

# TRGOVAČKO ZASTUPANJE KAO DIO TRGOVAČKOG STATUSNOG I TRGOVAČKOG MATERIJALNOG PRAVA

*Prof. dr. sc. Petar Miladin\**

UDK: 347.413:347.72(497.5)

347.762.2(497.5)

DOI: 10.3935/zpfz.72.12.07

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: prosinac 2021.

*Hrvatska pravna i poslovna praksa zaokupljene su brojnim situacijama povezanim s primjenom trgovačkog prava. Uvijek iznova nadolazeća pitanja rješavaju se u hodu, materija trgovačkog prava buja gotovo naočigled. Slobodan tržišni sustav može se razvijati samo uz pomoć trgovačkog prava. I dok su gotovo sva područja poslovnog i pravnog prometa obojena komercijalnim notama, trgovačko pravo kao da se u tom bojenju rastvorilo, izgubilo sebe u volji da se što više proširi područje njegove primjene. Nedostaje sabranosti, nužno je otrgnuti se načas iz tog vrzinog kola i odgovoriti iznova na temeljna pitanja povezana s današnjom ulogom ključnih subjekata trgovačkog prava. Među te ključne figure trgovačkog prava svakako pripada trgovački zastupnik. On je neizostavan, prisutan je u svim formacijama trgovačkog prava.*

*Ključne riječi: trgovačko zastupanje, pravo distribucije, obveze trgovačkog zastupnika, zasebna ekonomska razina trgovačkog zastupnika*

---

\* Dr. sc. Petar Miladin, profesor Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, Hrvatska; petar.miladin@pravo.hr;  
ORCID ID: [orcid.org/0000-0001-7884-5300](https://orcid.org/0000-0001-7884-5300)

## I. UVOD

Domaća pravna literatura o trgovačkom zastupanju je bogata i ima začuđujuće dugu povijest.<sup>1</sup> Do preokreta 1945. trgovački zastupnik bio je trgovac i mirno je odrastao na naizgled sigurnom teritoriju trgovačkog prava. Svoju životnu snagu crpio je tako što se izravno naslanjao na šire, smisleno tumačenje pomoćnog trgovačkog osoblja koje je bilo uređeno ponajprije Hrvatskim trgovačkim zakonom iz 1875. (§ 37 i nadalje „O prokuristah i punomoćnicih trgovačkih“). Pomoćno trgovačko osoblje izvorno se označavalo skupnim izrazom trgovački zastupnici, a sam trgovački zastupnik (u današnjem smislu) nazivao se trgovački agent,<sup>2</sup> upravo zato da bi se podvukla razlika između uobičajenih trgovačkih zastupnika (prokurista, trgovačkih putnika i trgovačkih opunomoćenika) na jednoj strani i trgovačkog agenta na drugoj. Stražnický razlikuje u tom smislu „putujuće agente koji nisu u službovnom odnošaju k principalu, već se u vlastito ime,<sup>3</sup> obrtimice bave sklapanjem trgovačkih posala za druge ili posredovanjem u sklapanju trgovačkih posala“ od „mjesnih agenata“ koji su samo-

<sup>1</sup> Pravna tradicija je u tom dijelu kod nas bogata. Vidi Vrbanić, F., *Trgovački zakon*, Zagreb, 1893., str. 344, 345; Stražnický, M., *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb, 1926., str. 250, 251; Stražnický, M., *Tumač Trgovačkog zakona od 28. listopada 1937.*, Zagreb, 1939.; Politeo, I., *Trgovački i ostali privatni namještenici*, Zagreb, 1932., posebice str. 54 i 57; Rastovčan, P., *Trgovačko pravo (Obvezni dio)*, Zagreb, 1939., str. 114, 115; Rastovčan, P., *Komparativno trgovačko pravo*, Zagreb, 1954., str. 66 do 68; Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo*, 4. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1991., str. 286, 287; Sikirić, H., *Ugovor o trgovačkom zastupanju u poredbenom trgovačkom i poredbenom međunarodnom privatnom pravu*, doktorski rad (neobjavljeno), Zagreb, 1994. Sa stajališta ZTD-a v. Parać, Z., *Zajedničke odredbe*, u: Barbić, J., (red.), *Zakon o trgovačkim društvima, Vodič za čitanje Zakona, II. dio*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1995., str. 13 do 46.

Sa stajališta ZOO-a v. Slakoper, Z., u: *Komentar ZOO-a*, Zagreb, 2014., str. 1202 i nadalje te 1313 i nadalje.

Za njemačko pravo v. Canaris, C.W., *Handelsrecht*, 24. potpuno prerađeno izdanje, München, 2006., § 30; Hopt, K. J., u: Baumbach, A.; Hopt, K. J.; Merkt, H., *Handelsgesetzbuchkommentar*, 34. izdanje, 2010., München, § 400; Schmidt, K., *Handelsrecht*, 6. izdanje, Köln, 2014., § 27.

<sup>2</sup> Tako Vrbanić, F., *op. cit.* u bilj. 1, str. 53.

<sup>3</sup> Vrbanić, F., *op. cit.* u bilj. 1, str. 53, preciznije u tom smislu naglašava da pored trgovačkih zastupnika, opunomoćenika, koji su bili uređeni Trgovačkim zakonikom, „imade u trgovačkom životu još drugih osoba, koje po nalogu, na račun i u ime trećih osoba sklapaju trgovačke poslove.“ Zaključuje da agenti „mogu biti trgovački punomoćnici ili pomoćnici, ali mogu biti i posve samostalni trgovci“ i da će u svakom pojedinom slučaju trebati ispitati u kojem se smislu rabi dotična oznaka te ujedno istražiti je li taj agent uopće ovlašten zastupati svog principala.

stalni posrednici (trgovci) pri sklapanju trgovačkih poslova u mjestu principalo-  
vog sjedišta.<sup>4</sup> Nakon 1945. trgovački zastupnik izgubio je svoj matični životni  
prostor, svoju pravnu domovinu – trgovačko pravo, no ne i sam nemjerljivo  
tvrdokorniji pravni i poslovni život, što se posebice odnosilo na tzv. inozemne  
agente (tzv. zastupnički biro).<sup>5</sup> Te traume ni do danas nisu potpuno zacijelile i  
to treba osvijestiti sa stajališta aktualnog stanja domaće pravne kulture.

Ugovor o trgovačkom zastupanju danas je jedno od najprometnijih pravnih  
i poslovnih čvorišta. Stjecište je ZOO-a, ZTD-a, ZZTN-a i ZR-a. Zadatak je po-  
vući petlje iz tog čvorišta, dati svakoj od njih izlaz u pravnoj kućici trgovačkog  
materijalnog, trgovačkog statusnog, radnog prava i prava tržišnog natjecanja.  
Distinkciju između tih zasebnih pravnih disciplina nije kadra izbrisati nijedna  
čisto formalnopravna monistička koncepcija. Jubilar je s te pozicije pisao vodič  
za čitanje zajedničkih odredbi ZTD-a,<sup>6</sup> razgraničujući građansko i trgovačko  
pravo i uvodeći u svijet novih, a u biti prije zaboravljenih pravila. Tko to osje-  
ća, bit će uvijek jednim svojim dijelom zabrinut i kad je pravno more ustajalo  
poput bare i naći će mir kad je ono rastrgano valovima. Takav pravni mornar je  
moj učitelj profesor Parać.

## 1. Pravo distribucije

Poduzetnici su raznoliki po tome kako su ustrojili svoja poduzeća, ali, tako-  
đer, i kako su organizirali svoju trgovinu, kako su osmislili stavljati svoju robu ili  
usluge na tržište. U potonjem slučaju govori se o distribuciji, pa shodno tome i  
o pravu distribucije. Samo će se mali poduzetnici osloniti na prolaznu klijente-  
lu; čekat će da im pokuca na vrata radnje, odnosno da im se izravno javi; riječ je  
u pravilu o frizerskim salonima, dućanima koji prodaju rabljenu odjeću i obuću  
te kafićima. I ti će se poduzetnici brinuti o kvaliteti svoje usluge i proizvoda, no  
neće ništa dodatno poduzimati kako bi organizirali takvu svoju trgovinu, kako  
bi potaknuli mušterije da traže njihove proizvode i usluge. Većina trgovačkih,  
distribucijskih kanala je međutim organizirana. Zakonom nisu propisani ni vr-  
sta niti način organizacije tih kanala. Svakom poduzetniku prepušteno je da  
sam izabere strategiju kojom će se probijati na tržištu i pritom može posegnuti  
u široku alatnicu ugovora. Većina poduzetnika umeće u svoje distribucijske ka-  
nale različite osobe koje njihove proizvode ili usluge plasiraju na tržište. Grubo  
govoreći te su osobe posrednici, distributeri, no konkretni distributeri bitno se

<sup>4</sup> Stražnický, M., *op. cit.* u bilj. 1, str. 64.

<sup>5</sup> V. Rastovčan, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 68; Goldštajn, A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 286.

<sup>6</sup> Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 1, str. 13.

razlikuju po svom položaju iako im je cilj svima sličan.<sup>7</sup>

Uzmimo, primjerice, neki komentar zakona koji, kao i svaka druga roba, treba naći svoje čitatelje, potencijalne kupce. Ako bi se time izravno pozabavio nakladnik, mogao bi u tu svrhu ustrojiti i organizirati knjižaru ili osnovati podružnicu u gradu u kojem je smješten pravni fakultet ili, primjerice, trgovački sud. Vjerojatnije je međutim da će taj komentar proći kroz više ruku putem distribucijskog kanala koji će se odrediti na temelju konkretnog ugovora.<sup>8</sup>

Rad se dotiče organiziranih trgovačkih kanala koji su u ZOO-u i ZTD-u tek naznačeni, no ne i razrađeni.

## II. UGOVOR O TRGOVAČKOM ZASTUPANJU

### 1. Ekonomska i pravna osnova

Na temelju čl. 804. st. 1. u vezi s čl. 811. st. 1. i čl. 827. st. 1. ZOO-a trgovački zastupnik je samostalni trgovac (v. čl. 811. st. 1. ZOO-a) kojem njegov principal povjerava da trajno, obrtimice (v. čl. 827. st. 1. ZOO-a koji propisuje da se ugovor o trgovačkom zastupanju u pravilu sklapa na neodređeno vrijeme) posreduje između njega i trećih osoba pri sklapanju ugovora te da ih, ako je na to ovlašten, sklapa s trećim osobama u ime i za račun svog nalogodavca (v. čl. 811. st. 2. ZOO-a). Direktiva o usklađivanju prava država članica u vezi sa samozaposlenim (čitaj samostalnim!; op.a.) trgovačkim zastupnicima 86/653 EEZ (Službeni list EEZ L 382/17 od 18. prosinca 1986.); nadalje Direktiva 86/653 EEZ, sa zahtjevima koje su se uskladila pravila čl. 804. i nadalje ZOO-a, polazi od definicije trgovačkog zastupnika, a ne ugovora o trgovačkom zastupanju. Status trgovačkog zastupnika određuje sadržaj ugovora o trgovačkom zastupanju. Iz toga slijedi da se ugovorom o trgovačkom zastupanju obvezuje samostalni trgovački zastupnik stalno se brinuti da treće osobe sklapaju ugovore s njegovim nalogodavcem, i da u tom smislu posreduje između njih i nalogodavca, te da nakon dobivene ovlasti sklapa ugovore s trećim osobama u ime i za račun nalogodavca, a nalogodavac se obvezuje da će mu za svaki ugovor koji je on sklopio ili koji je sklopljen njegovim posredovanjem platiti određenu proviziju. Pojmove ugovora o trgovačkom zastupanju odnosno trgovačkog zastupnika iz čl. 804. st. 1. i 2. ZOO-a treba, dakle, čitati kritički.<sup>9</sup> Ne da se Zakonom

<sup>7</sup> V. ponajprije Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23.

<sup>8</sup> Sličan primjer daje Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 25 I 1. rbr. 2.

<sup>9</sup> Čl. 804. st. (1): „Ugovorom o trgovinskom zastupanju obvezuje se zastupnik da će za vrijeme trajanja ugovora pregovarati s trećim osobama o sklapanju ugovora u ime i za račun nalogodavca te da će, ako je tako ugovoreno, i sklapati ugovore s trećim

propisani pojam ugovora o trgovačkom zastupanju obezvrijedi i odbaci, već da se u njemu otkriju i okrijepe zatumljene snage prirodnog pravnog i poslovnog smisla, ponajprije da se ponovo uspostave, prije zaboravljene nego pokidane, veze trgovačkog statusnog i trgovačkog materijalnog prava.

Trgovački zastupnik daje ton ugovoru o trgovačkom zastupanju, on poduzima karakterističnu činidbu radi koje mu se nalogodavci, mahom, trgovci uostalom i obraćaju. Taj je ton u čl. 804. ZOO-a prigušen jer nije jasno i precizno upućeno na to da je trgovački zastupnik zapravo klasičan trgovac u smislu čl. 3. st. 1. ZTD-a, odnosno da je u najmanju ruku poduzetnik koji poput trgovca posluje na tržištu putem svog poduzeća. Odmak od ispravnog sagledavanja trgovačkog zastupnika uočljiv je već na temeljnoj nomotehničkoj razini jer se ZOO koristi neadekvatnim izrazom (trgovinski) zastupnik koji upućuje na pojam „trgovina“, kao uostalom i čl. 790. i nadalje starog ZOO-a, usprkos tome što se ispravnim izrazom „trgovački zastupnik“ koristi i službeni hrvatski tekst Direktive 86/653 EEZ. Izraz trgovinski zastupnik propušta, također, naglasiti da je zastupnikov principal u pravilu trgovac, u svakom slučaju poduzetnik, te da trgovački zastupnik pripada pomoćnom trgovačkom osoblju. Trgovačko zastupanje je stoga u pravilu dvostrani, klasičan trgovački ugovor, odnosno, u svakom slučaju, ugovor između dvaju poduzetnika. Umjesto pridjeva „trgovinski“ treba se koristiti pridjevom „trgovački“ i tako dodatno istaknuti ulogu trgovačkog zastupnika kao osobe koja u ovom ugovoru ispunjava onu činidbu po kojoj je ugovor o trgovačkom zastupanju karakterističan i razlikuje se od ostalih ugovora, kao i trgovačkopravni karakter samog ugovora.<sup>10</sup>

Definicija ugovora o trgovinskom zastupanju iz čl. 803. ZOO-a jest ne samo zbog tog jezičnog previda, već i zbog zapostavljanja posredovanja<sup>11</sup> kao ključne činidbe trgovačkog zastupnika korak unatrag ne samo u odnosu na stari ZOO,<sup>12</sup>

---

osobama u ime i za račun nalogodavca, a nalogodavac se obvezuje da će zastupniku za svaki ugovor koji je on sklopio ili koji je sklopljen njegovim djelovanjem platiti određenu proviziju.

(2) Zastupnikom iz stavka 1. ovoga članka neće se smatrati osoba koja je po ovom ili posebnom zakonu ovlaštena na zastupanje treće osobe.“

<sup>10</sup> U tom smislu ponajprije Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 4.

<sup>11</sup> Pregovaranje i posredovanje naprosto nije isto posebice imajući u vidu da Direktiva 86/635 EEZ smatra trgovačkog zastupnika samostalnim posrednikom. O tome više nadalje u radu, posebice pod 2.

<sup>12</sup> U čl. 790. st. 1. starog ZOO-a propisano je: „Ugovorom o trgovinskom zastupanju obvezuje se zastupnik da se stalno brine da treće osobe sklapaju ugovore s njegovim nalogodavcem, i da u tom smislu posreduje između njih i nalogodavca te da nakon dobivenog ovlaštenja sklapa ugovore s trećim osobama u ime i za račun nalogodavca, a ovaj se obvezuje da mu za svaki sklopljeni ugovor isplati određenu naknadu (proviziju).“

već i na Trgovački zakon iz 1937. Iako potonji zakon nije nikad stupio na snagu, jasno je propisao u § 76: „Trgovački agent je onaj kome je od drugog (gospodara posla) trajno povjereno, da u njegovo ime i za njegov račun posreduje ili sklapa trgovačke poslove, ako ovu djelatnost vrši u vidu privrednog zanimanja, a nije u službenom odnosu s gospodarom posla.“<sup>13</sup>

## 2. Zadaće i značaj trgovačkog zastupnika u praksi

Nalogodavcu, poduzetniku nude se brojne mogućnosti kako da svoje proizvode – robu ili usluge – plasira svojim krajnjim kupcima. Za to može zadužiti svoje radnike, može, posebice, izgraditi za tu namjenu razgranatu mrežu svojih poslovnica, filijala, kao što je to kod kreditnih institucija. Suprotno tome, za tu namjenu nudi se mogućnost da se u odnos između poduzetnika i krajnjeg kupca uključi i treća, vanjska osoba koja će trgovati poduzetnikovim proizvodima u svoje ime i za svoj račun, a da se nije na to čvrsto obvezala poduzetniku. To je posebice slučaj s trgovcima na veliko i trgovcima na malo. Trgovački zastupnik smješten je konceptijski između tih dvaju temeljnih tipova trgovine. Razlikuje se, s jedne strane, od poduzetnikovih radnika i drugih osoba koje on zapošljava po tome što je samostalan te, s druge strane, od veletrgovaca i trgovaca na malo s kojima poduzetnik trguje sporadično te im ne nameće čvrstu obvezu da za njega trajno trguju, po tome što trajno, stalno surađuje s poduzetnikom te djeluje kao njegov posrednik ili zastupnik. Značaj trgovinskog zastupnika je stoga ponajprije da ostvaruje funkciju, zadaću posrednika u trgovini, distribuciji poduzetnikovih proizvoda. Kad i ima ovlaštenje sklapati ugovore u ime i za račun nalogodavca, ta se funkcija pridodaje posredničkoj, čl. 1. st. 2. Direktive 86/635 EEZ u tom smislu propisuje da je trgovački zastupnik „samozaposleni posrednik“ koji „ima stalno ovlaštenje za posredovanje ... odnosno za posredovanje i sklapanje...“. Takvu zadaću imaju, također, i uobičajeni trgovački posrednici, kojima poduzetnici, za razliku od trgovačkih zastupnika, ne povjeravaju da trajno za njih posreduju. Trgovačkim posrednicima treba u tom smislu pribrojiti i mnoštvo drugih osoba kao što su komisijски agenti, franšizeri i posrednici u ugovaranju koji, također, kao i trgovački zastupnik djeluju „trajno“, stalno su angažirani na tome da distribuiraju poduzetnikove proizvode. Njihov angažman nije, međutim, ograničen samo na to da pritom posreduju pri sklapanju poslova između poduzetnika i trećih i da sklapaju poslove u ime poduzetnika. Praktičan značaj trgovačkog zastupanja i nadalje je velik, usprkos

<sup>13</sup> V. o tome više Rastovčan, P., *Trgovačko pravo, op. cit.* u bilj. 1, str. 48, 49. Posrijedi su bila predavanja profesora Pave Rastovčana. V., također, Rastovčan, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 66 i nadalje.

tome što su ti novi oblici organiziranja trgovine, distribucije – koji u skladu s tim još nisu uređeni zakonom – trenutno u žarištu poslovnih interesa i njima se poslovna praksa obilato koristi. Ti novi oblici organizacije distribucije nisu, dakle, istisnuli trgovačkog zastupnika kao jednog od temeljnih tipova distribucije odnosno raspačavanja poduzetnikovih proizvoda.

Pravno gledajući, u svakom slučaju nije ispravno svesti trgovačkog zastupnika na pukog posrednika u raspačavanju, distribuciji nalogodavčevih proizvoda. Na temelju doslovnog, jasno napisanog čl. 804. st. 1. ZOO-a trgovački zastupnik kadar je, naime, djelovati i kao posrednik u nabavi, baš kao i redovni posrednik te komisionar. Danas u praksi dominiraju trgovački zastupnici u ulozi posrednika u distribuciji nalogodavčevih proizvoda. Zato je i rasprava u ovom radu u bitnome usmjerena na distribucijsku, a ne nabavnu, funkciju trgovačkog zastupnika.

Trgovački zastupnik pojavljuje se u pravnom i poslovnom prometu u iznimno brojnim ugovornim varijacijama. Jednako tako, gotovo da nema trgovačke branše koja nije prožeta aktivnostima trgovačkih zastupnika. Direktiva 86/653 EEZ, sa zahtjevima koje se hrvatsko pravo uskladilo donošenjem ZOO-a 2005., odnosi se samo na posredovanje ili sklapanje ugovora o „prodaji ili kupnji robe“.<sup>14</sup> Hrvatski zakonodavac nije uvažio spomenuta ograničenja propisana Direktivom 86/653 EEZ. Zauzeo je u tom smislu istu ispravnu poziciju kao i § 84 st. 1. njemačkog HGB-a. Trgovački zastupnici ne igraju, naime, važnu ulogu samo u trgovini robom – primjerice motornim vozilima, gorivom i sl. – nego, također, i u uslužnom sektoru – kao što je agent u osiguranju, zastupnik stambenih štedionica ili putnička agencija ako ona, primjerice, kao organizator putovanja ne preprodaje putnicima u svoje ime karte iz kontingenta koji joj je prethodno prodao prijevoznik, već to čini u ime i za račun prijevoznika. Uloga trgovačkih zastupnika, tzv. agencija, razvijena je u tzv. *events* branši, ali i kod individualnih usluga kao što su predstave ili izvedbe. Kod nas posebnu ulogu imaju i pomorski agenti odnosno brodski agenti.<sup>15</sup>

Snažno, također, varira i gospodarska snaga trgovačkog zastupnika u odnosu na poduzetnika. Skala koja mjeri jačinu te snage završava s tržišno moćnim izvoznicima i uvoznicima koji ne samo da pariraju poduzetnicima, već su od njih bitno gospodarski jači, i spušta se sve do malih trgovačkih zastupnika koji su po svom položaju bliski radnicima jer su oslonjeni samo na jednog principala ili se zastupanjem bave kao svojim sporednim odnosno sporadičnim, povremenim poslom.

<sup>14</sup> V. čl. 1. t. 2. Direktive 86/653 EEZ.

<sup>15</sup> V. Pravilnik o uvjetima za obavljanje djelatnosti brodskog agenta (NN 81/2016).

Ugovor o trgovačkom zastupanju smješten je u posebni dio ZOO-a među posebno uređene, nominatne ugovore, i to pokraj ugovora o komisiji i posredovanju. Posrijedi je prije svega ugovorni odnos između nalogodavca, poduzetnika i trgovačkog zastupnika. Trgovačko zastupanje ima, međutim, i svoj statusnopravni aspekt koji vrijedi istaknuti jer i on utječe na sadržaj preuzetih ugovornih prava i obveza. Pravila ZTD-a koja uređuju status trgovaca te, posebice, trgovačkih opunomoćenika daju odgovor na pitanje koje daljnje obveze odnosno prava, izvan dosega izravne primjene ZOO-a, karakteriziraju odnos trgovačkog zastupanja. Sagledaju li se odredbe ZOO-a o trgovačkom zastupanju i ZTD-a o pomoćnom trgovačkom personalu kao jedinstven, živ sustav, trgovački zastupnik, također, obavlja određenu službu za svog trgovca, pomaže mu u obavljanju njegove poslovne djelatnosti. Drugim riječima, trgovački zastupnik mogao je komotno naći svoje mjesto u glavi VI. ZTD-a (v. čl. 41. do 58. ZTD-a) koja uređuje odnose vezane uz trgovačko zastupanje po zakonu, po punomoći i po zaposlenju.<sup>16</sup> Historijski pravno stvar slično stoji i s posrednicima koji su se pod utjecajem trenda komercijalizacije građanskopravnih odnosa razvili iz trgovačkih posrednika, trgovačkih mešetara te su danas uređeni ZOO-om u okviru ugovora o posredovanju.<sup>17</sup> Danas je ta izvorna statusna trgovačka komponenta izgubila na svojoj prvotnoj pozitivnopravnoj uvjerljivosti, na koju su se oslanjale kodifikacije trgovačkog prava, jer nalogodavac, kao i kod ugovora o posredovanju, nije više nužno trgovac. ZOO je, međutim, propustio priliku da nomotehnički preciznije statusnopravno pozicionira principala, nalogodavca trgovačkog zastupnika. Jasno je, naime, da on ne mora nužno biti trgovac, no on zasigurno nije ni klasična osoba građanskog prava. Riječ je, naime, o poduzetniku koji osim trgovaca uključuje i pripadnike slobodnih poziva, odnosno općenito osobe koje u poslovnom i pravnom prometu djeluju, poput trgovaca, preko svog poduzeća, a ne tek kao puke osobe građanskog prava. Izraz nalogodavac iz čl. 804. i nadalje ZOO-a treba stoga smisleno vezati samo uz poduzetnika, a ne i građanskopravnog nalogodavca, principala. Funkciji trgovačkog zastupanja danas u svakom slučaju puno više odgovara da ga se smjesti pored ugovora o komisiji. Ta bliskost posebice dolazi do izražaja u odnosu na komisijske agente koji samostalno trajno trguju u svoje ime i za račun komitenta, principala.

Ne treba, međutim, zanemariti ni to da trgovački zastupnik ima i danas svoje mjesto i unutar pravila ZTD-a o trgovačkom osoblju i trgovačkim pu-

<sup>16</sup> Tako je, primjerice, postupio njemački zakonodavac koji je položaj trgovinskog zastupnika uređio pravilima § 84 HGB-a. U tom smjeru historijski pravno sa stajališta hrvatskog prava v. Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 54, 55.

<sup>17</sup> Drukčiji koncept ima njemačko pravo. V. § 93 HGB-a.



nomoćnicima. Trgovačko zastupanje ne iscrpljuje se, naime, u unutarnjem odnosu nalogodavca i trgovačkog zastupnika, već uključuje i problem zastupanja, tj. vanjski odnos između nalogodavca i trećih. Odredbe ZOO-a o trgovačkom zastupanju nadovezuju se utoliko na većim dijelom nepisana pravila domaćeg prava o pomoćnom trgovačkom osoblju. Ta su pravila samo fragmentarno propisana čl. 44. i nadalje ZTD-a (prokura i druge trgovačke punomoći) te čl. 429., 429.a, 430., 248., 249., i 250. (davanje kredita članovima uprave i prokuristu) ZTD-a.<sup>18</sup> U tim odredbama uređeni su, također, unutarnji i vanjski odnosi – iako obrnutim redoslijedom nego u ZOO-u. Trgovačko zastupanje treba ponajprije sustavno raspraviti u sklopu ZOO-om posebno uređenih ugovora, no pritom treba uputiti i na unutarnju sistematiku ZOO-a i ZTD-a jer se samo tako može steći šira, cjelovita slika o trgovačkom zastupanju.

### 3. Pravni elementi trgovačkog zastupanja

Na temelju čl. 804. ZOO-a u vezi s čl. 811. st. 2. ZOO-a trgovački zastupnik obavlja poslovnu djelatnost posredujući odnosno sklapajući poslove. Djelatnost mora imati gospodarsko značenje; za ocjenu što jest, a što nije gospodarska djelatnost može biti mjerodavno jedino shvaćanje pripadnika struke i trgovački običaji.<sup>19</sup> Trgovački zastupnik brine se oko poduzimanja tih specifičnih poslova, to je predmet njegovog poduzeća, odnosno predmet poslovanja (v. čl. 32. i nadalje ZTD-a); bavi se zapravo time da svom nalogodavcu, koji je u pravilu trgovac, svakako poduzetnik, nađe mušterije, klijente.<sup>20</sup> Obavljanje tih poslova mora biti obuhvaćeno voljom trgovačkog zastupnika kao planirana ukupnost aktivnosti usmjerenih prema trećima.<sup>21</sup> Trgovački zastupnik posreduje, a ne tek „... pregovara s trećim osobama o sklapanju ugovora u ime i za račun vlastodavca ...“, na što bi mogao navesti čl. 804. st. 1. ZOO-a. To potvrđuje čl. 811. st. 2. ZOO-a koji nedvosmisleno propisuje „... zastupnik je poglavito dužan poduzimati sve što je potrebno kako bi posredovao i sklapao poslove...“, ali i čl. 1. t. 2. Direktive 86/635 EEZ koji izričito propisuje da je trgovački zastupnik samozaposleni (u biti „samostalni“, op.a.) posrednik.

Trgovački zastupnik je stoga u skladu s čl. 3. st. 1. ZTD-a u pravilu trgovac – samostalno, trajno obavlja gospodarsku djelatnost radi stjecanja dobiti

---

<sup>18</sup> Za njemačko pravo, koje je u tom dijelu instruktivno i sa stajališta hrvatskog prava, v. §§ 48 – 59 HGB-a.

<sup>19</sup> Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 1, str. 16, Rbr. 9.

<sup>20</sup> Tako Rastovčan P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 49; Rastovčan, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 66.

<sup>21</sup> Tako općenito sa stajališta subjekata trgovačkog prava i njihovog predmeta poslovanja Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 1, str. 16, Rbr. 8.

(za svoje činidbe potražuje od nalogodavca proviziju; čl. 804. st. 1. ZOO-a).<sup>22</sup> Trgovački zastupnik statusnopravno nije, međutim, uvijek nužno trgovac, on može biti i poduzetnik, što je širi pojam od trgovca. O tome je riječ ako poduzeće trgovačkog zastupnika s obzirom na vrstu i opseg svojih poslovnih aktivnosti ne zahtijeva da mu statusnopravno nositelj mora biti neki od taksativno propisanih registriranih trgovaca (neko trgovačko društvo ili obrtnik). Neka fizička osoba može se, primjerice, honorarno baviti posredovanjem i sklapanjem poslova za određenog principala kao svojom sporednom djelatnošću, a da pritom formalno ne otvara obrt. Isto tako, poput trgovačkog zastupnika može djelovati i neki pripadnik slobodne profesije koji se na temelju čl. 3. st. 2. ZTD-a u pravilu ne smatra trgovcem. No i na takvog „zastupnika poduzetnika“ primjenjuju se u punom opsegu pravila koja vrijede za trgovačkog zastupnika,<sup>23</sup> i to na temelju čl. 804. ZOO-a koji primjenu pravila o trgovačkom zastupanju ne ograničuje isključivo na trgovce. To je bitno i teleološki zato što odredbe ZOO-a sveobuhvatno štite trgovačkog zastupnika jer je on često mali poduzetnik. Pravo trgovačkog zastupanja nije striktno gledajući trgovačko pravo, no s njim je najuže povezano jer su poduzetnici u najvećoj mjeri izjednačeni s trgovcima, oni poput trgovaca u pravnom i poslovnom prometu sudjeluju preko svog poduzeća. Trgovački zastupnik može, dakle, raditi za nalogodavca koji nije trgovac. Ni trgovački zastupnik niti nalogodavac nisu nužno trgovci, ni za jednu stranu ugovora o trgovinskom zastupanju nije bitno da je trgovac, dovoljno je da su poduzetnici, iako su obje strane ugovora u pravilu trgovci. I trgovački zastupnik i nalogodavac mogu biti pravne osobe, trgovačka društva, pa i ortaštva jer i oni mogu samostalno obavljati poslovnu djelatnost odnosno voditi poduzeće.<sup>24</sup>

Nalogodavac je svaki poduzetnik pa i neki drugi trgovački zastupnik. Mogući su stupnjeviti odnosi trgovačkog zastupanja. Distribucijski intermedijar (generalni zastupnik) može imati pod sobom drugog trgovačkog zastupnika.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Tako Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 16.

<sup>23</sup> V. i sa stajališta hrvatskog prava instruktivno izričito pravilo § 84 st. 4. HGB-a. Tom su režimu bliska pravila § 2 st. 1. i 3. Trgovačkog zakona iz 1937. koja su propisivala: "(1) U smislu ovog zakona važi kao trgovac, od dana kad je firma upisana u trgovački registar, i onaj ko u vidu privrednog zanimanja ima poduzeće, koje po načinu, na koji se, i po obimu, u kome se vodi, iziskuje da je uređeno kao trgovačko poduzeće, mada mu predmet nije nijedna od vrsta poslova pobrojanih u §-u 1.... (3) Naređenja stava 1 ne odnose se na lica slobodnog zanimanja, koja za svoj intelektualni rad primaju nagradu, kao što su advokati, javni bilježnici, ljekari, patentni inženjeri, inženjeri projektanti i tome slično."

<sup>24</sup> Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 7.

<sup>25</sup> Primjer za to daje Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 12. Primjerice I-u je

Nalogodavac mora biti poduzetnik, ne i trgovac. Nalogodavac, poduzetnik je i tko ne obavlja samostalno svoje djelatnosti gospodarski, nego profesionalno, odnosno u okviru svog slobodnog poziva, primjerice neki slobodni umjetnik, tako da i on može uposliti agenta u smislu čl. 803. ZOO-a koji će se zauzimati za umjetnikov, principalov što uspješniji proboj na tržište. Osobe javnog prava, također, mogu biti nalogodavci, poduzetnici u smislu čl. 803. ZOO-a, primjerice nalažu li gradovi ili općine zakupnicima svojih prostora da pored taksi, biljega i obrazaca prodaju i loto-listiće u svojim trafikama.<sup>26</sup> Bitno je da su dva poduzeća koja međusobno kooperiraju – nalogodavac i trgovački zastupnik – međusobno ugovorno povezana.<sup>27</sup> Pribavi li tko tuđe poduzeće, kao zakupnik ili povjerenik, sam će postati nositelj tog poduzeća, a ne trgovački zastupnik tog poduzeća.<sup>28</sup>

Naravno da trgovački zastupnik radi za nalogodavca, no on to čini obavljajući svoju poslovnu djelatnost posredovanja te sklapanja ugovora.<sup>29</sup> Osobe koje obavljaju poslovnu djelatnost samostalne su već po prirodi stvari,<sup>30</sup> no taj je element trebalo usprkos tome dodatno istaknuti u čl. 804. ZOO-a. Zbog tog propusta potrebno je dodatno, dopunsko smisljeno tumačenje pravila čl. 804. st. 1. i 2. ZOO-a koje je pritom komforno s europskim pravom, konkretno čl. 1. t. 2. Direktive 86/635 EEZ koji izričito propisuje da je trgovački zastupnik samozaposleni posrednik, pri čemu je jasno da „samozaposleni“ treba u načelu razumjeti u skladu sa samostalnošću kao pretpostavkom pojma trgovca iz čl. 3. st. 1. ZTD-a. Hrvatski tekst Direktive 86/635 EEZ koristi se pogrešnim izrazom „samozaposleni“ po uzoru na izraz *self-employed* iz engleskog teksta Direktive 86/635 EEZ. Taj izraz potpuno je stran hrvatskoj pravnoj tradiciji i pozitivnom pravu. Njemački tekst Direktive 86/635 EEZ koristi se u tom smislu jasnim pojmom *selbstständig*. Samostalnost je ključan element kako bi se trgovačkog

---

kao generalnom uvozniku japanskih elektroničkih uređaja društvo E povjerilo da stalno posreduje pri njihovom uvozu. I je izgradio mrežu svojih agenata u RH koje je zadužio da dalje posreduju prilikom sklapanja poslova, trgovine tim uređajima u RH. Svaki od tih agenata je trgovački zastupnik, kao što je i I trgovački zastupnik, naravno pod pretpostavkom da nitko od njih ne posluje kao samostalni veletrgovac, odnosno da kao kupac dalje ne preprodaje robu za svoj račun.

<sup>26</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2. Rbr. 5. V. i BGH BB 1972., str. 938.

<sup>27</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2. Rbr. 5.

<sup>28</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2. Rbr. 5. V. i BGH NJW WM 1976., str. 181.

<sup>29</sup> U tom smislu v. Barbić, J., *Pravo društava, Opći dio*, Zagreb, 2008., treće izdanje, str. 168. Sa stajališta Trgovačkog zakona iz 1937. i njegova § 1. t. 7. koji je propisao: „U smislu ovog zakona trgovac je tko se u vidu privrednog zanimanja u svoje ime bavi nekim od ovih poslova: ... 7) poslovima trgovačkog zastupnika i trgovačkih posrednika; ...“; v. i Rastovčan P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 49.

<sup>30</sup> Tako Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 15.

zastupnika razgraničilo prema radnicima, šire služboprincipima, te shodno tome prema području primjene radnog prava. Neće se stoga smatrati trgovcem ni poduzetnikom osoba koja obavlja gospodarske poslove u tehničkom smislu, kao namještenik.<sup>31</sup> Iako trgovački zastupnik posao iz primljenog naloga obavlja u ime i za račun principala, zastupničku odnosno posredničku djelatnost obavlja u svoje ime i za svoj račun kao samostalnu gospodarsku djelatnost.<sup>32</sup> Na to cilja i čl. 1. st. 2. al. 1. i 2. Direktive 86/635 EEZ koji propisuje da trgovački zastupnik nije osoba koja je u svojstvu službene osobe – misli se organa društva<sup>33</sup> – ovlaštena za neko trgovačko društvo ili udrugu preuzeti obveze, kao ni član društva koji je ovlašten preuzimati obveze za druge članove društva. Tim osobama očito nedostaje element samostalnosti u odnosu na nalogodavca koji je svojstven trgovačkom zastupniku. Čl. 804. st. 2. ZOO-a propisuje, međutim, znatno šire da trgovački zastupnik nije osoba koja je po ZOO-u ili posebnom zakonu ovlaštena na zastupanje druge osobe. Pored članova organa i članova društva osoba koja nemaju organe, tome su formalno neopravdano pridodani trgovački putnici, punomoćnici po zaposlenju, pa u širem smislu i trgovački opunomoćenici iz čl. 55. ZTD-a, jer oni svoju ovlast zastupati nalogodavca ne crpe nužno iz punomoći, već izravno iz zakona u skladu s pravilima učenja o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida.<sup>34</sup> Ako članovi nalogodavčeve uprave ili nadzornog odbora ne mogu biti njegovi trgovački zastupnici, argumentacijom *a maiore ad minus* trgovački zastupnici očito nisu ni nalogodavčevi radnici, a to se propustilo istaknuti u čl. 804. st. 2. ZOO-a. Odredbu čl. 804. st. 2. ZOO-a treba stoga tumačiti, čitati tako da je radnik, zaposlenik, a ne trgovački zastupnik, tko je stalno ovlašten da za nekog poduzetnika posreduje oko sklapanja poslova ili da ih u njegovo ime sklapa s trećima ako pritom nije samostalan u smislu čl. 804. st. 1. ZOO-a.<sup>35</sup> Postupanje trgovačkog zastupnika u skladu s pojačanom pažnjom dobrog gospodarstvenika u skladu s čl. 811. st. 1. ZOO-a podrazumijeva, također, da trgovački zastupnik djeluje u pravilu samostalno. Odredba čl. 804. st. 2. ZOO-a ni u kojem slučaju ne podrazumijeva da su nesamostalne sve druge osobe, osim trgovačkih zastupnika, koje su po ZOO-u ili ZTD-u ovlaštene zastupati druge osobe, nalogodavce. Prokurist,

<sup>31</sup> Tako Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 1, str. 16, 17, Rbr. 11.

<sup>32</sup> Tako Parać, Z., *op. cit.* u bilj. 1, str. 17, Rbr. 11.

<sup>33</sup> V. odgovarajući tekst Direktive 86/635 EEZ na njemačkom jeziku koji se u tom smislu izričito koristi ispravnim izrazom „organ“.

<sup>34</sup> O tome v. поближе Miladin, P., *Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima*, ZPFZ 4/2008., str. 956, 957.

<sup>35</sup> V. i s hrvatskog prava instruktivno, preciznije pravilo § 84 st. 2. HGB-a. § 76 Trgovačkog zakona iz 1937. propisivao je u tom smislu da osoba koja je u službenom odnosu s gospodarem posla (nalogodavcem) nije trgovački zastupnik.

trgovački zastupnik ili odvjetnik u tom su smislu kao profesionalci, poduzetnici samostalni kad nastupaju u okviru svoje punomoći, neovisno o tome što su istodobno dužni slijediti upute svojih nalogodavaca. Tumači li se čl. 804. st. 2. ZOO-a doslovno, nekritički, proizaći će da u skladu s čl. 57. ZTD-a<sup>36</sup> ni trgovački opunomoćenik nije zapravo trgovački zastupnik u smislu čl. 804. st. 1. ZOO-a, čime bi se apsurd dotjerao do krajnjih granica. Zbog toga je ključno ustrajati na samostalnosti kao neizostavnom, iako formalno nepisanom, elementu definicije trgovinskog zastupnika u čl. 804. st. 1. ZOO-a. *De lege ferenda* treba izmijeniti u skladu s iznesenim nesuvislo pravilo čl. 804. st. 2. ZOO-a.

Trgovački zastupnik je samostalan ako u bitnome sam organizira svoju gospodarsku odnosno profesionalnu djelatnost posredovanja i ugovaranja te slobodno određuje svoje radno vrijeme.<sup>37</sup> Trgovački zastupnik nije ovisan o nalogodavčevim nalogima koji se tiču mjesta, vremena, načina i svih ostalih bitnih uvjeta njegova rada.<sup>38</sup> Tzv. „zaposleni trgovački zastupnik“, o kojemu se može čuti u laičkom govoru, pravno uopće nije trgovački zastupnik, nego nalogodavčev radnik. Samostalnost kao pretpostavka trgovačkog zastupanja odnosi se praktički mahom na fizičke osobe, trgovačka društva samostalna su već na temelju izričite odredbe čl. 3. st. 6. ZTD-a, pa i ako su kao društva kćeri podvrgnuta distribucijskom sustava svog društva majke, odnosno ako su ovisna društva u smislu prava društava (čl. 475. ZTD-a). Vrijedi i obrnuto, trgovački zastupnik nije „ovisan“ u smislu čl. 475. ZTD-a samo zato što mu je nalogodavac povjerio da za njega stalno posreduje i ugovora poslove. Težište treba pritom staviti na trajanje i čas obavljanja poslovnih djelatnosti jer dok se radnik mora u svakom slučaju povinovati uputama svog poslodavca, za trgovačkog zastupnika, kao poduzetnika, tipično je da on, u najmanju ruku, barem u tom dijelu slobodno donosi svoje odluke. Misli se, dakle, na osobnu samostalnost. Nije odlučno kako su strane nazvale konkretan ugovor,<sup>39</sup> nije odlučno kako

<sup>36</sup> Po toj odredbi trgovački zastupnik ujedno je i trgovački putnik, a trgovački putnik zapravo i ne mora imati punomoć jer se njegova ovlast zastupanja izravno izvodi iz zakonskih pravila čl. 57. i 58. ZTD-a.

<sup>37</sup> V. i u hrvatskom pravu instruktivno pravilo § 84 st. 1. reč. 2. HGB-a. V. Barbić, J., *op. cit.* u bilj. 1, str. 168.

<sup>38</sup> V. u tom smislu glede ovisnosti kao elementa koji je svojstven ugovoru o službi – a ugovor o radu je po svojoj pravnoj prirodi ugovor *sui generis* s elementima ugovora o službi – Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 22, 23.

<sup>39</sup> Privatnopravna autonomija i sloboda izbora tipa ugovora nije narušena ako se *numerus clausus* „tipova akata“ i „pravni odnosa“ razumije kao ograničavanje temeljnih elemenata poslovnopravnog uobličavanja iz kojih su sastavljeni pravni odnosi. Pojmovno-konstrukcijski elementi (npr. očitovanje volje) u zbilji su zadani i limitirani pravnim poretkom.

praksa koga naziva, odlučno je što tko radi i pod kojim uvjetima radi.<sup>40</sup> To ni u kojem slučaju ne znači da naziv ugovora koji su strane odabrale nema nikakav interpretacijski značaj. Morat će se posegnuti za doslovnim tekstom ugovora, uključujući naziv ugovora, izostane li jasna predodžba o tome obavljanje koje su djelatnosti strane ugovorile. Nametanje pojedinačnih obveza poslovnog ponašanja ili zakazivanje sastanaka u prostorijama ili na *on-line* platformama nalogodavca – svakome su u toj branši poznate „konzultacije ponedjeljkom i petkom“ – neće već same po sebi trgovačkog zastupnika učiniti radnikom.<sup>41</sup> Ne treba se prilikom tumačenja smjesta povoditi ni za pojedinačnim obilježjima, primjerice, dogovaranjem zabrane tržišnog natjecanja. Ako se ugovorena djelatnost tipološki može obavljati i u radnom odnosu i samostalno, presudit će u konačnici analiza ugovora u cjelini, cjelokupna predodžba o ugovoru, pri čemu se kao važan indicij uzima u obzir kako se ostvarivao u praksi, a treba razmotriti i što je bila težišna točka ugovora.<sup>42</sup> Ovisno o okolnostima svakog pojedinog slučaja treba pritom u analizu statusa osobe koja obavlja konkretnu djelatnost uključiti i niz drugih mjerila. Samo tako doći će se do odluke za koji su se određeni tip ugovora strane odlučile. U svakom slučaju treba voditi računa o tome da se element samostalnosti trgovačkog zastupnika tumači u skladu s Direktivom 86/635 EEZ, no dosad se nisu mogle uočiti neke bitnije posljedice koje bi se nadovezale na takvo tumačenje koje je komforno s europskim pravom.<sup>43</sup>

Trgovačko pravo ne bavi se inače dublje tom tematikom, riječ je samo o jednom dijelu općenite radnopravne problematike kako razgraničiti radnika od samostalnog služboprimca. Rezultati tih napora dragocjeni su, međutim, za cjelokupno sagledavanje statusa trgovačkog zastupnika. Uzmimo sljedeći poučan primjer.<sup>44</sup> A je radio za poduzetnika B kao „samostalni trgovački zastupnik“. B nije A-u plaćao mirovinsko ni socijalno osiguranje. A nije sam mogao određivati kad će i gdje obavljati svoju djelatnost. Svoju djelatnost morao je obavljati u skladu sa zajedničkim planovima koje je dogovarao sa svim drugim trgovačkim zastupnicima koje on nije mogao slobodno izabrati. B je u neredovitim vremenskim razmacima i iznenada nadzirao A preko svog ovlaštenog voditelja prodaje. A nije imao svoj ured i nije vodio poslovne knjige. A je stoga bio radnik, a ne trgovački zastupnik, neovisno o formulaciji kojom se koristio ugovor.

<sup>40</sup> Tako Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 55.

<sup>41</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 14.

<sup>42</sup> Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 9; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27, I 2, rbr. 14.

<sup>43</sup> Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 9.

<sup>44</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27, I 2, rbr. 16, a na tragu odluke BAG, BB 1972., str. 1056; slično i OLG Düsseldorf, WM 1985., str. 524.

Uzmimo i jedan složeniji slučaj.<sup>45</sup> „Slobodni suradnik“ sklopio je ugovor s agencijom za promet nekretnina. Radio je u uredu te agencije, služio se njezinim memorandumima u prepisci s klijentima i nalazio se svakodnevno u više navrata s upravom agencije. Taj „slobodni“ suradnik bio je, dakle, namještenik, a ne trgovački zastupnik, iako je prvostupanjski sud drukčije rezonirao: „Suradnik koji se ugovorom obvezao stalno donositi poslove posredniku u prometu nekretnina nije posrednikov namještenik, nego trgovački zastupnik.“<sup>46</sup> U tom smislu razlikuju se „slobodni“ agenti od agenata „namještenika“.<sup>47</sup>

Imamo i obrnute slučajeve.<sup>48</sup> Osiguravajuće društvo tužilo je svog zastupnika na povrat isplaćenih predujmova provizije. U parnici se postavilo pitanje je li tuženik zaista trgovački zastupnik ili, pak, radnik koji ima pravo na plaću. Sud se izjasnio u prilog pravnom shvaćanju po kojem je riječ o trgovačkom zastupniku zbog toga što je on bio kadar slobodno određivati vrijeme svog rada odnosno obavljanja djelatnosti. To što je bio dužan redovito obilaziti klijentelu i podnositi iscrpna izvješća osiguravajućem društvu ne mijenja ništa na stvari.<sup>49</sup>

Slično je i s narednim primjerom.<sup>50</sup> Zastupnik je svoju djelatnost obavljao u malom opsegu i pritom je ustrojio svoju zanemarivu unutarnju i vanjsku organizaciju. S te osnove pokrenuo je parnicu zahtijevajući radnopravnu zaštitu. Sud tom zastupniku nije priznao prava koja radnik ima na temelju otkaza, prestanka radnog odnosa. Očito je da čl. 804. ZOO-a ima u vidu i omanje, sitne poduzetnike – oni su, također, pravi trgovački zastupnici. Redovita periodična obveza izvještavanja ne čini već sama po sebi trgovačkog zastupnika radnikom.

Tako je konačno i sa zadnjim primjerom.<sup>51</sup> A je do 1995. bio trgovački putnik i ujedno trgovački zastupnik B. Nakon toga vodio je skladište u kojem je B robu izlagao i isporučivao i trgovinu u kojoj je B prodavao svoju robu. A je primio proviziju koja je iznosila 10% prometa koji je ostvario prodavajući B-u robu iz koje je podmirivao sve svoje poslovne troškove: zakupninu, plaću i druga primanja, režije, poreze te dužna davanja i druge uzgredne troškove. Trgovački zastupnik ne mora obavljati svoju djelatnost tako što će uvijek izno-

<sup>45</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27, I 2, rbr. 17, a na tragu odluke BGH BB 1982., str. 1876.

<sup>46</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 17.

<sup>47</sup> Tako Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 54.

<sup>48</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 19, a na tragu odluke BGH NJW 2010., str. 2455.

<sup>49</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 19, a na tragu odluke BGH NJW 2010., str. 2455.

<sup>50</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I, Rbr. 20, a na tragu odluke BAG ZIP 2000., str. 630.

<sup>51</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 21.

va obilaziti svoju klijentelu odnosno pronalaziti novu klijentelu po terenu.<sup>52</sup> I u ovom slučaju bila je stoga riječ o trgovačkom zastupniku. Sud se pritom rukovodio mjerilom pravne, a ne gospodarske samostalnosti. Čest je slučaj da su i trgovački zastupnici u većoj ili manjoj mjeri gospodarski ovisni o svom principalu. A u konkretnom primjeru nije postao radnik ni zbog toga što je poslovao isključivo za B, ni zbog toga što zato nije imao svoju klijentelu niti zbog toga što je u uredovno vrijeme morao skladište držati otvorenim za isporuku i izlaganje robe.<sup>53</sup> Već je prije naglašeno da samostalni poduzetnik, pa tako i trgovački zastupnik, može biti i onaj tko drži samo jedan štand u nekom trgovačkom centru.<sup>54</sup> A je bio kadar povjeriti svojim zaposlenicima da ga zastupaju i mogao je štoviše sam odabrati zaposlenike i radnu snagu. A je snosio ukupne rizike povezane s vođenjem poslova, plaćao je porez na dobit i porez na dodanu vrijednost te je poduzeće vodio pod tvrtkom koja je sadržavala njegovo ime.<sup>55</sup>

Pored razlikovanja „pravog“ trgovačkog zastupnika od „pravog“ radnika pojavljuje se zaseban problem tzv. „prividne samostalnosti“. Prividna samostalnost ne pripada, također, ponajprije materiji trgovačkog, nego radnog i socijalnog prava. Sitni trgovački zastupnici, koji su samo formalno samostalni, zaštićeni su, naime, dijelom po pravilima radnog i socijalnog prava pa ih je u skladu s tim nalogodavac trgovac dužan zdravstveno osigurati poput poslodavca koji osigurava svoje radnike. Pravila čl. 7. st. 1. t. 6. i čl. 7. st. 3. Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju ne odražavaju se stoga na pojam samostalnosti iz čl. 811. st. 1. ZOO-a kao ni na primjenu čl. 805. i nadalje ZOO-a.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 21.

<sup>53</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 21.

<sup>54</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 21.

<sup>55</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 21.

<sup>56</sup> „Na obvezno zdravstveno osiguranje prema ovom Zakonu obvezno se osiguravaju i stječu status osiguranika:...

6. osobe koje na području Republike Hrvatske obavljaju gospodarsku djelatnost obrta i s obrtom izjednačenih djelatnosti, osobe koje samostalno u obliku slobodnog zanimanja obavljaju profesionalnu djelatnost te osobe koje u Republici Hrvatskoj obavljaju djelatnost poljoprivrede i šumarstva kao jedino ili glavno zanimanje, ako su obveznici poreza na dohodak ili poreza na dobit, a nisu osigurane po osnovi rada ili su korisnici prava na mirovinu, ...

Djelatnosti osoba iz stavka 1. točke 6. ovoga članka su: registrirana djelatnost obrta, poljoprivrede i šumarstva, slobodnog zanimanja (profesionalna djelatnost) i ostale samostalne djelatnosti za čije je obavljanje odobrenje izdalo mjerodavno tijelo za samostalno obavljanje djelatnosti fizičke osobe, upisane u odgovarajući registar toga tijela te djelatnost s obilježjem samostalnosti, trajnosti i namjere stvaranja stalnog izvora prihoda poreznog obveznika upisanog u registar obveznika poreza na dohodak, sukladno propisima o porezu na dohodak kada se radi o samostalnoj djelat-



Razlog tome je različita svrha tih normi – u pravnoj metodologiji generalno prihvaćeno – načelo relativnosti pravnih pojmova, koje počiva na ovisnosti o kontekstu i uvijek je vezano uz svrhu uz koju se koriste određeni pravni pojmovi.<sup>57</sup> Nije stoga održiva teza po kojoj bi određene skupine trgovačkih zastupnika izgubile taj svoj status samim datumom početka primjene spomenutih pravila Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju i postali bi radnici te bi zbog te tobožnje promjene ugovornog odnosa za svoju dotadašnju djelatnost *ex lege* pribavili pravo na posebnu naknadu u skladu s čl. 830. ZOO-a. Suprotno tomu, nude se samo dvije mogućnosti. Ili su te osobe bile već u času stupanja na snagu spomenutih pravila Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju samo prividno samostalne po općenitim mjerilima koja se rukovode primjenom metoda presudnih elemenata i kombinacije – tada bi te osobe bile radnici te bi uživale radnopravnu i socijalnu zaštitu, ali, s druge strane, ne bi imale pravo na posebnu naknadu u skladu s čl. 830. ZOO-a jer te osobe uopće nisu trgovački zastupnici, ili bi pak po općenitim mjerilima bile zaista samostalne te bi uživale svu zaštitu pravila o trgovačkom zastupanju, uključujući pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a, i to ne od časa kad je stupio na snagu Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, već od časa kad je zaista prestao konkretan ugovorni odnos.<sup>58</sup> Spomenuta pravila Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju uređuju prema tome isključivo socijalnopravni položaj i nipošto ne rezultiraju zakonskim preoblikovanjem ugovora o trgovačkom zastupanju u ugovor o radu od nekog određenog datuma kada je počela primjena Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju. Posrijedi je abnormalan pravni učinak, podjednako praktički kao i doktrinarno, koji, k tome, pobuđuje najteže moguće sumnje o ustavnosti takvog pravnog shvaćanja.

Trgovački zastupnik bavi se specifičnom poslovnom djelatnošću. Njezin je predmet posredovati oko sklapanja poslova za svog nalogodavca ili pak ugovarati, sklapati poslove u ime i za račun nalogodavca. U tom smislu razlikuju se trgovački zastupnik posrednik i tzv. trgovački zastupnik u ugovaranju. Ta podjela ne smije dovesti do brkanja unutarnjeg i vanjskog odnosa trgovačkog zastupanja. Čl. 804. ZOO-a uređuje unutarnji odnos trgovačkog zastupnika i nalogodavca. U unutarnjem odnosu i trgovački zastupnik posrednik i trgovački zastupnik u ugovaranju podjednako su se obvezni zauzimati da njihovi

---

nosti za čije obavljanje nije propisano izdavanje odobrenja ili obveza registracije te djelatnosti.“

<sup>57</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava, §§ 2 br. 9. SGB st. 6., 7. st. 4. SGB st. 4. Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15, I, Rbr. 10; Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 2, I 2 Rbr. 22.

<sup>58</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava §§ 2 br. 9. SGB st. 6., 7. st. 4. SGB st. 4 Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 10.

principali sklapaju ugovore s trećima. Dade li nalogodavac trgovačkom zastupniku posredniku dodatno i punomoć da sklapa poslove, trgovački zastupnik stječe time ovlast da ugovor za koji je posredovao sam manifestira i u vanjskom odnosu prema trećemu, ali i obvezu da tu svoju dodatnu ovlast ostvaruje. U određenim slučajevima trgovački zastupnik posrednik ima pravo zahtijevati od nalogodavca da mu dade takvu punomoć za sklapanje posla. Nalogodavac sam odlučuje o sadržaju te punomoći, posebice glede poslova kod kojih ovlast trgovačkog zastupnika premašuje reklamaciju materijalnih nedostataka robe,<sup>59</sup> a u vezi sa smislenom primjenom čl. 809. ZOO-a.<sup>60</sup> Trgovačkom je zastupniku posebice potrebno dati odgovarajuće punomoći ako roba kojom trguje ima dnevnu prođu, primjerice potrošne živežne namirnice, i ako je homogena i standardizirana.<sup>61</sup>

Tako, primjerice, mali trgovački zastupnici stambenih štedionica ili osiguravajućih kuća moraju u pravilu ugovore za koje su posredovali podnijeti još i na potpis osiguravatelju ili stambenoj štedionici. Benzinske crpke mogu, međutim, same sklapati ugovore s kupcima jer inače sustav trgovačkog zastupanja u kojem se one nalaze nema smisla ustrojiti.<sup>62</sup>

Čl. 804. st. 1. ZOO-a usklađen je u tom dijelu s čl. 1. t. 2. Direktive 86/635 EEZ koja propisuje da trgovački zastupnik posreduje pri kupnji ili prodaji robe u ime druge osobe, odnosno nalogodavca, te da posreduje i sklapa takve poslove u ime i za račun nalogodavca. Nije stoga trgovački zastupnik tko u svoje ime sklapa poslove s klijentima.<sup>63</sup> Te su osobe, primjerice, posrednici u ugovaranju, komisionari, komisijski agenti ili tek kupci te trgovci na veliko, osobe koje tu robu u pravilu dalje preprodaju. Posredovanje oko sklapanja poslova karakteristično je po tome što trgovački zastupnik svojim zauzimanjem potiče klijente da sklapaju ugovore s nalogodavcem.<sup>64</sup> Nije stoga dovoljno da trgovački zastupnik dokaže kako je stvorio tek puku priliku za sklapanje posla, kao kod posredovanja u skladu s čl. 840. st. 1. i čl. 845. ZOO-a, ni da samo imenuje treću

<sup>59</sup> V. pravila čl. 57. i 58. ZTD-a o trgovačkom putniku koja treba na odgovarajući način primijeniti i na trgovačkog zastupnika.

<sup>60</sup> O tome v. na odgovarajući način pravila čl. 57. i čl. 58. ZTD-a o trgovačkom putniku.

<sup>61</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 8.

<sup>62</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 9.

<sup>63</sup> Tako sa stajališta odnosa trgovačkog zastupnika i komisionara Rastovčan, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50.

<sup>64</sup> Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I rbr. 11; *Grosskommentar Brüggmann*, § 84 Rbr. 21; Baumbach, Hopt, § 84 Rbr. 42; Heymann, Sonnenschein, Weitemeyer, § 84 Rbr. 38.

osobu principalu,<sup>65</sup> a da to pritom nije bilo konkretno povezano sa sklapanjem posla, kao što je primjerice slučaj s promidžbom, održavanjem kontakata s klijentelom te korisničkom podrškom.<sup>66</sup> Nije dovoljno ni da trgovački zastupnik prenese principalu svoj *know-how* na nekom, primjerice, inozemnom tržištu.<sup>67</sup> Agent nekog umjetnika je, primjerice, trgovački zastupnik ako je na tržištu pozicionirao njegove umjetnine, a ne i ako mu je samo organizirao termine, putovanja i *public relations*.<sup>68</sup> Osobe koje populariziraju određene industrije, primjerice pišu u časopisima ili na blogovima o automobilima ili pametnim telefonima, nisu trgovački zastupnici jer je njihova djelatnost u pravilu ograničena na puku promidžbu.<sup>69</sup> Posredovanje trgovačkog zastupnika mora ići dalje: on mora toliko nastojati oko dotične osobe da se očito vidi da je ugovoreni posao plod njegove djelatnosti.<sup>70</sup> Treba poći od okolnosti slučaja, a ne od toga kako se osoba koja posreduje formalno naziva.

Uzmimo, primjerice, nekog „slobodnog propagandista“ koji u robnoj kući prodaje ljepljive folije marke X. Ta se roba prodavala na dva mjesta, štanda, koja je za tu namjenu u robnoj kući zakupio proizvođač ljepljivih folija X. „Propagandist“ je proizvođaču redovito polagao račun o prodanoj robi i od naplaćene cijene zadržavao svoju proviziju iz koje je plaćao svoju radnu snagu. On je bio trgovački zastupnik usprkos tome što je i sam sebe nazivao „propangadistom“.<sup>71</sup>

Trgovačkom je zastupniku trajno povjerena zadaća da poduzima spomenute poslove u ime i za račun svog nalogodavca. Čl. 1. t. 2. Direktive 86/635 EEZ izričito propisuje da je trgovački zastupnik samostalni posrednik kojega je nalogodavac ovlastio odnosno stalno mu povjerio zadaću da za njega posreduje.<sup>72</sup> Ako nije drukčije ugovoreno, ugovor o trgovačkom zastupanju sklapa se na neodređeno vrijeme (čl. 827. st. 1. ZOO-a), riječ je o trajnom obveznopravnom odnosu (čl. 211. ZOO-a), a ne o pojedinačnom nalogu.<sup>73</sup> Konkretni ugovorni odnos trgovačkog zastupanja mora biti stalan, pa u tom smislu nije presudno

---

<sup>65</sup> Tako Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 55.

<sup>66</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 6.

<sup>67</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 6.

<sup>68</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 6.

<sup>69</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 6.

<sup>70</sup> Tako Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 55.

<sup>71</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 7. V. i BGH NJW 1982., str. 1757.

<sup>72</sup> Čl. 790. st. 1. starog ZOO-a preciznije je propisivao: „... obvezuje se zastupnik da se stalno brine da treće osobe sklapaju ugovore s njegovim nalogodavcem, i da u tom smislu posreduje između njih i nalogodavca ...“.

<sup>73</sup> Trajni obveznopravni odnos može se, također, uspostaviti lančanim obavljanjem pojedinačnih ugovora čime se uspostavlja poslovna veza između ugovornih strana. V. BGH NJW 1996., str. 848. V. i Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 21 I 2 Rbr. 10.

djeluje li trgovački zastupnik u nekom duljem ili kraćem razdoblju.<sup>74</sup> To ne podrazumijeva već samo po sebi da je trgovački zastupnik dužan za nalogodavca trajno obavljati djelatnosti posredovanja, a po ovlaštenju i ugovaranja. Obilježje stalnosti nije stoga oslonjeno samo na vremensku komponentu, *ratio legis* pravila čl. 804. ZOO-a i nadalje je neraskidivo povezan s tim da trgovački zastupnik ima na temelju čl. 811. st. 2. ZOO-a obvezu trajno posredovati oko sklapanja poslova i, dobije li za to potrebnu ovlast, sklapati poslove u ime nalogodavca. Prisilnopravne odredbe ugovora o trgovačkom zastupanju u korist trgovačkog zastupnika, kao i njegovo pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a – praktički i doktrinarno najvažnijeg pravila ugovora o trgovinskom zastupanju! – nalaze svoje uporište upravo u tome da trgovački zastupnik stalno radi za svog nalogodavca, odnosno trajno u njegovo ime obavlja svoje poslovne djelatnosti pregovaranja i ugovaranja. Takva specifična stalnost, trajnost zavrjeđuje trgovačkom zastupniku posebnu pravnu zaštitu.

Kad je riječ o tome da nalogodavac stalno, trajno, povjerava trgovačkom zastupniku da u njegovo ime poduzima spomenute poslove, pod povjeravanjem misli se na ovlast u smislu čl. 763. st. 1. ZOO-a tako da se trgovački zastupnik usporedno s tom ovlašću obvezuje djelovati u interesu svog nalogodavca. Ovlast vuče obvezu, kao i obrnuto. Uzmanjka li ta obveza, nije riječ o ugovoru o trgovačkom zastupanju, nego, ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, o ugovoru o posredovanju. Povjeravanje, ovlast, stalni su ako se djelatnost trgovinskog zastupnika odnosi na neodređeni broj sklapanja poslova te je ugovor o trgovačkom zastupanju sklopljen, upravo s obzirom na takav karakter, za stalno, na neko određeno vrijeme u kojem će trgovački zastupnik posredovati za više poslova, a ne tek jednokratno, odnosno za jedan ili nekoliko poslova. Može se smatrati u tom smislu da je riječ o trgovačkom zastupanju i kad se ugovor sklapa na neko izrazito kratko vrijeme, dan-dva ili na jedan tjedan, primjerice za vrijeme trajanja nekog sajma ili izložbe, ako je trgovački zastupnik za to vrijeme stalno ovlašten i dužan posredovati i ugovarati neodređen broj poslova.<sup>75</sup>

Sporan je element trgovačkog zastupanja uključenost trgovačkog zastupnika u principalov distribucijski sustav.<sup>76</sup> Tom obilježju ne može se u svakom slučaju osporiti značaj indicija u spornim situacijama, no ni izričaj ZOO-a ni njegova svrha ne nude razloge zbog kojih bi ga trebalo izdići na razinu elementa trgovačkog zastupanja. Pitanje je, k tome, koliko je to obilježje produktivno uzme li se u obzir da su njegove konture poprilično nejasne. Isto vrijedi i za uključenost

<sup>74</sup> Tako BGH NJW 1992., str. 2818, 2819.

<sup>75</sup> Tako Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 21, 22.

<sup>76</sup> Protiv tog elementa izjašnjava se Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 14, za taj element zauzima se, pak, Schmidt, K., § 27 I 2d.

u prodajnu mrežu. Očito je, međutim, da trgovački zastupnik obavlja gospodarstvu djelatnost posredovanja i ugovaranja poslova u ime i za račun principala, drugog poduzetnika, a ne samo radi stjecanja vlastite dobiti, i da je stoga vezan principalovim uputama. Trgovački zastupnik mogao bi istodobno posredovati oko sklapanja ugovora i kao trgovački posrednik (čl. 835. ZOO-a), no u svakom slučaju ne bez ikakvih daljnjih zadržki i za svog nalogodavca.

Uzmimo sljedeći primjer.<sup>77</sup> K je posredovanjem B-a kupio od M-a stan u apartmanskom naselju te je pored kupoprodajne cijene platio B-u i troškove obrade koji su iznosili 6% kupoprodajne cijene. K je tužbom zahtijevao da mu B vrati taj iznos. Ispostavilo se da su troškovi obrade zapravo posrednička provizija (čl. 844. ZOO-a). Posrednik gubi, međutim, pravo na proviziju ako je strana ugovora za koji je posredovao s njim interesno isprepletana (v. čl. 848. ZOO-a).<sup>78</sup> Ako je M svojim nalogom trajno povjerio B-u da za njega posreduje, on ne može kao posrednik zahtijevati od K-a proviziju, odnosno morat će K-u vratiti isplaćenu proviziju.<sup>79</sup>

#### 4. Pravna priroda ugovora o trgovačkom zastupanju

Predmet ugovora o trgovačkom zastupanju je obveza odnosno ovlast trgovačkog zastupnika da posreduje ili sklapa poslove između nalogodavca i trećega. Zbog toga je riječ o ugovoru kojim se trgovački zastupnik skrbi za poslove nalogodavca s činidbom koja je po svom karakteru služba na bazi naloga, mandata. Praktično značenje te pravne kvalifikacije je veliko. Na ugovor o trgovačkom zastupanju primjenjuju se na odgovarajući način pravila ugovora o nalogu, njegova je baza mandat trgovačkog zastupnika (čl. 763. do 784. ZOO-a). Glede inominatnog ugovora o službi značajnu ulogu ima ponajprije nepisano pravilo po kojem služboprimac ima pravo raskinuti ugovor o službi nakon proteka pet godina ako je ugovor o službi sklopljen na vrijeme dulje od pet godina, odnosno dok god je služboprimac živ ili radno aktivan; otkazni rok iznosio bi tada šest mjeseci.<sup>80</sup> Ugovor o trgovačkom zastupanju je uostalom kao i ugovor o službi

<sup>77</sup> Primjer daje Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27, I 2, Rbr. 11, prema BGH NJW 1992., str. 2818.

<sup>78</sup> V., primjerice, Bilić, A., *Pravni učinci posrednikove interesne isprepletenosti*, PuG 2/2012., str. 622 i nadalje.

<sup>79</sup> Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 11 prema BGH NJW 1992., str. 2818.

<sup>80</sup> V. u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava instruktivnu odredbu § 624 njemačkog BGB-a, kojoj je, štoviše, odgovarala odredba § 233 st. 3. Zakona o radnjama iz 1931.: „Ako je službeni odnos zaključen doživotno ili na vrijeme duže od pet godina, služboprimac može ovaj odnos raskinuti po proteku pet godina, pazeći na otkazni rok od šest mjeseci.“

trajan obveznopravni odnos jer je obim glavnih činidbi trgovačkog zastupnika povezan s vremenom u kojem je on te činidbe obvezan te ovlašten poduzimati.

Za ugovor o trgovačkom zastupanju je nadalje bitno da se čitav niz odredaba ZOO-a ne može isključiti ni ograničiti na štetu trgovačkog zastupnika. To proizlazi iz čl. 811. st. 3., 812. st. 3., 817. st. 3., 818. st. 4., 822. st. 3., 823. st. 7., 824. st. 3., 833. i 834. st. 3. ZOO-a. Zakon očito polazi od toga da trgovački zastupnik zavrjeđuje pojačanu pravnu zaštitu. Za nju je odlučujuće to što trgovački zastupnik trajno, stalno obavlja povjerene mu poslove, iz čega slijedi da je ugovorni odnos s nalogodavcem za trgovačkog zastupnika izvor prihoda iz kojih podmiruje svoje životne potrebe kao i to da je često u podređenom položaju prilikom pregovora s nalogodavcem.<sup>81</sup> Tome treba pridodati da je trgovački

---

Za analizu raskida ugovora o trgovačkom zastupanju po toj osnovi dragocjen je sljedeći primjer preuzet iz: Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 rbr. 40 prema BGH JZ 1970., str. 368. Društvo za proizvodnju naftnih prerađevina K sagradilo je na nekretnini B-a benzinsku crpku i sklopilo s B-om ugovor o stacioniranju benzinske crpke na 15 godina, s tim da se ugovor mogao dodatno produljiti ako bi K nakon isteka petnaestogodišnjeg roka platio B-u određeni dodatni iznos na ime troškova renoviranja benzinske crpke. B je pet godina nakon sklapanja ugovora sagradio na susjednom zemljištu auto-radionicu u kojoj je prodavao maziva K-ovih tržišnih konkurenata. Među stranama je potom došlo do spora te je B raskinuo ugovor uz šestomjesečni otkazni rok s osloncem na § 624 BGB-a, jer je ugovor trajao dulje od pet godina. Odredba § 624 BGB-a ne primjenjuje se, naime, samo na ugovore o radu, već na odgovarajući način pokriva i ugovore o službi, pa i trgovačke zastupnike koji nisu bliski radnicima. Pitanje je jesu li posebna pravila trgovačkog zastupanja potisnula primjenu spomenutih pravila o raskidu ugovora o službi. Generalno nisu. *Ratio legis* § 624 BGB-a je štitiiti osobnu slobodu, pa je stoga pravilo primjenjivo u načelu samo na fizičke, a ne i na pravne osobe. (Politeo, I., *op. cit.* u bilj. 1, str. 79, glede § 233 st. 3. Zakona o radnjama, ističe da bi bilo protivno načelu slobode čovjeka da ga se veže doživotno, odnosno pretjerano dugo uz jednog te istog službodavca.) Vladajuće pravno shvaćanje polazi od toga da pravilo treba, međutim, primijeniti općenito ako kod konkretnog ugovora prevladavaju elementi ugovora o službi, a ne samo ako ugovor sklapa neka fizička osoba. Ugovor o kojem je konkretno riječ nije običan ugovor o trgovačkom zastupanju. On sadržava i elemente ugovora o zakupu, što je rezultiralo time da K uloži značajna sredstva koja se trebaju amortizirati. Sud je stoga ispravno odlučio da ti aspekti ugovora otklanjaju primjenu § 624 BGB-a. Uzmimo i drugi primjer (Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 2 Rbr. 41 prema BGH BB 1978., str. 1335) kad se ugovorom točno propiše sadržaj usluga koje jedna strana pruža drugoj. Trgovačkom zastupniku bila je u skladu s tim samo trajno povjerena principalova klijentela. Sud je unatoč tome odlučio da je posrijedi odnos trgovačkog zastupanja te je slijedio vladajuće pravno shvaćanje po kojem primjena § 624 BGB-a ovisi o okolnostima pojedinog slučaja i o cjelokupnom sadržaju ugovora. Stoga je u ovom slučaju – za razliku od prvog – potvrdio primjenu § 624 BGB-a.

<sup>81</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 16.

zastupnik podvrgnut nalogodavčevim uputama unatoč tome što je samostalan, kao i svaki drugi trgovac.

Ugovor o trgovačkom zastupanju sadržava stoga određenu socijalnopravnu crtu koja ga u određenoj mjeri približuje ugovoru o radu. To posebice dolazi do izražaja kod trgovačkih zastupnika koji zastupaju samo jednog poduzetnika, nalogodavca,<sup>82</sup> ali u većoj ili manjoj mjeri, također, i kod brojnih drugih trgovačkih zastupnika. Sličan položaj trgovačkog zastupnika i radnika ne temelji se samo na kogentnom karakteru mnogih zakonskih odredaba, nego i u njihovoj sadržajnoj bliskosti kao što to dolazi do izražaja u čl. 834. st. 3. ZOO-a i čl. 102. te čl. 103. ZR-a. *De lege ferenda* položaj trgovačkog zastupnika koji je fizička osoba treba u tom smislu izjednačiti s položajem radnika kad je riječ o zaštiti radnog mjesta u slučaju poziva na služenje vojnog roka odnosno glede poboljšanja mirovinskog osiguranja osoba koje rade za privatnopravne poslodavce.<sup>83</sup> Pravo na posebnu naknadu, također, obilježavaju određeni, iako manje izraženi, socijalnopravni elementi.

## 5. Utjecaj Direktive 86/635 EEZ

Direktiva 86/635 EEZ utječe u velikoj mjeri na hrvatsko pravo trgovačkog zastupanja. Odredbe čl. 804. i nadalje ZOO-a usklađene su sa zahtjevima Direktive 86/635 EEZ, no još je važnije da se primjena ZOO-a u tom dijelu rukovodi načelima po kojima se pravila ugovora o trgovačkom zastupanju trebaju tumačiti i ubuduće usavršavati komforno s tom Direktivom.<sup>84</sup>

---

Njemačko pravo je ugovor o trgovačkom zastupanju uredilo još 1953. te su spomenuta obrazloženja izdvojena kao ključni motivi kogentnih pravila HGB-a kojima se štiti položaj trgovinskog zastupnika.

<sup>82</sup> V. u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava instruktivnu odredbu § 92a njemačkog HGB-a.

<sup>83</sup> V. u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava instruktivne odredbe § 8 njemačkog Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit. (ArbPLSchG-a) i § 17 st. 1. reč. 2. Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG-a).

<sup>84</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 18. Njemačko pravo je ugovor o trgovačkom zastupanju uredilo još 1953. te je tek neznatno izmijenjeno nakon donošenja Direktive 86/635 EEZ 18. prosinca 1986. Usprkos tome, naglašava se da od tada i na već otprije važeće njemačko pravo treba primijeniti standarde tumačenja i daljnjeg usavršavanja koje je komforno s Direktivom 86/635 EEZ. I tim odredbama koje su ostale naizgled neizmijenjene korespondira, također, odgovarajući režim Direktive 86/635 EEZ.

Praktičan značaj Direktive 86/635 EEZ izvodi se nadalje iz pravila o nadležnosti Europskog suda o prethodnim pitanjima koja se tiču valjanosti i tumačenja akata institucija EU-a, u skladu s čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU-a. U skladu s tim pravilima Europski sud obligatorno odlučuje o valjanosti i tumačenju direktiva EU-a, što se izravno odražava na primjenu pravila čl. 804. ZOO-a i nadalje u skladu sa zahtjevom da se pravila domaćeg prava tumače i ubuduće usavršavaju komforno s direktivama EU-a.<sup>85</sup>

Zapali bismo u sasvim drugu krajnost ako bi Europski sud uzeo sebi u nadležnost da također i u pojedinačnim slučajevima u potpunosti s pozicija Direktive 86/635 EEZ, odnosno njezinih unaprijed zadanih, nepromjenjivih obrazaca, konkretizira svojim tumačenjem pravne pojmove kao što su „samostalnost“, nepisani element trgovačkog zastupanja iz čl. 804. st. 1. ZOO-a, u skladu s čl. 1. st. 2. Direktive 86/635 EEZ i „opravdanost“ iz čl. 830. st. 1. ZOO-a u skladu s čl. 17. st. 2. a Direktive 86/635 EEZ. Tada bi, naime, Europski sud zadobio zapravo rang superinstancije što bi sa stajališta sudske nadležnosti bilo iznimno opasno.<sup>86</sup> Izlaz iz tog problema treba potražiti u tome da se nadležnost Europskog suda da odlučuje o prethodnim pitanjima tiče tumačenja isključivo onih pravnih pojmova koji su povezani s općenito, apstraktno formuliranim mjerilima, a nacionalnim sudovima treba prepustiti da i nadalje odlučuju o primjeni prava u konkretnim slučajevima.<sup>87</sup> Taj problem nije specifično povezan s ugovorom o trgovačkom zastupanju, riječ je o općenitom problemu primjene europskog privatnog prava.

U pravu trgovačkog zastupanja relevantan problem povezan je s tumačenjem načela savjesnosti i poštenja. Odredbe čl. 811. st. 1. i čl. 817. st. 1. ZOO-a propisuju, naime, po uzoru na čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 1. Direktive 86/635 EEZ, da su trgovački zastupnik i nalogodavac dužni postupati u skladu s načelom savjesnosti i poštenja. Hrvatski zakonodavac odlučio se u tom dijelu uskladiti se s odgovarajućim zahtjevima Direktive 86/635 EEZ usprkos tome što čl. 4. ZOO-a izričito i općenito nameće primjenu načela savjesnosti i poštenja u obveznim odnosima.<sup>88</sup> Takav pristup hrvatskog zakonodavca nameće pitanje je li se načelo savjesnosti i poštenja iz čl. 4. ZOO-a zbog toga u tom dijelu

<sup>85</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 19.

<sup>86</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 20.

<sup>87</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 20. U tom smjeru izjavnila se sudska praksa Europskog suda glede Smjernice o nepoštenim klauzulama u potrošačkim ugovorima, v. Europski sud od 1. travnja 2004., Rs. C-237/02 (Freiburger Kommunalbauten GmbH), Slg. 2004, I-3403, Tz. 21. Presuda je otisnuta i u časopisu NJW 2004., str. 1647.

<sup>88</sup> Njemački zakonodavac je to, primjerice, izričito otklonio s osloncem u čl. 4. ZOO-a odgovarajućeg § 242 BGB-a. V. BT-Drucks, 11/3077., str. 7.



izmijenilo, primjenjuju li se, dakle, na čl. 811. st. 1. i čl. 817. st. 1. ZOO-a spomenuta pravila tumačenja koje je komforno s Direktivom, odnosno budućeg usavršavanja koje se rukovodi europskim privatnim pravom. Takav pristup nije, međutim, dopušten ako se kosi s namjerom koju je imao domaći zakonodavac kad je uredio spomenuta pitanja. On bi stoga pogrešno iziskivao da se hrvatsko pravo u tom dijelu derogira te da se otvori prostor za izravnu primjenu Direktive 86/635 EEZ. Budući da tada nije posrijedi tumačenje Direktive 86/635 EEZ, nije dopušteno ni da se pokreću odgovarajući postupci pred Europskim sudom u skladu s čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU-a.

Sve da se hrvatsko pravo i nije na taj način pokušalo uskladiti sa zahtjevima Direktive 86/635 EEZ, odnosno da je pitanje postupanja u skladu s načelom savjesnosti i poštenja prepustilo matičnoj odredbi čl. 4. ZOO-a, domaći zakonodavac time nipošto ne bi prekršio svoje obveze da se uskladi sa zahtjevima čl. 3. st. 1. i čl. 4. st. 1. Direktive 86/635 EEZ. Odredbe čl. 811. st. 1. i čl. 817. st. 1. ZOO-a stoga su puki pleonazam. Europska unija nije, naime, ovlaštena da u skladu s čl. 288. st. 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije – po kojem je direktiva za države članice obvezujuća samo glede cilja koji se njome kani postići, a ne i glede forme i metode, sredstva – maltene u cijelosti preuzme nadležnosti od nacionalnih država članica (i da se na odgovarajući način proširi nadležnost Europskog suda propisana čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU-a) tako što će u direktive najednom početu unositi generalne klauzule koje se ionako razumiju već same po sebi i već odavno pripadaju pravnoj kulturi država članica.<sup>89</sup> S druge strane, takvim pristupom mogli bi se zaobilazno, postupno razvlastiti pravni poredci država članica, a da za takvu nadležnost nema nikakvog uporišta u Ugovoru o funkcioniranju Europske unije ni u nacionalnim propisima koji bi odobrili takav prijenos nadležnosti s nacionalne na europsku razinu.<sup>90</sup> Tomu se ne bi moglo prigovoriti da je EU mogao umjesto direktive izabrati uredbu kao sredstvo ujednačavanja prava država članica na ovom području. Upotreba tako rigidnog sredstva ujednačavanja europskog prava mogla bi potaknuti države članice, ovisno o okolnostima slučaja, da ospore EU-u nadležnost donošenja konkretne uredbe i da se to pitanje po potrebi razjasni pred Europskim sudom i/ili za to nadležnim nacionalnim sudom (direktiva se, pak, često donosi i provodi kako bi se poboljšala integracija ili iz drugih političkih stajališta te se pritom svjesno isključuje bilo kakva polemika povezana s

<sup>89</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 22. U tom smislu ostaje nedorečena sa stajališta hrvatskog prava. V. Sočo, D., *Direktiva o usklađivanju prava država članica EU u vezi sa samozaposlenim trgovačkim zastupnicima*, ZPFS 4/2020., str. 1041.

<sup>90</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 22.

pitanjima oko nadležnosti).<sup>91</sup> S druge strane, EU ne smije s obzirom na načelo supsidijarnosti i primjerenosti u postupanju, odnosno razmjernosti, tek tako, olako donositi uredbe ako bi se cilj koji se time kani postići, a koji je komforan s europskim pravom i koji stoga nema nikakav problem s nadležnošću, mogao ostvariti i direktivom.<sup>92</sup>

Direktiva 86/635 EEZ ograničuje slobodu ugovaranja u nizu slučajeva, o kojima se vodi računa u odredbama čl. 804. i nadalje ZOO-a. Pogrešno je, međutim, povrh tih izričitih ograničenja nametati daljnja nepisana ograničenja s obrazloženjem da bi se u suprotnom ugrozilo namjeravano ujednačavanje europskog prava, i to zbog mnoštva privatnopravnih autonomija koje bi iznjedrile svu silu različitih ugovora. Neodrživa je teza da bi se stoga pravila Direktive 86/635 EEZ morala prisilnopravno primjenjivati čak i na teret trgovačkog zastupnika. Time bi se, naime, povrijedila sloboda ugovaranja u vezi s načelom razmjernosti, primjerenosti u postupanju, koje nije zajamčeno samo Ustavom već, povrh toga, i europskim pravom; to bi bilo u očitom proturječju s temeljnim načelima europskog prava te bi izravno pridonijelo učinku prisilne kartelizacije.<sup>93</sup> Direktiva 86/635 EEZ utvrđuje, osim toga, izričito u nizu odredaba kao što su, primjerice, čl. 5., čl. 10. st. 4., čl. 11. st. 3., čl. 12. st. 3. i nadalje da su te odredbe sročene kao *ius cogens*; bilo bi nerazumno ako se inače ne bi polazilo od načela slobode ugovaranja, tako da važenje spomenutog načela posredno potvrđuje i sama Direktiva 86/635 EEZ.<sup>94</sup>

### III. SKLAPANJE I NEVALJANOST UGOVORA O TRGOVAČKOM ZASTUPANJU

#### 1. Prepreke valjanosti ugovora

Sklapanje i valjanost ugovora o trgovačkom zastupanju ravnaju se u načelu prema općim pretpostavkama domaćeg prava.<sup>95</sup> Čl. 806. ZOO-a, kao i čl.

<sup>91</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 22.

<sup>92</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 22.

<sup>93</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 23.

<sup>94</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 23.

<sup>95</sup> To stajalište nije suprotno odluci Europskog suda od 30. travnja 1998., Rs. C-215/97 (Bellone), Slg. 1998., I-2191, jer obrazloženja pod njezinom t. 14. – iako ni ona, kako su napisana, nisu lišena svake dvojbe – polaze s obzirom na ukupni kontekst od toga da nisu dopušteni samo oni uvjeti valjanosti koji se specifično tiču upravo ugovora o trgovačkom zastupanju poput spornog zahtjeva za upis trgovačkog zastupnika u neki državni registar te su takvi specifični zahtjevi u tom smislu bliski zahtjevu za formom koji Smjernica 86/635 EEZ dopušta glede valjanosti ugovora o

791. starog ZOO-a, propisuje da ugovor o trgovačkom zastupanju mora biti sklopljen u pisanom obliku. Zakonom je, dakle, propisano da je pisana forma uvjet valjanosti ugovora o trgovačkom zastupanju. Hrvatsko pravo iskoristilo je time opciju koju nudi čl. 13. st. 2. Direktive 86/653 EEZ. Opći režim Direktive 86/653 EEZ polazi, pak, od toga da svaka strana ima pravo zahtijevati od druge strane potpisanu ispravu kojom se potvrđuje sadržaj ugovora, što pored početnih uključuje i naknadno dogovorene uvjete (čl. 13. st. 1. Direktive 86/635 EEZ). Izričito se pritom propisuje da odustajanje od ovog prava nije dopušteno (čl. 13. st. 1. reč. 2. Direktive 86/635 EEZ). Trgovačke ugovore karakterizira neformalnost pa je stoga promašeno kod ugovora o trgovačkom zastupanju, kao klasičnog trgovačkog ugovora, ustrajati na tome da mora biti sklopljen u pisanom obliku. Ugovori o komisiji i posredovanju su neformalni, pa je tim logičnije da isto vrijedi i za trgovačko zastupanje. *De lege ferenda* treba umjesto forme kao uvjeta valjanosti kognentno učvrstiti primjenu instituta pisane potvrde usmeno sklopljenog ugovora iz čl. 287. ZOO-a u skladu sa spomenutim zahtjevom čl. 13. st. 1. reč. 2. Direktive 86/635 EEZ. U skladu s tim, odredba čl. 806. ZOO-a glasila bi „svaka strana ima pravo od druge zahtijevati da joj u pisanom obliku potvrdi sadržaj ugovora i naknadne izmjene ugovora. Ovo pravo ne može se isključiti.“ Izostane li u tom slučaju pisana potvrda neformalno sklopljenog ugovora o trgovačkom zastupanju, posljedice se ravnaju prema općim pravilima instituta pisane potvrde.<sup>96</sup> Posljedica nipošto nije stoga ništetnost ugovora o trgovačkom zastupanju, već ponajprije odgovornost za naknadu štete prema mjerilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa.<sup>97</sup>

Na temelju čl. 294. ZOO-a moguće je da se ugovor o trgovačkom zastupanju naknadno osnaži usprkos tome što mu nedostaje potreban oblik. Ugovor za čije se sklapanje zahtijeva pisani oblik smatra se valjanim iako nije sklopljen u tom obliku ako su ugovorne strane ispunile, u cijelosti ili u pretežitom dijelu, obveze koje iz njega nastaju, osim ako iz cilja radi kojeg je oblik propisan očito ne proizlazi što drugo (čl. 294. ZOO-a).

Nema zapreke ni da se ugovorne strane sporazumiju u skladu s čl. 289.

---

trgovačkom zastupanju. Europski sud nije stoga ni mogao ulaziti, a nije ni ulazio u to jesu li ispunjene opće pretpostavke valjanosti ugovora koje su propisane pravom država članica jer slučaj o kojem je konkretno bila riječ nije ni dao povoda da se Direktiva 86/635 EEZ tumači u tom smislu. U svakom slučaju da se Europski sud morao o tome izričito potvrdno izjasniti, to bi dovelo do teško sagledivih krajnje bizarnih posljedica. Navedeno prema Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 24. Njemačko i austrijsko pravo, primjerice, ne propisuju zakonom formu kao uvjet valjanosti ugovora o trgovačkom zastupanju.

<sup>96</sup> Poblžie o tome Miladin, P., *op. cit.* u bilj. 34, str. 948 i nadalje.

<sup>97</sup> Tako Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 38.

ZOO-a da dodatan poseban oblik – primjerice javnobilježničko ovjerovljivanje – bude uvjet valjanosti njihova namjeravanog ugovora. Treba tada u načelu uzeti da ugovor nije ni sklopljen niti je valjan dok strane u pisanom obliku ne potvrde ugovor. Strane mogu, primjerice, osnažiti svojim konkludentnim ponašanjem ugovor o trgovačkom zastupanju kojem nedostaje potrebna ugovorena pisana forma ako su ga svejedno počele ispunjavati iako se nisu bile usuglasile o nekom određenom pitanju koje je ionako trebalo postati relevantno tek po prestanku ugovora.<sup>98</sup>

## 2. Pravni učinci nevaljanih ugovora o trgovačkom zastupanju

Dvojbena je hoće li ništetnost i pobojnost ugovora o trgovačkom zastupanju dovesti do normalnih, redovnih pravnih učinaka – hoće li se ono što je ispunjeno rastaviti i vraćati po restitucijskim odnosno kondikcijskim pravilima *ex tunc* – ili će, pak, nakon što se ugovori ispune u cijelosti ili u znatnom dijelu, doći u načelu samo do njihove likvidacije sa *ex nunc* učincima.<sup>99</sup> Jesu li se, dakle, sudionici pravnog i poslovnog prometa bili kadri s povjerenjem pouzdati u to da su manjkavi ugovori o trgovačkom zastupanju opstojni, i to u toj mjeri da nužno treba posegnuti za pravilima o njihovoj likvidaciji sa *ex nunc* učincima? Analizu tog problema treba na odgovarajući način izložiti i sa stajališta hrvatskog prava pri čemu su instruktivna shvaćanja njemačkog prava. Vladajuće pravno shvaćanje njemačkog prava daje prednost potonjem konceptu, posebice ako je trgovački zastupnik gospodarski i socijalno nedvojbena podvrgnut nalogodavcu te ga je prema tome potrebno štititi poput radnika.<sup>100</sup>

To stajalište nailazi u svakom slučaju na snažnu kritiku koja mu spočitava da ne daje valjane razloge koji bi opravdali tako oštar, *praeter legem*, prodor u sustav učinaka ništetnosti i pobojnosti koji dovodi u tom smislu do svojevrsnog „novog normalnog“ u doktrini obveznog prava.<sup>101</sup> Treba u svakom slučaju ispitati moguće poveznice s nevaljanim radnim odnosom jer jednostavno nema pravila po kojem bi ništetnost odnosno pobojnost trajnih obveznih odnosa dovodila općenito samo do likvidacije s učincima *pro futuro*. Za ugovor o radu na odgovarajuće pravilo mogao bi uputiti čl. 102. st. 7. ZR-a koji prijeći poslodavcu pozivati se na ništetnost ugovora o radu koji je sklopio s maloljetnikom ili radnikom koji je primao plaću nižu od prosječne plaće u RH.

<sup>98</sup> V. u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava instruktivnu odluku BGH NJW 1983., str. 1727, 1728.

<sup>99</sup> Tu temu otvara glede prestanka trajnih obveznih odnosa otkazom odnosno raskidom, Tot, I., *Prestanak trajnih obveznih odnosa*, ZPFR 3/2018., str. 1171 i nadalje.

<sup>100</sup> V. u tom smislu BGHZ 53, 152, 159; BGHZ 129, 290, 293.

<sup>101</sup> Tako prije svih Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 27.

Dvojbena je, međutim, uvjerljivost teze da se pravila koja vrijede za nišetne i pobojne radne odnose trebaju prenijeti na odgovarajući način i na nišetne, pobojne ugovore o trgovačkom zastupanju. Takav *praeter legem* pristup nije potreban jer već i kondikcijska i restitucijska pravila u dovoljnoj mjeri uređuju tu materiju u ionako rijetkim slučajevima u kojima je trgovačkog zastupnika potrebno dodatno štiti jer je po svom položaju blizak radniku.<sup>102</sup> Ugovor o trgovačkom zastupanju nije u tom smislu uopće skopčan s određenim teškoćama, poput vraćanja godišnjeg odmora, neradnih dana, mirovinskih i zdravstvenih doprinosa, koje inače snažno opterećuju restituciju kod nevaljanog radnog odnosa. Pravo trgovačkog zastupnika na naknadu, proviziju, u središtu je, naime, svake potencijalne restitucije, a na nju je funkcionalno potpuno prikladno primijeniti pravila neopravdanog obogaćenja odnosno restitucije. Na temelju čl. 323. st. 1. i čl. 322. st. 1. ZOO-a, ako se narav onoga što je ispunjeno protiv vraćanju, platit će se naknada prema cijenama u vrijeme donošenja sudske odluke. Funkcionalno istu zadaću imaju pravila čl. 1111. st. 1. i 2. ZOO-a koja govore o „naknadi vrijednosti postignute koristi“ i „stjecanju koristi izvršenom radnjom“. Stečeno bez osnove obuhvaća stoga i stjecanje koristi izvršenom radnjom. Drugim riječima, nalogodavac na temelju čl. 323. st. 1. i čl. 322. st. 1. ZOO-a duguje trgovačkom zastupniku za njegove usluge uobičajenu ili podredno primjerenu proviziju.<sup>103</sup> Trgovački zastupnik mora u svakom slučaju dobiti odgovarajuću naknadu jer se nalogodavac u načelu, u skladu sa pravilima vladajuće teorije salda, ne može pozvati na to da ga usluge trgovačkog zastupnika nisu ni u čemu obogatile odnosno da je takvo obogaćenje naknadno otpalo pa da u času vraćanja zapravo nema više što vratiti trgovačkom zastupniku.<sup>104</sup> Kon-

<sup>102</sup> Tako prije svih Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 27.

<sup>103</sup> Tako u njemačkom pravu sa stajališta § 818 st. 2. BGB-a koji propisuje: „Stjecatelj treba naknaditi vrijednost ako vraćanje nije moguće zbog svojstava stečenog ili ako to nije sposoban iz nekih drugih razloga.“, Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I rbr. 27.

<sup>104</sup> O teoriji salda u hrvatskom pravu v. Vedriš, M., *Opći dio građanskog prava po Zakonu o obveznim odnosima*, u: Goldštajn, A. (red.), *Obvezno pravo*, prva knjiga, 2., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1979., str. 336 i nadalje. V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I rbr. 27. Hrvatsko pravo nema, za razliku od njemačkog § 818 st. 3. BGB-a, izričito pravilo po kojem se obveza vraćanja ili naknade vrijednosti isključuje ako stjecatelj nije više obogaćen. To se pravilo daje, međutim, teleološkim tumačenjem izvoditi iz čl. 1117. u vezi s čl. 1115. i 1116. ZOO-a koji vode računa o tome je li stjecatelj bio pošten. Bit je u tome može li se poštenu stjecatelj s povjerenjem pouzdati u to da je trajno, a ne tek privremeno, stekao određene predmete te može li se osloboditi svoje odgovornosti da te predmete ili njihovu vrijednost vrati kondikcijskom vjerovniku ako više od toga nema koristi zbog nekog razloga koji mu se ne daje pribrojiti.

dikcijska pravila neće, međutim, štiti nalogodavca ako je ugovorena provizija bila viša od uobičajene ili primjerene provizije, no za tu tezu nema mjesta upravo u onim situacijama u kojima bi se nalogodavca, bez ikakve zadržke, generalno, odnosno neovisno o okolnostima pojedinog slučaja, kondikijski obvezivalo da „vrati“ takvu višu ugovorenu proviziju usprkos tome što je ugovor ništetan općenito, pa je tako ništetna i njegova odredba o proviziji posebno.<sup>105</sup> S druge strane, ako bi razlog koji je doveo do ništetnosti ugovora bio upravo u postignutom nevaljanom dogovoru o proviziji kao što je to sa zelenaškom ili sličnom tzv. „predatorskom provizijom“ koja je toliko sramotno niska da trgovačkom zastupniku nije dostatna ni da iz nje pokrije svoje najosnovnije troškove, a kamoli da se njome uspostavi ravnoteža s uslugom koju je trgovački zastupnik zauzvrat pružio „nezajzljivom nalogodavcu“, trgovačkom zastupniku pomaže upravo to što se pritom može pozvati na primjenu čl. 323. st. 1. i čl. 322. st. 1. ZOO-a u vezi s čl. 1111. st. 2. ZOO-a te zahtijevati naknadu vrijednosti uobičajene ili primjerene provizije.<sup>106</sup> Pritom se nalogodavac ne bi mogao pozivati na to da je takva ništetna ugovorena provizija bila za njega „žrtvena granica“ te da trgovački zastupnik nema u tom smislu u restitucijskom postupku koji se odvija po kondikijskim pravilima pravo tražiti ni lipe više povrh ugovorene provizije.<sup>107</sup> Ako je nalogodavac, naime, primajući usluge trgovačkog zastupnika prekršio zakonsku zabranu ili pravila poslovnog morala, on je tu činidbu dužan vratiti od časa kad ju je primio.<sup>108</sup> No, to nipošto ne znači da će umjesto tih činidbi koje mu je trgovački zastupnik pružio vratiti trgovačkom zastupniku u kondikijskom, restitucijskom postupku koristi koje je stekao tim činidbama, a koje bi bile zaračunate po nemoralno niskim, ništetno ugovorenim, vrijednostima. Ide se, dakle, kao što je rečeno, na povrat uobičajene, primjerene provizije koja ispravnije odražava stjecanje koristi izvršenom radnjom u smislu čl. 1111. st. 2. ZOO-a u vezi s čl. 323. st. 1. i čl. 322. st. 1. ZOO-a.

Kao što se problem vraćanja provizije daje rješavati pravilima neopravdanog obogaćenja, tako su se pravila neopravdanog obogaćenja kadra nositi i s problemima vraćanja posebne naknade iz čl. 830. ZOO-a. Ako bi ta pravila koji put zaista i dovela do rezultata koji ne bi bili pravični, daleko bolje je rješenje da se nalogodavcu uz pomoć prigovora zlouporabe prava, posebice zabrane pro-

<sup>105</sup> Za analizu ove situacije instruktivna je i sa stajališta hrvatskog prava odluka BGHZ 53, 152, o kojoj će se dalje u tekstu pobliže govoriti.

<sup>106</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 27.

<sup>107</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 27.

<sup>108</sup> V. u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava instruktivno pravilo § 819 st. 2. BGB-a.

turječnog postupanja (*non venire contra factum proprium*), zapriječi pozivati se na ništetnost nego da se masivnim *praeter legem* tumačenjem zadre u samu strukturu obligacija tako što će se ništetnost odnosno pobojnost ugovora nadomjestiti pukom likvidacijom tih ugovora s učincima *pro futuro*.<sup>109</sup> Takav pristup potvrđuju druga bitna područja koja se susreću s odgovarajućim problemima, a koja s njima izlaze na kraj pomoću klasičnih kondicijskih instrumenata poput slučaja kada je nalogodavac pobio ugovor zbog prijevare ili prisile trgovačkog zastupnika u skladu s čl. 284. i 279. ZOO-a ili ako se ugovorom povrijedila neka zakonska zabrana u smislu čl. 323. st. 1. ZOO-a, a trgovački zastupnik je za to znao.

Sa stajališta hrvatskog prava instruktivno je s tog aspekta analizirati odluku njemačkog BGH-a u predmetu tzv. „promidžbenog filma“, BGHZ 53, 152. U toj je odluci BGH zauzeo stajalište da ugovor o trgovačkom zastupanju krši § 134 BGB-a (tom pravilu sa stajališta hrvatskog prava odgovara čl. 323. st. 1. ZOO-a u dijelu u kojem propisuje da je ugovor ništetan ako se njime krše zakonske zabrane) jer su strane njime ugovorile prikazivanje promidžbenog filma koje je bilo zabranjeno i kažnjivo, kao i da trgovačkom zastupniku ipak treba priznati pravo na ugovorenu proviziju ako nije bio svjestan kažnjivosti svoje činidbe. Nema nikakve dvojbe, treba u konačnici podržati pravno shvaćanje po kojem je tada ugovor o trgovačkom zastupanju ništetan i po kojem trgovački zastupnik nije usprkos tome bio dužan vratiti nalogodavcu proviziju koju je primio. U suprotnom bi se neosnovano dopustilo izigravanje pravila po kojem je restitucija isključena ako osoba koja je ispunila činidbu suprotnu prisilnim propisima ili pravilima morala snosi odgovornost za tu povredu.<sup>110</sup> Pravo na restituciju nije, pak, isključeno ako se činidba tada sastojala u preuzimanju obveze; ne može se zahtijevati vraćanje onoga što je stjecatelju ispunjeno radi podmirenja te obveze.<sup>111</sup> Ograničenje primjene čl. 323. st. 1. ZOO-a ne može se, međutim, braniti sa subjektivnog stajališta, kako je to učinio BGH. Nije, štoviše, ni jasno kako bi se ova odluka mogla uspješno uklopiti u koncept puke likvidacije nevaljanog ugovora o trgovačkom zastupanju *pro futuro*. Posebnost ovog slučaja očitovala se, između ostalog, u tome da je nalogodavac obećao

<sup>109</sup> Tako, prije svih Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 27, sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava. Sa stajališta hrvatskog prava i instituta *condictio ob turpem vel injustam causam* v. Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 104, str. 338.

<sup>110</sup> Pravilo se nadovezuje na § 817 reč. 2. BGB-a. Primjer tog pravila je čl. 102. st. 7. ZR-a koji priječi poslodavcu pozivati se na ništetnost ugovora o radu koji je sklopio s maloljetnikom ili radnikom koji je primao plaću nižu od prosječne plaće u RH. Sa stajališta hrvatskog prava i instituta *condictio ob turpem vel injustam causam* v. Vedriš, M., *op. cit.* u bilj. 104, str. 338.

<sup>111</sup> V. i sa stajališta hrvatskog prava instruktivno pravilo § 817 reč. 2. BGB-a.

platiti trgovačkom zastupniku proviziju na temelju zasebnog sporazuma o garanciji te je u tom smislu ona nadilazila redovnu proviziju na koju trgovački zastupnik inače ima pravo. Pravo trgovačkog zastupnika nije se stoga u ovom slučaju temeljilo na pravilima neopravdanog obogaćenja, no upravo zato bilo je potrebno utvrditi da ga je usprkos povredi čl. 323. st. 1. ZOO-a bilo potrebno izričito priznati *obiter dictum*. BGH je u tom smislu, bez ikakvog posebnog sustavnog isticanja, zaključio: „...ne može se dopustiti da nalogodavac uživa koristi od toga što je trgovački zastupnik prikazivao film, a da pritom trgovačkom zastupniku nije dužan platiti naknadu za usluge koje mu je pružio.“<sup>112</sup> Klasičan argument u prilog prigovoru zlouporabe prava upravo je to što bi jedna strana mogla zadržati korist koju je namaknula iz nekog ništetnog ugovora, a da pritom nije zauzvrat dala protučinidbu.<sup>113</sup> Slučaj se stoga bez daljnjega mogao riješiti uz pomoć instituta zabrane zlouporabe prava kao što je uostalom BGH NJW 1981., str. 1440, u usporedivom slučaju, isključio na taj način prigovor ništetnosti glede povrede spomenutog § 138 BGB-a.<sup>114</sup> To rješenje pruža dvostruku prednost: s jedne strane osigurava jedinstvenu primjenu doktrinarnih načela i u usporedivim situacijama koje pripadaju u druga područja te, s druge strane, pruža dovoljnu fleksibilnost koju zahtijeva odgovor na pitanje koje ovisi o okolnostima pojedinog slučaja – mora li se po zakonu zaista dosuditi upravo ugovoreni iznos provizije ili se mora poći od toga da se prizna uobičajena ili primjerena provizija u skladu s pravilima čl. 1111. st. 2. ZOO-a u vezi s čl. 323. st. 1. i čl. 322. st. 1. ZOO-a.<sup>115</sup> O tom pitanju treba u svakom slučaju raspravljati, ne može ga se isključiti pukom odlukom da se problem riješi pukom likvidacijom nevaljanog ugovora s učincima *pro futuro*.<sup>116</sup>

---

<sup>112</sup> BGHZ 53, 152, 159.

<sup>113</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 28.

<sup>114</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 28.

<sup>115</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 28.

<sup>116</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 28.



#### IV. OBVEZE TRGOVAČKOG ZASTUPNIKA

##### 1. Obveza da se trudi oko posredovanja ili sklapanja poslova i da se pritom skrbi o interesima nalogodavca

Obveze trgovačkog zastupnika obilježene su pravnom prirodom ugovora o trgovačkom zastupanju koja im je utisnula upečatljive karakterne crte ugovora o nalogu i službi. Obveze trgovačkog zastupnika iz čl. 811. st. 1. 2. ZOO-a imaju stoga tek nešto više od pukog deklaratornog karaktera jer iz čl. 765. ZOO-a ionako proizlazi da se trgovački zastupnik obvezan *truditi oko posredovanja ili sklapanja poslova te da se pritom mora skrbiti o interesima nalogodavca*.<sup>117</sup> Obveza trgovačkog zastupnika čuvati tajnim sve činjenice i sudove koje nalogodavac štiti s naslova poslovne, profesionalne ili službene tajne, pa i nakon prestanka ugovora (v. čl. 814. ZOO-a), potvrđuje njegovu širu, temeljnu obvezu skrbiti se o interesima nalogodavca. I obveze obavješćivanja, u biti izvještavanja i priopćavanja, iz čl. 812. st. 1. i 2. ZOO-a – uključujući i o poslovima koje je sklopio kršeći ugovor<sup>118</sup> – izvorno su, također, obveze nalogoprimca kao što je to matematično propisano čl. 768. i 769. ZOO-a (polaganje računa, podnošenje izvješća). Trgovački zastupnik je, naime, dužan dati nalogodavcu izvještaj o svemu što je potrebno, poglavito o svakom pojedinom poslu za koji je posredovao ili ga je sklopio. Trgovački zastupnik ne bi se mogao u jednom ugovoru pojaviti kao zastupnik objiju ugovornih strana ili kao posrednik i jedne i druge.<sup>119</sup> Sukobili se njegovi vlastiti interesi s interesima nalogodavca, prednost treba dati nalogodavčevim interesima, primjerice svoj godišnji odmor uskladiti s godišnjim odmorom važnih nalogodavčevih klijenata.<sup>120</sup>

Posebnost je u tome što obveze trgovačkog zastupnika iz čl. 811. st. 1. i 2. te čl. 812. st. 1. i 2. ZOO-a imaju na temelju čl. 811. st. 3. te čl. 812. st. 3. ZOO-a po uzoru na čl. 5. Direktive 86/635 EZ prisilan karakter. Od pravila čl. 811. st. 1. i 2. te čl. 812. st. 1. i 2. ZOO-a ne može se u načelu odstupiti ni ako bi to bilo u korist trgovačkog zastupnika. Takav pristup dade se opravdati time što susrećemo i tržišno jake trgovačke zastupnike naspram kojih nalogodavce treba zaštititi od toga da se njihove obveze ne suze, ali i time da ugovoru o trgovačkom zastupanju kao zakonom uređenom tipu ugovora treba dati čvrste

<sup>117</sup> Isto je, doduše nespretno sročeno, propisano čl. 3. Direktive 86/653 EEZ: „... trgovački zastupnik mora: a) uložiti odgovarajući trud radi posredovanja, ako je potrebno, pri sklapanju posla koji mu je povjeren na obavljanje;“.

<sup>118</sup> Tako BGH NJW 1996., str. 2097.

<sup>119</sup> Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50, 51.

<sup>120</sup> Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50.

obrise.<sup>121</sup>

Prisilni učinak treba ograničiti na obveze truda, skrbi, izvještavanja i priopćavanja trgovačkog zastupnika kao takve, treba ih vezati uz njihovu kodificiranu jezgru.<sup>122</sup> Pravila čl. 811. st. 3. te čl. 812. st. 3. ZOO-a ne smiju prepriječiti put ugovornom konkretiziranju obveza trgovačkog zastupnika, primjerice „poduzimanju svega što je potrebno“ u smislu truda iz čl. 811. st. 1. ZOO-a ili izvještavanja iz čl. 812. st. 2. ZOO-a.<sup>123</sup> Takvo tumačenje ne podupiru, na žalost, toliko već i sami naslovi dotičnih pravila (skrb o interesima nalogodavca, dužnost obavješćivanja) - zakonodavac je trebao tek općenito naznačiti da je riječ o obvezama trgovačkog zastupnika – koliko to da bi se u suprotnom takvim ograničavanjima ustavom zajamčene slobode ugovaranja povrijedila zabrana nerazmjernosti, neprimjerenosti u postupanju.<sup>124</sup> Ono se, međutim, izvodi teleološkim sagledavanjem odnosa između generalne obveze trgovačkog zastupnika da „u svim poslovima“ postupa u skladu s razumnim uputama nalogodavca iz čl. 811. st. 2. ZOO-a za koju vrijedi kogentan režim čl. 811. st. 3. ZOO-a i u načelu dispozitivnih konkretnih obveza trgovačkog zastupnika iz čl. 813. ZOO-a prilikom pojedinačnih posredovanja i sklapanja „ugovora“. Nalogodavac ne mora stoga nužno diktirati trgovačkom zastupniku koliko će ga često i u kojem obliku izvještavati, no trgovački zastupnik mora voditi računa o tome da nalogodavca primjerenom informira.<sup>125</sup> Povredom konkretnih obveza izvještavanja, koje strane u času sklapanja ugovora nisu ni imale u vidu, koje će nastati silom prilika, trgovački zastupnik krši svoje obveze obazrivosti, odnosno zakonski obvezni odnos bez primarne obveze na činidbu,<sup>126</sup> što ovisno o okolnostima slučaja može dovesti, osim da odgovornosti za naknadu štete, i do izvanrednog otkaza ugovora; riječ je, primjerice, o zaštiti nalogodavčeve robe od krađe, sklapanju posla za koji zna da nalogodavac nije zainteresiran (npr. zbog poteškoća u isporuci, smanjenja cijene, potrebe davanja osiguranja i sl.) ili aljkavosti prilikom ispitivanja boniteta i kredibiliteta nalogodavčeva suugovara-

<sup>121</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 30.

<sup>122</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 31.

<sup>123</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 31.

<sup>124</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 31.

<sup>125</sup> Tako Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 IV 1 Rbr. 42.

<sup>126</sup> O tome v., primjerice, Miladin, P., *Bankarsko obavješćavanje i društva za zaštitu kreditne sigurnosti*, ZPFZ 2/2001., str. 348 i 369.

telja.<sup>127</sup> U tom je smislu ispravno zaključiti da trgovački zastupnik mora znati i ono što nije poznato njegovu nalagodavcu.<sup>128</sup>

Zakonsko cementiranje svih obveza, i općih i konkretnih, trgovačkog zastupnika protivno je načelu primjerenosti u postupanju, a u nedostatku legitimnog cilja koji se time štiti i bilo kojoj razumnoj potrebi da se to tako propiše.<sup>129</sup> Čl. 5. Direktive 86/635 EZ propisuje uostalom samo obveze trgovačkog zastupnika kao takve (da se trudi, postupa po razumnim nalogima nalagodavca i priopćava nalagodavcu potrebne podatke), a da pritom potpuno ne determinira svaku njihovu konkretizaciju.<sup>130</sup> Ugovori o trgovačkom zastupanju u pravilu konkretiziraju obveze trgovačkog zastupnika da se skrbi o interesima nalagodavca tako što ga obvezuju da: drži skladište za principalovu robu, bavi se promidžbom principalovih proizvoda, ulaže u visoke standarde obuke svojih zaposlenika koji rukuju principalovim proizvodima i sl.

Ako bi se uostalom i odstupilo od spomenutih obveza trgovačkog zastupnika, takvi dogovori ne bi bili već sami po sebi ništetni, već bi se mogli tumačiti tako da uopće nije ni sklopljen ugovor o trgovačkom zastupanju, nego drugi tip ugovora ili, pak, neki ugovor koji se nije tipizirao u pravnom i poslovnom prometu.<sup>131</sup> Odredbe čl. 811. st. 3. i čl. 812. st. 3. ZOO-a ne prisiljavaju ni u kojem slučaju ugovorne strane da se odluče upravo za ovaj tip ugovora.

Treba uzeti da se ne mora nužno raditi ni o trgovačkim ugovorima kako bi to inače proizlazilo iz doslovnog tumačenja odredbe čl. 811. st. 3. ZOO-a u dijelu u kojem se zahtijeva da trgovački zastupnik postupa pažnjom dobrog gospodarstvenika. Trgovački zastupnik ne mora nužno biti trgovac, moguće je da kao trgovački zastupnik nastupi fizička osoba na koju se primjenjuju blaža pravila o pažnji dobrog domaćina. Teleološkom redukcijom treba u tom smislu suziti primjenu čl. 811. st. 3. ZOO-a usprkos tome što ta odredba izravno upućuje na potpuni kogentni karakter obveza propisanih čl. 811. st. 2. ZOO-a.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> V. Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50. Tako sa stajališta njemačkog prava Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 IV 1 Rbr. 42.

<sup>128</sup> Tako Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 50.

<sup>129</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 31.

<sup>130</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 31.

<sup>131</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 31.

<sup>132</sup> V. u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava § 86 st. 4. HGB-a koji ne propisuje da je ništetna odredba ugovora kojom se odstupa od § 86 st. 3. HGB-a po kojem se trgovački zastupnik dužan pridržavati svojih obveza primjenjujući pažnju poštenog trgovca.

## 2. Konkretiziranje obveza trgovačkog zastupnika putem uputa nalogodavca i mogućnost nametanja politike cijena

Trgovački zastupnik dužan je u načelu slijediti razumne upute svog nalogodavca. To se osim na čl. 811. st. 2. ZOO-a temelji već i na čl. 765. i 766. ZOO-a jer je ugovor o trgovačkom zastupanju po svojoj pravnoj prirodi nalog s karakterističnom činidbom koju dodatno preciziraju elementi službe, mandata. Čl. 3. st. 1. c) Direktive 86/635 EZ propisuje, također, spomenutu obvezu. Pravo nalogodavca da daje trgovačkom zastupniku upute jedna je od najupečatljivijih karakteristika ugovora o trgovačkom zastupanju. Ono je tipično za ugovor o trgovačkom zastupanju.

Pritom ne treba ni u kojem slučaju brkati radnopravne upute s onima iz ugovora o nalogu. Položaj nalogoprimca, služboprimca, pa u tom smislu i trgovinskog zastupnika, daleko je u tom dijelu samostalniji od položaja u kojem se glede poslodavčevih uputa nalazi radnik. No to ni u kojem slučaju ne znači da se trgovački zastupnik razlikuje od radnika po tome što on, za razliku od radnika koji je u načelu vezan uputama svog poslodavca, njima u načelu nije vezan. Takvo tumačenje bilo bi rezultat krive procjene mogućnosti usklađivanja nacionalnog prava sa zahtjevima čl. 3. st. 1. c Direktive 86/635 EZ. Sa stajališta čl. 5. Direktive 86/635 EZ obveza da se slijede upute ima štoviše u načelu prisilnopravni karakter te nema prostora da nacionalna prava od toga odstupe. Dužnost postupanja po uputama nalogodavca ne čini trgovačkog zastupnika u pravnom smislu osobno ovisnim o nalogodavcu.<sup>133</sup>

Granice nalogodavčeva prava da trgovačkom zastupniku daje upute određene su ponajprije njegovom pravnom prirodom. Budući da je riječ o konstitutivnom, preobražajnom pravu pomoću kojeg se konkretizira, upotpunjuje već prije okvirno uspostavljeni odnos među ugovornim stranama, njime se mogu konkretizirati samo već ranije obveze trgovačkog zastupnika tako da ono ne pruža nikakvu osnovu na temelju koje bi se trgovačkom zastupniku nametale neke nove obveze koje do tada uopće nije ni preuzeo.<sup>134</sup> Upute se moraju odnositi na izvršenje ugovorom preuzetog zadatka. Uvijek će stoga trebati u konačnici ispitati tumačeći čl. 811. st. 1. ZOO-a, a po potrebi i konkretni ugovor u vezi s pojedinačnim uputama na tragu čl. 813. ZOO-a, obuhvaća li uopće zadani program obveza trgovačkog zastupnika ponašanje koje mu nalogodavac nastoji nametnuti određenom uputom.

<sup>133</sup> Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 58.

<sup>134</sup> Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 58. V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 36.

Pravo nalogodavca da trgovačkom zastupniku daje upute odnosi se na temelju čl. 811. st. 2. ZOO-a odnosno čl. 3. st. 1. c Direktive 86/635 EZ, isključivo na „razumne upute“. To ograničenje slijedi već iz čl. 4. ZOO-a, načela savjesnosti i poštenja. To pravilo uvažava posebice samostalnost trgovačkog zastupnika, a ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, također, i njegov status trgovca u skladu sa zahtjevima čl. 3. st. 1. ZTD-a. Shodno tome, uputa nalogodavca nije dopuštena ako se njome u toj mjeri ugrožava samostalnost trgovačkog zastupnika da u pitanje dolazi i sama srž njegove poduzetničke slobode da sam odlučuje o svom poslovanju.<sup>135</sup> Nalogodavac nije ovlašten da svojom uputom traži npr. potpunu promjenu radnog vremena ili sjedišta trgovačkog zastupnika.<sup>136</sup> Ako je, međutim, upravo takva uputa u pojedinom slučaju dopuštena na temelju izričite odredbe konkretnog ugovora, zapravo nije ni riječ o ugovoru o trgovačkom zastupanju, nego o ugovoru o radu jer ugovor o trgovačkom zastupanju mora sklopiti trgovački zastupnik, a osobe kojima manjka samostalnost nisu trgovački zastupnici. Samostalnost trgovačkog zastupnika stoga je bitan element ugovora o trgovačkom zastupanju.<sup>137</sup>

Nalogodavac može svojim uputama pobliže odrediti krug klijenata kojima bi trgovački zastupnik trebao prodavati njegovu robu ili nuditi njegove usluge. Može tako uputiti trgovačkog zastupnika da intenzivira svoje napore prema nekoj ciljanoj skupini kupaca njegovih proizvoda, a može, također, jedan dio tih potencijalnih kupaca unaprijed isključiti tako da im se trgovački zastupnik ne obraća prilikom obavljanja svoje djelatnosti posredovanja i sklapanja ugovora.<sup>138</sup> Može, također, naložiti trgovačkom zastupniku da s određenom klijentelom sklapa ugovore samo pod određenim uvjetima – primjerice ako će platiti unaprijed ili u gotovini. Nalogodavac ima na to u načelu pravo neovisno o interesu trgovačkog zastupnika na proviziju. Nalogodavac može, naime, u načelu na temelju čl. 818. st. 2. ZOO-a slobodno odlučiti hoće li prihvatiti ponudu za sklapanje ugovora oko kojeg je posredovao trgovački zastupnik odnosno hoće li ispuniti ugovor koji je sklopio trgovački zastupnik.

Upute se nadalje mogu odnositi na vrstu i način promidžbenih aktivnosti trgovačkog zastupnika kako bi potaknuo što uspješniju trgovinu nalogodavčevim proizvodima. Štoviše, te se upute mogu ticati i poduzimanja konkretnih pro-

<sup>135</sup> Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 59. V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 37.

<sup>136</sup> Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 59.

<sup>137</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 37.

<sup>138</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 38.

midžbenih akcija neovisno o tome što ugovor o tome ništa ne propisuje. Riječ je, naime, o aktivnostima koje su u današnjem poslovnom svijetu obuhvaćene obvezom trgovačkog zastupnika da se skrbi o interesima svog nalogodavca. Nalogodavac je dužan na temelju čl. 825. st. 2. ZOO-a trgovačkom zastupniku nadoknaditi troškove koje je pritom imao jer su učinjeni bilo u korist nalogodavca bilo po njegovu nalogu, uputi.

Nalogodavac ne mora posegnuti za svojim pravom da daje upute kako bi trgovačkom zastupniku nametnuo svoju politiku cijena (tzv. komercijalne uvjete) glede ugovora oko kojih posreduje ili ih sklapa s trećima. Nalogodavac može ostvariti taj učinak cjenovnog diktata već tako što će na odgovarajući način ograničiti punomoć trgovačkom zastupniku da za njega sklapa ugovore, a kod trgovačkog zastupnika posrednika on jednostavno može odbiti sklopiti posao koji se kosi s njegovim komercijalnim uvjetima.<sup>139</sup>

Takvi manje ili više prikriveni cjenovni uvjeti ne kose se u načelu s pravilima čl. 8. st. 1. t. 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (ZZTN), a po kojima bi ugovor bio ništetan ako njime dva neovisna poduzetnika „izravno ili neizravno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene, odnosno druge trgovinske uvjete“.<sup>140</sup> S trećim ugovor ne sklapa trgovački zastupnik, nego izravno nalogodavac, roba je nalogodavčeva – ona, dakle, ne pripada trgovačkom zastupniku, pa u tom smislu otpada teza po kojoj bi se nalogodavac i trgovački zastupnik, kao dva neovisna poduzetnika, dogovarali po kojoj će cijeni trgovati nalogodavčevom robom s trećima.<sup>141</sup> Tom obrazloženju ne može se prebaciti da je formalističko i da ne uvažava specifične rezone zaštite koja se ostvaruje pravom tržišnog natjecanja.<sup>142</sup> Suprotno pravno shvaćanje sudara se s interesnim pozicijama koje zauzimaju strane ugovora o trgovačkom zastupanju jer rizik hoće li se ugovor s trećim realizirati snosi nalogodavac, a ne trgovački zastupnik; na njega pada rizik nužnog skladištenja, troškovi čuvanja, rizik neplaćanja te slični rizici. Ako bi se ti rizici većim dijelom ili u cijelosti prebacili na trgovačkog zastupnika, mogao bi se izbor tog ugovornog tipa sa stajališta prava tržišnog natjecanja tretirati kao pokušaj zlouporabe prava i izigravanja primjene pravila Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja. Ako su interesne pozicije ugovornih strana tako postavljene, posrijedi je ugovor kojim se trguje za vlastiti račun tako da u tom

<sup>139</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 39.

<sup>140</sup> V. sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava čl. 8. ZZTN-a usporedivog s prije važećim § 14 GWB kojemu danas odgovara § 1 GWB, BGHZ 97, 317, 320.

<sup>141</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 40.

<sup>142</sup> Tako, međutim, Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 IV 1b.

slučaju kao i kod klasične samostalne trgovine treba reagirati primjenom čl. 8. st. 1. t. 1. ZZTN-a.

Ovo pitanje zavrjeđuje razradu jer se nalazi na točki u kojoj se trgovačko zastupanje kao vrsta distribucije susreće s posebnim zakonitostima prava tržišnog natjecanja pa se ni pravna kvalifikacija konkretnog ugovora ne ravna s tog stajališta samo prema pravilima ZOO-a nego i ZZTN-a. Pravna shvaćanja prava tržišnog natjecanja kadra su štoviše utjecati na to hoće li principal kao poduzetnik prodavati svoju robu putem trgovačkih zastupnika ili nekog drugog ugovornog modela distribucije. Treba stoga analizirati ugovorne modele distribucije, posebice ugovor o trgovačkom zastupanju te druge koji se u većoj ili manjoj mjeri temelje na nalogu, mandatu, poput komisijske agencije, posredovanja pri ugovaranju i franšize.<sup>143</sup> Rasprava se za potrebe ovog rada ograničuje na ugovor o trgovačkom zastupanju.

### 3. Kad je trgovački zastupnik kao distributer zasebna razina tržišta u smislu prava tržišnog natjecanja?

Uvodno je istaknuto da je trgovačko zastupanje – iako zakonski obrazac – samo jedan od ugovornih modela distribucije.<sup>144</sup> Stoji li, međutim, trgovački zastupnik na svojoj tržišnoj razini koja se nalazi između tržišnih razina nalogodavca i klijenata? Klijenti, naime, često tako doživljavaju trgovačkog zastupnika iako on nije njihov ugovorni partner glede poslova za koje je posredovao ili ih je sklopio u ime i za račun nalogodavca.

Stvar pojašnjava sljedeći primjer.<sup>145</sup> Toči li vozač A iz Zagreba na benzinskoj crpki društva B u Splitu benzin marke „M“ društva M koje proizvodi mineralna ulja, poslovat će faktično s društvom B, isto kao što će društvo M kao opskrbljivač poslovati s društvom B koje je u odnosu prema društvu B nalogodavac. Gorivo istječe iz M-ovih cisterni u B-ove rezervoare i od tamo u A-ov spremnik za gorivo. Civilnopravno A kupuje (čl. 376. ZOO-a) i stječe, prisvaja (čl. 116. ZV-a) gorivo izravno od M-a zastupanog od B-a. Na nekim benzinskim crpkama to je štoviše navedeno na uređajima za istakanje goriva. Tu privatnopravno nema lanaca opskrbe.

<sup>143</sup> Butorac Malnar, V./Petrović, S., (ured.): *Pravo tržišnog natjecanja i državnih potpora*, 2., izmijenjeno izdanje, 2021., Zagreb, str. 277, smatraju, pak, da se pitanje u tom smislu odnosi na „zastupničke ugovore“ temeljem kojih zastupnik, u svoje ime (op. a.) ili u ime principala, s trećima pregovara i/ili sklapa ugovore. Nema, naime, zastupanja ako nalogoprimac sklapa po principalovom nalogu ugovor s trećim u svoje ime. Čini se da je riječ o posljedici nekritičkog preuzimanja *common law* koncepta o *agency*.

<sup>144</sup> V. u tom smislu ponajprije Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23 do 29.

<sup>145</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 23.

Sa stajališta prava tržišnog natjecanja bitno je prekoračuje li gorivo u spomenutom slučaju samo jednu ili, pak, dvije razine tržišta. Može li nalogodavac (u našem slučaju: M) diktirati trgovačkom zastupniku (ovdje B-u) kako će određivati cijene ili druge komercijalne uvjete? To ne bi bilo ni najmanje sporno ako bi M sam vodio benzinske crpke kao svoje podružnice jer M može sam određivati uvjete pod kojima posluje. Odredbe o cijeni ili komercijalnim, trgovinskim uvjetima mogu biti problematične sa stajališta prava tržišnog natjecanja naspram samostalnih poduzetnika (čl. 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, čl. 8. st. 1. t. 1. ZZTN-a) osim ako nisu izuzeti od te opće zabrane u skladu s čl. 8. st. 3. ZZTN-a ili ispunjavaju uvjete za skupno izuzeće na temelju Uredbe Komisije (EU) br. 330/2010 od 20. travnja 2010. o primjeni članka 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenih djelovanja.<sup>146</sup> Proizvođač ne smije odrediti cijenu ni trgovinske uvjete za sve razine tržišta. Kako, međutim, pristupiti problemu ako je riječ o trgovačkom zastupniku? Pogleda li se tko su ugovorne strane, M je neizbježno sam izravno prodao gorivo A-u, iako ga je pritom zastupao B, te je kao prodavatelj sam odredio cijenu i svoje trgovinske uvjete. Pravo tržišnog natjecanja ne priječi poduzetnicima da slobodno plasiraju svoju robu na tržište putem trgovačkog zastupnika. Stvari ipak nisu tako jednostavne. Odredbe kartelnog prava tumače se autonomno, ne slijede nužno logiku civilnog prava, već svoj vlastiti *ratio legis*. Tretiraju li se trgovački zastupnik te drugi poduzetnici koji se bave distribucijom kartelnopravno kao nalogodavčeve podružnice ili kao autonomne gospodarske razine ne ovisi stoga samo o civilnopravnim konstrukcijama. Mjerila su, međutim, komplicirana i sporna. Dadu se ugrubo razabrati tri moguća pristupa problemu.<sup>147</sup>

a) Prema prvom pravnom shvaćanju obveza trgovačkog zastupnika skrbiti se o interesima svoga principala svojstvena je takvom modelu organiziranja distribucije te se, također, treba respektirati i kartelnopravno.<sup>148</sup> Ideja je jednostavna – trgovački zastupnik radi kao služboprimec u tuđem, principalovu, a ne svom interesu. Nalogodavac proizvođač, uvoznik ili bilo koji drugi principal (u našem primjeru proizvođač mineralnih ulja M) određuje shodno tome na

<sup>146</sup> Vertikalni sporazum je na temelju čl. 1. st. 1. t. a) Uredbe Komisije (EU) br. 330/2010 i čl. 8. st. 2. ZZTN-a sporazum ili usklađeno djelovanje dvaju ili više poduzetnika, od kojih svaki posluje na različitim razinama proizvodnog odnosno distributivnog lanca, te koji se odnosi na uvjete pod kojima stranke mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određenu robu odnosno usluge.

<sup>147</sup> V. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 rbr. 25 do 31.

<sup>148</sup> V. ponajprije Ritner, F.; Kulka, M., *Wettbewerbs- und kartellrecht*, 7. izdanje 2008., § 7, Rbr. 79 i nadalje, § 9 rbr. 69 i nadalje, 73 i nadalje.



kojem će području trgovački zastupnik trgovati njegovom robom, s kojim ugovornim partnerima (kupcima), po kojoj cijeni te kakav će biti sadržaj tih ugovora s kupcima. Tržište na kojem trguje principalovom robom nije stoga tržište trgovačkog zastupnika, već je to principalovo tržište na kojem on slobodno (autonomno) odlučuje kako će organizirati distribuciju svojih proizvoda.

b) U tom smislu izjasnio se i Europski sud prvog stupnja u predmetu „Daimler-Chrysler“ iz 2005.<sup>149</sup> Činjenično je u tom predmetu *Daimler* naložio njemačkom trgovačkom zastupniku da vozila koja mu je isporučio prodaje samo onim kupcima koji su obuhvaćeni ugovorenim područjem i da izbjegava interno tržišno natjecanje. Europski sud prvog stupnja ukinuo je u bitnome odluku Komisije koja se obrušila na takav sustav distribucije i presudio u korist *Daimlera*. Temeljno pravno shvaćanje izneseno u presudi daje se sažeti: „Ako trgovački zastupnik unatoč tome što ima svoju pravnu osobnost ne određuje sam autonomno svoje poslovanje, već izvršava upute koje mu je dao njegov principal, na odnos između njega i njegova principala, s kojim čini jedinstvenu gospodarsku cjelinu, neće se primijeniti zabrana iz čl. 101. st. 1. Ugovora o funkcioniranju EU-a.“<sup>150</sup>

Polazi se, dakle, od toga je li u konkretnom slučaju izostala autonomija trgovačkog zastupnika, odnosno je li faktično pridružen principalovu sustavu distribucije.<sup>151</sup> Vladajuće pravno shvaćanje skeptično je prema tom konceptu tumačenja čl. 101. st. 1. Ugovora o funkcioniranju EU-a.<sup>152</sup> Skreće se pozornost na to da bi, shodno tome, također, i posrednik u ugovaranju – iako je on u načelu samostalan trgovac na veliko koji trguje za svoj račun! – bio također „pridružen“ principalovu sustavu distribucije, usprkos tome što nema nikakvog povoda za to da se i njega obuhvati spomenutim privilegijem.<sup>153</sup> Da Europski sud prvog stupnja nije imao namjeru biti preširoko blagonaklon prema pravu principala da određuje cijenu i druge trgovinske uvjete svog trgovačkog zastupnika, pokazuje, pak, njegova druga odluka u kojoj je zauzeo pravno shvaćanje da to njegovo pravo ovisi o tome jesu li principal i trgovački zastupnik međusobno povezani tako da je trgovački zastupnik sveden tek na principalov „pridruženi pomoćni organ“.<sup>154</sup>

<sup>149</sup> Europski sud, Slg. 2005 II – 3319.

<sup>150</sup> Tako Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 27. Nije riječ o službenoj izreci presude.

<sup>151</sup> Tako Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 28.

<sup>152</sup> Tako Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 28.

<sup>153</sup> Tako Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 28.

<sup>154</sup> Tako, doduše šturo i neprecizno, u smislu pregleda posebnih oblika vertikalnih ogra-

c) Vladajuće pravno shvaćanje ne polazi od toga je li trgovački zastupnik organizacijski pridružen principalu, već od analize gospodarskih rizika.<sup>155</sup> Trgovački zastupnik ili komisijski agent smatraju se kartelnopravno vlastitom samostalnom razinom tržišta ako sami ne snose tek rizik izostanka provizije nego, također, i rizik hoće li prodati robu koju im je principal isporučio.<sup>156</sup> Takvo stajalište zastupaju Europski sud,<sup>157</sup> njemački BGH<sup>158</sup> i Europska komisija<sup>159</sup>, što posebice proizlazi iz njihovih pravnih shvaćanja vezanih uz ograničenja koja se tiču vertikalnih sporazuma. Gospodarska analiza uključuje, međutim, potrebu da se ponajprije utvrde tržišni udjeli principala, poduzetnika i trgovačkog zastupnika kao distributera i da se konkretni ugovor o trgovačkom zastupanju (sporazum u smislu čl. 8. st. 2. ZZTN-a) izuzme po pravilima o skupnom izuzeću ako tržišni udjeli svakoga od njih ne premašuju 30%.<sup>160</sup> Ugovori koji se nalaze ispod spomenutog praga nisu obuhvaćeni skupnim izuzećem ako sadržavaju teška ograničenja tržišnog natjecanja i ograničenja koja isključuju primjenu Uredbe Komisije (EU) br. 330/2010. Ugovorne strane suočavaju se stoga s novom pretpostavkom o kojoj trebaju voditi računa prilikom donošenja poduzetničke odluke o odabiru modela distribucije.

Pri ocjeni slučajeva gdje prag tržišnog udjela premašuje 30%, Komisija će cjelovito analizirati stanja u smislu tržišnog natjecanja. Sljedeći čimbenici najvažniji su za ocjenu vertikalnog sporazuma odnosno prilikom određivanja ima li on za posljedicu značajno ograničavanje tržišnog natjecanja u smislu čl. 101. st. 1. UFEU-a: (a) vrsta i oblik sporazuma; (b) položaj stranaka sudionika sporazuma na tržištu; (c) položaj konkurenata na tržištu; (d) položaj na tržištu kupaca koji kupuju proizvode iz sporazuma; (e) zapreke pristupu na tržište; (f) zrelost tržišta; (g) razina trgovine; (h) svojstva proizvoda; (i) ostali čimbenici.<sup>161</sup>

Pritom treba voditi računa o tome je li uopće riječ o odnosu trgovačkog

---

ničenja na str. 280 do 286 bez daljnjih zadržki u tom smislu, i opaske cit. u bilj. 143 ovog rada, Butorac Malnar, V.; Petrović, S. (ured.), *op. cit.* u bilj. 143, str. 277 i 278. V. i Europski sud, Slg. 2003 II-5523, Rbr. 125 slučaj „Minoan Lines“; navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 28.

<sup>155</sup> Tako navodi glede tog stajališta Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 29. uz navođenje odgovarajuće pravne literature.

<sup>156</sup> Tako glede njemačkog prava Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 29.

<sup>157</sup> Europski sud Slg. 1663, 2017. „Suiker Unie“.

<sup>158</sup> BGH NJW 1986., str. 2954, „EH-Partner-Vertrag“.

<sup>159</sup> Priopćenje Komisije, Smjernice za vertikalna ograničenja (2000/C 291/01), ABl. C 291 od 13. listopada 2000., Rbr. 13 i nadalje.

<sup>160</sup> V. čl. 111. Smjernice o vertikalnim ograničenjima Europske komisije od 10. svibnja 2010.

<sup>161</sup> V. čl. 111. Smjernice o vertikalnim ograničenjima Europske komisije od 10. svibnja 2010.

zastupanja ili je potrebno primijeniti rezon *falsa nominatio non nocet* te otkloniti primjenu pravila o trgovačkom zastupanju usprkos tome što se određeni odnos krivo ili neistinito svojim nazivom povezuje s trgovačkim zastupanjem. Ako je riječ o „pravom“ trgovačkom zastupniku koji samo riskira hoće li u konačnici dobiti proviziju, a proizvođač ili uvoznik (principal) snosi općenito rizike povezane s distribucijom, jasno je da trgovačkog zastupnika obvezuju principalove upute o formiranju cijene i drugih trgovinskih uvjeta u odnosu prema kupcima; tada se principal ima pravo postaviti kao da tom robom trguje u svojim poslovnicama ili podružnicama.<sup>162</sup> Utvrdi li se, pak, da nije posrijedi pravo trgovačko zastupanje, već veletrgovina za svoj račun, posrijedi je vlastita razina tržišta, distribucije, pa principal ne smije takvom veletrgovcu diktirati cijenu ni druge trgovinske uvjete.

Sljedeći primjer to će shvaćanje vjerno dočarati.<sup>163</sup> Proizvođač elektroničkih uređaja preustrojio je sustav distribucije svojih proizvoda tako što je prvo posrednike u ugovaranju zamijenio komisijskim agencijama, a potom uspostavio mrežu svojih trgovačkih zastupnika. Ti su trgovački zastupnici bili ovlaštene sklapati ugovore, prodavali su robu u ime i za račun proizvođača. Uz to, bili su ovlaštene inkasirati, naplatiti proizvođačeve, nalogodavčeve tražbine prema kupcima i od naplaćenog iznosa sebi zadržati proviziju, a proizvođaču prosljeđiti ostatak. Nadležni regulator, a potom i nižestupanski sudovi, našli su da ta-

<sup>162</sup> Tako Flohr, E.; Pohl, A., u: Martinek, M.; Semler, F.-J.; Habermeier, S.; Flohr, E. (ured.), *Vertriebsrecht*, 3., izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2010., § 18, Rbr. 34 i nadalje. Butorac Malnar, V.; Petrović, S. (ured.), *op. cit.* u bilj. 143, str. 278, navode, pak, da kod „zastupničkog ugovora“, na koji se ne primjenjuje čl. 101. UFEU-a, određivanje cijene po kojoj će zastupnik prodavati robu ne smatra se zabranjenim zato što zastupnik ne postaje vlasnikom robe. Potonje pravno shvaćanje i nadalje ostavlja otvorenim na koje se „zastupničke ugovore“ primjenjuje čl. 101. UFEU-a, pa i u varijanti „kad zastupnik ne postaje vlasnikom robe“.

Stvar, pak, ispravno postavlja Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 23. Sikirić svakoj konkretnoj kategoriji distributera pridaje točno određeno značenje i svaku kategoriju distributera podvrgava primjeni za nju posebnih pravila jer je to posljedica pravne tradicije *civil law* sustava koji prihvaćaju koncept razdvajanja unutarnjeg od vanjskog odnosa te razlikuju pojedine vrste unutarnjeg odnosa.

Suprotno tome, *common law* sustavi zbog jedinstvenog shvaćanja instituta *agency* izbjegavaju tu fragmentaciju jer taj pojam obuhvaća sve one odnose koji nastaju kao posljedica ovlasti povjerene od jedne osobe drugoj osobi koja prihvaća da djeluje za njezin račun.

Sikirić, H., *op. cit.* u bilj. 1, str. 24, zaključuje da je u tom smislu bitno u kojoj su mjeri konkretni distributeri uklopljeni u nalogodavčevu organizaciju (vertikalna integracija).

<sup>163</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 30, odnosno predmetu BGH NJW 1986, str. 2954, „EH-Partner-Vertrag“.

kav sustav distribucije krši pravila poštenog tržišnog natjecanja (konkretno, sa stajališta hrvatskog prava, čl. 8. ZZTN-a) jer ne odgovara zakonskom obrascu trgovačkog zastupanja te se njime zaobilazi zabrana određivanja cijene i drugih trgovinskih uvjeta.<sup>164</sup> Vrhovni sud je u konačnici ukinuo te odluke i priklonio se vladajućem pravnom shvaćanju da kartelno pravo ne priječi principalu da svom trgovačkom zastupniku daje upute, naloge.<sup>165</sup> Zabrana određivanja cijene i drugih trgovinskih uvjeta kojom se sputava slobodno tržišno natjecanju ne pogađa u načelu zastupnika koji je ovlašten sklapati poslove ako on sam nije ugovorna strana provedbenog posla.<sup>166</sup> Stvari se mijenjaju ako je proizvođač sustav distribucije svojih proizvoda „samo izvanjski zaodjenuo u formu trgovačkog zastupanja jer su njegovi partneri zaista gospodarski nastupali kao veletrgovci koji trguju za svoj račun“.<sup>167</sup> Odlučno je stoga tko na sebe preuzima rizik posla, odnosno općenito konkretnog sustava distribucije, trgovine: principal (tada je tipično riječ o slučaju trgovačkog zastupanja) ili trgovinski posrednik (tada je riječ tipično o slučaju trgovca koji robom trguje na veliko za svoj račun).<sup>168</sup> U našem primjeru, riječ je o prvom slučaju.

Hoće li i u kojoj će mjeri kartelno pravo privilegirati trgovinske uvjete trgovačkog zastupanja na temelju skupnih izuzeća zabranjenih vertikalnih sporazuma propisanih Uredbom Komisije (EU) br. 330/2010 ovisit će ponajprije o razgraničenju konkretnih ugovornih modela distribucije koje se temelji na raspodjeli poslovnih rizika među poduzetnicima – principala i distributera u širem smislu, koji obuhvaća i trgovačkog zastupnika.<sup>169</sup> Kartelno pravo trgovačkog zastupanja uči nas u svakom slučaju da prosudba pitanja na koja ono treba odgovoriti ovisi ponajprije o njegovu autonomnom režimu, a ne o pravilima ZOO-a i ZTD-a koja uređuju ugovor o trgovačkom zastupanju, odnosno položaj trgovačkog zastupnika.

<sup>164</sup> Konkretno, tako su odlučili Bundeskartellamt i Kammergericht.

<sup>165</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 30, i BGH NJW 1986., str. 2954, „EH-Partner-Vertrag“.

<sup>166</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 30, i BGH NJW 1986., str. 2954, „EH-Partner-Vertrag“.

<sup>167</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 30, i BGH NJW 1986., str. 2954, „EH-Partner-Vertrag“.

<sup>168</sup> Navedeno prema Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 30, i BGH NJW 1986., str. 2954, „EH-Partner-Vertrag“.

<sup>169</sup> U tom smislu v. Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 I 3 Rbr. 31.

#### 4. Zabrana trgovačkog zastupnika da se tržišno natječe s nalogodavcem dok ugovor traje

Iz obveze trgovačkog zastupnika da se skrbi za interese nalogodavca proizlazi zabrana tržišnog natjecanja dok ugovor traje. Ta je zabrana manjim dijelom uređena čl. 805. ZOO-a i ponajprije slijedi iz načela savjesnosti i poštenja propisanog čl. 4. ZOO-a. Riječ je stoga o zakonskoj zabrani koja vrijedi neovisno o tome jesu li strane o njoj postigle odgovarajući dogovor.<sup>170</sup> U tom dijelu obveze trgovačkog zastupnika trebale bi se preklapati s obvezama drugog trgovačkog osoblja, posebice radnika.

Opseg zakonske zabrane tržišnog natjecanja ostao je i nadalje sporan usprkos tome što čl. 805. ZOO-a propisuje da trgovački zastupnik ne može bez pristanka nalogodavca preuzeti obvezu da na istom području i za istu vrstu poslova radi za drugog nalogodavca. Posrijedi je općenita formulacija koja puno ne pomaže, poput onih da trgovački zastupnik „za vrijeme trajanja ugovora ne smije raditi za tvrtke koje konkuriraju njegovu nalogodavcu“ ili „da se treba kloniti tržišnog natjecanja koje je kadro naštetiti interesima nalogodavca“, jer se tome neizostavno treba pridodati da „skrb trgovačkog zastupnika za interese nalogodavca ipak ne smije dovesti do toga da mu se potpuno zabrani svako tržišno natjecanje s nalogodavcem za vrijeme trajanja ugovora“.<sup>171</sup> Dvojbeno je, naime, kad nalogodavac ima opravdan razlog uskratiti trgovačkom zastupniku da radi i za druge nalogodavce, i to tim više jer zakon istodobno dopušta čl. 804. st. 3. ZOO-a nalogodavcu da na istom području za istu vrstu poslova zaposli više trgovačkih zastupnika. U tom je dijelu očita neopravdana neravnoteža u pravima i obvezama ugovornih strana, i to na štetu trgovačkog zastupnika. Dvojbe su tim veće jer čl. 805. ZOO-a odudara od usporedivog pravila iz čl. 101. Zakona o radu koje propisuje da radnik ne smije bez odobrenja poslodavca za svoj ili tuđi račun sklapati poslove iz djelatnosti koju obavlja poslodavac (zakonska zabrana utakmice). Upadljiva je, također, razlika prema srodnim odredbama čl. 76., 138.a, 248. i 429. ZTD-a. Nema, naime, nikakvog opravdanja dopustiti trgovačkom zastupniku da konkurira nalogodavcu za vrijeme trajanja ugovora ako to čini za svoj račun, a ne i onda ako to čini za račun nekog drugog nalogodavca. *De lege ferenda* treba stoga brisati odredbe čl. 804. st. 3. i čl. 805. ZOO-a jer dovode do pomutnje u primjeni pravila o trgovačkom zastupanju, a već i *de lege lata* treba suziti područje njihove primjene u razumne granice rukovodeći se pritom izravno načelom savjesnosti i poštenja iz čl. 4. ZOO-a.

<sup>170</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 41.

<sup>171</sup> V. BGHZ 42, 49, 61 odnosno 112, 218, 221 te Schmidt, K., *op. cit.* u bilj. 1, § 27 IV 1b., str. 871, 872.

Opseg zakonske zabrane tržišnog natjecanja treba prema tome određivati ovisno o okolnostima pojedinog slučaja rukovodeći se pritom mjerilima razmjernosti, primjerenosti u postupanju te potrebama pravnog i poslovnog prometa; na temelju čl. 4. ZOO-a, primjena kojega snažno ovisi o okolnostima pojedinog slučaja, ne može se izvesti općenita, stroža obveza trgovačkog zastupnika da za vrijeme trajanja ugovora ne konkurira svom nalogodavcu.<sup>172</sup> Što se manje dotičnom aktivnošću trgovačkog zastupnika šteti interesima nalogodavca, to više treba takvu obvezu isključiti. Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja dopuštena je stoga određena konkurentna djelatnost trgovačkog zastupnika.<sup>173</sup> Štoviše, ništetne su klauzule o zabrani konkurencije za vrijeme trajanja ugovora ako nalogodavac njima kani potlačiti trgovačkog zastupnika mimo svake razumne mjere i ako za takvom njegovom obvezom nema razumne potrebe.<sup>174</sup> Bitno značenje ima pritom koliko je intenzivno trgovački zastupnik radio za konkretnog nalogodavca, u kojoj se mjeri nalogodavac u svom poslovanju oslanjao na usluge konkretnog trgovačkog zastupnika. Što je trgovački zastupnik više naslonjen samo na jednog nalogodavca, to je njegova zabrana konkurencije u načelu šira.<sup>175</sup> Određenu ulogu ima i to je li trgovački zastupnik djelovao tako što je sklapao ugovore koji su u konačnici ipak obvezivali nalogodavca ili je nastupao kao običan zastupnik u posredovanju te je nalogodavac u načelu mogao otkloniti poslovne odnose, kontakte koje je on uspostavio. U potonjem slučaju slab položaj trgovačkog zastupnika kadar ga je u velikoj mjeri uputiti na to da potraži druge poslovne mogućnosti, da djeluje i na drugi način kako bi njegovo poslovanje opstalo. Tada mu stoga treba u načelu ostaviti šire ruke glede rezervnih aranžmana s drugim principalima.

Povrijedi li trgovački zastupnik svoju zakonsku zabranu tržišnog natjecanja, ponajprije je dužan naknaditi nalogodavcu time nastalu štetu. Ovisno o okolnostima slučaja nalogodavac ima nadalje pravo raskinuti ugovor zbog važnog razloga. Nalogodavac ima, također, u načelu pravo zahtijevati od trgovačkog zastupnika da ga obavijesti o svojim protuugovornim aktivnostima.<sup>176</sup>

---

<sup>172</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 42.

<sup>173</sup> V. primjerice BGH BB 1968., str. 60. U toj odluci BGH je ispravno dopustio trgovačkom zastupniku koji je vodio određenu benzinsku crpku, da se u svojoj radionici koristi, također, i motornim uljem konkurenata njegova nalogodavca koji je inače opskrbljivao benzinsku crpku, svojim motornim uljem te drugim proizvodima.

<sup>174</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 44. zadnja rečenica.

<sup>175</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 42.

<sup>176</sup> V. i sa stajališta instruktivnu odluku BGH NJW 1996., str. 1550, 1552.

Trgovački zastupnik trebao bi u tim slučajevima na temelju analogije s pravilima čl. 101. Zakona o radu i odredbama čl. 76., 138.a, 248. i 429. ZTD-a alternativno dopustiti nalogodavcu da se poslovi koje je sklopio za svoj račun smatraju poslovima nalogodavca, a da iz poslova koje je sklopio za tuđi račun prenese nalogodavcu ono što je za to primio odnosno da mu ustupi pravo na naplatu onoga što je trebao primiti. Ti zahtjevi nalogodavca zastarijevaju u roku od tri mjeseca otkad je nalogodavac saznao ili morao saznati za radnju povrede zakonske zabrane konkurencije povodom koje se može tražiti naknada štete. Zahtjev zastarijeva u svakom slučaju, bez obzira na saznanje za radnju, u roku od pet godina otkad je trgovački zastupnik povrijedio zakonsku zabranu konkurencije. Trgovački zastupnik ne zavrjeđuje u tome pitanju bolji pravni položaj od onog u kom se nalaze radnici, članovi društava osoba te članovi uprava društava kapitala, štoviše, iako je trgovački zastupnik samostalan, on nipošto nije slabiji od tih osoba jer njegova obveza da se skrbi za interese nalogodavca počiva na okolnosti, kao i kod spomenutih osoba, da mu je nalogodavac u tom smislu povjerio trajan mandat po čemu se bitno razlikuje od komisionara ili običnog posrednika.<sup>177</sup> Treba u tom smislu analogijom dopustiti generalizaciju preventivnog pravnog shvaćanja sadržanog u pravilima čl. 101. Zakona o radu i odredbama čl. 76., 138.a, 248. i 429. ZTD-a po kojima se povreda zabrane konkurencije ne smije nagraditi, i to uvijek kad je riječ o trajnom zajedničkom radu jer tada zbog visokih rizika povrede zakonske zabrane konkurencije treba podići i razinu vjernosti ugovoru.<sup>178</sup> Teleološkim, *praeter legem*, tumačenjem može se u tom smislu popuniti praznina ZOO-a u dijelu koji se tiče odgovornosti trgovačkog zastupnika zbog povrede zakonske zabrane konkurencije. Opasnost da će se trgovačkom zastupniku financijski presjeći žila kucavica obveže li ga se da principalu vrati svu korist koju je namaknuo iz poslova s trećima ne može se tek tako lakonski odagnati pusti li ga se da zadrži te koristi usprkos tome što je svojom krivnjom povrijedio zabranu tržišnog natjecanja. Tom problemu, ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, treba doskočiti tako da se korist koju trgovački zastupnik vraća nalogodavcu od početka ograniči na razumnu mjeru u skladu s načelima razmjernosti, primjerenosti u postupanju, i to posebice ako se zabranom tržišnog natjecanja trgovački zastupnik faktično porobljava, što ni u kojem slučaju nije spojivo s obvezom da se skrbi o interesima druge ugovorne strane, a u vezi s načelom savjesnosti i poštenja.

<sup>177</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 44.

<sup>178</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 44.

Strane su u načelu slobodne ugovorom urediti zabranu tržišnog natjecanja. Pritom se, također, treba u načelu rukovoditi mjerilima primjerenosti u postupanju te potrebama pravnog i poslovnog prometa, u skladu s čl. 296. ZOO-a i čl. 322. u vezi s čl. 329. ZOO-a. Analogijom, naročito, treba primijeniti odredbu čl. 102. st. 5. Zakona o radu u smislu da trgovačkog zastupnika ne obvezuje konkretna ugovorna klauzula o zabrani konkurencije, odnosno čitav ugovor o trgovačkom zastupanju, ako njezin cilj nije zaštita opravdanih interesa nalogodavca ili ako se njome, s obzirom na područje, vrijeme i cilj zabrane, a u odnosu na opravdane poslovne interese nalogodavca, nerazmjerno ograničava poslovanje i opstanak trgovačkog zastupnika.

U načelu dopušteno je, također, i obrnuto – strane mogu isključiti zakonsku zabranu tržišnog natjecanja. To se ne kosi s čl. 811. st. 3. i čl. 812. st. 3. ZOO-a jer kogentan karakter imaju samo obveze skrbi za interese nalogodavca kao takve, a ne i svaka druga njihova bilo pisana bilo nepisana konkretizacija.<sup>179</sup>

Teško je pitanje i ima li zabrana tržišnog natjecanja svoju europskopravnu dimenziju te je li za njezino tumačenje u načelu nadležan Europski sud u skladu s čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU-a.<sup>180</sup> Protiv toga odlučno govori to što Direktiva 86/635 EZ ne uređuje izričito zabranu tržišnog natjecanja i to je u očitoj opreci s temeljitim uređenjem zabrane tržišnog natjecanja po prestanku ugovora koje je, pak, Direktivom 86/635 EZ izričito uređeno.<sup>181</sup> S druge strane, zabrana tržišnog natjecanja izvodi se iz obveze trgovačkog zastupnika da se skrbi o interesima nalogodavca, a ta je, pak, obveza propisana čl. 3. Direktive 86/635 EZ. Shodno tome treba razgraničiti pitanje može li trgovački zastupnik uopće preuzeti zabranu tržišnog natjecanja od pitanja koji je sadržaj i opseg takve zabrane. Za odgovor na prvo pitanje prikladna je u načelu Direktiva 86/635 EZ, no da na njega treba potvrdno odgovoriti, čini se da je u toj mjeri očito da u skladu s doktrinom *acte-clair* nema obveze da se Europskom sudu podnese zahtjev za odgovor na prethodno pitanje osim ako sudovi drugih zemalja članica EU-a ne budu sudili drukčije.<sup>182</sup>

Sadržaj i opseg zakonske zabrane tržišnog natjecanja nisu materija koju uređuje Direktiva 86/635 EZ tako da ta pitanja nisu podvrgnuta primjeni pravila

<sup>179</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 45.

<sup>180</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>181</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>182</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.



o prethodnoj nadležnosti Europskog suda u skladu s čl. 267. Ugovora o funkcioniranju EU-a.<sup>183</sup> Zauzme li se suprotno pravno shvaćanje, i to samo zato što je pritom riječ o konkretiziranju obveze trgovačkog zastupnika da se skrbi za interese nalogodavca, prekršio bi se čl. 288. st. 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije – po kojem je određena direktiva za države članice obvezujuća samo glede cilja koji se njome kani postići, a ne i glede forme i metode kojima se taj cilj postiže.<sup>184</sup> Forma i metoda prepuštene su u tom smislu državama članicama EU-a. Došlo bi do nedopustive uzurpacije nadležnosti od strane EU-a ako bi se primjena tako široko postavljenih pojmova kao što je skrb za interese nalogodavca, kao i sve s tim povezane probleme, izdiglo na europskopravnu razinu i predalo u nadležnost Europskog suda.<sup>185</sup> Na temelju tumačenja Direktive 86/635 EZ, koje se ravna prema čl. 288. st. 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije, treba zaključiti da se njome uređuje obveza skrbi o interesima nalogodavca kao takva, a ne i svaka druga konzekvencija koja je s njom samo posredno povezana.<sup>186</sup>

## 5. Delkredere odgovornost trgovačkog zastupnika prema čl. 816. ZOO-a

Trgovački zastupnik ne odgovara u načelu nalogodavcu za to da će treći ispuniti činidbu iz ugovora za koji je posredovao ili ga je sklopio. Nema zapreke da on u skladu s načelom slobode ugovaranja preuzme takvu obvezu na temelju posebne pogodbe s nalogodavcem. Čl. 816. st. 2. ZOO-a priznaje mu u tom slučaju pravo i na dodatnu posebnu proviziju (delkredere proviziju).

To proizlazi iz nepisanog načela hrvatskog privatnog prava po kojem trgovac ima pravo na proviziju makar ona nije ugovorena ako se obavljajući svoje poslovne djelatnosti skrbio o tuđim poslovima ili pružao usluge.<sup>187</sup> Na taj zaključak argumentacijom *a minore ad maius* upućuje pravilo čl. 733. ZOO-a koje propisuje da ostavoprimalac ima pravo na naknadu ne samo ako je bila ugovorena, već i ako nije bila ugovorena ako se ostavoprimalac bavi primanjem stvari na čuvanje kao svojom poslovnom djelatnošću. Tada se naknada mogla očekivati s

<sup>183</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>184</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>185</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>186</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>187</sup> V. i sa stajališta hrvatskog prava instruktivno pravilo § 345 njemačkog HGB-a.

obzirom na okolnosti posla. U prilog tom pravom shvaćanju govore konkretno i odredbe čl. 785. st. 2. i čl. 844. st. 1. ZOO-a (komisionar i posrednik imaju pravo na proviziju i kad nije ugovorena) u vezi s čl. 1. ZTD-a po kojem trgovci samostalno i trajno obavljaju poslovnu djelatnost upravo radi stjecanja dobiti. Preuzimanje odgovornosti za ispunjenje u tom je smislu izjednačeno sa skrbi za tuđe poslove. Pravo na delkredere proviziju inače je dispozitivno. Bilo je, međutim, rezona da se pravo trgovačkog zastupnika na delkredere proviziju primjenjuje kogentno na temelju izričitog pravila, no čl. 816. st. 2. ZOO-a nije za tim posegnuo.<sup>188</sup> Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, svejedno teleološki treba tumačiti da se trgovačkom zastupniku ne smije uskratiti pravo na delkredere proviziju ako bi se time neprimjereno pogoršao njegov položaj, a da to ne nailazi na opravdanje u zaštiti nalogodavčevih poslovnih interesa.

Preuzimanje odgovornosti za ispunjenje intercesijsko je očitovanje volje koje u pravilu treba kvalificirati kao jamstvo (na što upućuje već i sam izričaj čl. 816. st. 1. ZOO-a „jamčio“), no ovisno o njegovu konkretnom sadržaju može biti riječ i o garanciji ili pristupu dugu.<sup>189</sup> Delkredere jamstvo mora se dati u pisanom obliku, i to ponajprije radi specifične zaštite trgovačkog zastupnika, i to ne samo kad je posrijedi jamstvo (koje zahtijeva pisanu formu već na temelju čl. 105. ZOO-a), već i kad je riječ o bilo kojoj drugoj vrsti intercesijskog očitovanja iako su ona sama po sebi inače valjana iako nisu dana u pisanom obliku.

Delkredere obvezu treba, također, i sadržajno kogentno ograničiti te i tako zaštititi trgovačkog zastupnika glede obveza koje time preuzima. Ona mora biti odrediva, trgovački zastupnik je kadar preuzeti odgovornost za ispunjenje samo nekog točno određenog posla ili, pak, takvog posla s točno određenim trećim.<sup>190</sup> Ta nepisana kogentna zaštitna pravila neće se, međutim, po prirodi stvari primijeniti ako nalogodavac ili treći imaju poslovni nastan u inozemstvu ili je trgovački zastupnik dobio neograničenu punomoć da sklapa i ispunjava poslove koje ta punomoć obuhvaća.<sup>191</sup> U tim je slučajevima često prisutna – ponajprije u poslovima s inozemstvom – pojačana potreba da trgovački zastupnik preuzme odgovornost za naplatu, bonitet trećih s kojima skapa poslove.<sup>192</sup> Trgovački zastupnik se, k tome, u tim slučajevima bolje nosi s tim rizikom. Delkredere odgovornost ne temelji se ni u tim slučajevima izravno na (nepisa-

<sup>188</sup> Za razliku od, primjerice, § 86b st. 1. reč. 1. HGB-a.

<sup>189</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 46.

<sup>190</sup> V. i sa stajališta hrvatskog prava instruktivno pravilo § 86b st. 1. reč. 2. HGB-a.

<sup>191</sup> V. i sa stajališta hrvatskog prava instruktivno pravilo § 86b st. 3. HGB-a.

<sup>192</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava *Canaris, C.W., op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 51.

nom) zakonu, već je potrebno da se o tome postigne odgovarajući interesijski dogovor koji može biti i konkludentan ili se može temeljiti na primjeni određenog trgovačkog običaja.<sup>193</sup> Trgovački zastupnik ima i tada u načelu pravo na delkredere proviziju koja nije ništa dugo drugo poseban oblik tzv. provizije za aval koja je u poslovnom prometu uobičajena kod jamstva, garancije, pristupa dugu, preuzimanja duga i drugih interesijskih modaliteta.<sup>194</sup> To, međutim, ne slijedi iz čl. 816. st. 2. ZOO-a; pravo na delkredere proviziju ima u ovom slučaju čisti deklaratorni karakter i primjenjuje se snagom nepisanog pravila prava po kojem trgovac, pa tako na odgovarajući način i poduzetnik, ima tada pravo na proviziju makar nije ugovorena.

## LITERATURA

- Barbić, J., *Pravo društava, Opći dio*, Zagreb, 2008.
- Baumbach, A.; Hopt, K. J.; Merkt, H., *Handelsgesetzbuchkommentar*, 34. izdanje, München, 2010.
- Bilić, A., *Pravni učinci posrednikove interesne isprepletenosti*, Pravo u gospodarstvu, br. 2, 2012.
- Butorac Malnar, V.; Pecotić Kaufman, J.; Petrović, S.; Akšamović, D.; Liszt, M., *Pravo tržišnih natjecanja i državnih potpora*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, 2021.
- Canaris, C.W., *Handelsrecht*, 24. potpuno prerađeno izdanje, München, 2006.
- Goldštajn, A.; Barbić, J.; Vedriš, M.; Matić, Ž., *Obvezno pravo, prva knjiga*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1979.
- Goldštajn, A., *Trgovačko ugovorno pravo*, 4. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1991.
- Gorenc, V.; Belanić, L.; Momčinović, H.; Perkušić, A.; Pešutić, A.; Slakoper, Z.; Vukelić, M.; Vukmir, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2014.
- Martinek, M.; Semler, F.-J.; Habermeier, S.; Flohr, E., *Vertriebsrecht*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2010.
- Miladin, P., *Bankarsko obavještavanje i društva za zaštitu kreditne sigurnosti*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 51, br. 2, 2001.

<sup>193</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 51.

<sup>194</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, C.W., *op. cit.* u bilj. 1, § 15 I Rbr. 51.

- Miladin, P., Šutnja i konkludentne radnje u obveznim odnosima, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 58, br. 4, 2008.
- Parać, Z., *Zajedničke odredbe*, u: Barbić, J., (redaktor), *Zakon o trgovačkim društvima, Vodič za čitanje Zakona, II. Dio*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 1995.
- Politeo, I., *Trgovački i ostali privatni namještenici*, Zagreb, 1932.
- Rastovčan, P., *Komparativno trgovačko pravo*, Zagreb, 1954.
- Rastovčan, P., *Trgovačko pravo (Obvezni dio)*, Zagreb, 1939.
- Ritner, F.; Kulka, M., *Wetbewerbs- und kartelrecht*, 7. izdanje, 2008.
- Schmidt, K., *Handelsrecht*, 6. izdanje, Köln, 2014.
- Sikirić, H., *Ugovor o trgovačkom zastupanju u poredbenom trgovačkom i poredbenom međunarodnom privatnom pravu*, doktorski rad (neobjavljeno), Zagreb, 1994.
- Stražnický, M., *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb, 1926.
- Stražnický, M., *Tumač trgovačkog zakona od 28. listopada 1937.*, Zagreb, 1939.
- Tot, I., *Prestanak trajnih obveznih odnosa*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, vol. 39, br. 3, 2018.
- Vrbanić, F., *Trgovački zakon*, Zagreb, 1893.

## Summary

Petar Miladin\*

**COMMERCIAL AGENCY AS A PART OF COMMERCIAL STATUS AND COMMERCIAL SUBSTANTIVE LAW**

*The commercial agency contract is the meeting point for the Civil Obligations Act, the Companies Act, the Competition Act and the Labour Act. Even to this day, traces of the rules that regulate the original legal position of the commercial agent can be found in these regulations, from which all other special directions of its further development branched off. The commercial agent belongs to the narrowest, key circle of commercial staff. Traders and wider entrepreneurs must be able to rely on the agent with confidence. His loyalty obligation, obligation of care for the interests of the principal is close in this sense to the obligations of the management in companies based on the share capital or employees. A good example of this is the legal prohibition of competition with the principal. The commercial agent should in these cases, by analogy with the rules of Article 101 of the Labour Act and the provisions of Articles 76, 138a, 248 and 429 of the Companies Act alternatively enable the principal to consider the transactions it has concluded for its own benefit as those of the principal and to transfer to the principal everything it has received from transactions it has concluded for someone else's benefit, i.e. to cede to that person the right to collect what it was to receive. It must not, however, be equated in this respect with employees and members of the capital market managements. There are also important differences between them, due to which the obligations of the commercial agent are different in content. The commercial agency agreement should be discussed from the position of the internal relationship between the commercial agent and the principal and the external relationship between the commercial agent and the third party. Only when the contours of a specific internal relationship are determined will the answer be given to the question of whether a commercial agent is an independent economic level within the meaning of the Competition Act.*

*Keywords: commercial agency, distribution right, commercial agent's obligations, separate economic level of commercial agent*

---

\* Petar Miladin, Ph. D., Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg Republike Hrvatske 14, 10000 Zagreb, Croatia; petar.miladin@pravo.hr; ORCID ID: [orcid.org/0000-0001-7884-5300](https://orcid.org/0000-0001-7884-5300)