

# PRIMJENA ČL. 830. ZOO-a (POSEBNA NAKNADA) ANALOGIJOM NA DISTRIBUTERE KOJI SU BLISKI TRGOVAČKOM ZASTUPNIKU

Prof. dr. sc. Petar Miladin\*

UDK: 347.762.2(497.5)  
347.451:339.187.44(497.5)  
341.751:658.8>  
DOI: 10.3935/zpfz.72.4.01  
Izvorni znanstveni rad  
Primljeno: lipanj 2022.

*Potrebe suvremenog pravnog i poslovnog prometa nužno su zaokupljene problemom plasiranja, distribucije roba i usluga na tržište. Brani se teza da je ugovor o trgovačkom zastupanju okosnica šireg prava distribucije. Posebice se to tiče prava na posebnu naknadu iz čl. 830. i dalje ZOO-a. Pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a zavređuju i drugi distributeri, a ne samo trgovački zastupnici, ako se za to ispune potrebne pretpostavke koje opravdavaju zaključak o bliskosti, analogiji takvih distributera i trgovačkih zastupnika. U radu se raspravlja o tome koje su to točno pretpostavke te se istražuje njihov dublji smisao. Raspravlja se nadalje i o primjeni drugih pravila ZOO-a koja uređuju ugovor o trgovačkom zastupanju analogijom na druge distributere. Te specifične distributere, koji su bliski trgovačkom zastupniku, naziva se posrednicima u ugovaranju.*

*Ključne riječi: pravo na posebnu naknadu; distributer; posrednik u ugovaranju; trgovački zastupnik*

---

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

## I. PRAZNINE U ZAKONSKIM PRAVILIMA O DISTRIBUCIJI

Distribucijski pravci organizirani su u pravnoj i poslovnoj praksi u čitavu nizu oblika, no oni su u posebnom dijelu ZOO-a naznačeni samo u natruhama, točnije odredbama čl. 804. i dalje ZOO-a, koje uređuju trgovačko zastupanje.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Domaća pravna literatura o trgovačkom zastupanju je 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 – 68; 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., str. 286 – 287; Vukmir, B., *Trgovački zastupnici (agenti) u kontinentalnom (evropskom) i anglo-američkom pravu*, Privreda i pravo, br. 1, 1967., str. 20 i dalje; Hribar, A., *Mešetarski i agentski posao*, Privreda i pravo, br. 3, 1967., str. 1 i dalje; Vukmir, B., *Pravo međunarodnog trgovačkog zastupanja*, Zagreb, 1984; Sikirić, H., *Ugovor o trgovačkom zastupanju u poredbenom trgovačkom i poredbenom međunarodnom privatnom pravu*, doktorski rad (neobjavljeno), Zagreb, 1994.; Horak, H., *Ugovori o distribuciji – u pravu i poslovnoj praksi Hrvatske i EU*, Zagreb, 2005.; Miladin, P., *Prestanak ugovora o trgovačkom zastupanju i pravo trgovačkog zastupnika na posebnu naknadu*, u: *Zbornik 60. susreta pravnika – Opatija 2022.*, Zagreb, 2022., str. 299 – 330.

Sa stajališta ZTD-a vidi 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 – 46. Vidi i Miladin, P., *Trgovačko zastupanje kao dio trgovačkog statusnog i trgovačkog materijalnog prava*, u: *Liber amicorum Zoran Parać. Zbornik povodom 70. rođendana profesora Zorana Paraća*, Zagreb, 2022., str. 505 – 560.

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

Za njemačko pravo vidi 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, München, 2010., § 400; Schmidt, K., *Handelsrecht*, 6. izdanje, Köln, 2014., § 27; Heymann, E.; Sonnenschein, J.; Weittemeyer, B., *Handelsgesetzbuch*, 2. izmijenjeno izdanje, Berlin, 2005.; Ebenroth, T.; Boujong, K.; Joost, D.; Löwisch, G., *Handelsgesetzbuch*, 1. izdanje, München, 2001.; Ulmer, P., *Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, Köln, 1969.; Martinek, M., *Franchising im Handelsrecht. Zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchise-Verträge*, ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1988., str. 1362 – 1379; Martinek, M., *Abzahlungsgesetz und Absatzmittlungsverträge*, ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1986., str. 1440 – 1449; Martinek, M.; Semler, F.-J.; Habermeier, S.; Flohr, E. (ur.), *Handbuch des Vertriebsrecht*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2010.; Larenz, K.; Canaris, C. W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München, 2013.

Posebni dio ZOO-a podrobnije uređuje transportne poslove<sup>2</sup> i kupoprodaju, uključujući trgovačku kupoprodaju, a danas ne manje bitni ugovori u poduzetničkoj praksi na osnovi naloga, odnosno službe, uređeni su samo glede pojedinih pitanja – pretežito u funkciji isključivo trgovine – dok su u preostalom dijelu ostali izvan zakonodavnog fokusa. To je dijelom povezano s historijskopравnim razlozima, a dijelom je rezultat nedovoljno promišljene koncepcije čitavog ZOO-a kao stjecišta trgovačkih i građanskih obveznih odnosa.

Ta manjkavost ZOO-a posebice dolazi do izražaja u području sustava distribucije. Trgovina robom i uslugama uz angažman samostalnih poduzetnika kao trgovinskih posrednika iznimno je šarolika u suvremenom poslovanju i sposoban ju je osmisliti samo zakonodavac koji bi problemu pristupio općenito. Domaći zakonodavac nije, međutim, pristupio problemu s tog načelnog stajališta. Umjesto da se problem sagleda sa stajališta trgovine robom i uslugama s pomoću drugog samostalnog poduzetnika, zakonska pravila koncipirala su se samo s obzirom na trgovačkog zastupnika, osnovnog predloška koji je bio dobro poznat u trgovačkoj praksi 19. stoljeća (čl. 804. i dalje ZOO-a). Njemu je pridodao posrednika koji djeluje jednokratno, na temelju pojedinačnih naloga (čl. 835. ZOO-a), a ne stalno, te komisionara koji jednako tako djeluje na temelju pojedinačnih naloga, no koji pritom kao posredni zastupnik nastupa u svoje ime (čl. 785. ZOO-a). Takav egzemplarni zakonodavni pristup nužno otvara problem analogije, odnosno popunjavanja pravnih praznina kad je riječ o distributerima koji su bliski trgovačkim zastupnicima.<sup>3</sup>

## II. OD PRAVA TRGOVAČKOG ZASTUPANJA DO MODERNOG PRAVA DISTRIBUCIJE

Ugovor o trgovačkom zastupanju mora se stoga sagledati “odozgo”, sa šireg stajališta. Važeću paradigmu treba mijenjati kako bi se dohvatio aktualan duh trgovačkog prava. Pozornost treba obratiti na tri aspekta koja su se dosad ispuštala iz vida: *poduzeće, tržišta i osvajanje tržišta putem poduzeća*.<sup>4</sup> Tekst ZOO-a nije od neke osobite pomoći u ostvarivanju te zadaće. ZOO pokazuje, naime, tri

<sup>2</sup> Sustavnosti radi, posebnom dijelu ZOO-a treba u tom smislu pridodati i sve druge, pa i nadnacionalne!, propise kojima se uređuju specifični ugovorni odnosi u raznim vrstama transporta, primjerice pomorskom, zračnom, željezničkom, multimodalnom.

<sup>3</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 25 I 2. rbr. 4.

<sup>4</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 25 I 5. rbr. 11.

slabosti, koje su za njega upravo karakteristične:<sup>5</sup>

- slabo je ovladao kategorijom organizacija
- slabo je ovladao kategorijom tržišta
- te je stoga taoc pristupa prema kojem se ugovor u načelu promatra kao dvostrani pravni odnos.

Taj nedostatak nije problematičan kad je riječ o ugovoru o posredovanju. On je dvostrani pravni posao koji se sklapa, ispunjava ili krši te u konačnici prestaje. Ugovor o trgovačkom zastupanju je, međutim, drukčiji. ZOO doduše i ovdje koncipira samo dvostranopravni odnos između trgovačkog zastupnika i njegova nalogodavca, koji je po prirodi stvari nužno poduzetnik. Trgovački zastupnik zahvaljuje uostalom toj okolnosti i svoje ime, on kao samostalni poduzetnik radi, naime, za drugog samostalnog poduzetnika. Riječ je u svakom slučaju o pogledu na pravni odnos trgovačkog zastupnika i poduzetnika (nalogodavca) “odozdo”, iz perspektive trgovačkog zastupnika. Sagleda li se, međutim, isti taj pravni odnos “odozgo”, dakle sa stajališta poduzetnika, nalogodavca, odnosi trgovačkog zastupanja izgledat će kao organizirani distribucijski lanci. Izrazi trgovinsko zastupanje, trgovinski zastupnik – što je u biti istoznačno s pojmom distribucijskog zastupnika – upućuju na spomenuto organizacijsko značenje ovog specifičnog ugovornog odnosa. Da ne bismo upali u zamku isključivosti izraza trgovački i trgovinski, treba se odrediti u prilog teze da je trgovački zastupnik – što je svakako ispravnije govoriti! – ujedno, podredno i trgovinski zastupnik svojeg nalogodavca, poduzetnika, jer je uklopljen u poduzetnikov distribucijski, trgovinski lanac. Pravo trgovačkog zastupanja, koje se oslanja na odredbe čl. 804. i dalje ZOO-a, nameće stoga pitanje može li ga se iznova koncipirati na širim osnovama, i to na trima razinama:

- Ograničuje li se pravo trgovačkog zastupanja na dvostrani odnos trgovačkog zastupnika i poduzetnika, nalogodavca?
- Mogu li se odredbe čl. 804. i dalje ZOO-a analogijom proširiti i na druge distribucijske odnose, imaju li one takve elemente koji otvaraju put analogiji koja bi popunila očite pravne praznine kad je riječ o drugim distributerima koji nalikuju trgovačkim zastupnicima?
- Kako se pravo trgovačkog zastupanja i općenito pravo distribucije odnosi prema pravu tržišnog natjecanja, koje ima zadaću zaštititi tržište kao pravno dobro?

<sup>5</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava, BGB-a i HGB-a, Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 25 I 5. rbr. 11.

Distribucijom roba i usluga juriša se na tržište u raznim varijantama. Počevši od najjednostavnije, da jedno jedino društvo namjerava osvojiti tržište tako što će samo izgraditi i održavati svoj distribucijski lanac, preko distribucijskog modela koji uključuje angažman trgovačkog zastupnika, preko koncepta komisijske agencije te posrednika u ugovaranju, franšizera i primatelja licencije robnog ili uslužnog žiga, pa sve do modela distribucije koji počiva na koncernu.

### III. POSREDNIK U UGOVARANJU KAO DISTRIBUTER

#### 3.1. Pojam, pravna kvalifikacija i praktična važnost

Posrednik u ugovaranju je samostalan trgovac, distributer, kojeg karakterizira specifična skrb o interesima nalogodavca, poduzetnika.

a) Nastavi li se slijed od trgovačkog zastupnika, koji u ime i za račun za nalogodavca samo posreduje oko sklapanja ugovora ili, pak, tako i sklapa ugovore, preko komisijskog agenta koji sklapa poslove s trećima u svoje ime, ali za račun nalogodavca, iskorači li se za još jedan daljnji korak, stiže se konačno i do novog zasebnog trgovinskog oblika u kojem trgovac na veliko preprodaje robu u svoje ime i za svoj račun.<sup>6</sup> Poslovna praksa obilato se koristi i ovom mogućnošću. Ovaj oblik trgovine, tj. distribucije, karakterizira s jedne strane to da distributer, posrednik u trgovini, nastupa kao samostalni trgovac na veliko, da je trgovina određenim proizvodima njegova vlastita trgovina te, s druge strane, da je pritom manje ili više intenzivno obvezan uzimati u obzir interese svojeg principala, poduzetnika, najčešće dobavljača.<sup>7</sup> Sustavi distribucije, različiti od trgovačkog zastupanja, pretežito se razlikuju od samog trgovačkog zastupanja u vanjskom odnosu između distributera i njegovih kupaca, a u samom unutarnjem odnosu prisutne su brojne sličnosti s trgovačkim zastupanjem jer preteže bliskost s obveznim odnosima koji su trajnog karaktera i temelje se na nalogu, mandatu.<sup>8</sup>

b) Oba ta mjerila trebaju se snažno međusobno razgraničiti. Izraz vlastita trgovina, koji se dovodi u vezu s poslovnom djelatnošću trgovaca na veliko i trgovaca na malo, sadržava, naime, samo obilježje trgovine u vlastito ime i za vlastiti račun te se stoga koristi u tom smislu u potpuno drukčijim situacijama – primjerice, ako banka ne izvrši klijentov nalog za provedbom financijske komisije kao komisionar, već kao kupac ili prodavatelj.<sup>9</sup> Pravno je riječ o vlastitoj

<sup>6</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 1.

<sup>7</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 1.

<sup>8</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III rbr. 42.

<sup>9</sup> Vidi više o tome u: Miladin, P., *Trgovina financijskim instrumentima (vrijednosnim papiri-*

trgovini i ako poduzetnik prodaje svoje proizvode putem “normalnih” trgovaca na veliko i trgovaca na malo, no takvi kanali trgovine ne zadaju pravne glavobolje o kojima bi trebalo raspravljati u udžbeniku trgovačkog prava.<sup>10</sup>

Ako je, pak, samostalni veletrgovac obavezan, osim toga, skrbiti i o interesi-ma poduzetnika, najčešće dobavljača robe, a ne samo iscrpljivati se u običnoj trgovini robom tog svojeg dobavljača, nastaje nova, samostalna mješovita figura ustroja trgovine koju karakterizira određena srodnost samostalnog veletrgovca s trgovačkim zastupnikom ili komisijskim agentom.<sup>11</sup> Takav u načelu samostalni veletrgovac naziva se u domaćoj pravnoj i poslovnoj praksi preširoko i neodređeno distributer. Za ovakvu vrstu distributera, posrednika u trgovini, prikladniji je naziv posrednik u ugovaranju.

Izraz vlastita trgovina ne smije se olako izjednačavati s izrazom posredovanje u ugovaranju, kao ni obratno. Dodatnu konfuziju stvara nekritička uporaba izraza distributer, koji pokriva široko značenje što se proteže od vlastite trgovine do posredovanja u ugovaranju. Takav govorni poslovni jezik prodro je i u pravne dokumente, unoseći pomutnju i zaobilazeći bit problema. Svaki posrednik u ugovaranju prema tome je samostalni trgovac koji se bavi vlastitom trgovinom, no ne vrijedi nužno i obratno, pa svatko tko se bavi vlastitom trgovinom ne mora ujedno biti i posrednik u ugovaranju.<sup>12</sup>

### 3.2. Definicija posrednika u ugovaranju

a) Logično je da se taj niz tipova koji počinje od trgovačkog zastupnika te ide preko komisijskog agenta do posrednika u ugovaranju iskoristi da bi se osloncem na čl. 804. ZOO-a definiralo posrednika u ugovaranju. Proizlazi da je posrednik u ugovaranju samostalni poduzetnik kojemu je povjereno da s trećima stalno trguje robom drugog poduzetnika, dobavljača, i to u svoje ime i za svoj račun te da takvu trgovinu potiče poput trgovačkog zastupnika ili komisijskog agenta.<sup>13</sup>

Potonja pretpostavka u svakom je slučaju otvorena – koliko je neki odnos posredovanja u ugovaranju blizak trgovačkom zastupanju ovisi u konačnici o

---

*ma, efektima*), u: Miladin, P. (gl. ur.), *Prilagodba hrvatskog prava i ekonomije europskom tržištu kapitala*, Zagreb, 2013., str. 480. Vidi i Miladin, P., *Izravna komisionarova trgovina s komitentom, zbirna špedicija i špedicija s fiksnom naknadom*, u: Josipović, T.; Špoljarić, D. (ur.), *Liber amicorum Mladen Žuvela*, Zagreb, 2022., str. 351 i dalje.

<sup>10</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 2.

<sup>11</sup> Slično Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 3.

<sup>12</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 3.

<sup>13</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 4.

analizi svakog konkretnog slučaja. Takav kazuistički pristup ne može se, međutim, ni u kojem slučaju otkloniti jer posrednik u ugovaranju trguje za svoj račun, pa se način i intenzitet njegove skrbi za interese principala ne može prosuditi već na temelju mjerila djelovanja za tuđi račun kao kod trgovačkog zastupanja i komisijske agencije. Svaka definicija posrednika u ugovaranju mora stoga uključiti kao pretpostavku da on štiti interese svojeg principala, poduzetnika, "slično kao kod klasične skrbi za poslove nalogodavca, principala" ili da su ugovorne strane "međusobno interesno povezane kao kod komisijske agencije".<sup>14</sup> Je li ta pretpostavka ispunjena, sud je dužan utvrditi na temelju analize svakog pojedinog ugovora.

b) Ulmer je predložio nešto užu definiciju od one koja je prethodno navedena. Prema njoj je "posrednik u ugovaranju trgovac čije je poduzeće uključeno u distribucijsku organizaciju nekog proizvođača robe koja je zaštićena žigom tako što on na temelju ugovora s proizvođačem ili međuposrednikom kojim se proizvođač koristi trajno preuzima u svoje ime i za svoj račun distribuirati ugovorene predmete na ugovorenom području i promicati da se njima trguje, prilagoditi tome funkcije i rizike svoje poslovne djelatnosti te u poslovnom prometu osim svoje tvrtke istaknuti i proizvođačevu".<sup>15</sup> Tipično je, doduše, da posrednik u ugovaranju trguje proizvodima koji su zaštićeni žigom, da su posrijedi tzv. robne marke, odnosno brendirana roba, no ta okolnost nije po sebi dovoljna da je se izdigne na razinu elementa definicije kao ni, s njom povezanu, obvezu da se proizvođačev znak ističe u poslovanju posrednika u ugovaranju.<sup>16</sup> Djelatnost posrednika u ugovaranju jednako tako ne mora se ograničiti na neko posebno ugovoreno područje. To što bi posrednik u ugovaranju trebao uskladi- ti funkcije i rizike svojeg poslovanja sa svojom obvezom da promiče trgovinu proizvođačevim proizvodima, u biti je, po definiciji koja je prethodno iznesena, obveza posrednika u ugovaranju da skrbi o interesima svojeg principala kojom se on približava trgovačkom zastupniku i komisijskom agentu.<sup>17</sup> Samostalno značenje nema ni "uključenost u distribucijsku organizaciju proizvođača" kao element definicije posrednika u ugovaranju. Nju treba razumijeti kao prečac kojim povezujemo posrednika u ugovaranju i trgovačkog zastupnika, no do toga će se u konačnici doći samo analizom svakog pojedinog slučaja.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Tako BGHZ 54, str. 338, 340 i dalje; BGHZ 74, str. 136, 139 i dalje; BGH WM 1993, str. 1681, 1682.

<sup>15</sup> Ulmer, *op. cit.* u bilj. 1, str. 206. Slijede ga Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 II 2 a; Martinek, *Franchising...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1365.

<sup>16</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 6.

<sup>17</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 6.

<sup>18</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 6.

### 3.3. Dvostupnjevost okvirnog ugovora i ugovora o kupoprodaji i pravna priroda okvirnog ugovora

a) Pravni odnos posrednika u ugovaranju i poduzetnika obilježava njegova dvostupnjevost: ugovor o posredovanju u ugovaranju je sam za sebe okvirni ugovor<sup>19</sup>, koji se sklapanjem odgovarajućih pojedinačnih ugovora o kupoprodaji između istih strana dopunjuje, precizira. Budući da posrednik u ugovaranju trguje u svoje ime i za svoj račun, on treba robu kupiti od poduzetnika te je dalje preprodati trećima. Takvi se pojedinačni poslovi ne mogu u potpunosti anticipirati okvirnim ugovorom o posredovanju u ugovaranju, pa je u tom dijelu prepušteno ugovornim stranama da konkretiziraju svoje dogovore. I pravno su i činjenično prisutne stoga dvije različite razine odnosa među strankama – okvirni ugovor i konkretni, pojedinačni ugovor o kupoprodaji. Sklapajući ugovor o posredovanju u ugovaranju kao okvirni ugovor, strane postavljaju kao obvezatna općenita načela zajedničkog projekta, odnosno temelj buduće suradnje, dok pitanja pojedinosti i pojedinih kupoprodajnih poslova ostaju otvorena i uglavljaju se naknadno. Okvirni ili temeljni ugovor ima vlastito, samostalno značenje pored pojedinačnog kupoprodajnog ugovora koji se sklapa u njegovim okvirima, tako da ga se sklapanje i važenje tog pojedinačnog kupoprodajnog ugovora ne dotiče. Okvirni ugovor gotovo kao da uzima dio sadržaja budućeg pojedinačnog kupoprodajnog ugovora te se njime utemeljuje dugotrajniji poslovni odnos koji odlikuju temeljne obveze ograničene obvezama iz pojedinačnih kupoprodajnih ugovora. Okvirni ugovor svoje djelovanje izvodi iz odnosa s istovremeno ili naknadno sklopljenim pojedinačnim kupoprodajnim ugovorima.

Upravo je u toj dvostupnjevosti specifičnost ugovora o posredovanju u ugovaranju prema ostalim ugovorima o posredovanju u trgovini, distribuciji. Između posrednika u ugovaranju i trgovačkog zastupnika u tom smislu nema sličnosti jer kod potonjeg oblika trgovine provedbeni posao poduzimaju izravno poduzetnik, nalogodavac i treći. Komisijski agent ima, također, drukčiji pravni položaj jer on prema trećemu nastupa u svoje ime, no s poduzetnikom, nalogodavcem, ne sklapa ugovore o kupoprodaji robe jer djeluje za njegov račun tako da se provedbeni posao odvija isključivo na osnovi naloga, tj. skrbi za poslove principala te nema nikakve kupoprodajne elemente.<sup>20</sup>

b) Zadaća je odrediti tip ugovora o posredovanju u ugovaranju kao okvirnog ugovora. Nije riječ o ugovoru *sui generis*, već o različitim tipovima ugovora

<sup>19</sup> Ulmer, *op. cit.* u bilj. 1, str. 300 i dalje; Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 7.

<sup>20</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 8.



koji su s njim povezani.<sup>21</sup> Treba poći od toga da je ugovor o posredovanju u ugovaranju po svojim karakteristikama naplatni ugovor o nalogu kojega činidbe imaju karakter službe u smislu inominatnog ugovora o službi. Na ugovor o posredovanju u ugovaranju primjenjuje se ponajprije na odgovarajući način pravilo čl. 765. st. 1. ZOO-a, prema kojem je posrednik u ugovaranju obvezan skrbiti o interesima poduzetnika, nalogodavca (odgovarajuće pravilo susrećemo glede trgovačkog zastupnika u čl. 811. st. 1. ZOO-a). Naknada posrednika u ugovaranju sastoji se u tome da mu ugovor pribavlja mogućnost ili priliku da zaradi trgujući poduzetnikovim proizvodima, obavljajući svoju činidbu, službu. Posrednik u ugovaranju obvezuje se, naime, trajno promicati trgovinu poduzetnikovom robom te ujedno skrbiti o poduzetnikovim interesima, a poduzetnik mu je zauzvrat kao protučinidbu dao priliku participirati u trgovini, tj. distribuciji njegove robe te da tako zarađuje.<sup>22</sup> Težiše treba stoga staviti i na tipičnu obvezu nalogoprimca iz čl. 769. ZOO-a da nalogodavcu podnosi izvješća. Primjereno tome, na temelju čl. 812. ZOO-a trgovački zastupnik dužan je davati nalogodavcu sve potrebne obavijesti o stanju na tržištu, poglavito one koje su važne za svaki pojedini posao. Trgovački zastupnik obvezan je, nadalje, redovito obavještavati nalogodavca o ispunjenju svojih ugovornih obveza, o trećim osobama koje su spremne pregovarati s nalogodavcem ili s njim sklopiti ugovor te o ugovorima koje je sklopio u ime i za račun nalogodavca. Na odgovarajući način ta se pravila primjenjuju i na posrednika u ugovaranju. Posrednik u ugovaranju obvezan je na temelju odgovarajuće primjene čl. 765. ZOO-a postupati u skladu s uputama koje je primio od poduzetnika, nalogodavca. Trgovački zastupnik obvezan je, također, na temelju čl. 811. st. 1., odnosno čl. 813. ZOO-a, postupati po razumnim uputama nalogodavca.

Ako je posrednik u ugovaranju uključen u poduzetnikovu distribucijsku organizaciju – kao što je to većinom slučaj – nije životno da se njegova naknada iscrpljuje u pukoj prilici da zaradi trgujući poduzetnikovom robom, a s obzirom na to da posrednik u ugovaranju poduzima s poduzetnikom dodatne činidbe, službe u poduzetnikovom interesu koje nadilaze puki kupoprodajni odnos i vlastite interese posrednika u ugovaranju – primjerice, ako je ovisan o brojnim poduzetnikovim uputama te je dužan poduzimati dodatne mjere i radnje kako bi ustrojio svoju djelatnost poput držanja skladišta i održavanja količina poduzetnikove robe u tim skladištima koje bitno nadilaze njegove vlastite potrebe.<sup>23</sup> U tim je slučajevima stoga točnije reći da okvirni ugovor jamči posredniku u

<sup>21</sup> Tako Larenz, Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 23 rbr. 112 i dalje; Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 9.

<sup>22</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 9.

<sup>23</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 9. Tako s pravom BGHZ 142, 358, 379 i dalje.

ugovaranju, osim puke prilike da zaradi, i naknadu odnosno protučinidbu u vidu tzv. "temeljnog rabata", tj. razlike između unaprijed utvrđene cijene po kojoj je posrednik u ugovaranju robu nabavljao od poduzetnika, principala, i cijene, tj. vrijednosti po kojoj je dalje tu istu robu preprodavao.<sup>24</sup> Ugovor o posredovanju u ugovaranju daje, dakle, posredniku u ugovaranju priliku zaraditi na razlici između nabavne i preprodajne cijene poduzetnikove robe. I u ovoj konstelaciji nije, dakle, ni pravno ni ekonomski riječ ni o čemu drugome nego o pružanju prilike posredniku u ugovaranju da zaradi na trgovini principalovim proizvodima.<sup>25</sup>

Pravna kvalifikacija ugovora o posredovanju u ugovaranju, kao okvirnog ugovora, treba u svakom slučaju uzeti u obzir intenciju ugovornih strana da na temelju tog okvirnog ugovora sklapaju pojedinačne ugovore o kupoprodaji, pa su u tom smislu nezaobilazni i kupoprodajni elementi okvirnog ugovora.<sup>26</sup> Pravna kvalifikacija okvirnog ugovora o posredovanju u ugovaranju napadala se u tom dijelu i s pozicija da su pojedinačni ugovori o kupoprodaji samo pomoćni poslovi koji se svode na provedbu temeljne zadaće posrednika u ugovaranju da skrbi o poslovima svojeg principala, pa stoga obveze isporuke odnosno kupoprodajne obveze iz okvirnog ugovora nisu temeljne obveze u smislu čl. 376. ZOO-a, već puke sporedne obveze koje se temelje na općoj obvezi lojalnog postupanja prema ugovornom partneru.<sup>27</sup> To što je neka obveza sporedna, ništa ne mijenja na njezinu sadržaju ni na njezinoj tipološkoj kvalifikaciji, tj. razvrstavanju pod pojedini tip ugovora, konkretno pod kupoprodaju, pa spomenuta argumentacija već s tog stajališta nije osnovana.<sup>28</sup> Temeljna obveza skrbi za principalove poslove povezana je prema tome sa sporednom kupoprodajnom obvezom i u pravilu ta veza jače i slabije obveze ne rezultira suprotno metodi apsorpcije monolitnim ugovorom o nalogu kojim se preuzima činidba skrbi za poslove principala koja ima karakter službe, već u skladu s metodom kombinacije – kojoj u načelu treba dati prednost – mješovitim ugovorom koji ima elemente ugovora o nalogu, s činidbom koja ima karakter službe, i ugovora o kupoprodaji.<sup>29</sup> Zapravo nije riječ ni o pukoj sporednoj obvezi, već doista o glavnoj obvezi jer su ugovorne strane sklapajući okvirni ugovor imale ponajprije namjeru trgovati, tj. prodavati principalovu robu i iz toga obostrano namicati

<sup>24</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3 rbr. 9.

<sup>25</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3 rbr. 9.

<sup>26</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3 rbr. 10.

<sup>27</sup> Tako, pak, Ulmer, *op. cit.* u bilj. 1, str. 313 i dalje, 319 i dalje; slijedi ga Martinek, *Abzahlungsgesetz...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1447.

<sup>28</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3 rbr. 10.

<sup>29</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3 rbr. 10. Usporedi s Larenz, Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 63 I 3. b.

dobit, a ne samo reklamirati principalove proizvode, pružati krajnjim kupcima razne servise i slično.<sup>30</sup> Jasno je da će svatko tko samostalno trguje, pa primjereno tomu i posrednik u ugovaranju, skrbiti o svojim vlastitim interesima (suprotno shvaćanjima teorije apsorpcije), pa okvirni ugovor nije u načelu samo ugovor u tuđu korist, već (prema shvaćanjima teorije kombinacije) mješoviti tip ugovora u kojemu su povezani elementi skrbi za vlastite, posrednikove i tuđe, principalove interese. Obveza skrbi o interesima principala poprima u praksi različite oblike ovisno o okolnostima pojedinog slučaja i o tome kako su ih ugovorne strane konkretizirale. Odražava se, primjerice, u obvezi reklamiranja principalovih proizvoda, njihova skladištenja te službe, brige o principalovim proizvodima koji su isporučeni maloprodajnim lancima. Skrb o interesima principala nameće distributeru bliskom trgovačkom zastupniku ugovornu odredbu o zabrani ili ograničenju obavljanja djelatnosti, slično kao kod trgovačkog zastupnika (v. čl. 834. ZOO-a). Skrb o interesima principala dopunjuje, a dijelom i konkretizira, pravo principala da daje posredniku u ugovaranju upute. Principalovo pravo da daje upute temelji se na elementima službe što su sastavni dio ugovora o distribuciji koji je blizak trgovačkom zastupanju. Te se principalove upute ne tiču kupoprodajne komponente ugovora o posredovanju u ugovaranju koji je blizak trgovačkom zastupanju, one su ograničene u svakom slučaju na ugovorne činidbe s naslova službe te se odnose, primjerice, na pitanja kako će posrednik u ugovaranju reklamirati principalove proizvode, općenito osmisliti i provoditi markentišku politiku principalovih proizvoda, kako će ih i koliko skladištiti te kakav će servis pružati maloprodajnim lancima koji od njega kupuju principalovu robu. Kupoprodajna komponenta okvirnog ugovora je jezgra samostalnog trgovanja posrednika u ugovaranju, tako da principal posebice ne smije dirati u to kako posrednik u ugovaranju formira cijene prema maloprodajnim lancima, što je, uostalom, zabranjeno i prema kogentnim pravilima prava tržišnog natjecanja.

Pretpostavke pod kojima distributer kupuje, a principal prodaje robu nisu u okvirnom ugovoru najčešće do kraja precizno uređene.<sup>31</sup> Okvirni ugovor ima jasnu svrhu, usmjeren je na prodaju, pa se može odrediti, svakako u velikom broju slučajeva, te, štoviše, već i po samom zakonu za tipične situacije u skladu s čl. 319. i čl. 4. ZOO-a, jesu li obje strane i pod kojim uvjetima obvezne sklopiti pojedinačne ugovore o kupoprodaji.<sup>32</sup> Ispunjene su, dakle, za to potrebne

<sup>30</sup> Tako s punim pravom Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 10. Formulacija BGHZ 124, 351, 365 nije to, međutim, istaknula.

<sup>31</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 11.

<sup>32</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 11.

pretpostavke, pa je okvirni ugovor u načelu i predugovor o sklapanju brojnih pojedinačnih ugovora o kupoprodaji s obzirom na to da je utoliko udovoljeno zahtjevu određenosti – iako doduše ne već prilikom dogovaranja predugovora, nego tek u trenutku kad je sazrelo sklapanje glavnog ugovora! – glede bitnog dijela pojedinačnih ugovora o kupoprodaji koje strane okvirnog ugovora namjeravaju sklapati na temelju okvirnog ugovora.<sup>33</sup>

Neovisno o tome što svakako treba uvažiti kupoprodajne elemente okvirnog ugovora o posredovanju u ugovaranju, one su daleko od toga da njime u cijelosti dominiraju i da mu odriču svako drugo bitno obilježje.<sup>34</sup> Okvirni ugovor o posredovanju u ugovaranju nije kao vlastita trgovina puka podvrsta ugovora o kupoprodaji u smislu čl. 376. ZOO-a; posrednik u ugovaranju obavlja, naime, činidbu koja ima karakter posebne službe za sebe, ali i za principala, poduzetnika. Neovisno o tome što posrednik u ugovaranju distribuira robu ponajprije za svoj račun, on je pritom dužan štititi interese svojeg ugovornog partnera, principala, i na temelju ugovora o službi, kao služboprimec, a ne samo puki prodavatelj. Bazična mandatna podloga okvirnog ugovora nameće posredniku u ugovaranju obvezu da skrbi o interesima principala. Svaka služba je u svojoj jezgri mandat, nalog. Skrb o interesima nalogodavca, principala, bit je mandata, naloga (čl. 765. ZOO-a), te se primjenjuje na neizravno zastupanje, odnosno komisiju (čl. 786. ZOO-a) i na izravno trgovinsko zastupanje (čl. 811. st. 1. ZOO-a). Svako zastupanje, mandat, bilo izravno bilo neizravno, skopčano je s obvezom skrbi za interese principala. Tako je i sa službom kao manifestacijom mandata. To ima praktično značenje jer se na ugovor o posredovanju u ugovaranju, kao okvirni ugovor, u načelu ne primjenjuje CISG, i to, također, i kad se CISG primjenjuje na pojedinačne ugovore o kupoprodaji koji su sklopljeni na temelju okvirnog ugovora o posredovanju u ugovaranju.<sup>35</sup>

Okvirni ugovor treba, dakle, pravno kvalificirati kao mješoviti tip ugovora s elementima ugovora o službi koji su slični agenciji, zastupstvu te s predugovorno-kupoprodajnim elementima.<sup>36</sup> Ključ razumijevanja je, međutim, u tome da posrednik u ugovaranju radi i u svojem i u principalovu interesu te da su ta dva interesa pomiješana u okvirnom ugovoru.

<sup>33</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I rbr. 11.

<sup>34</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 11.

<sup>35</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 3. rbr. 11; Martinek, M.; Magnus, U., u: *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1999., čl. 1. CISG-a rbr. 37.

<sup>36</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I rbr. 11.

### 3.4. Primjena posredovanja u ugovaranju u poslovnoj praksi

Institut posredovanja u ugovaranju igra veliku ulogu u trgovini motornim vozilima. Brojne odluke iz njemačke sudske prakse te pravna shvaćanja u pravnoj doktrini formirala su se upravo s obzirom na posebnosti u distribuciji motornih vozila.<sup>37</sup> Posrednici u ugovaranju našli su svoje važno mjesto i u drugim područjima, primjerice u trgovini prehrambenim proizvodima, bezalkoholnim i alkoholnim pićima i sl.<sup>38</sup> Kako je ugovor o posredovanju u ugovaranju povezan sa sklapanjem ugovora o kupoprodaji, to se ponajprije odnosi na distribuciju pokretnih stvari, posebice robe. Što se tiče drugih proizvoda, slične funkcije ostvaruju se posebnim oblicima ugovora o franšizi, koji se često tipološki jedva razlikuje od ugovora o posredovanju u ugovaranju.

## IV. PROBLEMATIKA ANALOGNE PRIMJENE ČL. 804. I DALJE ZOO-a

Pitanje mogu li se i, ako mogu, u kojoj mjeri pravila ZOO-a o trgovačkom zastupanju analogijom primijeniti i na druge sustave distribucije temelji se u načelu na tome da je riječ o specijalnim, dijelom štoviše i kogentnim pravilima te na uvodno istaknutom pravnom shvaćanju po kojem je pravo trgovačkog zastupanja samo izabrani, zakonom izričito uređeni, primjer širih nepisanih zakonskih pravila o sustavima distribucije.<sup>39</sup> Problem primjene analogijom postavlja se ponajprije glede odredbi čl. 828. i dalje ZOO-a. Riječ je o tome da se zaštita na koju ima pravo trgovački zastupnik proširuje u određenoj mjeri i na druge poduzetnike koji nisu trgovački zastupnici u smislu čl. 804. ZOO-a, ali im slične. Unatoč tomu što se brojni sustavi distribucije međusobno razlikuju, ta je razlika mahom povezana s vanjskim odnosom između distributera i njegovih klijenata, dok se unutarnji odnos distributera i poduzetnika, principala, općenito uvelike preklapa s unutarnjim odnosom trgovačkog zastupnika i nalogodavca, poduzetnika, s obzirom na to da su oba trajnog karaktera (trajni obvezni odnos) i temelje se na nalogu, mandatu.<sup>40</sup> Pravo trgovačkog zastupanja ima stoga karakter modela i za druge sustave distribucije, pri čemu se u ovom radu raspravlja o primjeni tog modela na tzv. posrednike u ugovaranju.

<sup>37</sup> Primjeri će se iznijeti u nastavku rada. V. pod 5.2.

<sup>38</sup> Navedeno prema Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 I 4. rbr. 14.

<sup>39</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava, BGB-a i HGB-a, Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 25 I 5. rbr. 11.

<sup>40</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III rbr. 42.

#### 4.1. Opće pretpostavke analogije

Jednako kao kod komisijskog agenta, i kod posrednika u ugovaranju veliku ulogu igra mogu li se i pod kojim pretpostavkama primijeniti na odgovarajući način pojedine odredbe ZOO-a (čl. 804. ZOO-a i dalje) koje uređuju ugovor o trgovačkom zastupanju. Samo zato što općenito postoje sličnosti između posredovanja u ugovaranju i trgovačkog zastupanja, ne znači da treba preslikati i primijeniti sve odredbe ZOO-a o trgovačkom zastupanju na posredovanje u ugovaranju. Problem je, međutim, kudikamo zaoštreniji kod posrednika u ugovaranju nego kod komisijskog agenta jer i sama pravna kvalifikacija konkretnog trgovinskog posrednika, distributera, kao posrednika u ugovaranju podrazumijeva da on potiče trgovinu/distribuciju poduzetnikovih/principalovih proizvoda slično kao trgovački zastupnik ili komisijski agent. Poslovna i pravna praksa ne obaziru se na takve pravne kvalifikacije, pa će se svaki distributer, veletrgovac ili posrednik u trgovini morati naknadno baviti pitanjem tko su oni zapravo, odnosno jesu li posrednici u ugovaranju. Polazi se, naime, od toga da se između ugovornih strana – posrednika u ugovaranju i poduzetnika, principala – uspostavi interesni odnos koji u bitnome podsjeća na agenturu, zastupstvo.<sup>41</sup> Da bi se stoga primijenilo analogijom pravila čl. 804. i dalje ZOO-a, treba konkretnom problemu pristupiti u dva koraka. Najprije treba ispitati je li konkretni posrednik u trgovini, distributer, unatoč svojem samostalnom pravnom položaju veletrgovca obavljao zadaće koje ga u bitnome izjednačuju s onim što rade trgovački zastupnici ili komisijski agenti. Treba istražiti karakteristike unutarnjeg odnosa konkretnog distributera i njegova principala, poduzetnika, te ih usporediti s karakteristikama ugovornog odnosa između trgovačkog zastupnika i nalogodavca, poduzetnika. Težište ne treba, dakle, stavljati na različite tehnike za kojima su se ugovorne strane povodile kad su osmišljale i dogovarale svoje međusobne distribucijske odnose. Zatim treba ispitati je li podesno primijeniti pojedina pravila ZOO-a o trgovačkom zastupanju i na takvog konkretnog samostalnog veletrgovca, distributera.<sup>42</sup> Dopusti li se primjena odredbi o trgovačkom zastupanju *mutatis mutandis* na odnos posredovanja u ugovaranju, uvijek treba prethodno pomno analizirati sve okolnosti slučaja i kumulativno ispuniti niz uvjeta.

a) O tome je li konkretan ugovor o distribuciji funkcionalno srodan trgovačkom zastupanju ili komisijskoj agenciji, ne smije se zaključivati samo na temelju nekih pojedinačnih značajki koje bi uvijek bile odlučujuće, već isključivo

<sup>41</sup> Tako BGHZ 54, 338, 340 i dalje; BGH WM 1993, str. 1681, 1682. Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 15.

<sup>42</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 15.

ne temelju većeg broja elemenata i njihovim međusobnim utjecajem, ovisno o njihovu broju i snazi.<sup>43</sup> Takvim pristupom kompenzira se, naime, okolnost da posrednik u ugovaranju ne trguje za tuđi, već za svoj račun te se nužno uzimaju u obzir sve druge karakteristike trgovačkog zastupanja koje u tom smislu moraju nadomjestiti taj očiti deficit.<sup>44</sup> Metodološki gledano, riječ je o tipološkom pristupu te o razvitku dinamičnog, živog sistema.<sup>45</sup>

b) Težište treba stoga staviti na tipične obveze lojalnosti trgovačkog zastupnika prema nalogodavcu, tj. poduzetniku iz čl. 811. i 812. ZOO-a. Ključno je, dakle, ispitati jesu li te obveze karakteristične i u unutarnjem odnosu kod nekog drugog konkretnog ugovora o distribuciji; različite ugovorne tehnike distribucije imaju stoga sporednu važnost – model diodistribucije ostaje u konačnici u načelu isti. Na temelju čl. 811. st. 1. i st. 2. ZOO-a trgovački zastupnik obvezan je truditi se oko posredovanja ili sklapanja poslova i pritom je dužan skrbiti o interesima svojeg nalogodavca. Na temelju čl. 812. ZOO-a trgovački zastupnik dužan je davati nalogodavcu sve potrebne obavijesti o stanju na tržištu, poglavito one koje su važne za svaki pojedini posao. Drugim riječima, trgovački zastupnik obvezan je bez odgode obavještavati nalogodavca o svakom poslu oko kojeg je posredovao i o svakom poslu koji je sklopio u ime i za račun nalogodavca. Trgovački zastupnik obvezan je na temelju čl. 811. st. 1., odnosno čl. 813. ZOO-a, postupati po razumnim uputama nalogodavca. Osobitu ulogu imaju i obveze trgovačkog zastupnika o zakonskoj zabrani tržišnog natjecanja s nalogodavcem iz čl. 805. ZOO-a te o ugovornoj zabrani tržišnog natjecanja iz čl. 834. ZOO-a. Treba, dakle, utvrditi je li konkretni posrednik u ugovaranju preuzeo na odgovarajući način te obveze.

Što je, naime, opsežnije i intenzivnije neki samostalni trgovac, odnosno općenito distributer, vezan spomenutim obvezama koje su tipične za trgovačkog zastupnika, to je opravdanije zaključiti da ga treba štiti odredbama ZOO-a, posebice čl. 830. ZOO-a o redovitom otkazu, koje inače idu u prilog trgovačkom zastupniku.

Bitno je stoga ponajprije koliko se određeni samostalni trgovac snažno trudio promicati trgovinu robom svojeg ugovornog partnera i štiti pritom njegove interese, a zatim i to kakva je bila vrsta te opseg obavijesti te izvještaja koje je samostalni trgovac davao, odnosno podnosio poduzetniku. Bitno je na koncu – i to ima središnje značenje – je li poduzetnik imao pravo davati samostalnom

<sup>43</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 16.

<sup>44</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 16.

<sup>45</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 16. Vidi Larenz, Canaris, *op. cit.* u bilj 1, str. 290 i dalje, 306 i dalje.

trgovcu upute jer je i to tipična karakteristika ugovora o trgovačkom zastupanju.<sup>46</sup>

Razumije se da se te obveze mogu utvrditi na temelju konkludentnog postupanja ugovornih strana, posebice putem ustaljene komercijalne prakse među ugovornim stranama u skladu s čl. 12. st. 1. ZOO-a.<sup>47</sup> Tada je riječ o zaključivanju putem indicija. Nije ni u kojem slučaju potrebno da se ispune sva spomenuta mjerila. Moguće je, štoviše, upravo suprotno tomu, da se na temelju okolnosti da je prisutan samo neki od tih kriterija zaključi da su također prisutne i druge distributerove obveze iako one nisu izričito ugovorene. Dopusšteno je stoga zaključivati da su prisutne i nepisane obveze obavještanja i izvješćivanja. Ako bi u konkretnom slučaju distributerov pravni položaj bio jasno obilježen svojom bliskošću s trgovačkim zastupanjem, na takav zaključak mogu uputiti pravila o dopunskom tumačenju ugovora iz čl. 319. st. 2. ZOO-a, odnosno opća pravila ugovora o nalogu iz čl. 765. st. 1. ZOO-a, koja se po prirodi stvari primjenjuju i na inominatne ugovore o službi. Tek na temelju svobuhvatne ocjene konkretnog ugovora i njegove primjene u praksi – što ima značaj bitnog indicija! – treba utvrditi je li konkretan ugovor blizak ugovoru o trgovačkom zastupanju. Otkloni li se takva analogija, nije riječ o ugovoru o posredovanju u ugovaranju, već, primjerice, o ugovoru sa sukcesivnim isporukama robe.<sup>48</sup> Ako bi, pak, takav ugovor o sukcesivnoj isporuci robe silio veletrgovca da se pridržava čitavog niza obveza, on bi mogao biti ništetan na temelju čl. 322. st. 1. i 329. st. 1. ZOO-a jer je zbog manjka bliskosti s trgovačkim zastupnikom izostala pravična kompenzacija koju nude pravila čl. 830. ZOO-a.<sup>49</sup>

c) Analogna primjena pravila ZOO-a o trgovačkom zastupanju ne tiče se samo prava na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a, već, na odgovarajući način, svih odredaba ZOO-a koje uređuju trgovačko zastupanje. Pravno shvaćanje BGH-a polazi primarno od toga – posebice glede odgovarajuće primjene prava na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a – je li se samostalni trgovac, odnosno općenito distributer, uključio u poduzetnikovu prodajnu organizaciju poput trgovačkog zastupnika kod kojega je to inače tipično za njegov položaj.<sup>50</sup> Riječ je, međutim, o zbirnom pojmu koji je lišen svojeg vlastitog pravnog sadržaja te ga stoga nužno treba konkretizirati tako što će ga se ispuniti činjeničnom građom

<sup>46</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 17.

<sup>47</sup> Sa stajališta njemačkog prava vidi Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 18.

<sup>48</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 18.

<sup>49</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 18.

<sup>50</sup> BGH NJW 1988, str. 262; BGH WM 1993, str. 1464, 1466; BGH WM 1994, str. 243, 244.



nakon što se cjelovito pretresu sve okolnosti pojedinog slučaja.<sup>51</sup> Pritom se s pravom treba ponajprije ravnati u skladu s kriterijima kao što su obveze na poticanje prodaje poduzetnikove robe, informiranje, odnosno obavještanje poduzetnika te prava poduzetnika da kontrolira ili nadzire te daje upute.<sup>52</sup> Težište stoga treba staviti na tipične obveze trgovačkog zastupnika iz čl. 805., 811., 812. i 813. ZOO-a.

#### 4.2. Pojedinačne pretpostavke analogije

Odredbe ZOO-a o trgovačkom zastupanju (čl. 804. i dalje ZOO-a) ne daju se lako preslikati na samostalne veletrgovce (distributere) već na temelju puke činjenice da je neki distributer po svojem pravnom položaju blizak trgovačkom zastupniku ili komisijskom agentu.<sup>53</sup> Samostalni veletrgovac ne smije se olako izjednačavati s posrednikom u ugovaranju. Analogija prema zakonskim pravilima za trgovačke zastupnike pretpostavlja, naime, kao što je rečeno, da se *ratio legis* dotičnog zakonskog rješenja dade konformno pripasati, također, i na posrednika u ugovaranju.<sup>54</sup>

a) Zbog toga što posrednik u ugovaranju djeluje za svoj račun, treba – za razliku od komisijskog agenta – otkloniti analognu primjenu prava na proviziju s naslova isključivog, rajonskog<sup>55</sup> prava posredovanja na određenom području iz čl. 819. st. 3. ZOO-a, pa i kada je posredniku u ugovaranju dodijeljeno pravo na isključivu distribuciju, a poduzetnik, principal, povrijedi to njegovo pravo izravno trgujući s trećima na tom području.<sup>56</sup> Provizija na temelju isključivog prava posredovanja na određenom području naknada je za sveobuhvatno promicanje trgovine principalovim proizvodima i stoga za ukupnu djelatnost trgovačkog zastupnika, tako da je neraskidivo povezana s trgovinom za tuđi račun.<sup>57</sup> Posrednik u ugovaranju zarađuje, pak, kod isključive distribucije trudeći se kako bi povećao prodaju poduzetnikovih, principalovih, proizvoda na određenom području i na odgovarajući način povećao izgleda za uvećanje prihoda iz svojih poslova na određenom području. Povrijedi li principal njegovo pravo

<sup>51</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 19.

<sup>52</sup> BGH WM 1987, str. 542, 544; BGH WM 1988, 1642, 1645; BGH WM 1992, str. 825, 827; BGH WM 1993, str. 1464, 1466. Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 19.

<sup>53</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 20.

<sup>54</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 20.

<sup>55</sup> U tom smislu o rajonskom trgovačkom zastupniku, agentu, govori Hribar, A., *op. cit.* u bilj. 1, str. 9.

<sup>56</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 21; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III 1, a s osloncem na odluku BGH NJW 1984, str. 244.

<sup>57</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 21.

isključive distribucije, posrednik u ugovaranju stoga ima u načelu samo pravo da od principala zahtijeva naknadu nastale štete.<sup>58</sup>

Okolnost da posrednik u ugovaranju djeluje za svoj račun otklanja, također, u pravilu i analognu primjenu čl. 825. ZOO-a o troškovima, pa i primjenu općih pravila o troškovima iz čl. 773. ZOO-a.<sup>59</sup>

b) Bez bojazni treba na odgovarajući način analogijom na posrednike u ugovaranju primijeniti odredbe čl. 828. i 829. ZOO-a o redovnom otkazu te izvanrednom otkazu ugovora o trgovačkom zastupanju bez otkaznog roka (raskidu, kako to čl. 829. ZOO-a neprecizno navodi), kao i pravila iz čl. 834. ZOO-a o ugovornoj zabrani ili ograničenju obavljanja djelatnosti nakon prestanka ugovora.<sup>60</sup> Konkretni posrednik u ugovaranju, distributer, može računati na otkazne rokove iz čl. 830. ZOO-a ako se ispune pretpostavke za primjenu te odredbe analogijom. Pravilo o izvanrednom otkazu iz važnog razloga (čl. 831. ZOO-a) primjenjuje se po načelu koje ionako vrijedi za sve trajne obvezne odnose. Razumije se stoga da svaka strana može otkazati ugovorni odnos iz važnih razloga bez otkaznog roka. Analogijom treba, također, primijeniti i čl. 833. ZOO-a, prema kojem se to pravo ne smije prije prestanka ugovora ograničiti ili isključiti.<sup>61</sup> Općem privatnopravnom rezonu odgovara konačno i to da strana koja izvanredno otkáže ugovorni odnos zbog ponašanja za koje odgovara druga strana, ima pravo od te druge odgovorne strane zahtijevati naknadu štete koja joj je nastala prestankom ugovornog odnosa. *Argumentum a contrario* to uostalom analogijom proizlazi i iz čl. 829. st. 4. ZOO-a.

Na posrednike u ugovaranju treba, štoviše, analogijom primijeniti nepisano pravilo po kojem ugovorne strane nemaju pravo izjaviti otkaz iz važnog razloga na temelju čl. 829. ZOO-a nakon što je prošlo dulje od dva mjeseca nakon što su strane saznale ili morale saznati za važan razlog zbog kojeg izvanredno otkazuju ugovor.<sup>62</sup> Otkazni rok može biti ugovoren, određen zakonom ili određen običajem. Ako ni na jedan od tih načina nije određen, vrijedi primjereni

<sup>58</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 21.

<sup>59</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 22; suprotno tomu Hoyningen-Huene, G., u: *Münchener Kommentar zum HGB*, München, 2005., § 87d rbr. 4.

<sup>60</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava (§§ 89 i dalje HGB-a te 90a HGB-a) Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 23. Drukčije stajalište zastupa Manderla, u: Martinek *et al.*, *op. cit.* u bilj. 1, § 14 rbr. 64.

<sup>61</sup> Tako sa stajališta čl. 833. ZOO-a poredbenog § 89a st. 1. reč. 2. HGB-a Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III 1. rbr. 43.

<sup>62</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III 1 b bb, s osloncem na odluku BGH NJW-RR 1993, str. 682, 683; WM 1994, str. 645 i 646.

rok.<sup>63</sup> Otkaz je stoga izjava kojom se okončava trajni obveznopravni odnos na neodređeno vrijeme ili koji je po svojim učincima blizak obveznopravnom odnosu na neodređeno vrijeme. Sklapanje ugovora na određeni rok, uz konstantna višegodišnja produljenja, ne smije postati sredstvo da se zaobiđe primjena instituta otkaza, pa stoga i u slučajevima tih tzv. lančanih ugovora treba na odgovarajući način primijeniti pravila čl. 828. ZOO-a ispune li se za to druge potrebne pretpostavke.<sup>64</sup> Ugovor o trgovačkom zastupanju kao tipično trajni obvezni odnos, pa na tom tragu i ugovor o posredovanju u ugovaranju, koji mu je u dovoljnoj mjeri blizak i po tom elementu trajnosti, moraju stoga urediti otkazne rokove u skladu s kogentnim pravilima čl. 828. st. 4. ZOO-a.<sup>65</sup> Posrednicima u ugovaranju pristaje primjena odredbi čl. 828., 829. (o redovnom otkazu te izvanrednom otkazu) i 834. ZOO-a (o ugovornoj zabrani ili ograničenju obavljanja djelatnosti nakon prestanka ugovora) već na temelju okolnosti da se oni "stalno skrbe o promicanju trgovine poduzetnikovim proizvodima" i da je njihov položaj blizak položaju trgovačkih zastupnika u smislu ranijih izlaganja. Institut otkaza ugovora primijenit će se analogijom neovisno o tome je li u pojedinom slučaju posrednik u ugovaranju gospodarski ovisan o poduzetniku jer je odgovarajuća primjena pravila o otkazu specifično povezana s trajnom skrbi trgovačkog zastupnika za interese svojeg nalogodavca, dakle s činjenicom da je trgovačko zastupanje tipično trajan obveznopravni odnos. Isto vrijedi na odgovarajući način i za posrednika u ugovaranju. Za primjenu tih odredaba ZOO-a nije, nadalje, bitno ni zarađuje li posrednik u ugovaranju svoju naknadu kroz proviziju, kao i trgovački zastupnik, ili, pak, na temelju svoje vlastite trgovine poduzetnikovim proizvodima. Analogiju u tom dijelu treba potvrditi iz istih razloga kao i kod komisijske agencije.

Na redovni i izvanredni otkaz ugovora o posredovanju u ugovaranju primjenjuju se i u preostalom dijelu na odgovarajući način pravila koja inače vrijede za otkaz ugovora o trgovačkom zastupanju. Pri tumačenju konkretnog ugovora o posredovanju u ugovaranju treba se ugledati na pravila čl. 828. ZOO-a o otkazu trgovačkog zastupanja i u slučaju kad otkazni rokovi nisu to dulji što je dulje trajao konkretan ugovor.<sup>66</sup> Takva pogodba konkretnog ugovora ne izaziva bojazan, barem ne u onim slučajevima kad otkazni rok iznosi šest mjeseci ili dulje

<sup>63</sup> Vidi Vedriš, M.; Klarić, P., *Gradansko pravo*, 14. izdanje, Zagreb, 2014., str. 488 – 489.

<sup>64</sup> Tako BGH NJW-RR 2003, str. 98, 99; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III 1 b bb; Ulmer, P., *op. cit.* u bilj. 1, str. 448, pri čemu on ne dijeli stajalište po kojem čl. 328. ZOO-a ima prisilnopravni karakter.

<sup>65</sup> "Strane ne mogu urediti kraći otkazni rok, a ako ugovore duži, taj rok mora biti jednak za obje strane."

<sup>66</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 23.

kao u čl. 828. st. 3. ZOO-a, s obzirom na to da je to najdulji zakonom propisani otkazni rok. Posrednik u ugovaranju ne zavređuje u tom smislu jaču pravnu zaštitu od one koju ima trgovački zastupnik na temelju čl. 828. ZOO-a. Ograniči li se pravo posrednika u ugovaranju na otkaz ugovora, treba utvrditi jesu li se pritom povrijedila opća kogentna ograničenja iz čl. 4., 322. i 329. ZOO-a, kao i je li, ovisno o okolnostima pojedinog slučaja, poduzetnik oštećio posrednika u ugovaranju za ulaganja koja nije uspio amortizirati za vrijeme dok je trajao njihov ugovorni odnos.<sup>67</sup> Analogna primjena čl. 829. ZOO-a ima prednost u odnosu na primjenu čl. 116. st. 2. ZR-a odnosno odgovarajućih inominatnih pravila glede petnaestodnevnog izvanrednog otkaza ugovora o službi.<sup>68</sup> Čl. 829. ZOO-a ne propisuje rok u kojem će se ugovor izvanredno otkazati, no treba primijeniti nepisano pravilo da je riječ o dvomjesečnom roku. Čl. 829. ZOO-a potisnuo je stoga i alternativnu koncepciju po uzoru na čl. 212. st. 5. ZOO-a, a prema kojem bi obvezni odnos prestao samom dostavom otkaza, odnosno u trenutku kad je ugovorna strana kojoj je otkaz izjavljen za njega saznala ili morala saznati. Analogijom treba, također, primijeniti i nepisano pravilo da se svaki ugovor o službi koji je sklopljen na razdoblje dulje od pet godina daje otkazati uz poštovanje otkaznog roka od šest mjeseci.<sup>69</sup>

I s praktične i s teorijske strane daleko je najvažnije pitanje primjenjuju li se i pod kojim pretpostavkama i na posrednike u ugovaranju analogno pravila čl. 830. ZOO-a o posebnoj naknadi. Nema nikakva razloga da se u skladu sa spomenutim pretpostavkama analogije riješi i pitanje analogne primjene čl. 830. ZOO-a. U nama poredbenom njemačkom pravu to je bilo sporno, no o tom pitanju treba u načelu zauzeti potvrđan stav. Nije prihvatljivo prvotno pravno shvaćanje BGH-a<sup>70</sup>, koje je u međuvremenu ustuknulo pod teretom oštre i opravdane kritike u pravnoj literaturi, prema kojem bi primjena čl. 830. ZOO-a na posrednike u ugovaranju ovisila ponajprije o tome zavređuje li posrednik u ugovaranju po toj osnovi konkretnu pravnu zaštitu kao podređena strana u ugovornom odnosu s principalom. Prirodno je da posrednik u ugovaranju ulaže znatna vlastita sredstva kako bi obavljao svoje distribucijske djelatnosti te je sasvim pogrešno odreći mu pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a ako mu ta sredstva nije osigurao principal. Ni izravna primjena čl. 830. ZOO-a na trgovačke zastupnike ne ovisi, štoviše, o tome je li trgovački zastupnik kao slabiji

<sup>67</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 23.

<sup>68</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 23.

<sup>69</sup> Više o tome Miladin, *Prestanak ugovora...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 309 i 310.

<sup>70</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 24. Glede takve sudske prakse, koju se ovdje kritizira, vidi BGHZ 68, 340, 344 i dalje.

ugovorni partner zavrijedio takvu konkretnu pravnu zaštitu. Nije stoga točno da se primarno iz tog razloga za njega predviđa i dodatna pravna zaštita – propisana Direktivom 86/635 EEZ-a i nacionalnim zakonima. Posebna naknada ide štoviše činjenično više i u većem opsegu u prilog krupnih veletrgovaca nego nekih malih trgovaca koji gotovo da sami sebe zapošljavaju.<sup>71</sup> Analogiju treba stoga dopustiti ako posrednik u ugovaranju obavlja u bitnome slične zadaće kao i trgovački zastupnik ili komisijski agent, što je uostalom i sam njemački BGH nastojao tematizirati u svojoj ustaljenoj praksi, koja u prvi plan izbacuje skupnu, generalnu kategoriju po kojoj je posrednik u ugovaranju nužno uključen u principalovu (poduzetnikovu) distribucijsku organizaciju.<sup>72</sup> Zauzme li se suprotno stajalište, otpast će temeljna pretpostavka da se posrednika u ugovaranju (parcijalno) izjednači s trgovačkim zastupnikom.<sup>73</sup>

Navodi se da posrednik u ugovaranju ima pravo na analognu primjenu čl. 830. ZOO-a, uz dodatnu pretpostavku da se izrijeком ili prešutno obvezo omogućiti principalu pristup klijenteli koju mu je pribavio.<sup>74</sup> Ta je pretpostavka sporna.<sup>75</sup> Treba pritom razlikovati dva aspekta; prvo je pitanje je li takva obveza uopće potrebna, a drugo pod kojim je pretpostavkama treba eventualno potvrditi.<sup>76</sup> Izostane li, naime, takva obveza općenito, posrednik u ugovaranju pribavit će klijentelu za sebe, a ne za poduzetnika, odnosno svojeg principala, te neće skrbiti o tuđim, principalovim, već o svojim vlastitim interesima, pa stoga neće ni imati pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a s obzirom na to da je ona ekvivalent za ugovornu činidbu koju nalogodavac duguje trgovačkom zastupniku, a nije mu je u cijelosti podmirio plaćajući provizije po svakom pojedinom obavljenom poslu.<sup>77</sup> Ništa drukčije ne bi bilo sagledamo li to s kondicijskog stajališta jer klijentela koju je trgovački zastupnik pribavio nalogodavcu nije činidba koju je on primio od trgovačkog zastupnika bez osnove ako izostane obveza trgovačkog zastupnika da tu klijentelu prenese svojem nalogodav-

<sup>71</sup> Tako Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 V rbr. 69.

<sup>72</sup> Tako Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 24; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III 2 a; Hopt, *op. cit.* u bilj. 1, § 84 rbr. 12 i dalje; Küstner, W. u: Röhrich, V.; von Westphalen, F.G. (ur.), *Handelsgesetzbuch*, 3. izdanje, München, 2008., § 89 i dalje; Hoyningen-Huene, *op. cit.* u bilj. 59, § 89b rbr. Vidi više o pravnom shvaćanju BGH-a u tom dijelu pod V.

<sup>73</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 24.

<sup>74</sup> Od BGHZ 29, 83, 89 i dalje riječ je o ustaljenoj njemačkoj sudskoj praksi.

<sup>75</sup> Kritički o tome Schmidt, K., *Kundenstammüberlassung und „Sogwirkung der Marke“: taugliche Kriterien für den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers?*, DB 1979, str. 2359; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 28 III 2 a.

<sup>76</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 25.

<sup>77</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 25.

cu.<sup>78</sup> Tada je posrijedi puka refleksna prednost/korist nastavi li nalogodavac po prestanku ugovora o trgovačkom zastupanju *via facti* raditi s tom klijentelom, a takve se prednosti/koristi nalogodavca ne mogu vraćati trgovačkom zastupniku na temelju stjecanja bez osnove.<sup>79</sup>

Ni u kojem slučaju nije potrebno da svaki pojedini ugovor o posredovanju u ugovaranju propiše polazišna mjerila obveze posrednika u ugovaranju da poduzetniku, principalu, prenese klijente s kojima je trgovao njegovom robom.<sup>80</sup> To je prekruta pozicija i nema dvojbe da se treba ublažiti. Nije, međutim, dovoljno ni ako se konstruira obveza posrednika u ugovaranju da izvještava principala o klijentima s kojima trguje njegovom robom dok je ugovor na snazi.<sup>81</sup> Mora se u načelu dodatno iskoračiti sa spomenutih pozicija te se *pitanje treba postaviti iz drugog kuta*: posrednik u ugovaranju blizak trgovačkom zastupniku nema pravo na posebnu naknadu na temelju analogne primjene čl. 830. ZOO-a samo *ako se tumačenjem ugovora utvrdi da on nije preuzeo obvezu prepustiti principalu klijentelu*.<sup>82</sup> BGH, odluke kojega treba analizirati i sa stajališta hrvatskog prava da bismo uhvatili korak s nama poredbenim pravima koja su u ovom pitanju glede svoje pravne doktrine i sudske prakse daleko ispred nas, nije, naime, u dovoljnoj mjeri vodio računa o tome da se već kod prve pretpostavke za analognu primjenu čl. 830. ZOO-a – funkcionalna bliskost s trgovačkim zastupnikom, odnosno “integritetnost” u poduzetnikov distribucijski, trgovinski sistem – moraju utvrditi snažno naglašeni elementi službe, odnosno skrbi o interesima principala, tuženika.<sup>83</sup> Već iz te prve pretpostavke za analognu primjenu čl. 830. ZOO-a može se zaključiti da se posrednik u ugovaranju obvezao prenijeti poduzetniku/principalu klijentelu.<sup>84</sup> Ako je posrednik u ugovaranju bio obvezan pribavljati poduzetniku/principalu klijentelu i sudjelovati u promidžbi principalovih proizvoda, ne bi bilo nimalo logično zaključiti da mu ta obveza nije, barem dijelom, nametnuta i u interesu njegova principala, te je u skladu s tim dosljedno da posrednik u ugovaranju blizak trgovačkom zastupniku svojem principalu priopći, također, i podatke o svojoj klijenteli – bilo već na temelju čl. 765. st. 1., 811. st. 1. ZOO-a, bilo, u najmanju ruku, na temelju dopunskog tumačenja ugovora u skladu s čl. 319. st. 2. ZOO-a<sup>85</sup>, to više što posrednik u ugovaranju nema u

<sup>78</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 25.

<sup>79</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 25. V. i Larenz, Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 67 II 2c.

<sup>80</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26.

<sup>81</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26. Tako, pak, BGH NJW 1964, str. 1952, 1953. Riječ je o ustaljenoj njemačkoj sudskoj praksi.

<sup>82</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26.

<sup>83</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26.

<sup>84</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26.

<sup>85</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26. Iz presude BGH NJW 1996, str. 2159, “Toyota”

pravilu nikakav interes čuvati tajnim podatke o klijentima naspram principala nakon što je prestao konkretan ugovor, a i da ga ima, taj interes ne zavređuje pravnu zaštitu jer posrednik u ugovaranju treba interese koje ima prema principalu kanalizirati isključivo preko analogne primjene čl. 830. ZOO-a.<sup>86</sup> Pravni položaj posrednika u ugovaranju izgrađen je na funkcionalnoj bliskosti, srodstvu njega kao konkretnog distributera, samostalnog veletrgovca, s trgovačkim zastupnikom i komponenti ugovora o službi koja iz toga slijedi, pa je on već po svojem položaju obvezan priopćiti podatke o klijentima poduzetniku, principalu, nakon prestanka ugovora.<sup>87</sup> Ta obveza ima stoga periferno praktično značenje, ali ju je nužno dogmatski obrazložiti.<sup>88</sup>

Rješenje koje je upravo izloženo ne ovisi o pukom ugovornom formalizmu, o tome da se najčešće nasumično u nekim ugovorima o distribuciji izričito propisuje, a u drugim ne propisuje distributerovu obvezu da po prestanku ugovora prepusti klijentelu principalu.<sup>89</sup> Posredniku u ugovaranju koji je blizak trgovačkom zastupniku treba odreći pravo iz čl. 830. ZOO-a na posebnu naknadu ako samo on po prestanku ugovora zadržava klijentelu u skladu s jasno očitovanom voljom ugovornih strana ili njihovim interesima u okolnostima

---

ne može se zaključiti da se principal obvezao trgovačkom zastupniku da će izbrisati podatke o klijenteli koju mu je on pribavio te da je stoga općenito otpao temelj da trgovački zastupnik analogno odredbi § 89b HGB-a (tom pravilu odgovara čl. 830. ZOO-a) potražuje posebnu naknadu. U slučaju o kojem je odlučivao BGH bila je riječ o obvezi trećega da briše podatke o klijenteli, a ona se iz spomenutih razloga ne može prenijeti na principala. U suprotnom bi primjereno tomu otpala analogija pravila čl. 830. ZOO-a u odnosu na komisijske agente i franšizere koja danas više nije sporna. Iz toga se daje razabrati da ta posljedica uopće i nije rezultat toga što tad treba uskratiti analogiju, već je riječ o tome da dodatno treba analizirati zadaću mjerila obveze trgovačkog zastupnika da svojem principalu prenese klijentelu. Baza analogije mora se stoga iznova sagledati želi li se istaknuti da posrednik u ugovaranju uopće često ni ne smije otkriti principalu podatke o klijentima koje mu je pribavio, i to zbog pravila o zaštiti njihovih osobnih podataka. O slučaju "Toyota", koji je poučan i sa stajališta hrvatskog prava, bit će još riječi u nastavku ovog rada.

<sup>86</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26.

<sup>87</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26. Potpuno je stoga promašena argumentacija odluke BGH NJW 1994, str. 657, 658, u kojoj se primjena § 89b HGB-a uskratila samo zbog toga što nije utvrđena obveza prijenosa klijentele, a da je pritom ostalo potpuno otvoreno je li posrednik u ugovaranju bio uključen u principalovu prodajnu organizaciju poput trgovačkog zastupnika, tako da se uopće nije razmatralo imaju li činidbe posrednika u ugovaranju karakter službe, tj. skrbi za interese principala, a to je pitanje koje najprije treba riješiti jer o njemu ovisi i sagledavanje problema prijenosa klijentele.

<sup>88</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 26.

<sup>89</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27.

pojednog slučaja.<sup>90</sup> U takvim je slučajevima u pravilu odmah jasno da se čl. 830. ZOO-a neće primijeniti ni izravno ni na odgovarajući način, analogijom. Isključe li ugovorne strane obvezu prenošenja klijentele, otpast će pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a.<sup>91</sup> Prema takvim ugovornim klauzulama treba, međutim, biti sumnjičav ako su dogovorene na inicijativu poduzetnika, principala, i ako nisu potkrijepljene interesima posrednika u ugovaranju.<sup>92</sup> Tada se, naime, može lako posumnjati da se takvim klauzulama nastoji ponajprije oduzeti posredniku u ugovaranju pravo na posebnu naknadu na temelju odgovarajuće primjene čl. 830. ZOO-a. Posrijedi bi stoga mogao biti nedopušteni te u skladu s tim i nevaljani pokušaj zaobilaženja pravila iz čl. 833. ZOO-a<sup>93</sup> s obzirom na to da pravo posrednika u ugovaranju počiva na istim kogentnim pravilima kao i pravo njemu bliskog trgovačkog zastupnika.<sup>94</sup> Prema pravilima o zaobilaženju prava takva je klauzula ništetna ili će se odredba koju je ona namjeravala ugroziti primijeniti na odgovarajući način.<sup>95</sup> Isti učinak kadar se, ovisno o okolnostima, polučiti primjenom pravila o predugovornoj odgovornosti iz čl. 251. ZOO-a ako bi nalogodavac stavio takve klauzule u ugovor kako bi sebi podčinio distributera ili ga, pak, doveo u zabludu glede posljedica koje takva klauzula proizvodi na njegova prava iz čl. 830. ZOO-a.<sup>96</sup>

Kad je riječ o pojedinostima analogne primjene čl. 830. ZOO-a na ugovore o distribuciji koji su bliski ugovorima o trgovinskom zastupanju, treba voditi računa o tome da se cjelokupno uređenje posebne naknade u čl. od 830. do 833. ZOO-a primjeni na odgovarajući način, a ne samo neki njegovi pojedini izdvojeni detalji. Posrednik u ugovaranju blizak trgovačkom zastupniku nema stoga pravo na posebnu naknadu ako je prisutan koji od razloga iz čl. 831. ZOO-a što isključuju pravo na posebnu naknadu, a, s druge strane, u prilog mu ide odgovarajuća primjena kogentnog pravila čl. 833. ZOO-a koje zabranjuje ograničenje ili isključenje prava na posebnu naknadu. Posrednik u ugovaranju blizak trgovačkom zastupniku može računati na zaštitu pravila čl. 833. ZOO-a neovisno o tome je li ovisno o okolnostima pojedinog slučaja ravnopravan ili, pak, podređen svojem principalu.

<sup>90</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27.

<sup>91</sup> Vidi u tom smislu i sa stajališta hrvatskog prava instruktivnu odluku BGH NJW 1996, str. 2158, 2160 ("Toyota"); BGH NJW 1998, str. 390, 391.

<sup>92</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27.

<sup>93</sup> "Ugovorne strane ne mogu prije prestanka ugovora ograničiti ili isključiti prava koja zastupnik ima prema ovom odjeljku zakona." Ponajprije je riječ o pravu na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a.

<sup>94</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27.

<sup>95</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27.

<sup>96</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27.



Regulatorni program od čl. 830. do čl. 833. ZOO-a treba stoga preuzeti u cjelini jer samo tada analogija ima smisla. Analogija uzima u obzir, naime, sve što ide u korist posrednika u ugovaranju, ali i sve ono što mu ne ide u prilog. S jedne strane, razlozi koji isključuju pravo na posebnu naknadu iz čl. 831. ZOO-a obvezuju i posrednika u ugovaranju, a, s druge strane, prava posrednika u ugovaranju propisana spomenutim odredbama zabranjeno je ograničiti ili isključiti u skladu s odgovarajućom primjenom čl. 833. ZOO-a, i to neovisno o tome je li ga konkretno potrebno zaštititi u pojedinom slučaju.<sup>97</sup>

Specifične teškoće pojavljuju se u vezi s obračunavanjem visine posebne naknade, primjerice politike rabata koja nije prisutna kod trgovačkih zastupnika. Riječ je o pravnim posljedicama koje se nadovezuju na odluku o tome da se pojedinom distributeru koji je blizak trgovačkom zastupniku dodijeli pravo na posebnu naknadu na temelju primjene čl. 830. ZOO-a analogijom. U svakom slučaju treba voditi računa o svim okolnostima svakog pojedinog slučaja – posebice o tome koliko je posrednik u ugovaranju, distributer, pridonio da proizvođaču, uvozniku, pribavi novu klijentelu, moment tzv. “usisnog, privlačnog učinka proizvođačeve robne ili uslužne marke”. Sve te okolnosti treba razmotriti u okviru testa pravičnosti koji se provodi u okviru primjene čl. 830. st. 1. ZOO-a analogijom. Nije stoga više stvar u tome treba li čl. 830. ZOO-a primijeniti na odgovarajući način, već o tome s kojim učinkom, tj. s kojom posljedicom to treba učiniti. Analogijom treba primijeniti, primjerice, čl. 833. ZOO-a, prema kojem strane ne smiju unaprijed isključiti ni ograničiti pravo na posebnu naknadu te čl. 831., alineja 1. i 2., ZOO-a, prema kojem pravo na posebnu naknadu otpada ako je posrednik u ugovaranju/distributer raskinuo/otkazao ugovor, a da za to nije imao važan razlog, odnosno ako je poduzetnik raskinuo ili otkazao ugovor te je za to imao važan razlog. Isto vrijedi i za čl. 831., alineja 3., ZOO-a nadomjesti li se posrednik u ugovaranju ili, pak, prima-telj franšize uz suglasnost svih uključenih strana nekom drugom osobom. Ni tada distributer nema – inače kogentno – pravo na posebnu naknadu.

Visinu posebne naknade posrednika u ugovaranju treba naravno modificirati jer je izravno područje primjene odredbe čl. 830. ZOO-a vezano uz proviziju, a profitna marža posrednika u ugovaranju kao samostalnog veletrgovca svakako se ne može staviti u isti rang s provizijom trgovačkog zastupnika. Pitanje je stoga treba li poći od – nižeg – iznosa koji bi trgovački zastupnik u usporedivoj situaciji zaradio na proviziji, odnosno na “trgovačkom rabatu”<sup>98</sup>, ili, pak, od

<sup>97</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 28, s osloncem na BGH NJW 1985, str. 3076, 3077.

<sup>98</sup> Tako ustaljena njemačka poslovna praksa BGHZ 68, 340, 348; BGH WM 1992, str. 825, 829.

vrijednosti koja se temelji na prosječnim prinosima konkretnog distribucijskog, trgovinskog pogona.<sup>99</sup> Trgovački rabat svodi se na razliku između prihoda i rashoda posrednika u ugovaranju koji se odnose na nabavu i preprodaju principlove robe, uz sva pročišćavanja tako dobivenog iznosa u skladu s drukčijom prirodom stvari, a metoda vrednovanja prinosa od toga da je distribucijski pogon partnerski odnos ugovornih strana na koji treba na odgovarajući način primijeniti pravila o istupanju ortaka iz društva. Vještak treba po potrebi procjenom utvrditi što bi u datom slučaju više odgovaralo konkretnoj pravnoj stvari.<sup>100</sup> Kod obračuna u slučaju posredovanja u ugovaranju treba kvantificirati i oduzeti od iznosa posebne naknade, rizike i izdatke koji su atipični za trgovačkog zastupnika (npr. rizik da roba neće biti prodana ili naplaćena), a eventualno i pridodati one koji su karakteristični za posrednika u ugovaranju, a ne pojavljuju se kod trgovačkog zastupnika.

Pri odmjeravanju visine posebne naknade treba uzeti u obzir i tzv. privlačnu, usisnu snagu zaštićenog robnog ili uslužnog žiga, marke, odnosno okolnosti da će potrošače češće proizvodima privući dobar glas o njima nego marketinške aktivnosti posrednika u ugovaranju te izgleda da će kupci napustiti marku tijekom određenog prognoziranog razdoblja na mjerodavnom tržištu. Ta privlačna, usisna snaga zaštićenog ili nezaštićenog robnog žiga ne može u načelu isključiti primjenu čl. 830. ZOO-a u odnosu na posrednike u ugovaranju koji su bliski trgovačkim zastupnicima, ali je u okviru kontrole pravičnosti iz čl. 830. st. 1. ZOO-a jedan od aspekata koji u pravilu rezultira smanjenjem posebne naknade posrednika u ugovaranju.<sup>101</sup>

## V. DODATNO O PRIMJENI PRAVA NA POSEBNU NAKNADU (ČL. 830. ZOO-a) ANALOGIJOM

Oskudna domaća pravna i poslovna praksa dovoljan su razlog pojačanog angažmana domaće pravne doktrine u svim detaljima koji se tiču primjene analogijom čl. 830. ZOO-a. Stvar se dodatno zaoštrava pridoda li se tome da i u nama poredbenim, a razvijenijim pravima u istom pitanju dolazi do mnogih razmimoilaženja u detaljima, posebice glede toga pod kojim pretpostavkama pravo na posebnu naknadu (čl. 830. ZOO-a) treba priznati i osobama koje zapravo nisu trgovački zastupnici. Poučno je i dragocjeno istražiti i analizirati razvoj poredbenopravne, posebice njemačke sudske prakse u tom specifičnom

<sup>99</sup> Ekkenga, J., *Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB und Ertragswerthmethode - Versuch einer Neuorientierung*, Die AG 1992, str. 352 i dalje.

<sup>100</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, §17 II rbr. 29.

<sup>101</sup> Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, §17 II rbr. 30; bazično vidi BGH NJW 1983, str. 2879.

pitanju. Ponajprije stoga da ne ponovimo iste pogreške koje su se događale tijekom tog dugotrajnog i kompleksnog razvoja ne samo sudske, već i cjelokupne pravne te poslovne prakse i da što je moguće prije uhvatimo korak s nama poredbenim, razvijenijim pravima.

### **5.1. Pregled i analiza razvoja primjene prava na posebnu naknadu analogijom i na druge distributere, posebice posrednike u ugovaranju, a ne samo na trgovačkog zastupnika**

Njemačka sudska praksa dugo se kolebala u pitanju treba li potvrditi ili otkloniti primjenu čl. 830. ZOO-a analogijom i na druge distributere. Ta nesigurnost nije se temeljila samo na juridičkoj nesigurnosti oko zauzimanja čvrstih pravnih shvaćanja, već i na kompleksnoj ekonomskoj činjeničnoj građi. Sa sigurnošću se, naime, može reći da svaki samostalni veletrgovac, za razliku od trgovačkog zastupnika, nema pravo na posebnu naknadu u skladu s odgovarajućom primjenom čl. 830. ZOO-a prestane li ga njegov poslovni partner opskrbljivati svojom robom, odnosno uslugama. Ne uživaju svi poduzetnici dobavljači robe zaštitu s naslova čl. 830. ZOO-a prema poduzetnicima koji su im tu robu, odnosno usluge, isporučivali prije nego što je njihov međusobni odnos prestao. S druge strane, susrećemo komisijske agente, posrednike u ugovaranju i franšizere koji su po svojem pravnom i faktičnom položaju puno bliži obrascu, tj. modelu trgovačkog zastupnika koji uživa pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a nego što je to slučaj, primjerice, s trgovačkim zastupnikom koji vodi benzinske crpke.<sup>102</sup> Problem je u tome kako razgraničiti krug osoba koje, bilo izravno bilo neizravno, analogijom imaju pravnu zaštitu na temelju čl. 830. ZOO-a. II. i VII. senat njemačkog BGH-a, koji odlučuju u civilnim pravnim predmetima, priznavali su prvotno pravo na odgovarajuću posebnu naknadu samo onim posrednicima u ugovaranju koji bi to pravo bilo kadri posebno zavrijediti.<sup>103</sup> Po tom pravnom shvaćanju pravo na odgovarajuću posebnu naknadu zavređuju samo oni posrednici u ugovaranju koji nisu sami uložili znatan kapital u svoje poslovanje.<sup>104</sup> Takvo pravno shvaćanje ni najmanje neće utješiti ponajprije one posrednike u osiguranju koji posluju u automobilskoj struci ili distribuiraju druge strojeve, a u svojem su se poslovanju odvažili na izdašna ulaganja kako bi se što bolje osposobili podupirati trgovinu proizvodima, automobilima i strojevima, svojih principala, poduzetnika. Takva pravna shvaćanja nisu u skladu s odštetnim odnosno kondikcijskim karakterom prava

<sup>102</sup> Taj primjer daje Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) rbr. 45.

<sup>103</sup> Vidi BGHZ 29, 83; 34, 282. Vidi Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) rbr. 45.

<sup>104</sup> BGHZ 34, 282; BGH BB 1962, str. 543.

na posebnu naknadu.<sup>105</sup> Zbog svega je toga I. senat BGH-a, koji sudi u civilnim pravnim stvarima, napustio takvo neosnovano pravno shvaćanje o mjerilima u skladu s kojima se posrednicima u ugovaranju na odgovarajući način dosuđuje pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a u svojoj temeljnoj odluci koja se bavila spomenutim problemom – BGHZ 68, 340. Nakon toga je, štoviše, sve više postalo jasno da su u njemačkoj sudskoj praksi slučajevi prava na posebnu naknadu posrednika u ugovaranju, a faktično već i franšizera, izbili na čelo i da ih je bitno više od slučajeva koji se tiču prava na posebnu naknadu trgovačkih zastupnika.<sup>106</sup>

Analogija treba početi od toga je li posrednik u ugovaranju (franšizer, komisijski agent) uključen u prodaju, tj. distribuciju poduzetnikovih proizvoda s obzirom na to da taj oblik organizacije faktično pretvara kupce posrednika u ugovaranju u poduzetnikovu, tipično proizvođačevu klijentelu.<sup>107</sup> Razumije se stoga već po sebi da odnos između ugovornih strana mora nadići puku isporuku robe odnosno usluga s obzirom na to da će tek time posrednik u distribuciji prerasti iz pukog preprodavača u netipičnog posrednika, posrednika u ugovaranju, koji se svojem poduzetniku obvezuje da će trajno trgovati njegovom robom u svoje ime i za svoj račun, dakle ne samo u svojem nego i u poduzetnikovu interesu. Tek će tada posrednik u ugovaranju ugovarajući poslove u svoje ime i za svoj račun privrijediti klijentelu i svojem poduzetniku, principalu, a ne samo sebi, tako da će poduzetnik od nje imati znatne koristi i po prestanku ugovora. Uključenost u takav oblik distribucijske organizacije karakterizira upravo to da se posrednik u ugovaranju obvezuje prodavati, distribuirati, poduzetnikovu robu.<sup>108</sup> Tomu treba pridodati indicije kao što su obveza izvještavanja i obavještanja te dodjeljivanje određenog područja distribucije.<sup>109</sup> Sve su to elementi koji posrednika u ugovaranju (ili komisijskog agenta ili primatelja franšize) u velikoj mjeri izjednačavaju s trgovačkim zastupnikom. Problematično je samo pitanje pribrojivosti: Kad je riječ o tome da su to “poduzetnikovi, proizvođačevi klijenti”, iako je konkretni posrednik u distribuciji, za razliku od trgovačkog zastupnika, pribavio klijente u svoje ime?<sup>110</sup> Kad se može početi od toga da upravo od posrednika u ugovaranju potječu koristi koje poduzetnik, proizvođač, namiče i nakon što isključi posrednika u ugovaranju iz svoje distribucijske or-

<sup>105</sup> Vidi više o tome u: Miladin, *Prestanak ugovora...*, *op. cit.* u bilj. 1, str. 312. i dalje.

<sup>106</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) rbr. 45.

<sup>107</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 46.

<sup>108</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 46; Emde, R. u: Grundmann, S.; Habersack, M.; Schäfer, C. (ur.), *Staub, Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch*, 6. izdanje, Berlin, 2021., Bd. 2/1 (§§89-104), §89b rbr. 32.

<sup>109</sup> Usporedi s van der Moolen, M. u: Martinek *et al.*, *op. cit.* u bilj. 1, § 24 rbr. 8.

<sup>110</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 46.

ganizacije? Jednostavno je na to odgovoriti kad je riječ o komisijskom agentu jer on provedbene poslove poduzima za poduzetnikov račun (ili, konkretnije, proizvođačev odnosno uvoznikov), slijedi njegove upute i prenosi mu sve što je stekao radeći za njegov račun (čl. 794. ZOO-a) te u tom smislu stvara klijentelu svojem poduzetniku, proizvođaču, baš kao što to čini i trgovački zastupnik. Stvari su složenije kod posrednika u ugovaranju i primatelja franšize. Oni, naime, rade u svoje ime i za svoj račun. BGH zahtijeva u svojoj ustaljenoj (neprekinutoj unatoč tome što se više puta pritom mijenjala nadležnost senata koji su o tome bili ovlašteni odlučivati!) praksi da poduzetnik, proizvođač, može nakon prestanka ugovora odmah, bez odlaganja koristiti klijentelu, a o tome je riječ ako posrednik u ugovaranju preuzme obvezu prenijeti poduzetniku, proizvođaču klijentelu.<sup>111</sup> Štoviše, već je u jednoj još starijoj odluci bilo govora o “ustupu klijentele pri prestanku ugovora”.<sup>112</sup> Snažna indicija za to je ponajprije obveza posrednika u ugovaranju da poduzetniku, proizvođaču, prenese podatke o svojim klijentima.<sup>113</sup> Neovisno o tome, dovoljno je, međutim, da je posrednik u ugovaranju već za vrijeme ugovora bio dužan redovito obavještavati poduzetnika, proizvođača, o klijenteli kojoj prodaje poduzetnikovu, tj. proizvođačevu robu.<sup>114</sup> Prema toj istoj ustaljenoj sudskoj praksi, pravo na posebnu naknadu otpada, odnosno umanjuje se ako je poduzetnik, proizvođač, po prestanku ugovornog odnosa s posrednikom u ugovaranju zadržao klijentelu koju mu je “pribavio” posrednik u ugovaranju isključivo, odnosno pretežito zahvaljujući “usisnom učinku svoje robne ili uslužne marke, žiga”.<sup>115</sup>

Iza takve krute sudske prakse nalazi se formalističko pravno shvaćanje po kojem preostala klijentela kod trgovačkog zastupanja automatizmom pada u ruke poduzetniku, proizvođaču (trgovački zastupnik djeluje u ime poduzetnika, proizvođača), dok kod posredovanja u ugovaranju klijentela prelazi na poduzetnika, proizvođača, isključivo na temelju posebnog akta prijenosa.<sup>116</sup> Takvo pravno shvaćanje nije utemeljeno, ono se kosi s tim kako stvari zaista stoje

<sup>111</sup> Popis te ustaljene prakse njemačkog BGH-a vidi u: Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 46; van der Moolen u: Martinek *et. al.*, *op. cit.* u bilj. 1, § 24 rbr. 14; vidi Hoyningen-Heune, *op. cit.* u bilj. 59, § 89b rbr. 21; Röhrich, von Westphalen, *op. cit.* u bilj. 72, *Anh.* Vertragshändlerverträgen rbr. 80; Emde, R., *op. cit.* u bilj. 108., § 89b rbr. 36.

<sup>112</sup> BGHZ 34, 282, 286.

<sup>113</sup> BGH NJW 1981, str. 1961; OLG Saarbrücken NJW-RR 1999, str. 106.

<sup>114</sup> BGH NJW 1997, str. 1503; BGH NJW 1964, str. 1952; BGH NJW 2000, str. 1413, 1414.

<sup>115</sup> BGHZ 29, 83, 90; 34, 282, 286; 68, 340, 349; BGH VersR 1961, str. 401; OLG Saarbrücken, BB 1980, str. 905, 906.

<sup>116</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 47.

u praksi. Već se i na primjeru komisijskog agenta jasno dađe razabrati da odluka o tome komu pripada klijentela ne ovisi o tome djeluje li se u svoje ili tuđe ime. Svaki posrednik u distribuciji – čak i trgovački zastupnik koji kao samostalni trgovac djeluje u tuđe, principalovo ime! – stvara svoju vlastitu klijentelu koju ujedno unosi u distribucijski sustav u koji je uključen. To je inače odlučujuće općenito za primjenu čl. 830. ZOO-a, pa tako i za primjenu te odredbe analogijom na posrednike u ugovaranju. Neovisno o tome što posrednik u ugovaranju ili primatelj franšize prodaju proizvođačevu robu u svoje ime, oni time ujedno namiču klijentelu i svojem ugovornom partneru, proizvođaču – to je zapravo do prestanka ugovora bila njihova zajednička klijentela. Posrednik u ugovaranju razlikuje se od običnog “specijaliziranog preprodavača, *dealera*” upravo po tome što klijente, unatoč tomu što su oni ugovorni partneri posrednika u ugovaranju, u gospodarskom smislu treba pribrojiti i poduzetniku, proizvođaču. Polazi se stoga isključivo od kontinuiteta te klijentele.<sup>117</sup> Ispunjeni su zahtjevi koje nameće načelo kontinuiteta klijentele ako je posrednik u ugovaranju stvorio klijentelu, barem uz pomoć “usisnog učinka proizvođačeve robne marke”, koju je od početka trebalo pribrojiti i proizvođaču i koju proizvođač zadržava nakon prestanka ugovora.<sup>118</sup> Koristan trag u svakom su slučaju ugovorna pravila o tome da posrednik u ugovaranju preuzima obvezu stalno informirati proizvođača o klijentima i prenijeti mu klijente po prestanku ugovora. Miješaju se međutim uzroci i posljedice izdignu li se te obveze na rang pretpostavki koje se činjenično trebaju ispuniti da bi se posredniku u ugovaranju priznalo analogijom pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a.<sup>119</sup> Ni “usisni učinak proizvođačeve robne marke” ne isključuje pravo posrednika u ugovaranju na posebnu naknadu, već će ga se uzeti u obzir u okviru testa pravičnosti koji treba provesti na temelju odgovarajuće primjene čl. 830. st. 1. ZOO-a.<sup>120</sup> Do čega može dovesti suprotno stajalište, pokazuje – u tom smislu dosljedna, no u konačnici neodrživa odluka OLG-a iz Kölna, u sljedećem primjeru<sup>121</sup> što će se analizirati sa stajališta hrvatskog prava koje se u tom smislu podudara s odgovarajućim rješenjima njemačkog prava.

U ovom je slučaju posrednik u ugovaranju V zahtijevao nakon prestanka njihova međusobnog ugovora od dioničkog društva proizvođača automobila A

<sup>117</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 47.

<sup>118</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 47.

<sup>119</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 47; Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, §17 II 2 c) rbr. 26, ispravno kritizirajući odluku BGH NJW 1994, str. 657, 658.

<sup>120</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 47; Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, §17 II 2 c) rbr. 30. Usporedi i s BGH NJW 1983, str. 2877, 2879.

<sup>121</sup> OLG Köln NJW-RR 1987, str. 218. Primjer iznosi Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) aa) rbr. 48.

isplatu posebne naknade u iznosu od 320.000,00 eura na temelju čl. 830. ZO-O-a, i to primjenom analogije, jer je A-u prepustio klijentelu pri čemu je u obzir uzeo A-ov promet novim automobilima i naknadu za svoj udio u tom A-ovu prometu. V je tvrdio da je A praktički imao potpun uvid u klijentelu koju je on pribavio, i to na temelju garancija za povrat cijene, garancija najniže cijene, sustava rabata na količinu i popusta za velike klijente, dobavljače, na kojima su se nalazila imena i adrese klijenata. Sud je tužbu odbio. U obrazloženju odluke sud je naveo da primjena čl. 830. ZOO-a analogijom i na posrednika u ugovaranju ovisi o tome je li posrednik u ugovaranju preuzeo obvezu da će po prestanku ugovora prenijeti klijentelu proizvođaču. Konkretni posrednik u ugovaranju automobila nije, međutim, to uopće bio u stanju učiniti jer se krug klijentele dijelom sastojao od njegovih vlastitih klijenata, koje nije mogao prenijeti proizvođaču, a dijelom od klijenata koje nije ni trebao prenositi proizvođaču jer su oni kupujući automobile imali ponajprije u vidu upravo dotičnu proizvođačevu marku automobila. Posrednik u ugovaranju zadržao je, naime, i po prestanku ugovora prvu skupinu klijenata koja je kupila vozila zahvaljujući njegovim djelatnostima – kako će, dakle, prenijeti proizvođaču klijente ako su oni i dalje ostali njegovi klijenti? Drugu skupinu klijenata također nije mogao prenijeti proizvođaču jer su se, pak, oni prilikom odabira automobila ponajprije rukovodili time koje je marke automobil (tzv. usisni učinak proizvođačeve marke), tj. ionako su se odlučili kupiti upravo proizvođačevu marku vozila, neovisno o naporima posrednika u ugovaranju da proda proizvođačevu robu. Stav suda bio je krut i neumoljiv – nema govora o primjeni pravila koja uređuju trgovačko zastupanje analogijom, konkretno čl. 830. ZOO-a, ako se strane nisu jasno dogovorile o tome da će posrednik u ugovaranju prenijeti svoju klijentelu proizvođaču po prestanku ugovora.

## 5.2. Primjeri iz njemačke sudske prakse

Ishodi ustaljene sudske praksa njemačkog BGH-a podudaraju se s pravnim shvaćanjem koje se ovdje zastupa unatoč tomu što ne treba slijediti obrazloženja na kojima se ona temelji. Poučno je u svakom slučaju osvrnuti se na sudsku praksu njemačkog BGH-a.

Primjer br. 1. Posrednik u ugovaranju automobila istaknuo je nakon prestanka ugovora prema svojem ugovornom partneru zahtjev za isplatu posebne naknade. BGH je sažeo svoju praksu o tom pitanju, koja ide za tim da se i posredniku u ugovaranju prizna pravo na posebnu naknadu ako 1.) između isporučitelja, liferanta i posrednika u ugovaranju postoji pravni odnos, “koji (...) posrednika u ugovaranju na temelju ugovornih utanačenja (okvirni ugovor,

ugovor o posredovanju u ugovaranju) u toj mjeri uključuje u isporučiteljevu trgovinsku organizaciju da on ekonomski u znatnom opsegu ispunjava zadaće koje su usporedive s onim koje ima trgovački zastupnik; te je nadalje 2.) potrebno da se samostalni trgovac na veliko obveže da će svojem isporučitelju po prestanku ugovornog odnosa prepustiti svoju klijentelu, tako da je isporučitelj u stanju smjesta i bez daljnjih prepreka crpiti koristi od te klijentele”.<sup>122</sup> BGH je pritom istaknuo da pravo na posebnu naknadu ne ovisi o tome je li posrednik u ugovaranju imao isključivo, ekskluzivno pravo distribucije te je ujedno tada još izričito ostavio otvorenim pitanje “treba li se, s obzirom na specifičnosti vezane uz trgovinu automobilima, i u tom području pridržavati pravila koje je uspostavila sudska praksa o ugovornoj obvezi prepuštanja klijentele”<sup>123</sup>, ili je dovoljno utvrditi da je isporučitelj mogao na drugi odgovarajući način crpiti koristi od te klijentele.<sup>124</sup> BGH je tada zauzeo stajalište da u slučaju spora treba poći od toga da je ta obveza bila prisutna.

Primjer br. 2.<sup>125</sup> Tužiteljica je u ovom slučaju distribuirala laboratorijske preparate kao posrednica u ugovaranju. BGH je i u ovom predmetu ponovno istaknuo prvu pretpostavku koju je potrebno ispuniti da bi se posredniku u ugovaranju priznalo pravo na posebnu naknadu – pravni odnos među ugovornim stranama mora nadići čisti odnos između prodavatelja i kupca i u najvećoj mjeri dade se izjednačiti s odnosom trgovačkog zastupanja. Glede druge pretpostavke, prepuštanja klijentele, BGH je, međutim, istaknuo – dovoljno je da je proizvođač – kao u ovom slučaju – i po prestanku ugovora zaista mogao nastaviti raditi s tom klijentelom i od nje ostvarivati korist.<sup>126</sup> Za primjenu čl. 830. ZOO-a analogijom nije stoga nebitno je li proizvođač, kao što je u konkretnom slučaju sam tvrdio, znao potanko tko su klijenti i prije nego što je ugovor prestao te je li točno da proizvođač po prestanku ugovora nije uspio pridobiti neke nove klijente, već se oslonio samo na one s kojima je otprije poslovao preko distributera.<sup>127</sup>

Primjer broj 3. U ovom je slučaju bila ponovno riječ o posredniku u ugovaranju automobila.<sup>128</sup> BGH je opet naglasio da pravni odnos između ugovornih

<sup>122</sup> BGH NJW 1981, str. 1961.

<sup>123</sup> U skladu s tim pravnim shvaćanjem odlučio je BGH NJW 1981, str. 1961, 1962.

<sup>124</sup> Vidi u tom smjeru Schmidt, *op. cit.* u bilj. 75, str. 2357 i dalje; von Westphalen, *Die analoge Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändlerverträge der Kfz-Branche*, DB-Beilage 12/81 zu Heft 22 1981, str. 8 i dalje.

<sup>125</sup> Navedeno prema BGH NJW 1983, str. 1789. Primjer navodi i Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 51.

<sup>126</sup> BGH WM 1977, str. 485.

<sup>127</sup> Tako BGH WM 1977, str. 485.

<sup>128</sup> BGH NJW 1983, str. 2877.



strana treba nadići puki odnos kupca i prodavatelja i da treba biti blizak odnosu trgovačkog zastupanja. Glede kontinuiteta klijentele BGH je uputio na sadržaj ugovora: “proizvođač je posredniku u ugovaranju u skladu s ugovorom uz svaki novi prodani automobil odmah čim bi ga isporučio kupcu slao registracijsku karticu u koju je posrednik u ugovaranju unosi osobne podatke o svakom pojedinom kupcu automobila, a koje je proizvođač trebao radi svoje statistike i planiranja”.<sup>129</sup> Nema dvojbe da su i posrednik u ugovaranju i njegovi sljednici ispunjavali tu svoju obvezu. Nije pritom bitno je li se ta obveza ispunjavala tek u trenutku kad je ugovor prestao ili – kao u konkretnom slučaju – tako što je posrednik u ugovaranju već za vrijeme samog ugovora morao stalno izvještavati svojeg liferanta, proizvođača automobila.<sup>130</sup> Proizvođač se time našao u situaciji koja je usporediva s položajem u kojem se nalazi nalogodavac, tj. poduzetnik koji je iz svoje distribucijske organizacije isključio trgovačkog zastupnika jer je klijentelu posrednika u ugovaranju odnosno klijentelu S-komanditnog društva mogao nastaviti iskorištavati odmah po prestanku ugovora, i to bez ikakvih zastoja i prepreka.<sup>131</sup>

Primjer 4. Tuženik je s tužiteljem sklopio ugovor o zastupstvu u pružanju električarskih radova.<sup>132</sup> Tužitelj je sve poslove sa svojim klijentima trebao sklapati u svoje ime i za svoj račun. Bio je dužan obavještavati tuženika o svemu što bi tuženik zatražio, i to u obliku i sadržaju koji bi odredio tuženik. Tužitelj je vodio kartoteku svojih klijenata. Osobe koje je tuženik za to zadužio bile su ovlaštene obilaziti tužiteljeve poslovne prostorije i imale su uvid u sva tuženikova postrojenja. U parnici koja je među ugovornim stranama započela glede prava na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a, sud je povodom prepuštanja klijentele, kao pretpostavke za primjenu čl. 830. ZOO-a, zaključio sljedeće:<sup>133</sup> “Glede prenošenja klijentele ne polazi se od toga je li obveza prenošenja klijentele ispunjena tek u trenutku prestanka ugovora ili već za vrijeme trajanja ugovora tako što je tužitelj kontinuirano izvještavao tuženika o sklapanju poslova i klijentima s kojima je te poslove sklopio (...). Tužiteljevu obvezu (...) da obavještava tuženika o svojim poslovnim odnosima i da vodi kartoteku svojih klijenata, nižestupanjski sud trebao je tumačiti tako da se tužitelj time obvezao prepustiti tuženiku, proizvođaču, klijentelu po prestanku ugovora.”

<sup>129</sup> BGH NJW 1983, str. 2877.

<sup>130</sup> Navedeno prema Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 52.

<sup>131</sup> BGH NJW 1983, str. 2877.

<sup>132</sup> BGH DB 1986, str. 1069. Primjer navodi Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 53.

<sup>133</sup> Tako s pozicija nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava BGH DB 1986, str. 1069; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 53.

Primjer 5.<sup>134</sup> Distributer motornih vozila već je za vrijeme ugovora o posredovanju u ugovaranju redovito bio dužan izvještavati proizvođača te se morao podvrgnuti njegovu nadzoru i provjerama. Sud je ispravno zaključio da se realizacijom takvog proizvođačeva utjecaja distributer praktički uključio u proizvođačevu trgovinsku, tj. distribucijsku organizaciju jer je proizvođač i na taj način mogao također nastaviti sam koristiti klijentelu po prestanku ugovora.<sup>135</sup> Sud je u jednom od narednih slučajeva istaknuo da se nedostatak takve kontrole odnosno ovlaštenja provjere neće negativno odraziti na priznavanje prava na posebnu naknadu ako se klijentela u svakom slučaju morala prenijeti proizvođaču po prestanku ugovora.<sup>136</sup>

Primjer 6.<sup>137</sup> V je na temelju tzv. glavnog distribucijskog ugovora za svoj račun distribuirao N-ove hardverske proizvode. N je bilo društvo kćer jednog japanskog proizvođača. V je bio dužan N-u stalno podnositi izvještaje u kojima je trebao poimence navoditi svoje klijente. Ugovorne strane ponovno su se sporile o tome pripada li V-u pravo na posebnu naknadu i sud je ponovno smatrao da pravo na posebnu naknadu ovisi o tome je li u konkretnom slučaju došlo do prijenosa klijentele. Pritom “nije međutim odlučujuće je li se ta obveza ispunila tek u trenutku prestanka ugovora ili već za vrijeme trajanja ugovora tako što je tuženik permanentno izvještavao proizvođača, tuženika, o tome kako su se poslovi odvijali, jesu li se ispunjavali – isključivo je stoga bitno je li tuženik, proizvođač, faktično bio u stanju i dalje koristiti klijentelu nakon što je prestao ugovorni odnos s tužiteljem”.<sup>138</sup> Odlučujuće, također, nije koja je bila svrha ni na čemu se konkretno temeljila obveza trgovca na veliko da proizvođaču otkrije svoje klijente, već samo to je li tuženik na temelju okolnosti da ga je tužitelj izvjestio o svojoj klijenteli bio faktično u stanju nastaviti dalje, bez ikakvih zastajkivanja, koristiti tužiteljevu klijentelu i po prestanku ugovora, slično kao nalogodavac, poduzetnik, koji je iz svojeg distribucijskog sustava isključio trgovačkog zastupnika. U međuvremenu je, također, i nižestupanjski sud odlučio da se proizvođač ne može osloboditi svoje obveze da plati samostalnom trgovcu posebnu naknadu tako što će istaknuti prigovor da su se podatci o klijenteli prikupljali samo radi markentinških potreba.<sup>139</sup> I u ovom je slučaju ponovno uvjerljiv krajnji ishod sudskih odluka, no glede njihovih obrazloženja treba ponovno istaknuti da “prenošenje” klijentele nije ništa drugo nego indicij

<sup>134</sup> BGH NJW-RR 1988, str. 42; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 54.

<sup>135</sup> BGH NJW-RR 1988, str. 42; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 54.

<sup>136</sup> BGH NJW-RR 1992, str. 421; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 54.

<sup>137</sup> BGH NJW-RR 1993, str. 678; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 55.

<sup>138</sup> BGH NJW-RR 1993, str. 678; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 55.

<sup>139</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 55.

da je riječ o proizvođačevoj klijenteli.<sup>140</sup>

Primjer 7.<sup>141</sup> Prijašnji imatelj autokuće i glavni distributer tuženog dioničkog društva prosljeđivao je za vrijeme trajanja ugovora podatke o svojim klijentima izravno tom dioničkom društvu i poslije jednoj markentinškoj agenciji koju je odredio tuženik, a od koje je tuženik ponovno dobivao te podatke. To je po stajalištu suda bilo dovoljno da se tužitelju prizna pravo na posebnu naknadu. U tom je predmetu sud izrazio sljedeće pravno shvaćanje: “Ugovorna obveza prenošenja klijentele nije potrebna kao pretpostavka priznavanja prava na posebnu naknadu, ako se ugovorom unaprijed osiguralo da distributer prenosi proizvođaču, principalu, sve ili u bitnome potpune podatke o svojim klijentima.”<sup>142</sup>

Primjer 8.<sup>143</sup> Distributer Renaultovih automobila redovito je prosljeđivao za vrijeme trajanja ugovora o distribuciji svojem nalogodavcu, uvoziču i poddoblavljaču podatke o svojim klijentima. To je po stajalištu suda ponovno bilo dovoljno da se prizna pravo na posebnu naknadu: “Sud je u načelu suglasan s tim da tužiteljeva obveza prenošenja klijentele nije izričito i neposredno uređena ugovorom o distribuciji koji je sklopljen u pisanom obliku. To, međutim, nije ni potrebno, tj. nužno. Ona može, naime, proizlaziti i iz drugih obveza koje ugovor o distribuciji nameće distributeru (...) U postupku pred nižestupanjskim sudovima utvrđeno je, i tuženik to nije osporio, da je tužitelj u skladu s tuženičkim standardima morao putem elektroničke razmjene podataka prijavljivati svaku narudžbu novog automobila. Time je tuženik mogao doći do podataka o klijentima.”<sup>144</sup>

Sud je u konačnici ispravno riješio sve prikazane slučajeve. Postavi li se pitanje s druge strane, je li klijentela distributera koji trguje za svoj račun ovisno o okolnostima pojedinog slučaja otpočетка ujedno i proizvođačeva, vrlo brzo će se pokazati da se upravo taj kriterij ispunio u svim slučajevima koji su prethodno spomenuti.<sup>145</sup> Ima li proizvođač informaciju o “svojoj” klijenteli, stoga je posljedica i istodobno dokaz takve konstelacije – distributerovi klijenti ujedno su otpočетка i proizvođačevi, principalovi klijenti.

<sup>140</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 55.

<sup>141</sup> BGH NJW-RR 1994, str. 99; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 56.

<sup>142</sup> BGH NJW-RR 1994, str. 99; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 56.

<sup>143</sup> BGH NJW-RR 1997, str. 1503; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 57.

<sup>144</sup> BGH NJW-RR 1997, str. 1503; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 57.

<sup>145</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) bb) rbr. 58.

### 5.3. Otvorena pitanja primjene čl. 830. ZOO-a analogijom na distributere, posrednike u ugovaranju, koji su bliski trgovačkim zastupnicima

U pravnoj i poslovnoj praksi susreću se, međutim, slučajevi koji i dalje izazivaju ozbiljne nedoumice te potvrđuju da temeljne pretpostavke primjene čl. 830. ZOO-a analogijom i na druge distributere koji su bliski trgovačkim zastupnicima još uvijek nisu do kraja istražene. Riječ je, primjerice, o slučajevima u kojima proizvođači demonstrativno odbijaju i guraju natrag klijentelu distributeru, kao u predmetu "Toyota".<sup>146</sup>

Primjer 9. Ugovor o distribuciji isključio je svaku obvezu distributera da imenuje svoje klijente. Distributer je bio doduše dužan voditi kartoteku svojih klijenata i uključiti određenu firmu koja se bavila analizom tržišta i koju je odredio proizvođač, no toj je firmi bilo zabranjeno da imena distributerovih klijenata prosljeđuje dalje proizvođaču. Proizvođaču je jednako tako bilo zabranjeno da bilježi imena distributerovih klijenata na koja je nailazio pregledavajući distributerovu poslovnu dokumentaciju koju mu je distributer bio dužan dati na uvid.

Sud je u svojoj odluci izričito otklonio pravno shvaćanje koje se ovdje zastupa i ponovno je nametno prenošenje klijentele kao nužnu pretpostavku priznavanja prava na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a analogijom. Prema toj odluci nisu bile ispunjene pretpostavke pod kojima sudska praksa priznaje primjenu čl. 830. ZOO-a analogijom. Takvo pravno shvaćanje odražava se na praksu tako da proizvođači ili uvoznici mogu faktično ugovorom isključiti pravila čl. 830. ZOO-a o posebnoj naknadi oslone li se na tzv. "privlačni, usisni učinak marke određenog proizvoda, usluge" i ugovornim utanačenjima odbiju preuzeti klijentelu koju je distributer svojim radom stekao za vrijeme trajanja ugovora.<sup>147</sup> Pravno shvaćanje koje je sud iznio u predmetu "Toyota" nema, međutim, nikakvih dodirnih točaka, suprotno argumentima VIII. senata njemačkog BGH-a, s tim je li pogrešno ili ispravno prije spomenuto stajalište o tome da je klijentela otpočetak ne samo distributerova nego i proizvođačeva. Sud je, suprotno tomu, trebao u tom predmetu ispitati je li pravo na posebnu naknadu bilo valjano isključeno uzimajući u obzir zahtjeve koje u tom smislu postavlja čl. 833. ZOO-a ili ga se, pak, treba zanemariti ako pretpostavke propisane čl. 833. ZOO-a nisu

<sup>146</sup> BGH NJW 1996, str. 2159; BGH NJW-RR 1998, str. 390; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) cc) rbr. 60.

<sup>147</sup> Tako sa stajališta nama u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) cc) rbr. 61.

bile ispunjene u konkretnom slučaju.<sup>148</sup> Ocjena u postupku utvrđene činjenične građe trebala je u konkretnom predmetu dati odgovor na sljedeća pitanja: je li klijentelu, uzimajući u obzir odnos distributera i proizvođača, trebalo u konkretnom slučaju pribrojiti i proizvođaču – je li, dakle, udovoljeno zahtjevu kontinuiteta ili su, pak, ugovorne strane zapriječivši protok informacija o klijentima prekinule svaku poveznicu s pribrojivošću između klijenata koje je stekao distributer i proizvođača, odnosno uvoznika?<sup>149</sup> Problem se lomi na tom pitanju, a ne na tome je li distributer prenio proizvođaču, tj. uvozniku svoje klijente.

## VI. PRIMJENA PRAVILA ČL. 830. ZOO-a ANALOGIJOM NA PRIMATELJE ZAŠTIĆENOG ROBNOG ILI USLUŽNOG ŽIGA, MARKE

Dvojbeno je može li se i pod kojim pretpostavkama pravo na posebnu naknadu priznati i primatelju zaštićenog robnog ili uslužnog žiga. Licencija robnog ili uslužnog žiga sastoji se u tome da se jednom ili većem broju poduzetnika odobri korištenje nekog zaštićenog robnog ili uslužnog žiga, marke. Primatelj licencije, poduzetnik, iskorištava marku tako da markirane proizvode sam pravi i stavlja na tržište ili ih stječe od trećih osoba koje su zgotovile te markirane proizvode te ih zatim pušta na tržište. Ovaj poslovni model pokazuje u svakom slučaju značajke ugovora o licenci koji inače ima naglašene crte ugovora o zakupu; nije, dakle, riječ o nekom posebnom distribucijskom modelu imatelja marke, žiga.<sup>150</sup> To će se pojasniti na sljedećem primjeru<sup>151</sup>: Imatelj tekstilne robne marke Joop! licencijom je određenom komanditnom društvu prenio pravo iskorištavanja njegova zaštićenog robnog žiga Joop!, a komanditno društvo obvezalo se zauzvrat davatelju licencije plaćati određeni postotak u prihodima koje će ostvarivati prometom tog zaštićenog robnog žiga. U sporu, koji je dogurao do najviše sudske instancije, strane su se sporile o tome ima li primatelj licencije pravo na posebnu naknadu u skladu s odgovarajućom primjenom čl. 830. ZOO-a. Vrhovni sud odlučio je da to pravo primatelja licencije u načelu ne bi trebalo isključiti, ali da bi se u svakom slučaju trebale ispuniti pretpostavke za spomenutu analogiju (uključenost primatelja licencije u distribucijsku organizaciju davatelja licencije te obveza primatelja licencije da davatelju

<sup>148</sup> Tako Canaris, *op. cit.* u bilj. 1, § 17 rbr. 27; Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) cc) rbr. 61.

<sup>149</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 2 a) cc) rbr. 61.

<sup>150</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 3 rbr. 63.

<sup>151</sup> BGH DB 2010, str. 2331.

licencije prepusti svoju klijentelu po prestanku ugovora). Te pretpostavke neće se, međutim, u pravilu ispuniti kad je riječ o primateljima zaštićenog robnog ili uslužnog žiga, marke. Primatelj licencije neke marke u pravilu neće promicati trgovinu markiranim proizvodima davatelja licencije na onom području na kojem sam davatelj licencije trguje istim tim svojim proizvodima.<sup>152</sup> Imatelj žiga daje, dakle, licencije svojih žigova za ona područja, tržišta, na kojima je sam deficitaran.

I s ovom odlukom treba se u načelu suglasiti. Primjena čl. 830. ZOO-a analogijom došla bi u ovim slučajevima u obzir samo ako bi primatelj licencije bio uključen u distribucijski sustav koji je ustrojio, tj. izgradio davatelj licencije.<sup>153</sup>

## VII. PREKOGRANIČNI DISTRIBUCIJSKI SUSTAVI

Globalizirana ekonomija nameće potrebu sklapanja međunarodnih trgovačkih ugovora kod kojih ugovorne strane imaju svoje sjedište, odnosno prebivalište u različitim državama. Trgovački zastupnici, komisijski agenti, distributeri (posrednici u ugovaranju) i primatelji franšize često rade za inozemne poduzetnike, odnosno – s hrvatskog stajališta – djeluju u inozemstvu. Domaći poduzetnici su stoga sve više upućeni na informacije o inozemnom pravu trgovačkog zastupanja i o ugovorima s inozemnim trgovačkim zastupnicima, komisijskim agentima i samostalnim trgovcima na veliko. U EU-u pravnoj sigurnosti zasigurno pridonosi ujednačavanje prava država članica glede trgovačkog zastupanja. Važnu ulogu imaju osim toga svakako i pravila međunarodnog privatnog prava po kojima se prosuđuju pitanja određivanja mjerodavnog prava kad je riječ o tuzemnim agentima i distributerima koji djeluju u okviru distribucijskog lanca inozemnog poduzetnika. U tom smislu vrijedi sljedeće: prednost treba dati dogovoru ugovornih strana, kako to proizlazi iz čl. 3. Uredbe Rim I. Mjerodavno može biti i neko inozemno pravo ako su se strane o tome valjano suglasile. Pritom se ne smije suprotno pravilima domaćeg javnog poretka (*ordre public*) iz čl. 12. Zakona o međunarodnom privatnom pravu dati prednost inozemnim pravilima u odnosu na pravila ZOO-a koja uređuju trgovačko zastupanje, posebice ako bi se time u skladu s mjerodavnim pravom dopustila provedba prava na posebnu naknadu koje inače ne bi bilo utemeljeno na čl. 830. i dalje ZOO-a.<sup>154</sup> Djeluje li posrednik u distribuciji izvan područja EU-a, pitanje je dopušta li hrvatsko pravo da se pritom od njega odstupi, tj. da se isključe odnosno

<sup>152</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 3 rbr. 63.

<sup>153</sup> Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 III 3 rbr. 63.

<sup>154</sup> Tako sa stajališta hrvatskom pravu u tom dijelu poredbenog njemačkog prava Schmidt, *op. cit.* u bilj. 1, § 27 IV rbr. 65.

ograniče pravila čl. 830. i dalje ZOO-a. Time bi se u svakom slučaju omogućila prilagodba ugovornog sadržaja bilo kojim mjesnim potrebama.<sup>155</sup> Takav pristup ne kosi se, k tome, s europskim pravom trgovačkog zastupanja, s obzirom na to da ono izričito ne isključuje spomenutu mogućnost.<sup>156</sup> Odredbe čl. 830. i dalje ZOO-a napisane su međutim tako da ne ostavljaju prostor za teleološko tumačenje u tom dijelu. Promjene se stoga mogu predložiti isključivo s pozicije *de lege ferenda*. Neće se primijeniti pravo strane države koje bi bilo mjerodavno prema ugovoru ako bi cilj njegove primjene bio izbjegavanje primjene prava Republike Hrvatske jer je to ništetno ili bi pozivanje na takvo strano mjerodavno pravo bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja. Ako se ugovorne strane nisu sporazumjele o mjerodavnom pravu, primijenit će se pravo one zemlje u kojoj ugovorna strana koja ispunjava karakterističnu činidbu ima svoje sjedište, odnosno prebivalište (čl. 4. st. 1. Uredbe Rim I). Budući da karakterističnu činidbu obavlja trgovački zastupnik, pa primjereno tomu na odgovarajući način i komisijски agenti, distributeri (posrednici u ugovaranju) i primatelji franšize, a ne nalogodavci, poduzetnici, kao mjerodavno pravo uzet će se pravo podružnice, poslovnog nastana prvotno navedenih osoba koje obavljaju karakterističnu činidbu.

## VIII. ZAKLJUČAK

Distributer koji je, poput trgovačkog zastupnika, osim svojih dužan štiti i interese svojeg principala zavređuje pravo na posebnu naknadu. Takav distributer, u biti samostalni trgovac na veliko, zapravo je ujedno i stalni posrednik u ugovaranju između svojeg principala i svojih klijenata. Klijenti posrednika u ugovaranju ujedno su i klijenti njegova principala, to su u biti njihovi zajednički klijenti. Regulatorni program čl. 830. do čl. 833. ZOO-a treba preuzeti u cjelini jer samo tada analogija ima smisla. Analogija uzima u obzir, naime, sve što ide u korist posrednika u ugovaranju, ali i sve ono što mu ne ide u prilog. Analogiju treba dopustiti ako posrednik u ugovaranju obavlja u bitnome slične zadaće kao i trgovački zastupnik, što je uostalom i sam njemački BGH nastojao tematizirati u svojoj ustaljenoj praksi, koja u prvi plan izbacuje skupnu, generalnu kategoriju po kojoj je posrednik u ugovaranju nužno uključen u principalovu (poduzetnikovu) distribucijsku organizaciju. Navodi se da posrednik u ugovaranju ima pravo na analognu primjenu čl. 830. ZOO-a, uz dodatnu pretpostavku da se izrijekom ili prešutno obvezao omogućiti principalu pristup

<sup>155</sup> Tako BT-Drs 1/3856 Anl I, str. 18, glede § 92c njemačkog HGB-a koji takvu mogućnost izričito dopušta.

<sup>156</sup> Tako Hopt, *op. cit.* u bilj. 1, § 92c rbr. 1.

klijenteli koju mu je pribavio. Problemu se, međutim, treba pristupiti iz drugog kuta: posrednik u ugovaranju blizak trgovačkom zastupniku nema pravo na posebnu naknadu na temelju analogne primjene čl. 830. ZOO-a samo ako se tumačenjem ugovora utvrdi da on nije preuzeo obvezu prepustiti klijentelu principalu. Isključe li ugovorne strane obvezu prenošenja klijentele, otpast će pravo na posebnu naknadu iz čl. 830. ZOO-a. Prema takvim ugovornim klauzulama treba, međutim, biti sumnjičav ako su dogovorene na inicijativu poduzetnika, principala, i ako nisu potkrijepljene interesima posrednika u ugovaranju. Tada se, naime, može lako posumnjati da se takvim klauzulama nastoji ponajprije oduzeti posredniku u ugovaranju pravo na posebnu naknadu na temelju odgovarajuće primjene čl. 830. ZOO-a. Posrijedi bi stoga mogao biti nedopušteni te u skladu s tim i nevaljani pokušaj zaobilaženja pravila iz čl. 833. ZOO-a s obzirom na to da odgovarajuće pravo posrednika u ugovaranju na posebnu naknadu počiva analogijom na istim kogentnim pravilima kao i pravo njemu bliskog trgovačkog zastupnika.

## BIBLIOGRAFIJA

- Baumbach, A.; Hopt, K. J.; Merkt, H., *Handelsgesetzbuchkommentar*, 34. izdanje, München, 2010.
- Canaris, C. W., *Handelsrecht*, 24. potpuno prerađeno izdanje, München, 2006.
- Ebenroth, T.; Boujong, K.; Joost, D.; Löwisch, G., *Handelsgesetzbuch*, 1. izdanje, München, 2001.
- Ekkanga, J., *Ausgleichsanspruch analog § 89 b HGB und Ertragswertmethode - Versuch einer Neuorientierung*, AG 1992, 345 – 357.
- 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.
- Heymann, E.; Sonnenschein, J.; Weitemeyer, B., *Handelsgesetzbuch*, 2. izmijenjeno izdanje, Berlin, 2005.
- Horak, H., *Ugovori o distribuciji – u pravu i poslovnoj praksi Hrvatske i EU*, Zagreb, 2005.
- Hoyningen-Huene, G., u: *Münchener Kommentar zum HGB*, München, 2005.
- Hribar, A., *Mešetarški i agentski posao*, Privreda i pravo, br. 3, 1967.
- Larenz, K.; Canaris, C. W., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, München, 2013.



- Martinek, M., *Abzahlungsgesetz und Absatzmittlungsverträge*, ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1986.
- Martinek, M., *Franchising im Handelsrecht. Zur analogen Anwendbarkeit handelsvertreterrechtlicher Vorschriften auf Franchise-Verträge*, ZIP, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1988.
- Martinek, M.; Semler, F.-J.; Habermeier, S.; Flohr, E., *Vertriebsrecht*, 3. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2010.
- Martinek, M.; Magnus, U. u: *J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 1999.
- Miladin, P., *Trgovina financijskim instrumentima (vrijednosnim papirima, efektima)*, u: Miladin, P. (gl. ur.), *Prilagodba hrvatskog prava i ekonomije europskom tržištu kapitala*, Zagreb, 2013., str. 469-561
- Miladin, P., *Izravna komisionarova trgovina s komitentom, zbirna špedicija i špedicija s fiksnom naknadom*, u: Josipović, T.; Špoljarić, D. (ur.), *Liber amicorum Mladen Žuvela*, Zagreb, 2022.
- Miladin, P., *Prestanak ugovora o trgovačkom zastupanju i pravo trgovačkog zastupnika na posebnu naknadu*, u: *Zbornik 60. susreta pravnika – Opatija 2022.*, Zagreb, 2022.
- Miladin, P., *Trgovačko zastupanje kao dio trgovačkog statusnog i trgovačkog materijalnog prava*, u: *Liber amicorum Zoran Parać. Zbornik povodom 70. rođendana profesora Zorana Paraća*, Zagreb, 2022.
- Parać, Z., *Zajedničke odredbe*, u: Barbić, J. (red.), *Zakon o trgovačkim društvima, Vođić 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.
- Röhrich, V.; von Westphalen, F.G. (ur.), *Handelsgesetzbuch*, 3. izdanje, Köln 2008.
- Schmidt, K., *Kundenstammüberlassung und „Sogwirkung der Marke“: taugliche Kriterien für den Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers?*, DB 1979.
- Schmidt, K., *Handelsrecht*, 6. izdanje, Köln, 2014.
- Sikirić, H., *Ugovor o trgovačkom zastupanju u poredbenom trgovačkom i poredbenom međunarodnom privatnom pravu*, doktorski rad (neobjavljeni), Zagreb, 1994.

- Grundmann, S.; Habersack, M.; Schäfer, C. (ur.), *Staub, Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch*, Bd. 2/1 (§§89-104), 6. izdanje, Berlin 2021.
- Stražnický, M., *Predavanja iz trgovačkog prava*, Zagreb, 1926.
- Stražnický, M., *Tumač Trgovačkog zakona od 28. listopada 1937.*, Zagreb, 1939.
- Ulmer, P., *Vertragshändler. Tatsachen und Rechtsfragen kaufmännischer Geschäftsbesorgung beim Absatz von Markenwaren*, Köln, 1969.
- Vedriš, M.; Klarić, P., *Građansko pravo*, 14. izdanje, Zagreb, 2014.
- Vrbanić, F., *Trgovački zakon*, Zagreb, 1893.
- Vukmir, B. *Trgovački zastupnici (agenti) u kontinentalnom (evropskom) i anglo-američkom pravu*, Privreda i pravo, br. 1, 1967.
- Vukmir, B., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2014.
- Vukmir, B., *Pravo međunarodnog trgovačkog zastupanja*, Zagreb, 1984.
- von Westphalen, *Die analoge Anwendung des § 89b HGB auf Vertragshändlerverträge der Kfz-Branche*, DB-Beilage 12/81 zu Heft 22/1981.

## Summary

Petar Miladin\*

**APPLICATION OF THE ARTICLE 830 OF THE OBLIGATIONS ACT (THE RIGHT TO A SPECIAL FEE) BY ANALOGY TO THE DISTRIBUTORS SIMILAR TO AGENTS**

*The needs of contemporary legal and business transactions invariably concern the problems of the placement on the market and distribution of goods and services. The author defends the thesis that the agency agreement is the backbone of a broader right to distribution. This is particularly true in regard to the right to a special fee referred to in Article 830 and onwards of the Obligations Act. The right to a special fee is available to other distributors, not only agents, provided that the special requirements concerning closeness, analogy between such distributors and agents are met. The author discusses these requirements, examining their deeper meaning. Other points of discussion include the application of other provisions of the Obligations Act regulating the agency agreement by analogy with other distributors. Such distributors, which are close to the agent, are referred to as contracting intermediaries/agents (in German “Vertragshändler”).*

*Keywords: right to a special fee; distributor; contracting intermediary; agent*

---

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