарајућег резултата, чак и када је дугована услуга трговинског заступника само обавеза средства.² Према томе, за настанак права на провизију као противчинидбу за пружену услугу, није довољно да је трговински заступник уредно извршио своју уговорну обавезу, већ је неопходно да се оствари резултат који је потом изван сфере његовог утицаја.³ Из тог разлога, провизија као врста накнаде са собом носи ризик да трговински заступник упркос уредном испуњењу свих својих обавеза, ипак неће имати право ни на какву противнакнаду. Са друге стране, уговарањем провизије се трговинском заступнику пружа и шанса за остварење унапред неограничено високих прихода, у случају закључења и извршења бројних послова са клијентима у име налогодавца (принципала).⁴

Правна анализа проблема стицања права на провизију код уговора о трговинском заступању је својеврстан интелектуални изазов, већ на основу решења важећег Закона о облигационим односима. Међутим, она постаје још сложенија, ако се имају у виду планиране значајне измене постојећег правног режима садржане у актуелном Преднацрту српског Грађанског законика.⁵ У том погледу, Преднацрт уводи бројне новине, које су преузете из хрватског *Zakona o obveznim odnosima*, а уведене су у циљу усклађивања права Србије са правом Европске уније.⁶

1 Martijn W. Hesselink et al., *Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Volume 2, Munich, 2006, стр. 173.

2 Claus-Wilhelm Canaris, *Handelsrecht*, 24. Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, стр. 261 и 262.

3 Mathias Effenberger, „Kommentar zu § 87 HGB“, <http://www.jusline.de/index.php?cpid=f92f99b766343e040d46fcd6b03d3ee8&lawid=26&paid=87>, 4.12.2013.

4 *Ibid.*

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

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

Поменуте новине се тичу не само регулисања нових врста провизија, односно појашњења досадашњих врста, него и извесних промена у погледу услова за стицање, односно губитак права на провизију, другачијег прописивања момента доспелости права на провизију, као и делимичног уређења питања сукоба права на провизију два или више трговинских заступника. У редовима који следе, решења Преднацрта се пореде са важећим правилима Закона о облигационим односима, као и са комунитарноправним режимом, како би се испитала оправданост њиховог усвајања у предложеном тексту.

II Право трговинског заступника на провизију

Право трговинског заступника на провизију је уређено хармонизованим правилима на нивоу Европске уније. Према Директиви 86/653/ЕЕЗ о усклађивању права држава чланица у вези са samozапосленим трговинским заступницима (у даљем тексту: Директива),⁷ трговински заступник има право на следеће врсте провизија: провизију за посредовање, провизију за подручје (односно клијенте) и провизију за накнадно закључене уговоре. Притом, право на провизију за посредовање постоји за сваки уговор закључен између принципала (налогодавца) и клијента током трајања уговора о трговинском заступању, ако је такав уговор: а) резултат активности трговинског заступника, или је б) закључен са трећим лицем које је трговински заступник од раније привукао као клијента за исту врсту уговора.⁸ Уз то, трговински заступник има право на провизију за подручје (клијенте) за сваки уговор закључен током трајања уговора о трговинском заступању, ако му је поверено одређено географско подручје или група клијената, а уговор је закључен са клијентом који припада том подручју, односно групи.⁹ Директива је оставила државама чланицама опцију да право на

7 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, *Official Journal* L 382, 31.12.1986 (даље у фуснотама: Commercial Agents Directive).

8 Commercial Agents Directive, Art. 7(1); M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 173–175; Fergus Randolph, Jonathan Davey, *Guide to the Commercial Agents Regulations*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Oregon), 2003, стр. 69, 70; François-Xavier Licari, „Le limites du commissionnement indirect de l’agent commercial“, *GPR – European Union Private Law Review*, 2008, стр. 81; Philippe Delebecque, Michael Germain, *G. Ripert / R. Roblot – Traité de droit commercial – Tome 2*, 17. édition, L.G.D.J, Paris, 2004, стр. 654; Tobias Lettl, *Handelsrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2007, стр. 130, 131; Hans Brox, *Handels- und Wertpapierrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, стр. 110; Karl H. Lincke, Anne-Christin Mittwoch, „Überblick über das Recht des Handelsvertreterers in Spanien“, *IHR – Internationales Handelsrecht*, 2009, стр. 4; Michael Furmston, Jason Chuah (ed.), *Commercial and Consumer Law*, Pearson, Harlow, 2010, стр. 88.

9 Commercial Agents Directive, Art. 7(2); P. Delebecque, M. Germain, *нав. дело*, стр. 654; Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 5. Auflage, Köln – Berlin, 1999, стр. 736; Heinz

провизију за подручје (клијенте) пропишу само у случају када трговински заступник има *искључиво* право посредовања и/или заступања на одређеном подручју или према одређеној групи клијената.¹⁰ Коначно, провизија за накнадно закључене уговоре се према Директиви дугује за сваки уговор са клијентом, који је закључен након престанка уговора о трговинском заступању ако је: а) такав уговор претежно последица залагања трговинског заступника током трајања уговора о трговинском заступању, а закључен је у разумном року након престанка тог уговора, или је б) 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.¹¹

Важећи Закон о облигационим односима (у даљем тексту: Закон) није усклађен са наведеном Директивом. У Закону је регулисано право трговинског заступника на: провизију за посредовање (односно закључење уговора), делкредере провизију и инкасо провизију. Према Закону, трговински заступник стиче право на провизију за посредовање (закључење уговора) за сваки уговор са клијентом: а) који је закључен његовим посредовањем, односно који је он сам овлашћено закључио у име принципала, или б) који је налогодавац непосредно закључио са клијентом, кога је трговински заступник нашао.¹² С обзиром на то да Закон није

Krejci, *Handelsrecht*, 3. Auflage, Wien, 2005, стр. 339; Н. Brox, *нав. дело*, стр. 110; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174, 175; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; М. Furmston, J. Chuah (ed.), *нав. дело*, стр. 88; Мирослав Пауновић, „Директива о трговинским заступницима 86/653/ЕЕС“, *Евројско законодавство*, 5/2003, стр. 8; упор.: Владимир Јовановић, „Уговор о трговинском заступању“, у: Борислав Т. Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима – II књига*, 2. издање, Савремена администрација, Београд, 1983, стр. 1753.

10 Commercial Agents Directive, Art. 7(2); М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 177; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; више вид.: К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; о појму искључивости вид.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70.

11 Commercial Agents Directive, Art. 8; К. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736; Ulf Wauschkuhn, Joachim Fröhlich, „Der nachvertragliche Provisionsanspruch des Handelsvertreters“, *Betriebs-Berater*, 2010, стр. 525; Jürgen Sonnenschein, Birgit Weitemeyer, у: Norbert Horn (Hrsg.), *Heymann, Handelsgesetzbuch*, Band 1, Einleitung §§1–104, 2. Auflage, de Gruyter, Berlin, 1995, стр. 634, 635; P. Delebecque, M. Germain, *нав. дело*, стр. 654; Н. Krejci, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 73; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; М. Furmston, J. Chuah (ed.), *нав. дело*, стр. 88; Karl-Heinz Thume, „Der Provisionsanspruch des Handelsvertreters: Grenzen der Vertragsgestaltung“, *Betriebs-Berater*, 2012, стр. 975; о разумности рока више вид.: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, *нав. чланак*, стр. 526; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 179; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 74; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

12 Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 804; В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1752; Славко Царић,

ограничио период у коме уговор са клијентом треба да буде закључен, у овом правилу је имплицитно садржано и право на провизију за накнадно закључене уговоре.¹³ Уз то, Закон прописује да трговински заступник има право на делкредере провизију у случају када је посебно писмено јемчио за испуњење обавеза клијента из уговора за чије је закључење посредовао или који је овлашћено закључио у име налогодавца.¹⁴ Најзад, право на инкасо провизију постоји када је трговински заступник овлашћено извршио наплату неког потраживања налогодавца.¹⁵

Преднацрт српског Грађанског законика (у даљем тексту: Преднацрт) је у делу права трговинског заступника на провизију писан у циљу усклађивања српског права са правом Европске уније. Комбинацијом решења Директиве и Закона, у Преднацрту је регулисано право на: провизију за посредовање (закључење уговора), провизију за подручје (клијенте), провизију за накнадно закључене уговоре, делкредере провизију и инкасо провизију. Притом су права на провизију за подручје (клијенте) и провизију за накнадно закључене уговоре регулисана на готово идентичан начин као у Директиви,¹⁶ док су у погледу осталих врста провизија у основи задржана решења Закона.¹⁷

III Претпоставке за стицање права на провизију

Трговински заступник ће имати право на одређену врсту провизије само ако је та врста провизије уговорена, односно прописана као природан елемент уговора у недостатку уговарања.¹⁸ Када је

„Уговор о трговинском заступању“, у: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима – Књига друга*, Крагујевац – Горњи Милановац, 1980, стр. 629; Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робној промету*, Научна књига, Београд, 1990, стр. 209; упор.: Мирко С. Васиљевић, *Трговинско право*, 14. издање, Београд, 2014, стр. 139; Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, стр. 530. Захваљујући креативности наше судске праксе и правне теорије, други став цитираног законског члана је примењиван и на провизију за подручје (клијенте). Вид.: Јован Славнић, „Уговор о трговинском заступању“, у: Слободан Перовић (редактор), *Коментар Закона о облигационим односима – Књига друга*, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 1337; С. Царић, *нав. коментар*, стр. 629. Ипак, такво схватање нема реалног утемељења у изложеној одредби. Упор.: В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1753.

13 Ј. Славнић, *нав. коментар*, стр. 1337.

14 ЗОО, чл. 801.

15 ЗОО, чл. 807.

16 Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 3 и 5.

17 Преднацрт СГЗ, чл. 1015 ст. 2, чл. 1018 ст. 1 и 2, чл. 1020.

18 Више вид.: Мирјана Радовић, „Провизија трговинског заступника“, рад прихваћен за објављивање у часопису *Анали Правној факултету* бр. 1/2015.

испуњена наведена претпоставка, стицање права на конкретну врсту провизије зависи од: 1. постојања пуноважног уговора о трговинском заступању; 2. испуњења главних уговорних обавеза трговинског заступника; 3. закључења уговора између принципала и клијента; 4. узрочне везе између активности трговинског заступника и закључења уговора са клијентом; и 5. извршења уговора између принципала и клијента. Наведене претпоставке се примењују на све или већину регулисаних врста провизија. Поред тога, за стицање права на поједине врсте провизија треба да се испуне и неке додатне, посебне претпоставке.

1. Постојање пуноважног уговора о трговинском заступању

С обзиром на то да је право на провизију захтев који се заснива на уговору као извору облигације (уговорни захтев), неспорно је да се основна претпоставка за његов настанак огледа у постојању пуноважног уговора о трговинском заступању.¹⁹ Међутим, иако је јасно да уговор о трговинском заступању треба да буде пуноважно закључен између принципала и трговинског заступника, поставља се питање у ком тренутку он треба још увек да постоји, да би на основу њега могло да настане право на провизију. Одговор на ово питање зависи од тога када се сматра да право на провизију настаје, макар и под одложним условом. Према томе, пуноважан уговор о трговинском заступању мора да постоји у моменту настанка (условног) права на провизију. Код већине врста провизија то је моменат закључења уговора између принципала и трећег (клијента).²⁰ Тако је у случају провизије за посредовање (закључење уговора), провизије за подручје (клијенте) и делкредере провизије.

Први изузетак од овог општег правила представља инкасо провизија, јер се она дугује као противчинидба за инкасо услугу трговинског заступника. Отуда, право на инкасо провизију може да настане само ако је у тренутку овлашћене наплате потраживања принципала према трећем (клијенту) постојао пуноважан уговор о трговинском заступању.²¹ Други изузетак је провизија за накнадно закључене уговоре са клијентима,²² предвиђена Директивом и Преднацртом, код које уговор о трговинском заступању треба да постоји:

19 Упор.: Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 131.

20 Више вид.: Raimond Emde, *Vertriebsrecht – Kommentierung zu §§ 84 bis 92c HGB. Handelsvertreterrecht; Vertragshändlerrecht; Franchiserecht*, 2. Auflage, Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin – Boston, 2009, 526; J. Sonnenschein, B. Weitmeyer, *нав. коментџар*, стр. 633.

21 Упор.: R. Emde, *нав. коментџар*, стр. 569.

22 R. Emde, *нав. коментџар*, стр. 527.

- а) до момента када је трговински заступник испунио своје уговорне обавезе и тиме претежно утицао на одлуку трећег лица да у кратком року након престанка уговора о трговинском заступању закључи уговор са принципалом, или
- б) до момента када је принципал примио понуду трећег за закључење уговора, чије прихватање би представљало основ за настанак права на провизију за посредовање, односно провизију за подручје (клијенте), да уговор о трговинском заступању није престао.²³

У случају претежног утицаја на одлуку трећег лица, изузетак од општег правила да уговор о трговинском заступању мора да постоји у моменту закључења уговора између принципала и клијента, оправдава се чињеницом да је трговински заступник учинио све што је са његове стране потребно и могуће да би стекао право на провизију, а њен настапак је потом зависио од других (спољних) фактора на које он не може да утиче. У случају пријема понуде трећег лица, изузетак од општег правила се заснива и на спречавању злоупотребе права, јер би у супротном принципал могао да избегне плаћање провизије намерним одлагањем прихватања већ приспеле понуде трећег до престанка уговора о трговинском заступању.²⁴

2. Испуњење главних уговорних обавеза трговинског заступника

Провизија трговинског заступника је накнада за резултат. Из тог разлога, у литератури преовлађује схватање да уредно извршење карактеристичне престације трговинског заступника није основ за (условни) настапак права на провизију.²⁵ Отуда, није довољно да трговински заступник испуни своју обавезу средства, у виду посредовања или овлашћеног давања понуде за закључење уговора трећем лицу, већ право на провизију може да се заснива тек на оствареном резултату, у смислу закључења и извршења тог уговора. Насупрот томе, поједини аутори уредно испуњење главних уговорних обавеза трговинског заступника, које је код трећег лица изазвало спремност на закључење уговора са принципалом, посматрају као основ за настапак провизије.²⁶

23 Упор.: Commercial Agents Directive, Art. 8; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 5; С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

24 Упор.: Весна Бесаревић, „Право заступника на провизију и посебну накнаду у нашем и упоредном праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1985, стр. 332.

25 Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339.

26 С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

Према том схватању, када трговински заступник изврши своје обавезе у погледу посредовања, односно овлашћеног заступања према одређеном клијенту, на основу чега је тај клијент решио да закључи уговор са принципалом, он је са своје стране учинио све што је потребно и могуће да би стекао право на провизију.²⁷ Након тога, настанак права на провизију зависи од испуњења услова који су изван сфере његовог утицаја, попут закључења или извршења уговора између принципала и клијента. Стога, заговорници овог схватања сматрају да се уговорни захтев за плаћање провизије заснива управо на извршењу карактеристичне престације трговинског заступника у описаном смислу. Другим речима, када трговински заступник испуни своје обавезе из уговора, захваљујући чему треће лице одлучи да закључи уговор са принципалом, већ тада настаје његово право на провизију, али под двоструким одложним условом – да уговор са клијентом буде закључен, а потом и извршен.²⁸

Другонаведено схватање је свакако применљиво на провизију за накнадно закључене уговоре. С обзиром на то да код ове врсте провизије до закључења уговора са клијентом долази тек након престанка уговора о трговинском заступању, право на провизију као уговорни захтев може да се заснива једино на уредном испуњењу обавеза трговинског заступника током трајања уговора. За разлику од тога, ако би се сматрало да је основ права на провизију закључење уговора са клијентом, онда захтев трговинског заступника у погледу накнадно закључених уговора не би могао да се правно квалификује као провизија, јер не би имао свој основ у уговору, него у самом закону. Са друге стране, чини се да код провизије за посредовање, провизије за подручје или клијенте и делкредере провизије треба прихватити првонаведено становиште, по коме се основ права на провизију огледа у закључењу уговора између принципала и клијента. Свако друго схватање би било вештачко, односно противно намери и очекивањима сауговорача, као и начину функционисања уговора о трговинском заступању. Наиме, током трајања уговорног односа, трговински заступник по правилу не обавештава принципала о уредном извршењу својих обавеза у погледу конкретног клијента. Осим тога, провизија за подручје или клијенте је у потпуности независна од уредног испуњења обавеза трговинског заступника, па може да се захтева чак и када трговински заступник није предузимао никакву активност на датом подручју или према одређеној групи клијената. Из тог разлога, код наведених врста провизија нема потребе за издвајањем испуњења уговорних обавеза трговинског заступника као самосталне претпоставке за стицање права на провизију. У сваком случају, ова претпоставка је код провизије за посредовање и делкредере провизије

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

већ садржана у услови узрочне везе између активности трговинског заступника и закључења уговора са клијентом.

3. Закључење уговора између принципала и клијента

Закључење уговора између принципала и клијента је битна претпоставка за стицање права на провизију.²⁹ Притом, код већине врста провизија, попут провизије за посредовање, провизије за подручје (клијенте) и делкредере провизије, закључење уговора са клијентом представља основ за настанак права на провизију. За разлику од тога, код провизије за накнадно закључене уговоре, она се третира као остварење одложног потестативног услова са дејством *ex tunc*, тако да провизија настаје од момента остварења основа – уредног испуњења обавеза трговинског заступника, које је код клијента изазвало спремност на закључење уговора са принципалом.³⁰ Поставља се питање, под којим условима се претпоставка закључења уговора са клијентом сматра испуњеном, захваљујући чему би трговински заступник могао да стекне право на провизију.

Пре свега, уговор између принципала и трећег мора да буде пуноважно закључен.³¹ Отуда, ова претпоставка није испуњена, ако је закључен ништав или рушљив уговор, који је касније поништен, јер такав поништај производи дејства *ex tunc*.³² Исто важи и за уговоре код којих клијент (на пример, потрошач) искористи своје законско право на одустанак. У случају закључења уговора под одложним условом, ова претпоставка за настанак права на провизију је испуњена само ако се услов оствари.³³ За разлику од тога, када је уговор са клијентом закључен под раскидним условом, као и када пуноважно закључени уговор престане да постоји услед раскида, неопходно је правити разлику између уговора са тренутним и трајним извршењем престација.³⁴

29 Више вид.: F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 82; R. Emde, *нав. коментар*, стр. 527; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 633.

30 Упор.: C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262. Закључење уговора је потестативни услов, јер након решености трећег лица захваљујући ангажману трговинског заступника, његово остварење искључиво зависи од воље принципала. Реч је о обичном потестативном услови, чије је уговарање неспорно дозвољено, с обзиром на то да његово испуњење не зависи од самовоље, у смислу потпуно арбитражне одлуке принципала. Више вид.: Snežana Dabić, „O dejstvima modifikacije ugovora potestativnim uslovom“, *Harmonius*, 2014, стр. 29.

31 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 633.

32 Упор.: H. Krejci, *нав. дело*, стр. 338; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

33 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 633. У погледу дејства остварења одложног услова вид.: ЗОО, чл. 74 ст. 2.

34 Супротно вид.: J. Славнић, *нав. коментар*, стр. 1338.

У случају уговора са тренутним извршењем престација, наступање раскидног услова, односно раскид дејствује *ex tunc*, па такав уговор чак ни делимично неће моћи да буде извршен. Из тог разлога, на њему не може да се заснива право трговинског заступника на провизију. Насупрот томе, пошто остварење раскидног услова, односно раскид уговора са трајним извршењем престација има дејство само за будућност (*ex nunc*), на темељу таквог уговора може да настане право трговинског заступника на провизију, али само у мери у којој су извршене уговорне обавезе настале до момента престанка.

Када је у складу са горе објашњеним правилима уговор са клијентом непуноважно закључен или је касније престао са дејством *ex tunc*, трговински заступник не може да стекне право на провизију. Међутим, ако је за непуноважност или каснији престанак уговора одговоран принципал (на пример, клијент поништи уговор због преваре од стране принципала, или клијент раскине уговор због принципалове испоруке робе са материјалним недостацима), трговински заступник има право да од њега захтева накнаду проузроковане штете у висини провизије као изгубљене добити.³⁵

С обзиром на то да је провизија везана за закључење уговора између принципала и клијента, њен настанак зависи од две врсте околности, на које трговински заступник не може да утиче. Са једне стране, закључење уговора почива на слободној вољи клијента као трећег лица, које је изван уговора о трговинском заступању. У случају да треће лице из било ког разлога одбије да закључи уговор, трговински заступник неће стећи право на провизију, без обзира на уложени труд и неоправданост поступка трећег. Са друге стране, закључење уговора почива и на слободној вољи принципала. Начелно, принципал има законом установљено право да по сопственом нахођењу одбије уговор припремљен од стране трговинског заступника.³⁶ Отуда, без обзира на разлог због кога је принципал одбио да закључи уговор, трговински заступник не може да стекне право на провизију. Ипак, пошто је принципал саговорач трговинског заступника, он према њему има посебне дужности, које проистичу из забране злоупотребе права и начела савесности и поштења.³⁷ Из тог разлога ће принципал одговорати трговин-

35 Упор.: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262, по коме у том случају трговинском заступнику треба признати право на провизију. Такво схватање је вероватно последица става аутора да закључење уговора са клијентом представља одложни услов за настанак права на провизију, због чега би спречавање његовог остварења од стране принципала изазвало законску фикцију остварења услова.

36 ЗОО, чл. 803 ст. 1; тако је и у немачком праву: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262; Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 131; упор. имплицитна правила Директиве и Преднацрта: Commercial Agents Directive, Art. 4(3); Преднацрт СГЗ, чл. 1017 ст. 2.

37 У немачком праву се томе додаје и забрана противречног поступања. Вид.: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262, 263; Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 131.

ском заступнику за штету због изостанка провизије, ако је одбијањем понуде клијента за закључење уговора поступио противно поменутим дужностима.³⁸ Такође, сматра се да трговинском заступнику треба признати право на накнаду штете и у случају када принципал потпуно арбитрерно, без разумног и очигледног разлога одбије клијентову понуду за закључење уговора.³⁹

Поменуте границе слободе одбијања уговора са клијентом од стране принципала нису јасно постављене. Неспорно је да су оне веће када принципал промени своју пословну политику и о томе благовремено обавести трговинског заступника. У том случају, трговински заступник треба да очекује смањење обима послова, услед систематског одбијања већег броја уговора од стране принципала, па му се не може признати право на накнаду штете.⁴⁰ Насупрот томе, слобода одбијања закључења уговора је мања када принципал без промене пословне политике не жели да закључи конкретан уговор са клијентом. У правној теорији се истиче да трговински заступник може да се поузда у то да принципал неће одбити закључење конкретног уговора без разумног и очигледног разлога.⁴¹ У супротном, треба му признати право на накнаду штете. У сваком случају, чини се да признавање захтева за накнаду штете због незакључења уговора од стране принципала, које трговински заступник није могао разумно да очекује, треба да буде изузетак, а не правило. Свако другачије поступање би значило угрожавање законом установљене слободе принципала да одбије уговор са клијентом.

4. Узрочна веза између активности трговинског заступника и закључења уговора са клијентом

Код већине врста провизија закључење уговора између принципала и клијента само по себи није довољно да би настало право на провизију, већ се захтева да је до закључења тог уговора дошло захваљујући посредовању и/или овлашћеном заступању од стране трговинског заступника.⁴² Такав услов мора да се испуни код провизије за

38 Примера ради, одговорност принципала би постојала, ако би он одбио понуду клијента искључиво у циљу избегавања провизије, а потом закључио уговор са истим клијентом у име свог зависног друштва (као посебног правног субјекта). Вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 538; M. Effenberger, *нав. коментар*.

39 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262, 263.

40 ЗОО, чл. 803 ст. 2; Преднацрт СГЗ, чл. 1017 ст. 3. Принципал има потпуну слободу да промени своју пословну политику, те у том смислу не може бити одговоран трговинском заступнику за штету, чак ни када је таква његова одлука неразумна и неоправдана. Вид.: C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263.

41 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 131.

42 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. дело*, стр. 635 и даље; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 131. Неопходно је да у закљученом уговору буде

посредовање, делкредере провизије и провизије за накнадно закључене уговоре, осим у случају када се она заснива на провизији за подручје. Са једне стране, да би трговински заступник стекао право на провизију за посредовање неопходно је да постоји директна или индиректна узрочна веза између његових посредничких активности и закључења тог конкретног уговора.⁴³ У случају директне узрочне везе, закључење одређеног уговора са клијентом треба да буде резултат залагања трговинског заступника.⁴⁴ Притом, није нужно да радње трговинског заступника буду искључиви узрок (*conditio sine qua non*), нити претежни узрок закључења уговора, већ је довољно да се установи његова саузрочност.⁴⁵ Стога треба утврдити да је трговински заступник подстицао и на тај начин, макар делимично, утицао на закључење конкретног уговора са клијентом.⁴⁶ Према појединим ауторима, за постојање директне узрочности је довољан сваки, осим сасвим безначајног утицаја на одлуку клијента да закључи уговор са принципалом.⁴⁷

Из наведеног произлази да директна узрочна веза не постоји када је клијент унапред био чврсто решен да закључи уговор са принципалом, а трговинском заступнику се обратио само ради упућивања поруцбине принципалу.⁴⁸ У том случају, трговински заступник према решењу усвојеном у Директиви не би могао да стекне право на провизију за посредовање, нити провизију за накнадно закључене уговоре. Међутим, према српском Закону, провизија се дугује не само за уговоре закључене захваљујући посредовању трговинског заступника, него и за уговоре које је трговински заступник овлашћено закључио у име принципала. Отуда је у српском праву, насупрот праву Европске уније, овлашћено заступање само по себи довољно за испуњење услова директне узрочности. Исто решење као у Закону је задржао и Преднацрт.

очуван идентитет уговора за који је трговински заступник посредовао. Ови уговори не морају да буду идентични, али треба да имају исту економску суштину. Вид. више: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 538.

43 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 533. Према томе, узрочност се посматра у вези са одређеним уговором са клијентом, поводом кога трговински заступник истиче захтев за плаћање провизије.

44 Више вид.: Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 338, 339; упор.: F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81.

45 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 131; R. Emde, *нав. коментар*, стр. 533 и 534; упор.: M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174, 175; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 69.

46 Више вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 534.

47 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736. Међутим, спорно је да ли узрочна веза постоји ако клијент након неуспелих преговора са трговинским заступником није хтео да закључи уговор са принципалом, а касније је то ипак учинио на сопствену иницијативу, независно од трговинског заступника, због убеђености у квалитет принципалових производа или услуга.

48 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736.

У случају индиректне узрочне везе, провизија за посредовање настаје ако се уговор закључи са лицем које је трговински заступник од раније привукао као клијента за истоврсне уговоре.⁴⁹ Узрочност која се овде захтева је индиректна, утолико што не мора да постоји никаква активност трговинског заступника која доприноси закључењу одређеног уговора на основу кога настаје право на провизију.⁵⁰ Отуда се право на провизију овде заснива на ранијим залагањима трговинског заступника, која су довела до стицања новог клијента, након чега он, независно од трговинског заступника, наставља да закључује један или више нових истоврсних уговора са принципалом.⁵¹ Нажалост, за разлику од Директиве, Закон, као ни Преднацрт не захтевају да је трговински заступник нашао конкретног клијента у вези са истоврсним уговором,⁵² што изазива проблеме у тумачењу стицања ове врсте провизије за тзв. индиректне послове.

Са друге стране, код делкредере провизије мора да се утврди директна узрочна веза између радњи трговинског заступника у извршењу обавеза из уговора о трговинском заступању и закључења конкретног уговора између принципала и трећег. Коначно, код провизије за накнадно закључене уговоре је услов узрочне везе строже постављен. Овде ће узрочност постојати само ако је трговински заступник својим залагањима током трајања уговора о трговинском заступању претежно допринео закључењу уговора између принципала и клијента.⁵³ Другим речима, провизија за накнадно закључене уговоре може да настане једино ако се утврди претежна, директна узрочност, а не проста саузрочност.⁵⁴ Ипак, када се провизија заснива на накнадно закљученим уговорима на основу понуде трећег лица коју је принципал примио током трајања уговора о трговинском заступању, примењују се услови који важе код провизије за посредовање или провизије за подручје (клијенте). Следствено томе, ако захтев почива на условима за настанак провизије за посредовање, тражи се директна саузрочност, односно индиректна узрочност.

За настанак појединих врста провизија није потребна узрочна веза између активности трговинског заступника и закључења уговора

49 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 175; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; упор.: Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; више вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 539 и даље.

50 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 539.

51 F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; о тумачењу појма „стицања“, односно „привлачења“ новог клијента више вид.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 540.

52 ЗОО, чл. 804 ст. 2; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 2.

53 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 73 и 74.

54 K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736; R. Emde, *нав. коментар*, стр. 534 и 559.

са клијентом. Реч је о провизији за подручје (клијенте), провизији за накнадно закључене уговоре која се заснива на условима за провизију за подручје (клијенте) и инкасо провизији. Прво, право на провизију за подручје (клијенте) настаје на основу закључења уговора између принципала и клијента, независно од било каквог утицаја трговинског заступника на тог конкретног клијента у погледу закључења те врсте уговора.⁵⁵ Наиме, трговинском заступнику припада право на провизију за подручје (клијенте) чак и када није имао никакав контакт са одређеним клијентом који је закључио уговор са принципалом. Из тога произлази да провизија за подручје (клијенте) није накнада за конкретно посредовање и/или заступање, већ накнада за свеукупну активност трговинског заступника на датом подручју, односно у погледу дате групе клијената.⁵⁶ Она се дугује на темељу свеобухватне обраде тржишта и општег подстицања продаје на одређеном подручју, односно у одређеном кругу потенцијалних клијената. Упркос томе, у правној теорији се истиче да трговинском заступнику треба признати право на ову врсту провизије чак и када на датом подручју, односно у погледу дате групе клијената, није предузимао никакве активности како би, барем апстрактно посматрано, подстакао трећа лица на закључење уговора са принципалом.⁵⁷ Отуда се код провизије за подручје (клијенте) не захтева чак ни утврђивање апстрактне узрочности, већ таква провизија настаје на основу саме чињенице закључења уговора са одговарајућим клијентом.

Друго, у складу са претходно реченим, када се провизија за накнадно закључене уговоре на основу понуде трећег лица пре престанка уговора о трговинском заступању заснива на провизији за подручје (клијенте), узрочна веза, такође, уопште не мора да постоји. Најзад, треће, код инкасо провизије захтев трговинског заступника настаје на основу извршене услуге наплате (инкаса), независно од тога како је дошло до закључења уговора између принципала и клијента, који

55 Упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737; M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 173–175; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 81; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; H. Krejci, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 70; R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 525; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638; M. Пауновић, *нав. чланак*, стр. 8.

56 R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 547; M. Effenberger, *нав. коменџар*; F.-X. Licari, *нав. чланак*, стр. 82; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638.

57 Наравно да ће у том случају због неиспуњења уговорних обавеза трговинског заступника принципал имати право на накнаду штете по основу уговорне одговорности. Притом, наведено право принципала на накнаду штете и право трговинског заступника на провизију представљају узајамне захтеве који могу да се пребијају. Поред тога, остварење захтева за провизију би у том случају могло да буде осујећено и истицањем приговора неиспуњења уговора (*exceptio non adimpleti contractus*). Упор.: R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 553.

представља основ наплаћеног потраживања. Стога се ни овде не тражи постојање узрочне везе.

5. Извршење уговора између принципала и клијента

Да би право трговинског заступника на провизију коначно настало, неопходно је не само да уговор између принципала и клијента буде закључен, већ и да буде извршен.⁵⁸ Притом, извршење уговора са клијентом представља услов за настанак свих регулисаних врста провизија. Разлог за прописивање овог услова се огледа у чињеници да провизија представља накнаду за резултат, који се остварује само ако принципал има имовинске користи од предузетог посла, у виду примања испуњења чинидбе клијента. У економском смислу, трговински заступник преко провизије посредно учествује у накнади коју клијент плаћа принципалу за испоручену робу, односно пружене услуге. Осим тога, везивање права на провизију за извршење уговора између принципала и трећег подстиче трговинског заступника да се ангажује око закључења уговора само са поузданим клијентима.⁵⁹ У супротном, када би се трговинском заступнику дало право на провизију независно од извршења уговора са клијентом, он би се нашао у ситуацији сукоба интереса, јер би имао снажан економски мотив да уговоре закључује са било каквим клијентима само ради стицања провизије, чак и када је очигледно да ти уговори неће бити испуњени, што је директно противно интересима принципала.

У складу са изложеним аргументима Закон, Директива и Преднацрт прописују извршење уговора између принципала и клијента као услов за стицање права на провизију. Притом, извршење уговора са клијентом има карактер одложеног услова, чије остварење нема ретроактивно, већ дејство *ex nunc*. Следствено томе, право на провизију коначно настаје као пуно право трговинског заступника тек када се уговор између принципала и трећег изврши. Овај услов може да се оствари било када, па и након престанка уговора о трговинском заступању.⁶⁰ У том случају, када је право на провизију настало током трајања уговора о трговинском заступању, али под одложним условом извршења уговора са клијентом, који се остварио тек након престанка уговора о трговинском заступању, реч је о тзв. заосталој провизији (нем. *Überhangprovision*).⁶¹ У правној теорији је спорно да ли право на заостале провизије може

58 В. Бесаревић, *нав. чланак*, стр. 329.

59 М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174.

60 R. Emde, *нав. коментар*, стр. 527.

61 T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

да буде искључено уговором о трговинском заступању, али се чини да преовлађује схватање о дозвољености таквог уговарања.⁶²

Поставља се питање када је уговор између принципала и клијента извршен у смислу правила о стицању права на провизију. У том погледу се сматра да уговор не мора да буде извршен онако како гласи, већ је довољна и замена испуњења, па чак и остварење секундарног захтева за накнаду штете због неиспуњења.⁶³ Такође, право на провизију ће коначно настати и кад је уговор неуредно извршен,⁶⁴ под условом да услед тога није раскинут са дејством *ex tunc*. Најзад, уговор између принципала и клијента не мора да буде извршен у целости.⁶⁵ Ипак, у ситуацији делимичног извршења право трговинског заступника на провизију настаје сразмерно вредности испуњеног дела уговора.⁶⁶ Ово правило је изричито садржано у Директиви и Преднацрту, с тим што се у Преднацрту везује само за уговоре са узастопним чинидбама које се испуњавају кроз одређено време. Супротно томе, Закон код трговинског заступања не уређује проблем стицања провизије у случају делимичног извршења уговора са клијентом, али таква одредба постоји код комисиона,⁶⁷ па би по аналогiji могла да се примени и овде, с обзиром на исти *rationem legis*.

Имајући у виду да плаћањем провизије принципал са трговинским заступником, економски посматрано, дели накнаду за робу/услуге коју добија од клијента, битно је да уговор буде извршен од стране клијента, док је мање значајно да ли је извршен и од стране принципала. Према томе, трговински заступник треба да стекне право на провизију најкасније у тренутку када клијент испуни своје обавезе из уговора са принципалом. Међутим, могуће је да треће лице не изврши своје обавезе због неиспуњења, закашњења или неуредног испуњења обавеза од стране принципала. У том случају је неоправдано да се трговинском заступнику ускрати право на провизију, јер би тиме принципал био привилегован на темељу његовог сопственог противправног поступања. С обзиром на то да принципал овде својим радњама, односно пропуштањима спречава наступање одложеног услова (извршење

62 Више вид.: К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 979 и даље.

63 С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264; К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976; К. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737; J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 645; упор.: Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 132.

64 К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976; J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 642.

65 К. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

66 J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 642 и даље; В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1754; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77.

67 ЗОО, чл. 782 ст. 2.

уговора од стране трећег), треба применити фикцију остварења услова у складу са општим правилима грађанског права. Отуда би право на провизију требало да настане и када треће лице, додуше, не изврши своје обавезе из уговора, под условом да је то последица повреде уговора од стране принципала.⁶⁸

У складу са изложеним, Директива изричито прописује да трговински заступник стиче право на провизију када треће лице испуни своје обавезе из уговора, односно када је треће лице требало да испуни своје обавезе да је принципал извршио своје обавезе у складу са уговором.⁶⁹ Ово правило је полуимперативне природе, захваљујући чему је дозвољено другачије уговарање у корист трговинског заступника, односно у правцу везивања испуњености овог услова за неки ранији тренутак.⁷⁰ У недостатку уговарања, Директива садржи и диспозитивно правило, по коме право на провизију настаје чим се испуни један од следећих услова: а) принципал изврши уговор; или б) принципал је према уговору са клијентом требало да га изврши; или в) треће лице изврши уговор.⁷¹

Према Преднацрту, трговински заступник стиче право на провизију када налогодавац испуни, или је требало да испуни своје обавезе из уговора са клијентом, или „ако је треће лице на основу уговора с налогодавцем дужно прво испунити своју чинидбу, у тренутку када је треће лице испунило, односно требало испунити своју чинидбу, па и кад то није учинило из разлога за који је одговоран налогодавац“. Наведено правило је полуимперативне природе, јер је прописано да су другачије уговорне одредбе ништаве, „ако се њима погоршава положај заступника“.⁷² Приказани начин уређења питања извршења уговора између принципала и клијента у Преднацрту се вишеструко разликује у односу на режим успостављен Директивом. Са једне стране, насупротив Директиви, Преднацрт не прави разлику између полуимперативног и диспозитивног правила о овом услову за стицање права на провизију. Са друге стране, други део цитираног правила Преднацрта садржински не одговара решењу из Директиве, јер омогућава трговинском заступнику стицање права на провизију увек када треће лице не испуни,

68 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77; M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174. У правој теорији се у овом случају говори о оправданом ускраћивању извршења од стране трећег.

69 Commercial Agents Directive, Art. 10(2); H. Krejci, *нав. дело*, стр. 339; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

70 Упор.: M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 173.

71 Commercial Agents Directive, Art. 10(1); F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 77.

72 Преднацрт СГЗ, чл. 1021 ст. 3.

а требало је да испуни своју чинидбу.⁷³ За разлику од тога, Директива омогућава стицање права на провизију најкасније у тренутку када треће лице не испуни своје уговорне обавезе *због штога што* принципал није испунио своје обавезе у складу са уговором.

Коначно, према Закону трговински заступник стиче право на провизију „кад уговор буде извршен“.⁷⁴ У недостатку ближих правила, формулација наведеног правила наводи на закључак да је неопходно извршење уговора у целости, како од стране налогодавца, тако и од стране трећег лица (клијента).⁷⁵ С обзиром на то да потпуно извршење уговора са клијентом представља одложни услов установљен на терет принципала, чије остварење изазива настанак обавезе плаћања провизије, ако принципал спречи наступање услова (односно проузрокује неизвршење уговора), према законској фикцији ће се сматрати као да је уговор извршен.⁷⁶ Отуда, Закон прописује да право на провизију настаје и када уговор са клијентом „остане неизвршен, ако је до тога дошло из узрока који је на страни налогодавца“.⁷⁷ Притом, неизвршење уговорних обавеза од стране принципала најчешће представља узрок на његовој страни, из чега произлази да ће стицање провизије по правилу зависити само од извршења уговора од стране клијента. Уз то, чак и када клијент не испуни своје уговорне обавезе из узрока који је у сфери утицаја налогодавца, сматраће се да је уговор извршен у смислу законског правила о стицању права на провизију.⁷⁸

6. Додатне претпоставке за поједине врсте провизија

Претходно објашњене претпоставке важе за већину или за све врсте провизија. Насупрот томе, код појединих врста провизија се захтева испуњење још неких, додатних претпоставки. Тако је код провизије

73 У овом случају би према Преднацрту трговински заступник стекао право на провизију, али би то право касније изгубио када се утврди да уговор између принципала и клијента неће бити извршен из узрока који нису на страни налогодавца. Вид.: Преднацрт СГЗ, чл. 1023 ст. 1.

74 ЗОО, чл. 805. У правној теорији постоји схватање да се ова одредба односи на извршење уговора о трговинском заступању, али се такво тумачење никако не може прихватити. Вид.: В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 209; С. Царић, *нав. коментар*, стр. 630.

75 Супротно вид.: И. Јанковец, *нав. дело*, стр. 530, по коме је потребно само да треће лице испуни своје уговорне обавезе.

76 ЗОО, чл. 74 ст. 4.

77 ЗОО, чл. 805.

78 О тумачењу узрока на страни налогодавца вид.: В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1755; Ј. Славнић, *нав. коментар*, стр. 1337.

за подручје (клијенте) неопходно да је: а) трговинском заступнику уговором (искључиво) додељено одређено подручје или група клијената⁷⁹ и да се б) уговор закључи са клијентом који припада том подручју, односно групи. Припадност подручју се примарно утврђује на основу клијентовог пребивалишта или седишта.⁸⁰ Међутим, поставља се питање да ли припадност клијента, у смислу правила о провизији за подручје, треба везивати за седиште и када принципал закључи уговор са привредним друштвом које, додуше, има седиште изван подручја дефинисаног уговором о трговинском заступању, али на том подручју послује преко свог огранка. Чини се да би у том случају припадност клијента требало ценити према месту пословања огранка,⁸¹ под условом да околности указују на то да је уговор закључен у оквиру пословања огранка који има одређени степен самосталности у односу на централу.⁸²

Осим провизије за подручје (клијенте), додатни услови се захтевају и за настанак права на провизију за накнадно закључене уговоре, делкредере провизију и инкасо провизију. Са једне стране, код провизије за накнадно закључене уговоре је неопходно да пуноважно закључени уговор о трговинском заступању престане да постоји са дејством *ex nunc*, при чему није релевантно из ког разлога је уговор престао (на пример, због протеча времена на које је закључен, због отказа принципала из озбиљног узрока, због отказа трговинског заступника, и сл.).⁸³ Са друге стране, делкредере провизија може да настане само ако је трговински заступник пуноважно преузео одговорност за уредно испуњење обаве-

79 Више вид.: К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 981; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638; R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 544 и даље.

80 M. Effenberger, *нав. коменџар*. Није битно место закључења уговора него економска припадност тог лица одређеном подручју или групи клијената. Вид.: J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 638.

81 Упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71.

82 Упор.: М. Пауновић, *нав. чланак*, стр. 8. Околности које оправдавају утврђивање припадности на основу места пословања огранка постоје, примера ради: ако је поручбина упућена принципалу у име огранка (уз истицање његовог назива пред пословног имена друштва), ако постоји широка слобода одлучивања огранка у погледу закључивања такве врсте послова, ако принципал испоставља рачун (фактуру) огранку, а не централи, и сл. Вид.: M. Effenberger, *нав. коменџар*; упор.: R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 551.

83 У ситуацији када се након изјаве о отказу примењује отказни рок, током трајања тог рока уговор о трговинском заступању још увек постоји. Отуда, за уговоре закључене са клијентима у том периоду трговински заступник нема право на провизију за накнадно закључене уговоре, него евентуално право на провизију за посредовање, односно провизију за подручје (клијенте) или делкредере провизију, у зависности од испуњености осталих услова. Више о претпоставкама за настанак провизије за накнадно закључене уговоре вид. код: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, *нав. чланак*, стр. 525 и даље.

за клијента из уговора са принципалом (тзв. делкредере одговорност).⁸⁴ У сваком случају, право на делкредере провизију настаје независно од тога да ли је принципал користио своје право према трговинском заступнику по основу повреде уговорних обавеза клијента. Према томе, ово право постоји и ако клијент уредно испуни своје обавезе, али и ако упркос његовој повреди уговорних обавеза принципал одлучи да не врши своја права против трговинског заступника.⁸⁵

Најзад, трговински заступник стиче право на инкасо провизију под два посебна услова. Прво, потребно је да он има право и обавезу да наплати одређено потраживање од трећег лица (клијента) у име принципала.⁸⁶ Наведено посебно овлашћење за наплату не мора да се односи потраживање принципала из уговора који је закључен уз посредовање трговинског заступника.⁸⁷ Штавише, оно не мора да се односи чак ни на клијента у погледу кога трговински заступник има обавезу посредовања и, евентуално, овлашћеног закључења уговора.⁸⁸ Довољно је да трговински заступник стекне право и обавезу наплате било ког потраживања принципала, према било ком клијенту. Уз то, за разлику од делкредере провизије, овлашћење за инкасо може да буде дато унапред за већи број истоврсних случајева наплате, а не само за једно конкретно потраживање. Посебно овлашћење трговинског заступника треба да буде дато пре или након наплате одређеног потраживања. Осим тога, оно може да буде како изричито, тако и прећутно.⁸⁹ У супротном, у недостатку овлашћења за наплату, трговински заступник ће, додуше, морати да наплаћени износ преда, односно пренесе на принципала, али неће имати право да захтева инкасо провизију. Друго, да би право на инкасо провизију настало, неопходно је да трговински заступник изврши своју обавезу инкаса, што значи да заиста наплати потраживање од трећег лица у име принципала. Захваљујући томе, трговински заступ-

84 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 626; упор.: K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 736. Међутим, ако приликом преузимања одговорности једино није испоштвана писмена форма, која се захтева како у Закону, тако и у Преднацрту, чини се да пуноважност обавезивања трговинског заступника ипак може да се заснива на конвалидацији због испуњења.

85 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 626.

86 R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 569; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 639.

87 R. Emde, *нав. коменџар*, стр. 569.

88 *Ibid.*

89 Прећутна воља принципала у правцу овлашћења трговинског заступника за наплату потраживања постоји ако је, примера ради, принципал без приговора прихватио вишеструке наплате истоврсних потраживања у прошлости, или ако је у дужем периоду уредно плаћао инкасо провизију, и сл. Вид.: *Ibid.*

ник стиче право на инкасо провизију у тренутку када фактички прими испуњење од трећег лица, које је намењено принципалу.⁹⁰

IV Терет доказа испуњености услова

Испуњеност услова за стицање права на провизију треба да докаже трговински заступник који захтева плаћање провизије од принципала. Међутим, овде постоји практичан проблем доказивања, с обзиром на то да су одлучујуће чињенице за настанак правног захтева, попут закључења уговора између принципала и клијента, као и извршења тог уговора, често изван сфере утицаја трговинског заступника. Наиме, принципал може и директно, односно мимо трговинског заступника, да закључи уговор са клијентом, који је основ за стицање права на провизију. Осим тога, тај уговор може да буде и извршен без учешћа трговинског заступника. У таквим ситуацијама, трговински заступник не може да зна да ли су и када остварени сви услови за стицање права на провизију.⁹¹ Нажалост, важећи Закон не пружа никакве олакшице у том погледу. Стога, трговински заступник једино може да тражи од принципала податке о свим закљученим и извршеним уговорима са клијентима, на основу којих настаје право на провизију, у нади да ће ти подаци бити тачни и потпуни.

Насупрот томе, Директива у циљу заштите трговинских заступника изричито регулише овај проблем. Према Директиви, принципал има обавезу да, најкасније у тренутку доспелости права на провизију, достави трговинском заступнику извештај о свим провизијама, које су настале у претходном периоду.⁹² Наведени извештај мора да се достави до последњег дана месеца након тромесечја у коме је настало право на провизију.⁹³ Уз то, Директива даје трговинском заступнику право да захтева све информације доступне принципалу, које су неопходне да би могао да провери износ дугованих провизија, а нарочито извод из његових пословних књига.⁹⁴ Наведена правила су полуимперативне природе, што значи да од њих може да се одступи уговором о трговинском заступању само у корист, али не и на штету трговинског заступника.⁹⁵ Коначно, Директива допушта да се националним пропи-

90 *Ibid.*

91 Упор.: M. W. Hesselink *et al.*, *нав. гело*, стр. 198.

92 Commercial Agents Directive, Art. 12(1); F. Randolph, J. Davey, *нав. гело*, стр. 80.

93 F. Randolph, J. Davey, *нав. гело*, стр. 80.

94 Commercial Agents Directive, Art. 12(2); F. Randolph, J. Davey, *нав. гело*, стр. 81.

95 Commercial Agents Directive, Art. 12(3).

сима држава чланица предвиди право трговинског заступника на увид у пословне књиге принципала.

У складу са објашњеним комунитарним правилима, Преднацрт, такође, прописује обавезу налогодавца да свака три месеца поднесе трговинском заступнику обрачун провизије на коју је он стекао право.⁹⁶ Поред тога, према Преднацрту постоји и обавеза налогодавца да заступнику, на његов захтев, преда извод из својих пословних књига у погледу уговора са клијентима, на основу којих настаје право на провизију.⁹⁷ У супротном, ако заступник не добије захтевани извод или ако посумња у његову тачност, има право да захтева преглед принципалових пословних књига од стране овлашћеног ревизора ради прикупљања и достављања података релевантних за стицање провизије.⁹⁸ Изложена правила служе заштити трговинског заступника, због чега од њих може да се одступи уговором само у његову корист. Ове одредбе представљају разраду основног режима установљеног Директивом, а преузете су из хрватског законодавства, које је у том погледу прихватило решење из немачког Трговинског законика.⁹⁹

V Тренутак настанка права на провизију

Претходна излагања су показала да једино право на инкасо провизију коначно настаје, без потребе за испуњењем било каквог додатног услова, када трговински заступник изврши наплату потраживања од принципаловог клијента. Насупрот томе, право на провизију за посредовање, провизију за подручје или клијенте и делкредере провизију само условно настаје у моменту закључења уговора између принципала и трећег.¹⁰⁰ Наведено условно право (тзв. зачетак права, правно очекивање, право у настајању)¹⁰¹ је већ у том тренутку утемељено, јер има свој основ у закљученом уговору са клијентом, који служи и као основица за обрачун износа провизије.¹⁰² Отуда оно у том смис-

96 Преднацрт СГЗ, чл. 1022 ст. 1. Такав обрачун ће по правилу садржати само рачуне (фактуре), износе на тим рачунима и износ провизије.

97 Преднацрт СГЗ, чл. 1022 ст. 5. У изводу из пословних књига морају да буду наведени детаљнији подаци, попут имена клијента са његовом адресом, фазе извршења посла, висине примљених плаћања по основу уговора са клијентом, и сл.

98 Преднацрт СГЗ, чл. 1022 ст. 6.

99 Немачки Трговински законик (*Handelsgesetzbuch*), § 87c; С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 266; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 340.

100 К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 975; упор.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 525.

101 Драгољуб Стојановић, „Услов“, у: С. Перовић, Д. Стојановић (ред.), *нав. коментар*, стр. 298.

102 М. Effenberger, *нав. коментар*. О разлици између условног права (права у настајању, права у зачетку, клице права) и евентуалног права, односно правне наде више вид.:

лу представља дефинисану ставку имовине трговинског заступника, чији коначни настанак зависи од испуњења одложеног услова независног од уговора о трговинском заступању и самог трговинског заступника. Захваљујући томе, трговински заступник може слободно да располаже условним правом на провизију, путем његовог преноса на друго лице или залагањем ради обезбеђења испуњења неке своје обавезе.¹⁰³ Притом, условно право на провизију постаје пуно право трговинског заступника,¹⁰⁴ које је утуживо, односно оствариво, тек када се испуни одложни услов у смислу извршења уговора са клијентом.¹⁰⁵

За разлику од наведених врста провизија, провизија за накнадно закључене уговоре је специфична утолико што се основ за њен настанак огледа у спремности клијента да закључи уговор са принципалом, која је претежно резултат активности трговинског заступника или је изражена у виду понуде за закључење одговарајућег уговора. Стога се поставља питање да ли трговински заступник већ у том тренутку стиче условно право на провизију, које зависи од испуњења двоструког услова – закључења уговора између принципала и клијента, и његовог извршења. Чини се да би такав став могао да се прихвати само у погледу провизије за накнадно закључене уговоре на основу понуде клијента коју је принципал примио пре престанка уговора о трговинском заступању. Наиме, једино конкретна понуда клијента може да служи као основица за обрачун провизије, па отуда и настанак условног права које је у довољној мери одређене садржине. Са друге стране, када је активност трговинског заступника током трајања уговора о трговинском заступању претежно утицала на клијента да касније закључи уговор са принципалом, испуњење те претпоставке није довољно да би право на провизију било утемељено као условно право. Према томе, треба сматрати да у тренутку претежног утицаја трговинског заступника на спремност трећег лица да закључи уговор са принципалом постоји само евентуално право, односно правна нада, док условно право на провизију настаје тек у моменту закључења тог уговора.

Свака исплата провизије пре коначног настанка пуног права трговинског заступника представља само предујам (аванс).¹⁰⁶ Према томе, ако принципал плати провизију када трговински заступник стекне само условно право, али се потом услов у виду извршења уговора са клијентом

Снежана Дабић, „О дејствима модификације уговора одложним условом“, *Анали Правној факултету у Београду*, 2/2014, стр. 201.

103 Упор.: С. Дабић, „О дејствима модификације уговора одложним условом“, стр. 201.

104 Упор.: Д. Стојановић, *нав. коментар*, стр. 298.

105 К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976.

106 М. Effenberger, *нав. коментар*.

не оствари, заступник има обавезу повраћаја плаћеног износа са затезном каматом. Начелно, принципал нема обавезу предујмљивања износа провизије за конкретно закључене уговоре са клијентима, који још увек нису извршени. Међутим, таква његова обавеза може да буде уговорена са трговинским заступником. Штавише, уговором о трговинском заступању може да се предвиди и обавеза принципала да плати предујам на име будућих провизија, независно од конкретно закључених уговора са клијентима (на пример, у виду одређеног месечног износа).

VI Доспелост права на провизију

Од момента настанка пуног права на провизију треба разликовати тренутак доспелости тог потраживања трговинског заступника.¹⁰⁷ Питање доспелости је на различит начин уређено у Закону и у Директиви, односно Преднацрту. Са једне стране, Закон не прави разлику између момента стицања и доспелости права на провизију. Стога, ако није другачије уговорено, потраживање трговинског заступника против принципала доспева одмах чим настане.¹⁰⁸ Такво опредељење законодавца изазива значајне правне последице, имајући у виду да од тог момента неисплата провизије доводи принципала у дужничку доцњу, на основу које он има обавезу плаћања незанемарљиво високе затезне камате до исплате.¹⁰⁹ Ипак, наведено законско правило о доспелости је диспозитивне природе, захваљујући чему принципал и трговински заступник могу да уговоре и каснији тренутак (рок) у коме исплата треба да буде извршена. Примера ради, они могу да уговоре доспелост крајем календарског тромесечја за све провизије које настану током та три месеца. На тај начин се избегавају бројне појединачне исплате и омогућава скупно плаћање укупно зарађених провизија у претходном обрачунском периоду. Нажалост, Закон не поставља конкретне границе слободи уговарања у овом погледу, због чега би начелно било дозвољено уговарање и доспелости у року од годину дана, и сл.

107 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 174; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 76. Нажалост, у српској правној теорији се недовољно разликују ова два појма. Вид.: В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1754.

108 ЗОО, чл. 314, 324. У овом случају није потребна опомена принципала као дужника, будући да једино он може да зна када треба да испуни своју обавезу. Више вид.: Јаков Радишић, *Облигационо право – ојшићи гео*, 6. издање, Номос, Београд, 2000, стр. 330.

109 Решење Закона је оправдано, ако се има у виду да он прописује најкаснији момент настанка права на провизију, са којим се подудара доспелост. Према Закону потраживање трговинског заступника против принципала настаје и доспева тек када се уговор са клијентом у целости изврши, односно када остане неизвршен из узрока који је на страни принципала.

Са друге стране, Директива садржи полуимперативно правило о доспелости права трговинског заступника на провизију. Према том решењу, принципал је дужан да плати провизију најкасније последњег дана месеца након тромесечја (квартала) у коме је право на провизију настало.¹¹⁰ У складу са полуимперативним карактером нормe, питање доспелости може да се на другачији начин уреди уговором о трговинском заступању, али такво уговарање не сме да буде на штету трговинског заступника.¹¹¹ Из тога произлази да Директива прописује крајњи рок доспелости као границу слободе уговарања.¹¹² Разлог за изричито уређење овог питања се огледао у потреби за посебном заштитом трговинског заступника као слабије уговорне стране. Отуда је уговорна одредба којом се предвиђа дужи рок доспелости ништава, а на њено место ступа поменута полуимперативна норма. Исто решење као у Директиви садржи и Преднацрт, јер прописује да је налогодавац дужан „платити заступнику тромесечну провизију најкасније до краја месеца који следи након последњег месеца обрачунског тромесечја“. Ова одредба је, такође, полуимперативног карактера, због чега је могуће уговарање краћег, али не и дужег рока доспелости права на провизију.

VII Губитак права на провизију

Према Директиви и Преднацрту једном стечено право на провизију може и да престане, ако уговор са клијентом остане неизвршен.¹¹³ Овим правилом се, из угла права на провизију, ризик неизвршења уговора између принципала и клијента пребацује на трговинског заступника. *Ratio legis* таквог решења се огледа у чињеници да само потпуно извршен уговор са клијентом представља резултат за који принципал плаћа трговинском заступнику накнаду у виду провизије, док од неизвршеног уговора принципал нема никакве користи, већ само штету, па за такав непожељан резултат не треба ни да плати провизију. Управо из тог разлога, неизвршење уговора у смислу овог правила не постоји, ако само налогодавац не изврши своју чинидбу (на пример, због престанка уговорне обавезе услед случајне немогућности испуњења), али упркос томе задржава право на противчинидбу од клијента као сауговарача.¹¹⁴

110 Commercial Agents Directive, Art. 10(3); M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 184; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 340; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78; К. Н. Lincke, A.-C. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

111 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 184.

112 К. Н. Lincke, A.-C. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

113 Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 340; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78. Терет доказа испуњености овог услова за престанак права на провизију сноси принципал. Вид.: К.-Н. Thume, *нав. чланак*, стр. 976.

114 ЗОО, чл. 138 ст. 1; упор.: С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

У описаном случају, уговор, иако фактички неизвршен, доноси налогодавцу очигледну корист, због чега трговинском заступнику треба признати право на провизију.

Поставља се питање када се сматра да је уговор *остиао* неизвршен,¹¹⁵ односно да *неће бити* извршен.¹¹⁶ Да ли је такав услов за губитак права на провизију испуњен чим једна од уговорних страна падне у дужничку доцњу, или тек када сауговарач ни у извршном поступку није успео да оствари уговорни захтев? Треба сматрати да је уговор остао неизвршен само у другонаведеном случају, када налогодавац није могао да оствари своје пуноважно право из уговора принудним путем.¹¹⁷ Притом, са немогућношћу принудног остварења уговорног захтева треба изједначити и ситуацију када би покушај принудног намирења био потпуно економски неразуман, јер се тада уговор сматра дефинитивно неизвршеним већ у моменту наступања таквих околности.¹¹⁸ Најзад, када клијент падне под стечај, треба сматрати да уговор неће бити извршен само у мери у којој би уговорни захтеви остали ненамирени у стечајном поступку. Право трговинског заступника на провизију се у том случају обрачунава сразмерно стечајној квоти.¹¹⁹ Из свега изложеног се закључује да трговински заступник у погледу права на провизију не сноси ризик воље клијента да испуни уговорену обавезу према принципалу, већ само ризик његове способности да изврши уговор.¹²⁰

У складу са правним режимом установљеним Директивом и Преднацртом, дефинитивно неизвршење уговора између принципала и клијента треба квалификовати као раскидни услов, од кога зависи опстанак стеченог права на провизију.¹²¹ Остварење наведеног раскидног услова производи дејства *ex tunc*.¹²² Према томе, ако је трговинском заступнику пре наступања раскидног услова исплаћена провизија, он је дужан да након тога врати примљени износ,¹²³ и то са затезним кама-

115 Преднацрт СГЗ, чл. 1023 ст. 1.

116 Commercial Agents Directive, Art. 11(1).

117 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 646; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78.

118 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 646; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

119 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264; T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132.

120 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

121 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 645; упор.: C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 262.

122 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 186. Супротно вид.: Д. Стојановић, *нав. коменџар*, стр. 298.

123 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 78.

тама од момента исплате до момента враћања.¹²⁴ Са друге стране, ако трговинском заступнику пре наступања овог раскидног услова није исплаћена провизија, након тога његово право на провизију престаје, па принципал више нема обавезу њене исплате.

С обзиром на то да је раскидни услов у виду коначног неизвршења уговора са клијентом установљен у корист принципала, сматраће се да тај услов није остварен, када принципал проузрокује његово остварење (тј. неизвршење уговора).¹²⁵ Другим речима, у случају да принципал изазове неизвршење уговора, наступа законска фикција по којој ће се уговор сматрати као да је извршен, захваљујући чему трговински заступник неће изгубити право на провизију. У складу са тим, Преднацрт предвиђа да „трговински заступник губи право на провизију ако уговор између налогодавца и трећег лица остане неиспуњен из узрока који нису на страни налогодавца“.¹²⁶ Из тога *argumentum a contrario* произлази да право на провизију опстаје ако је уговор остао неизвршен из узрока који су на страни налогодавца. Реч је изричитом прописивању фикције неостварења раскидног услова, иако би таква фикција постојала већ по општим правилима Преднацрта о раскидном услову.¹²⁷

На сличан начин ово питање уређује и Директива, будући да прописује да трговински заступник губи право на провизију у мери у којој се утврди да уговор са клијентом неће бити извршен, ако је то последица разлога за који принципал није одговоран.¹²⁸ Нажалост, наведено правило је недоречено, јер није јасно када треба сматрати да је принципал *одговоран* за проузроковање неизвршења уговора. Чини се да „одговорност“ у смислу овог правила свакако треба да постоји у случају кривице, материјалних и правних недостатака принципалове извршене чинидбе, одговорности принципала за неизвршење своје уговорене обавезе, принципалове инсолвентности, добровољног, самоиницијативног једностраног раскида уговора са клијентом од стране принципала, као и сваког другог разлога који се налази у принципаловој сфери утицаја.¹²⁹ Насупрот томе, принципал не може бити „одговоран“ за оне разлоге неизвршења уговора који су ван сфере његовог утицаја, било да долазе из неутралне сфере изван самог уговора са клијентом (на пример,

124 J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 646.

125 Влада Републике Србије – Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт – Грађански законик Републике Србије: Прва књига – Општи део*, Београд 2014, http://www.korponikschool.org/dokumenta/A_Opsti.deo.pdf, 20.3.2015 (даље у фуснотама: Преднацрт СГЗ – Општи део), чл. 97 ст. 4.

126 Преднацрт СГЗ, чл. 1023 ст. 1.

127 Преднацрт СГЗ – Општи део, чл. 97 ст. 4.

128 Commercial Agents Directive, Art. 11(1).

129 С.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 265; J. Sonnenschein, B. Weitemeyer, *нав. коменџар*, стр. 647; упор.: T. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; K. Schmidt, *нав. дело*, стр. 737.

непредвидива државна забрана извоза),¹³⁰ било да се налазе у сфери утицаја клијента (на пример, клијентова инсолвентност).¹³¹

За разлику од објашњеног правног режима у Директиви и Преднацрту, према Закону је потпуно извршење уговора прописано као одложни услов за стицање права на провизију. Из изложеног произлази да је овај услов на различит начин конципиран у Закону, са једне стране, и Директиви и Преднацрту, са друге. Међутим, наведени различити концепти у практичној примени доводе до истих решења. Према Закону до остварења овог услова или наступања фикције његовог остварења, пуно право на провизију још увек не настаје.¹³² У случају да је трговински заступник у том периоду примио одређени износ на име провизије (предујам), а услов се потом не оствари, он ће бити дужан да примљени износ врати са затезном каматом. Насупрот томе, у складу са Директивом и Преднацртом, трговински заступник стиче пуно право на провизију у ранијем тренутку, како је то горе објашњено (на пример, када само принципал изврши своју уговорну обавезу, или када само клијент изврши своју уговорну обавезу). Ипак, дефинитивно неизвршење уговора са клијентом представља раскидни услов, чије остварење изазива правна дејства *ex tunc*, због чега ће трговински заступник, такође, морати да врати принципалу примљени износ провизије са затезном каматом.¹³³

VIII Сукоб права на провизију два или више трговинских заступника

Када је више трговинских заступника ангажовано на истом подручју, односно у погледу одређеног клијента, може да дође до сукоба њихових права на провизију за одређени закључени уговор између принципала и клијента.¹³⁴ Притом, сукоб права на провизију може да настане код оних врста провизија чије стицање зависи од постојања узрочне везе између активности трговинског заступника и закључења конкретног уговора са клијентом.¹³⁵ У тој ситуацији, проблем наступа

130 Т. Lettl, *нав. дело*, стр. 132; о задржавању провизије у случају неизвршења уговора од стране принципала због више силе вид.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 79 и 80.

131 F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 79; C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 265.

132 В. Јовановић, *нав. коментар*, стр. 1754.

133 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 186.

134 Више вид.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71.

135 Насупрот томе, када је овлашћена активност само једног трговинског заступника допринела закључењу конкретног уговора са клијентом, он има право на пуну провизију за посредовање, без обзира на то што дати клијент припада одређеном

ако су два или више трговинских заступника истог принципала својим залагањима допринели закључењу одређеног уговора, а не постоји изричит споразум о подели провизије између њих.¹³⁶ Нажалост, овај проблем није решен ни у Закону, ни у Директиви, а самим тим ни у Преднацрту.

Под претпоставком да је трговински заступник радио у границама својих овлашћења, питање сукоба права на провизију треба решавати на основу тога да ли он био свестан постојања осталих трговинских заступника и њиховог ангажмана на истом подручју, за исту врсту послова.¹³⁷ Са једне стране, ако је трговински заступник знао или морао знати да је принципал ангажовао истоврсне трговинске заступнике на истом подручју, треба му признати право само на сразмеран део провизије, у зависности од степена његовог доприноса закључењу датог уговора.¹³⁸ Изузетно, када доприноси закључењу уговора са клијентом не могу да се утврде, треба се заложити за равномерну поделу провизије између трговинских заступника („по главама“).¹³⁹ Са друге стране, у случају да трговински заступник није знао нити морао знати за ангажовање других трговинских заступника, не би требало дозволити умањење његовог права на провизију, већ му у складу са оправданим очекивањима припада право на пуну провизију.¹⁴⁰

Најзад, у ситуацији када трговински заступници нису били ангажовани истовремено, него један након другог, може да дође до сукоба права претходног заступника на провизију за накнадно закључене уговоре и права наредног заступника на провизију за посредовање, односно провизију за подручје (клијенте). Наведени сукоб ће настати ако и први и други трговински заступник испуњавају услове за стицање права на одговарајућу врсту провизије. Неспорно је да налогодавац тада не треба двоструко да плати – и претходном и тренутном заступнику.¹⁴¹ Једино овај случај сукоба права на провизију је изричито регулисан Директивом, а под њеним утицајем и Преднацртом. За разлику од тога, у

подручју, односно групи клијената, на основу чега неки други трговински заступник за исти закључени уговор стиче право на провизију за подручје (клијенте). Такав закључак се изводи из чињенице да право на провизију за посредовање не искључује право на провизију за подручје (клијенте), с обзиром на то да ове две провизије могу да се захтевају кумулативно. Упор.: R. Emde, *нав. коментар*, стр. 565; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71 и 72.

136 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 263.

137 *Ibid.*, 263, 264.

138 *Ibid.*, 264; упор.: F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 71 и 72.

139 C.-W. Canaris, *нав. дело*, стр. 264.

140 Више вид.: *Ibid.*

141 M. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 182.

Закону и у овом погледу постоји правна празнина. Правила Директиве и Преднацрта су усмерена ка заштити претходног трговинског заступника. Отуда, нови трговински заступник неће стећи право на провизију по основу одређеног уговора закљученог са клијентом, ако такав уговор истовремено представља основ за настанак права претходног трговинског заступника на провизију за накнадно закључене уговоре.¹⁴² Од овог правила може да се одступи само ако би на основу околности конкретног случаја било правично да трговински заступници поделе провизију.¹⁴³

IX Закључак

Преднацрт српског Грађанског законика уводи бројна нова правила од значаја за стицање права на провизију код уговора о трговинском заступању. Ове новине су неопходне како би се српско право трговинског заступања коначно ускладило са правом Европске уније, које је хармонизовано још пре неколико деценија. Истовремено, у Преднацрту су задржана и многа решења важећег Закона о облигационим односима, која су могла да се уклопе у нови регулаторни оквир. Детаљна анализа разгранатих и сложених правила Преднацрта је показала да се њима релативно успешно остварује основни законодавни циљ имплементације комунитарних правила у српско право. Најзначајнији недостаци, на које би у том смислу требало обратити пажњу, се тичу појединих непрецизности приликом формулација конкретних правила, као и неадекватног правила о извршењу уговора између принципала и трећег као услову за стицање права на провизију.

142 Commercial Agents Directive, Art. 9; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 6; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 182; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 74; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4.

143 Commercial Agents Directive, Art. 9; Преднацрт СГЗ, чл. 1018 ст. 6; Н. Крејси, *нав. дело*, стр. 339; више вид.: U. Wauschkuhn, J. Fröhlich, *нав. чланак*, стр. 526; М. W. Hesselink *et al.*, *нав. дело*, стр. 182, 183; F. Randolph, J. Davey, *нав. дело*, стр. 74; К. Н. Lincke, А.-С. Mittwoch, *нав. чланак*, стр. 4; J. Sonnenschein, В. Weitemeyer, *нав. коментар*, стр. 635.

Mirjana RADOVIĆ, PhD, Mag. iur., LL.M. (Humboldt)
Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

ENTITLEMENT TO COMMISSION BASED ON THE COMMERCIAL AGENCY CONTRACT

Summary

In this article the author analyses the requirements for commercial agents' entitlement to commission. The introductory part briefly presents the regulation of the right to commission in the current Law of Obligations, Commercial Agents Directive 86/653/EEC and the prepared Draft of the Serbian Civil Code. At the beginning of the central part of the paper the conditions for acquiring the right to commission are explained in detail. Thereafter, the author deals with the problem of onus probandi with regard to fulfilment of all the requirements for acquiring commission. The next part of the paper explains the moment when the commercial agent becomes entitled to commission and the moment when the commission becomes due. In addition to that, the author analyses the new solutions of the Draft in connection with the extinction of the right to commission, which are harmonised with the Directive. Finally, the last part of the paper deals with competing claims to commission by two or more commercial agents.

Key words: *commission, remuneration, commercial agent, entitlement, extinction of right, due date.*