

UDK 34.08:929 Konstantinović M. ; 347.762(497.1)

CERIF: S 130, S 144

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK21A

Dr Vladimir PAVIĆ*

Dr Miloš ŽIVKOVIĆ**

UGOVOR O KOMISIONU – NEKA OTVORENA PITANJA

Ugovor o komisionu zanimljiv je stoga što komisionar deluje u svoje ime, a za račun komitenta. Način regulisanja komisiona u Zakonu o obligacionim odnosima otvorio je neka pitanja od praktičnog značaja koja su u doktrini i praksi naišla na različite stavove. U radu se posvećuje pažnja nekim pitanjima koja smatramo naročito interesantnim, a koja, čini se, u poslednje vreme nisu podrobnije razmatrana u nas: sadržina i domašaj komisionarove obaveze da postupa po uputstvima komitenta, komitentova prava u pogledu stvari i potraživanja koja je komisionar stekao ili se kod njega nalaze, implikacije načina na koji Zakon štiti komitenta u slučaju komisionarovog stečaja i posledice komisionarovog kašnjenja u isplati naplaćene cene ili čak neovlašćene upotrebe komisionarevih sredstava.

Ključne reči: *Komision. – Komisionar. – Komitent. – Zaloga. – Stečaj.*

* Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *pavic@ius.bg.ac.rs.*

** Redovni profesor, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Srbija, *mdz@ius.bg.ac.rs.*

1. UVOD – O KOMISIONOM POSLU

Razvoj trgovine u novom veku uticao je na to da se tržišta specijalizuju i dele u zavisnosti od robe kojom se trguje. Obrazac feudalne privrede, prema kojem proizvođač neposredno prodaje eventualni višak svojih proizvoda krajnjem kupcu, raspao se pojavom masovnije proizvodnje i trgovine na daljinu. Trgovina i trgovci su se, još u srednjem veku, osamostalili u posebnu delatnost, pogotovo u slobodnim gradovima tog doba, a razvoj proizvodnih delatnosti uticao je na značajno povećanje obima trgovine i procvat te privredne grane. Zbog toga je bilo potrebno razviti različite načine povezivanja onih koji robu prodaju i kupuju, što je bio zadatak trgovine. Položaj trgovaca, razume se, mogao je biti takav da kupuju robu od prodavaca (po nižoj ceni) i prodaju je kupcima (po višoj ceni), snoseći rizik posla i zarađujući na razlici u ceni. Sasvim na drugoj strani spektra, trgovci koji uopšte nisu želeli da preuzimaju rizik transakcije mogli su se pojaviti u ulozi posrednika, koji ne sudeluje u nastanku ugovora ili u ulozi zastupnika (punomoćnika) koji učestvuje u njegovom zaključenju. Ti instituti omogućavaju neposrednu pravnu vezu prodavca i krajnjeg kupca. Te dve krajnosti u položaju trgovaca, razume se, nisu bile jedine moguće, i otuda se postepeno razvijaju složeniji načini uređenja odnosa između učesnika na tržištu i onih koji ih povezuju. Tako se razvijaju posredovanje, trgovinsko zastupanje, pa i komisioni posao. Cilj svih tih instituta je da se uredi položaj trgovca čija je pozicija na tržištu između proizvođača i krajnjeg kupca i oni čine to na različite načine.

Kod nas je uobičajeno da se ovi srodni poslovi dele po tome kakav položaj u transakciji ima trgovac. Ako trgovac samo povezuje prodavca i kupca i nema nikakvo učešće u nastanku ugovora, on je posrednik. Ako trgovac ima ovlašćenje da zastupa jednu od strana, on učestvuje u nastanku ugovora, ali prava i obaveze nastaju neposredno za prodavca i kupca, i tada je reč o zastupanju. Trgovinsko zastupanje je posao koji obuhvata i posredovanje i zastupanje. Komisioni posao i posao špedicije podrazumevaju učešće trgovca u zaključenju ugovora između prodavca i kupca, i to tako da prava i obaveze iz tog posla nastaju za trgovca (komisionara, špeditera), ali za račun kupca ili prodavca, kojima je dužan da prenese obaveze i koristi iz posla. Sve pomenute situacije podrazumevaju da trgovac dela za račun prodavca ili kupca, koji su njegovi klijenti, a opšti okvir za te situacije dat je u pravilima za ugovor o nalogu. Najposle, trgovac može biti i tipičan preprodavac, koji kupuje jeftino da bi prodao skuplje i zaradio na razlici u ceni.

Komisioni posao je naročito zanimljiv zbog toga što komisionar deluje u svoje ime, a za račun komitenta. Dakle, komisionar je strana u poslu koji preuzima na osnovu komisionog posla, pravno je on kupac ili prodavac i

treće lice ne mora nužno znati (i po pravilu ne zna) da postoji komitent za čiji se račun posao preduzima. Ta razdvojenost pravne i realne, „ekonomske“ situacije najveći je izazov za pravno uređenje ugovora o komisionu, odnosno komisionog posla.¹

Komisioni posao, pod tim nazivom, postoji u kontinentalnim pravima i tamo gde ne postoji načelo jedinstvenog regulisanja uređen je trgovačkim propisima. Našim Zakonom o obligacionim odnosima², poput švajcarskog OR³, jedinstveno se uređuju i građanski i trgovački obligacioni odnosi, pa otud sadrži i pravno uređenje ugovora o komisionu.⁴ U tzv. anglosaksonskim pravima koncept komisiona nije izvorno poznat, iako se već u starijoj u literaturi pominju *commission agents*⁵, već se taj posao klasifikuje u *agency* shvaćenu u širem smislu.

2. OSNOVNE ODLIKE UREĐENJA UGOVORA O KOMISIONU PREMA ZOO

Komisioni ugovor, kao naročita vrsta ugovora o nalogu, zavredeo je u ZOO čak 19 zasebnih članova, uz shodnu primenu pravila o nalogu ukoliko odredbama o komisionu nije drukčije određeno. U vreme donošenja ZOO komisiono poslovanje imalo je veliki značaj – veliki deo uvoza i izvoza u SFRJ odvijao se posredstvom krupnih preduzeća koja su kanalisala transakcije za račun manjih poslovnih subjekata. Pravni razlog za to ležao je u činjenici da domaća proizvodna preduzeća nisu imala poslovnu sposobnost da samostalno preduzimaju spoljnotrgovinske poslove (važili su princip specijalne poslovne sposobnosti pravnih lica, predviđen čl. 54 ZOO, i posebni uslovi za obavljanje

¹ Ako se pod pravnim uređenjem ugovora o komisionu smatra samo uređenje međusobnih prava i obaveza strana u tom ugovoru, onda je uređenje komisionog posla nešto širi pojam, koji obuhvata i uređenje nekih odnosa prema saugovaraču komisionara (trećem licu).

² Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ* 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ* 31/93, *Službeni list SCG* 1/2003 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS* 18/2020.

³ Švajcarski Zakonik o obligacijama – OR iz 1911. godine.

⁴ Ipak, za razliku od našeg ZOO, u OR se izričito ograničava komisioni posao na pokretne stvari i hartije od vrednosti. Videti čl. 425, st. 1.

⁵ U engleskom pravu se na komisionara gleda kao na mešavinu nezavisnog trgovca i agenta (zastupnika). Videti Fridman 1976, 31.

spoljnotrgovinskog prometa). Zbog toga spoljnotrgovinska preduzeća nisu mogla da budu trgovinski zastupnici proizvodnih preduzeća već se cela operacija morala obavljati posredstvom komisiona.⁶

Ugovorom o komisyonu komisionar se obavezuje da za naknadu obavi u svoje ime, a za komitentov račun, jedan ili više poslova koje mu komitent poveri. Naše pravo spada u ona prava u kojima je odnos između komisionara i komitenta, u principu, sasvim odvojen od odnosa između komisionara i trećeg lica sa kojim on stupa u transakciju za račun komitenta. Pošto komisionar zaključuje posao za račun komitenta, komercijalni rizik posla je na potonjem, osim u slučaju delkredere komisiona. Složena priroda te transakcije i vremenski razmak između ispunjenja obaveza komisionara prema trećem licu i prema komitentu mogu da otvore određene dileme koje samo slovo normi Zakona o obligacionim odnosima ne razjašnjava.⁷ Naime, činjenica da komisioni posao, zbog pomenutog razilaženja pravne i realne (ekonomske) situacije, u izvesnoj meri ima obeležja fiducijarnog posla (onog u kojem jedna strana ima više prava nego što joj po unutrašnjem odnosu s fiducijantom pripada), zahteva da se u uređenje komisiona unesu odredbe koje, na ovaj ili onaj način, odstupaju od opštih pravila. Obratićemo stoga pažnju na te aspekte uređenja komisiona u ZOO.

3. PROBLEMATIČNI ASPEKTI UREĐENJA KOMISIONA PREMA ZOO

Problematici aspekti uređenja komisiona u tekstu ZOO mogu se podeliti u najmanje dve grupe. Prvi skup dilema otvara se u vezi sa pravnom prirodom ugovora o komisyonu: da li je reč o građanskom ili trgovinskom poslu?

U ZOO se ne naglašava trgovinski karakter komisiona i ne predviđa da ga mogu zaključiti samo lica koja obavljaju privrednu delatnost. Neki autori problematizuju to pitanje i naglašavaju elemente koji ističu trgovinski karakter ugovora: teretnost (komisionar ima pravo na naknadu čak i kada ona nije ugovorena) te propisivanje da je komisionar obavezan da čuva robu sa pažnjom dobrog privrednika. Zagovornici shvatanja da je komision

⁶ Za poslednje „repove“ ovakve trgovinske prakse u našoj sudskoj praksi videti presudu Vrhovnog kasacionog suda Rev 946/2015, 4. 2. 2016.

⁷ Kao i dileme u vezi sa primenom odredaba nekih drugih zakona, na primer, da li se ugovor o komisyonu može smatrati ugovorom o tzv. pravoj agenturi u smislu domaćih propisa i propisa EU u oblasti zaštite konkurencije, videti mišljenje Komisije za zaštitu konkurencije. <https://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/10/UGOVOR-O-KOMISIONU-I-PRAVA-AGENTURA.pdf>, poslednji pristup 1. novembra 2022.

jednostrani trgovinski posao imaju različit stav: dok jedni smatraju da bi komisijonar moralo biti lice specijalizovano upravo za komisijonu delatnost⁸, drugi su na stanovištu da je dovoljno da on u komisijonu stupa u okviru svoje privredne delatnosti ili barem u vezi sa njom (Radović 2022, 134). Drugi autori, pak, smatraju da se u zakon ne može učitavati ono čega u njemu nema. Čak i zagovornici shvatanja da je reč o trgovinskom pravnom poslu konstatuju da ni Skica ZOU⁹ ne sadrži dovoljno elemenata na osnovu kojih bi se moglo pouzdano utvrditi da li je komisijonu u zakonu koncipiran kao posao građanskog ili privrednog prava (Radović 2022, 132).

Čini nam se da je druga grupa mogućih dilema značajnija u praksi. Uspešne komisijone transakcije podrazumevaju delovanje komisijonara u skladu sa nalogom komitenta, izvršenje obaveze trećeg lica prema komisijonaru i komisijonarovo prenošenje ekonomskih efekata tog posla na komitenta. Svaka od tih faza može stvoriti određene probleme – samo na neke od njih ZOO daje zadovoljavajući odgovor.

3.1. Komisijonarova obaveza da postupi po uputstvima komitenta

To da je komisijonar obavezan da postupi po nalogima komitenta jasno je – članom 773 ZOO predviđeno je da je komisijonar dužan da naknadi razliku i prouzrokovanu štetu ako je posao zaključio pod uslovima nepovoljnijim od naloga. Komunikacija između komisijonara i komitenta, međutim, može biti i kompleksnija, te se postavlja pitanje kako odrediti jeste li komisijonar postupao po uputstvima ili ne onda kada je tih uputstava bilo više, često u vremenskoj sukcesiji. Uputstva mogu biti međusobno protivrečna u većoj ili manjoj meri.

Taj se problem može u principu tretirati na nekoliko načina. Prvo, obaveza komisijonara se može okarakterisati kao „kompleksna“ i, posledično, pitanje razgraničenja osnovnih i naknadnih naloga, kao i moguće protivrečnih naloga, ostaviti otvorenim. Drugi pristup je apstraktno razvrstavanje kao uputstvo za buduće tumačenje – bitni su osnovni nalog i obaveza njegovog izvršenja – samo promena bitnih elemenata osnovnog naloga suštinski menja uputstvo komitenta. Sva ostala naknadna uputstva tretirala bi se kao dopuna ili konkretizacija inicijalnih (Vitez 1995, 377–382). Treći se izlaz nalazi u klasifikaciji naloga kao imperativnih, indikativnih ili fakultativnih (Vitez 1995, 382–383). Iako se klasifikaciji samoj po sebi malo šta može

⁸ U tom smislu Stefanović 2006, 174; Kapor, Carić 1990, 213; Jankovec 1990, 57.

⁹ Videti Konstantinović 1996.

zameriti kao okviru za tumačenje kada jednom dođe do spora, njena je upotrebna vrednost ograničena za komisionara koji se nalazi pred dilemom tokom izvršavanja naloga.

Prema našem mišljenju, mogući odgovor se nalazi u shodnoj primeni pravila o nalogu, saglasno čl. 772 ZOO. Članom 751, st. 3 predviđeno je da, ako nema određenih uputstava, nalogoprimac postupa kao dobar privrednik, a članom 751, st. 2 da je nalogoprimac dužan da skrene pažnju nalogodavcu ako smatra da bi izvršenje naloga nanelo štetu nalogodavcu i da je dužan tražiti nova uputstva. Neophodan preduslov izvršenja te specifične dužnosti obaveštavanja jeste i razumevanje šta zapravo nalog podrazumeva, što, prema našem mišljenju, ukazuje na to da je na komisionaru dužnost i da u slučaju dileme u vezi sa prirodom i hijerarhijom sukcesivnih izmena i/ili dopuna naloga zatraži objašnjenje od komitenta.

Generalni opis komisionara kao posla u kojem komisionar dela u svoje ime ali za konačni ekonomski račun komitenta predstavlja korisnu generalizaciju – ali ipak samo generalizaciju.

3.2. Odnos komisionara i komitenta – potencijalno problematični aspekti

Komisionar je specifičan utoliko što razdvaja ekonomsku i pravnu ravan poslovanja: komisionar sve vreme dela po nalogu komitenta i u njegovom ekonomskom interesu. Efekti takvog delovanja tek će se kasnije pravno preneti na komitenta. Iako je generalna ideja ta da se ekonomski efekti komisionarovog delanja što pre prenesu na komitenta, tome se mogu isprečiti različite prepreke. Osim tog vremenskog raskoraka, postoje i drugi scenariji u kojima je zakonodavac našao za potrebno da obezbedi izvršenje međusobnih obaveza, a naročito da zaštiti komitenta od situacija u kojima komisionar prekine izvršenje obaveza. Neke od tih problema, međutim, ZOO ne uspeva da razreši na zadovoljavajući način.

3.2.1. Zakonsko založno pravo komisionara

Komisionar je u odnosu na komitenta obezbeđen ne samo samom prirodom posla (on dela u ime komitenta i naknadno prenosi na njega stvari i prava koja je stekao) već i zakonskim založnim pravom.

Odredbama ZOO komisionaru je dato zakonsko založno pravo na stvarima koje su predmet ugovora o komisionu dok se stvari nalaze kod njega ili dok u rukama ima isprave pomoću kojih tim stvarima može raspolagati.

Komisionar može da se naplati iz tog prava pre drugih komitentovih poverilaca, i to po osnovu svih komisionih poslova i zajmova sa komitentom, a ne samo po osnovu konkretnog komisionog posla po kojem je stvar primio. Takvo odstupanje od načela specijalnosti zakonskog založnog prava opravdano je zato što su komisionar i komitent obično u trajnijoj poslovnoj vezi i što transakcije između njih nisu pojedinačne.¹⁰ Komisionar stiže i pravo prvenstvene naplate iz potraživanja koja je stekao za račun komitenta. Razume se, ta prava komisionar može imati samo u pretpostavci u kojoj on nije vlasnik stvari koje su predmet ugovora o komisionu, odnosno poverilac potraživanja u odnosu na koja ima pravo prvenstvene naplate.

Domašaj te odredbe nije ograničen na prodajni komision. U slučaju prodajnog komisiona komitentova stvar ostaje u njegovoj svojini sve do prodaje trećem licu, te je tako moguće da se uspostavi komisionareva zakonska zaloga na toj komitentovoj stvari.¹¹ Komisionar je kod prodajnog komisiona dodatno obezbeđen pravom prvenstvene naplate iz potraživanja koja je stekao u svoje ime a za račun komitenta¹² i nije dužan da takvo potraživanje prenese na komitenta prilikom polaganja računa (Jankovec 1990, 1313). U slučaju kupovnog komisiona, međutim, stvar koju je stekao komisionar za komitenta ne mora nužno biti vlasništvo komitenta (o čemu će više reći biti u nastavku). U našoj literaturi iz perioda pre donošenja ZOO notiramo stav Trajkovića (1969, 106): on konstatuje da sudska praksa većine zemalja, pa i jugoslovenska, smatra da kod kupovnog komisiona komisionar postaje vlasnik robe, ali dodaje i da se sa takvim stavom ne slaže jer je to „suprotno našoj koncepciji ugovora o komisionu“. Trajković (1969, 49) je smatrao da je komision zapravo nepotpuno zastupništvo i da direktan prelaz svojine sa trećeg lica na komitenta odgovara potrebama robnog prometa i povećava efikasnost poslovanja (1969, 107). ZOO je samo u pojedinim pitanjima stao na Trajkovićev stav, o čemu će dalje biti reči u slučaju pada komisionara pod stečaj kada komitent stiže pravo na izlučnu tužbu u pogledu svih stvari koje su predmet ugovora o komisionu – i onih koje je predao komisionaru i onih koje je komisionar za njega stekao.¹³

¹⁰ Umesto svih videti Jankovec 1990, 1313.

¹¹ To je vladajuće shvatanje i u švajcarskom pravu. Videti von Planta 1996, 2300. Ideja je da komitentu treba da pripada svojina kadgod je to moguće, pošto to odgovara ekonomskoj prirodi odnosa, a komisionaru nije neophodna svojina da bi izvršio svoje obaveze iz prodajnog komisiona.

¹² Trajković (1983, 272) pak govori o pravu prvenstva na naplaćenim novčanim iznosima: „Ovde je najčešće reč o naplaćenim novčanim iznosima koje je komisionar, poslujući u svoje ime, naplatio za račun komitenta.“

¹³ ZOO, čl. 789, st. 1.

Zanimljivo je da se u švajcarskom OR predviđa pravo retencije na stvarima i prihodima koji se tiču komisiona u korist komisionara, što je u načelu slično rešenju u ZOO. Švajcarska teorija, međutim, to zakonsko određenje smatra nepreciznim jer prava komisionara zapravo od toga ko je vlasnik stvari, odnosno ko je poverilac potraživanja koja su predmet komisiona, a koja su nastala njegovim vršenjem. U tom pogledu se razlikuju prodajni i kupovni komisio. Kod prodajnog komisiona, komisionar nema svojinu na stvari jer mu nije nužna da ispuni obaveze iz komisiona. Komisionar, međutim, naplaćuje cenu od trećeg lica i isplaćena suma kroz smešu postaje njegova svojina (pa u pogledu tog novca komitent nema ni izlučni zahtev), osim ako je primljena na poseban račun. Kod kupovnog komisiona, međutim, u normalnim okolnostima komisionar će steći svojinu na stvarima koje kupi za komitenta, osim kad je moguće konstruisati neposredno sticanje komitenta (primenom posebnih odredaba, u Švajcarskoj recimo primenom čl. 32, st. 2 OR, ili primenom opštih pravila, primera radi predaje posredstvom *constitutum possessorium*).¹⁴

3.2.2. Zaštita komitenta u slučaju stečaja komisionara

Između početka celokupne ekonomske transakcije (iz vizure komitenta) i njene realizacije (očekivanog prenosa prava i/ili prihoda od komisionara) može da protekne mnogo vremena. Za razliku od naloga i zastupništva, gde stečaj nalogoprimca i zastupnika ne utiče na prava nalogodavca, pozicija komitenta se u slučaju stečaja komisionara pogoršava. U ZOO su stoga predviđeni dodatni mehanizmi zaštite komitenta.

Prvo, poverioci komisionara ne mogu preduzeti mere izvršenja na stvarima i pravima koje je komisionar stekao u svoje ime a za račun komitenta izvršavajući komitentove naloge.¹⁵

Drugo, u slučaju stečaja komisionara komitent može da traži izlučenje iz stečajne mase stvari koje je predao komisionaru radi prodaje, ali i onih stvari koje je komisionar nabavio za njegov račun.¹⁶ Osim toga, komitent može od trećeg lica zahtevati isplatu cene za (komitentove) stvari koje mu je komisionar predao.¹⁷

¹⁴ Za to videti von Planta 1996, 2299–2300.

¹⁵ ZOO, čl. 788.

¹⁶ ZOO, čl. 789, st. 1.

¹⁷ ZOO, čl. 789, st. 2.

3.2.2.1. Pravo komitenta da zahteva izlučenje stvari

Odredbu o izlučenju moguće je shvatiti na dva načina. Prema jednom stavu, široko zastupljenom u našoj teoriji, stvar koju od trećeg lica pribavi komisionar njegova je svojina i za kasnije sticanje svojine komitenta neophodna je predaja. Pošto komitent nema pravo svojine na stvari koja je kod komisionara, ne može se pozvati na opšta pravila stečajnog prava o izlučenju. Zbog toga je i bilo neophodno da se u ZOO unese odredba o mogućnosti da se traži izlučenje¹⁸, čime se komitent daje položaj „kao da je pravni vlasnik stvari“ koju je komitent stekao za njega „ali mu ih još nije pravno preneo“.¹⁹ Ta argumentacija nije bez manjkavosti: prvo, prema istom tom većinskom stavu doktrine, svojina na stvarima koje je komitent predao komisionaru ostaje u svojini komitenta sve do predaje trećem licu²⁰ – pa ipak je i ona obuhvaćena tom odredbom, iako bi, prema opštim pravilima stečajnog prava, podlegala izlučenju; drugo, ako se zakonom ustanovljava pravo izlučenja na stvarima koje su do stečaja bile vlasništvo komisionara, to bi značilo ili da se pravo izlučenja ustanovljava u korist nevlasnika (koji vlasnik postaje predajom) ili da komitent u nekom momentu (nejasno u kom – momenat otvaranja stečaja, momenat predaje izlučene stvari ili nekom trećem) postaje vlasnik; treće, zakonska zaloga koju komisionar ima na „stvarima koje su predmet ugovora o komisionu“ podrazumeva da je reč o stvarima koje su vlasništvo komitenta, a ne komisionara.

Alternativno tumačenje bi bilo da se odredbom na implicitan način razjašnjava svojinskopravni status stvari koje je komisionar pribavio od trećeg lica ili primio od komitenta – to jest da su u oba slučaja to komitentove stvari. Makar i implicitno, takvo razjašnjenje bi bilo korisno – pre donošenja ZOO naši sudovi su bili na stanovištu da su stvari koje je komisionar stekao za komitenta njegove, a ne komisionarove, što je deo doktrine negativno komentarisao (Trajković 1969, 106). Još jedan argument u korist shvatanja da je reč o komitentovim stvarima jeste već spomenuto rešenje o

¹⁸ U tom smislu Jankovec 1999; Vasiljević, Đorđević 2007, 281.

¹⁹ Cigoj 1984, 2222. Vizner (1978, 2372) implicitno takođe tretira pribavljene stvari kao komisionarove, govoreći o „stvarima koje je komisionar stekao za račun komitenta odnosno što pripadaju komitent“.

²⁰ Gams 1963, 170; Trajković 1969, 103. Implicitno i presuda Višeg trgovinskog suda, Pž 6016/03, 4. 10. 2003, koja predviđa da je komisionar obavezan da izvrši „povraćaj preostale neprodane robe komitent“.

Implicitno i Carić (1980, 607), govoreći o pravu komitenta da zahteva isplatu cene prema trećem licu „kome je komisionar predao komitentove stvari. Ovaj komitentov zahtev se može odnositi na naplatu cene odnosno nenaplaćenog dela cene ali smatramo da se može odnositi i na povraćaj stvari ako treće lice odbije da isplati komitent u cenu koju je ugovorilo sa komisionarom“.

komisionarovo zakonskoj zalozi na stvarima koje su predmet komisiona.²¹ Osim toga, moguće uporište za takvo shvatanje je i čl. 757 ZOO, koji, u vidu izuzetka, predviđa da komisionar kome je povereno da proda ili da kupi neku robu kotiranu na berzi ili na tržištu može, ako mu komitent dozvoli, da zadrži robu za sebe kao kupac, odnosno da je isporuči kao prodavac, po ceni u vreme izvršenja poverenog posla. Tada između komisionara i komitenta „nastaju odnosi iz ugovora o prodaji“.²² Slaba strana takvog tumačenja jeste to da se svojina na pokretnoj stvari stiče predajom te da se, osim ako se u komisioni posao učitaju elementi (nepotpunog) zastupanja, predaja ostvaruje tek kada komisionar preda stvar komitentu (Jankovec 1999, 521).

Navedeni razlozi u prilog alternativnog tumačenja nisu ubedili ne samo predstavnike doktrine²³ već ni naše sudove: Jankovec navodi (anonimni) slučaj u kojem je naš sud odbio svojinsku tužbu komitenta u pogledu stvari koje je treće lice isporučilo komisionaru te da bi komitent postao vlasnik stvari „da mu je ona i na simboličan način predata“.²⁴

²¹ ZOO, čl. 786, st. 1.

²² ZOO, čl. 775.

²³ Tako Carić (2002, 387), verovatno imajući na umu slične dileme kao i Trajković: „U pravnoj teoriji i zakonodavstvu je sporno, da li svojinu na kupovnoj robi prvo stiče komisionar, pa je onda prenosi na svog komitenta, ili svojinu neposredno stiče komitent, jer komisionar posluje za njegov račun. Formalno-pravno je ispravno prvo shvatanje, dok drugo gledište polazeći od toga da je komisioni posao posebna vrsta indirektnog zastupništva, više vodi računa o praktičnim potrebama.“ Slično i Antonijević 1981, 323.

²⁴ Videti Jankovec 2003, 27.

3.2.2.2. Komitentova potraživanja prema trećem

Rešenje ZOO za potraživanja komisionara prema trećem licu nije bez redakcijskih problema. U ZOO se predviđa da komitent „može zahtevati“ da treće lice ispuni obavezu iz posla koji je komisionar zaključio za račun komitenta tek kada mu komisionar to potraživanje ustupi. Smisao te odredbe je verovatno u tome da naglasi da, u nedostatku ustupanja potraživanja, sva potraživanja pripadaju komisionaru i da se ne uspostavlja direktan odnos između komitenta i trećeg lica. Svakako da se podrazumeva da ustupanjem potraživanja komitent *može* da zahteva ispunjenje obaveze – takvo pojašnjenje verovatno nije ni bilo potrebno već neminovno proizlazi iz ustupanja potraživanja. Međutim, redakcijska nesavršenost u tom pitanju komplikuje čitanje druge odredbe ZOO, one koja govori o posledicama stečaja komisionara na potraživanja koja je komisionar stekao prema trećim licima. Članom 789, st. 2 ZOO, naime, predviđa se da komitent tada „*može zahtevati od trećeg kome je komisionar predao stvar, da mu isplati njihovu cenu, odnosno njen još neisplaćeni deo*“.

Jedno od mogućih tumačenja te odredbe bilo bi da u slučaju stečaja potraživanje komisionara za isplatu cene prema trećem postaje potraživanje komitenta. U prilog takvom čitanju ide i to što čl. 787, st. 1 ZOO ima sličnu redakciju i predviđa da komitent „*može zahtevati ispunjenje potraživanja*“ (podvukli autori) nakon ustupanja potraživanja. Kako poveriocu svakako pripada mogućnost da zahteva ispunjenje potraživanja, po analogiji bi se moglo rezonovati da u slučaju stečaja potraživanje komisionara za isplatu cene prema trećem prelazi na komitenta.²⁵ Opravdanje za to bi bilo i to što se potraživanje već ulilo u imovinu komitenta s obzirom na to da je posao zaključen po njegovom nalogu.²⁶

Uprkos istovetnosti redakcije dve citirane odredbe, smatramo da to nije nužno slučaj. Opšte pravilo o relativnosti obligacija nije derogirano čl. 787, st. 1 ZOO, naprotiv – smisao odredbe mogao bi biti da potvrdi taj princip kada je reč o komisionu. Odredba čl. 789, st. 2 ne govori o zakonskoj subrogaciji već o „mogućnosti“ (opciji) da komitent neposredno zahteva ispunjenje potraživanja. Mogao bi se braniti i stav da ta mogućnost koju komitent stiče postoji istovremeno sa mogućnošću da ispunjenje obaveze zahteva stečajni upravnik komisionara, a koju zakon nije isključio. Dužnik bi tako imao dva načina da ispuni svoju obavezu isplate cene – na račun komisionara ili na račun komitenta, i oba bi valjano ugasila obligaciju. Treće lice po pravilu

²⁵ To je i rešenje švajcarskog Zakonika o obligacijama, čl. 401, st. 2.

²⁶ Tako Trajković (1969, 115), upoređujući slično rešenje čl. 374 predratnog hrvatskog Trgovačkog zakona.

ne zna za identitet komitenta, a saznalo bi tek kada mu se komitent obrati sa zahtevom za isplatu cene saglasno čl. 789, st. 2 ZOO, pa bi, dok se takav zahtev ne postavi, bilo moguće obavezu ispuniti i komisionaru koji je pao u stečaj.

3.2.2.3. Novac koji je komisionar naplatio za komitenta

Raskorak između pravne i faktičke (ekonomske) ravni komisionog posla ne iscrpljuje se na pitanjima vlasništva nad stvarima koje se nalaze kod komisionara ili na još nenaplaćenim potraživanjima. Lanac prenošenja ekonomskih efekata transakcije sa komisionara na komitenta može se prekinuti i nakon što je komisionar naplatio cenu od trećeg lica, tako što komisionar padne u stečaj ili tako što odbije da izvrši svoje obaveze iz ugovora i prenese na komitenta iznos koji je primio, umanjen za svoju naknadu. I dok je komitent u pogledu stvari obezbeđen mogućnošću izlučenja i moguće i svojinskom tužbom (u slučajevima u kojima komisionar ne stiže svojinu na stvarima), sa novcem je situacija sasvim drugačija. Komitent „može“ da od trećeg lica zahteva isplatu cene tek nakon što komisionar padne u stečaj, ali ako je komisionar već cenu naplatio a novac nije preneo komitent, komitent ne uživa nikakvu dodatnu zaštitu ni po ZOO ni po odredbama stečajnog zakona.²⁷ Takvo rešenje je teško pomiriti sa tumačenjem da čl. 789, st. 2 rezultira zakonskom subrogacijom kao posledicom činjenice da je ekonomski potraživanje već praktično u imovini komitenta. Paradoksalno, komisionarova naplata cene tako predstavlja potencijalni dodatni rizik za konačnu realizaciju komisione transakcije.

Pokušaji u našoj i stranoj sudskoj praksi da se prevlada ta barijera završavali su se neuspešno i pre i nakon donošenja ZOO. Tako je Vrhovni privredni sud zauzeo stavove da komitent nije stekao „nikakvo stvarno pravo na novcu koje je (...) komisionar naplatio od inostranog kupca i koji je postao njegova svojina“²⁸, da nema „izlučno ni razlučno pravo prema komisionaru“ u stečaju kada je reč o novcu koji je komisionar naplatio od trećeg²⁹ te da

²⁷ Tako i Jankovec 1990, 1315.

²⁸ Vrhovni privredni sud, Sl 433/59, navedeno u Trajković 1969, 106. Interesantno je da Trajković to pitanje razmatra, čini nam se neopravdano, u kontekstu pribavljanja stvari.

²⁹ Rešenje Vrhovnog privrednog suda, Sl 446/58, 29. 10. 1958, *Zbirka Sudskih odluka*, knjiga treća, Beograd 1958, 244.

se uplatom na žiro račun komisionara novčana sredstva ulivaju u njegovu masu sredstava, ne mogu se deliti po nastanku i pripadaju pravnom licu čiji je račun.³⁰

Slično se pitanje nedavno postavilo i pred singapurskim sudom, gde je razmatrano da li – prema srpskom pravu – novac na računu komisionara predstavlja njegovu imovinu (na kojoj se mogu izvršiti njegovi poverioci) ili imovinu komitenata, te ne bi podlegali izvršenju.³¹ Poverilac komisionara je pokušao izvršenje na računu, umešali su se zajednički komisionari iz izvozne kooperacije, tvrdeći da je taj novac zapravo njihov. Prema njihovom stavu, novac na računu je potraživanje komisionara prema banci te komisionarovi poverioci ne mogu da se izvrše na sredstvima na računu, budući da je reč o „potraživanjima“ (prema banci, u smislu čl. 787, st. 2 ZOO), to jest o pravu, relativnom (prema banci, u smislu čl. 787 ZOO). Račun u pitanju bio je depozit. Za razliku od tipične situacije, kada se na jedan tekući račun slivaju različiti prihodi, ovde su i komisionar i komitenti tvrdili da je na račun položen samo i jedino novac koji je bio namenjen (pripadao, prema njihovim rečima) komitentima. U obrazloženju, koje po svojoj dužini prevazilazi obrazloženja naših sudova, ti argumenti su odbijeni. Singapurski sud je primetio da potraživanja pripadaju komisionaru sve dok ih ne prenese na komitenta (čl. 787, st. 1). Što se tiče čl. 787, st. 2, sud je primetio da nemogućnost izvršenja poverilaca na potraživanju komisionara i dalje ne znači da je to potraživanje komitentovo.³² Samo ako je reč o izdvojenoj određenoj sumi novca (izdvojenoj od komisionara u vidu tačno određenih banknota), novac je zamislivo tretirati kao individualizovanu stvar. Novac na računu je zamenljiva stvar i zato su njegova individualizacija i poseban tretman nemogući.

Kada se sve to uzme u obzir, potencijalno najosetljiviji period celokupne transakcije za komitenta jeste nakon što je komisionar primio uplatu trećeg lica. Otvaranje stečaja nad komisionarom u takvoj situaciji komitenta ostavlja u poziciji neprivilegovanog stečajnog poverioca. Paradoksalno je da je komitent zaštićen od stečaja komisionara onda kada komisionar nije realizovao potraživanje prema trećem, ali nema nikakvu privilegiju kada komisionar uplatu primi. Ti problemi su uočavani još pre donošenja ZOO, ali nisu rešeni ni u ZOO ni u kasnijim stečajnim propisima. Logika transakcije i zaokruženosti zaštite komitenta, nezavisno od toga da li je potraživanje

³⁰ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl 1797/71, 9. 12. 1971, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga sedamnaesta, sveska prva, Beograd 1972, 295.

³¹ *Westacre Investments Inc. v The State-Owned Company Yugoimport SDPR* (also known as *Jugoimport-SDPR*) and others [2015] SGHC 143.

³² *Ibid.*, paragraf 50 i dalje.

prema trećem naplaćeno ili ne, mogu se rešiti već odavno predloženim rešenjima: da u slučaju plaćanja nakon otvaranja stečaja uplaćeno ne ulazi u stečajnu masu već se prosleđuje komitentu, a da se u slučaju već uplaćenih sredstava u momentu otvaranja stečaja za komitenta obezbedi položaj privilegovanog stečajnog poverioca (Trajković 1969, 117).

3.2.2.4. *Komisionarovo neovlašćeno korišćenje novca*

Citirani singapurski slučaj dotakao se i pitanja eventualno neovlašćenog korišćenja novčanih sredstava koje je komisionar naplatio za račun komitenta, no kako pitanje nije bilo relevantno za odlučivanje u meritumu, sud se time nije detaljnije bavio. U teoriji, Slakoper iznosi interesantno gledište da se mogu razlikovati dve situacije: prva, ona u kojoj komisionar primljeni novac drži umesto da ga prosledi komitentu u skladu sa čl. 780 ZOO, i druga, u kojoj komisionar novac neovlašćeno koristi za svoje potrebe. Slakoper smatra da u prvoj situaciji komisionar duguje komitentu zateznu kamatu od dana kada je novac bio dužan da preda, što smatramo nespornim. Međutim, u slučaju neovlašćenog korišćenja, on smatra da „takva situacija gospodarski odgovara pojmu zajma, komisionar je u tom slučaju dužan za razdoblje vlastitog ‘služenja’ komitentovim novcem, komitentu ‘platiti kamate po najvišoj ugovornoj stopi’“ (Slakoper, 25).

Sa takvim stavom ne možemo da se složimo. Kašnjenje u ispunjenju novčane obaveze povlači sa sobom obavezu plaćanja zatezne kamate iz čl. 277 ZOO. Tretiranje komitenta kao „nevoljnog zajmodavca“ liči na metode određivanja kamatne stope u međunarodnom investicionom pravu. Logika tog metoda jeste da je poverilac, ne svojom voljom, postao kreditor dužnika te da dužnik treba da duguje onu kamatnu stopu koju bi plaćao da je uzeo zajam. Stopa koja se tada duguje uključuje u sebe ne samo osobenosti sedišta dužnika i valute zajma već i rizik nesolventnosti i stečaja. Sa stanovišta poverioca, jednako su atraktivni nerizični plasman koji donosi nižu stopu prinosa i pozajmica koja nosi višu stopu ali i više rizike, međutim, dosuditi prvu znači potencijalno omogućiti dužniku da se okoristi svojim protivzakonitim ponašanjem (Moselle, Ciupagea, Bisso 2022, 367–368). Smatramo da takvom upodobljavanju nema mesta u svetlu jasne odredbe čl. 277 ZOO. Troškovi korišćenja zajma mogu biti relevantni samo ako su deo kalkulacije naknade štete, to jest ako je komitent bio prinuđen da radi daljeg poslovanja pozajmi novac kako bi nadomestio sume koje komisionar nije isplatio.

LITERATURA

- [1] Antonijević, Zoran. 1981. *Privredno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- [2] Carić, Slavko. 1980. Član 789. Stečaj komisionara. 606–607. *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, knjiga druga, prir. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović. Gornji Milanovac: Kulturni centar – Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.
- [3] Carić, Slavko. 11/2002. Pojam i značaj ugovora o komisionu u pravnoj teoriji i poslovnoj praksi. *Pravni život* 51: 371–392.
- [4] Cigoj, Stojan. 1984. Člen 789. Stečaj komisionarja. 2221–2223. *Komentar obligacijskih razmerij*. Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.
- [5] Fridman, G.H.L. 1976. *Law of Agency*. 4th ed. London: Butterworths.
- [6] Gams, Andrija. 1963. *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Naučna knjiga.
- [7] Jankovec, Ivica. 1990. Član 786. Založno pravo. 1312–1313. *Komentar zakona o obligacionim odnosima*, ur. Slobodan Perović. Beograd: Savremena administracija.
- [8] Jankovec, Ivica. 1999. *Privredno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- [9] Jankovec, Ivica. 9–12/2003. Dva pravna sistema u komisionim odnosima. *Pravo i privreda* 40: 23–28.
- [10] Kapor, Vladimir, Slavko Carić. 1990. *Ugovori robnog prometa*. Beograd: Naučna knjiga.
- [11] Konstantinović, Mihailo. 1996. *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Službeni list SRJ.
- [12] Moselle, Boaz, Ruxandra Ciupagea, Juan Carlos Bisso. 2022. Quantification of ISDS Claims: Specific Issues. 355–368. *The Guide to Investment Treaty Enforcement and Protection*, eds. Mark Mangan, Noah Rubins KC. London: Law Business Research.
- [13] Radović, Mirjana. 2022. *Trgovinski poslovi de lege lata i de lege ferenda*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- [14] Slakoper, Zvonimir. 2007. Prava i obveze strana komisijskog ugovora. 1–35. <https://www.hgk.hr/documents/jk-prava-i-obveze-strana-komisijskog-ugovora578f8582648db.pdf>, poslednji pristup 1. novembra 2022.
- [15] Stefanović, Zlatko. 2006. *Privredno ugovorno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union.

- [16] Trajković, Miodrag. 1969. *Pravni odnosi kod komisijone kupovine i prodaje robe u našem i uporednom pravu*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- [17] Trajković, Miodrag. 1983. Član 786. Založno pravo. 271–272. *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, prir. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj. Beograd: Savremena administracija.
- [18] Vasiljević, Mirko, Milena Đorđević. 2007. Chapter Serbia. *International Encyclopaedia of Laws*, ed. R. Blainpain. Kluwer.
- [19] Vizner, Boris. 1978. Članak 789. Stečaj komisijonara. 2372–2374. *Komentar zakona o obligacionim (obveznim) odnosima*. Zagreb: Riječka tiskara.
- [20] Vitez, Miroslav. 11/1995. Obaveza komisijonara da postupa po uputstvima komitenta. *Pravni život* 44: 377–388.
- [21] von Planta, Andreas. 1996. Artikel 434. Retentionsrecht. 2300. *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht I*, Zweite Aufl, Hrsg. Honsell Heinrich, Nedim P. Vogt, Wolfgang Wiegand. Basel: Helbing & Lichtenhahn.

Vladimir PAVIĆ, S.J.D.

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Miloš ŽIVKOVIĆ, PhD

Professor, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

COMISSION AGENCY – CERTAIN OPEN ISSUES

Summary

A particularity of commission agency is that the commission agent acts in its own name, but for the account of the principal. The provisions of the Law on Obligations leave certain practical issues conclusively unresolved, and such issues have been encountered both in doctrinal analysis and in case law. The article analyzes some of the issues that, while being relevant in practice, have not been subject to scrutiny recently, such as the content and reach of the obligation of the commission agent to act in accordance with the instructions of the principal, the principals rights over chattels, and claims acquired by the commission agent or held by it, implications of the provisions of the law regulating the rights of the principal in case of bankruptcy of the commission agent, and the consequences of commission agent's belated transfer of monies received or even unauthorized use of monies belonging to the principal.

Key words: *Commission agency. – Commission agent. – Principal. – Pledge. – Bankruptcy.*

Article history:

Received: 6. 9. 2022.

Accepted: 30. 11. 2022.