

УДК 34.08:929 Константиновић М. ; 347.762(497.1)

CERIF: S 130, S 144

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK21A

Др Владимир ПАВИЋ*

Др Милош ЖИВКОВИЋ**

УГОВОР О КОМИСИОНУ – НЕКА ОТВОРЕНА ПИТАЊА

Уговор о комисиону занимљив је стога што комисионар делује у своје име, а за рачун комитента. Начин регулисања комисиона у Закону о облигационим односима отворио је нека питања од практичног значаја која су у доктрини и пракси наишла на различите ставове. У раду се посвећује пажња неким питањима која сматрамо нарочито интересантним, а која, чини се, у последње време нису подробније разматрана у нас: садржина и домашај комисионарове обавезе да поступа по упутствима комитента, комитентова права у погледу ствари и потраживања која је комисионар стекао или се код њега налазе, импликације начина на који Закон штити комитента у случају комисионаровог стечаја и последице комисионаровог кашњења у исплати наплаћене цене или чак неовлашћене употребе комисионаревих средстава.

Кључне речи: *Комисион. – Комисионар. – Комитент. – Залог. – Стечај.*

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, pavic@ius.bg.ac.rs.

** Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, mdz@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД – О КОМИСИОНОМ ПОСЛУ

Развој трговине у новом веку утицао је на то да се тржишта специјализују и деле у зависности од робе којом се тргује. Образац феудалне привреде, према којем произвођач непосредно продаје евентуални вишак својих производа крајњем купцу, распао се појавом масовније производње и трговине на даљину. Трговина и трговци су се, још у средњем веку, осамосталили у посебну делатност, поготово у слободним градовима тог доба, а развој производних делатности утицао је на значајно повећање обима трговине и процват те привредне гране. Због тога је било потребно развити различите начине повезивања оних који робу продају и купују, што је био задатак трговине. Положај трговаца, разуме се, могао је бити такав да купују робу од продаваца (по нижој цени) и продају је купцима (по вишој цени), носећи ризик посла и зарађујући на разлици у цени. Сасвим на другој страни спектра, трговци који уопште нису желели да преузимају ризик трансакције могли су се појавити у улози посредника, који не суделује у настанку уговора или у улози заступника (пуномоћника) који учествује у његовом закључењу. Ти институти омогућавају непосредну правну везу продавца и крајњег купца. Те две крајности у положају трговаца, разуме се, нису биле једине могуће, и отуда се постепено развијају сложенији начини уређења односа између учесника на тржишту и оних који их повезују. Тако се развијају посредовање, трговинско заступање, па и комисиони посао. Циљ свих тих института је да се уреди положај трговца чија је позиција на тржишту између произвођача и крајњег купца и они чине то на различите начине.

Код нас је уобичајено да се ови сродни послови деле по томе какав положај у трансакцији има трговац. Ако трговац само повезује продавца и купца и нема никакво учешће у настанку уговора, он је посредник. Ако трговац има овлашћење да заступа једну од страна, он учествује у настанку уговора, али права и обавезе настају непосредно за продавца и купца, и тада је реч о заступању. Трговинско заступање је посао који обухвата и посредовање и заступање. Комисиони посао и посао шпедиције подразумевају учешће трговца у закључењу уговора између продавца и купца, и то тако да права и обавезе из тог посла настају за трговца (комисионара, шпедитера), али за рачун купца или продавца, којима је дужан да пренесе обавезе и користи из посла. Све поменуте ситуације подразумевају да трговац дела за рачун продавца или купца, који су његови клијенти, а општи оквир за те ситуације дат је у правилима за уговор о налогу. Најпосле, трговац може бити и типичан препродавац, који купује јефтино да би продао скупље и зарадио на разлици у цени.

Комисиони посао је нарочито занимљив због тога што комисионар делује у своје име, а за рачун комитента. Дакле, комисионар је страна у послу који предузима на основу комисионог посла, правно је он купац или продавац и треће лице не мора нужно знати (и по правилу не зна) да постоји комитент за чији се рачун посао предузима. Та раздвојеност правне и реалне, „економске“ ситуације највећи је изазов за правно уређење уговора о комисиону, односно комисионог посла.¹

Комисиони посао, под тим називом, постоји у континенталним правима и тамо где не постоји начело јединственог регулисања уређен је трговачким прописима. Нашим Законом о облигационим односима², попут швајцарског OR³, јединствено се уређују и грађански и трговачки облигациони односи, па отуд садржи и правно уређење уговора о комисиону.⁴ У тзв. англосаксонским правима концепт комисиона није изворно познат, иако се већ у старијој у литератури помињу *commission agents*⁵, већ се тај посао класификује у *agency* схваћену у ширем смислу.

2. ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ УРЕЂЕЊА УГОВОРА О КОМИСИОНУ ПРЕМА ЗОО

Комисиони уговор, као нарочита врста уговора о налогу, завредео је у ЗОО чак 19 засебних чланова, уз сходну примену правила о налогу уколико одредбама о комисиону није друкчије одређено. У време доношења ЗОО комисионо пословање имало је велики значај – велики део увоза и извоза у СФРЈ одвијао се посредством крупних предузећа која су каналисала трансакције за рачун мањих пословних субјеката. Правни разлог за то лежао је у чињеници да домаћа производна предузећа нису имала пословну способност да самостално предузимају спољнотрговинске послове (важили су принцип специјалне пословне

¹ Ако се под правним уређењем уговора о комисиону сматра само уређење међусобних права и обавеза страна у том уговору, онда је уређење комисионог посла нешто шири појам, који обухвата и уређење неких односа према сауговорачу комисионара (трећем лицу).

² Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС* 18/2020.

³ Швајцарски Законик о облигацијама – OR из 1911. године.

⁴ Ипак, за разлику од нашег ЗОО, у OR се изричито ограничава комисиони посао на покретне ствари и хартије од вредности. Видети чл. 425, ст. 1.

⁵ У енглеском праву се на комисионара гледа као на мешавину независног трговца и агента (заступника). Видети Fridman 1976, 31.

способности правних лица, предвиђен чл. 54 ЗОО, и посебни услови за обављање спољнотрговинског промета). Због тога спољнотрговинска предузећа нису могла да буду трговински заступници производних предузећа већ се цела операција морала обављати посредством комисиона.⁶

Уговором о комисиону комисионар се обавезује да за накнаду обави у своје име, а за комитентов рачун, један или више послова које му комитент повери. Наше право спада у она права у којима је однос између комисионара и комитента, у принципу, сасвим одвојен од односа између комисионара и трећег лица са којим он ступа у трансакцију за рачун комитента. Пошто комисионар закључује посао за рачун комитента, комерцијални ризик посла је на потоњем, осим у случају делкредере комисиона. Сложена природа те трансакције и временски размак између испуњења обавеза комисионара према трећем лицу и према комитенту могу да отворе одређене дилеме које само слово норми Закона о облигационим односима не разјашњава.⁷ Наиме, чињеница да комисиони посао, због поменутог разилажења правне и реалне (економске) ситуације, у извесној мери има обележја фидуцијарног посла (оног у којем једна страна има више права него што јој по унутрашњем односу с фидуцијантом припада), захтева да се у уређење комисиона унесу одредбе које, на овај или онај начин, одступају од општих правила. Обратићемо стога пажњу на те аспекте уређења комисиона у ЗОО.

3. ПРОБЛЕМАТИЧНИ АСПЕКТИ УРЕЂЕЊА КОМИСИОНА ПРЕМА ЗОО

Проблематични аспекти уређења комисиона у тексту ЗОО могу се поделити у најмање две групе. Први скуп дилема отвара се у вези са правном природом уговора о комисиону: да ли је реч о грађанском или трговинском послу?

⁶ За последње „репове“ овакве трговинске праксе у нашој судској пракси видети пресуду Врховног касационог суда Рев 946/2015, 4. 2. 2016.

⁷ Као и дилеме у вези са применом одредаба неких других закона, на пример, да ли се уговор о комисиону може сматрати уговором о тзв. правој агентури у смислу домаћих прописа и прописа ЕУ у области заштите конкуренције, видети мишљење Комисије за заштиту конкуренције. <https://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/10/UGOVOR-O-KOMISIONU-I-PRAVA-AGENTURA.pdf>; последњи приступ 1. новембра 2022.

У 300 се не наглашава трговински карактер комисиона и не предвиђа да га могу закључити само лица која обављају привредну делатност. Неки аутори проблематизују то питање и наглашавају елементе који истичу трговински карактер уговора: теретност (комисионар има право на накнаду чак и када она није уговорена) те прописивање да је комисионар обавезан да чува робу са пажњом доброг привредника. Заговорници схватања да је комисион једностранни трговински посао имају различит став: док једни сматрају да би комисионар морало бити лице специјализовано управо за комисиону делатност⁸, други су на становишту да је довољно да он у комисион ступа у оквиру своје привредне делатности или барем у вези са њом (Радовић 2022, 134). Други аутори, пак, сматрају да се у закон не може учитавати оно чега у њему нема. Чак и заговорници схватања да је реч о трговинском правном послу констатују да ни Скица 30У⁹ не садржи довољно елемената на основу којих би се могло поуздано утврдити да ли је комисион у закону конципиран као посао грађанског или привредног права (Радовић 2022, 132).

Чини нам се да је друга група могућих дилема значајнија у пракси. Успешне комисионе трансакције подразумевају деловање комисионара у складу са налогом комитента, извршење обавезе трећег лица према комисионару и комисионарово преношење економских ефеката тог посла на комитента. Свака од тих фаза може створити одређене проблеме – само на неке од њих 300 даје задовољавајући одговор.

3.1. Комисионарова обавеза да поступа по упутствима комитента

То да је комисионар обавезан да поступа по налозима комитента јасно је – чланом 773 300 предвиђено је да је комисионар дужан да накнади разлику и проузроковану штету ако је посао закључио под условима неповољнијим од налога. Комуникација између комисионара и комитента, међутим, може бити и комплекснија, те се поставља питање како одредити јесте ли комисионар поступао по упутствима или не онда када је тих упутстава било више, често у временској сукцесији. Упутства могу бити међусобно противречна у већој или мањој мери.

⁸ У том смислу Стефановић 2006, 174; Капор, Царић 1990, 213; Јанковец 1990, 57.

⁹ Видети Константиновић 1996.

Тај се проблем може у принципу третирати на неколико начина. Прво, обавеза комисионара се може окарактерисати као „комплексна“ и, последично, питање разграничења основних и накнадних налога, као и могуће противречних налога, оставити отвореним. Други приступ је апстрактно разврставање као упутство за будуће тумачење – битни су основни налог и обавеза његовог извршења – само промена битних елемената основног налога суштински мења упутство комитента. Сва остала накнадна упутства третирала би се као допуна или конкретизација иницијалних (Витез 1995, 377–382). Трећи се излаз налази у класификацији налога као императивних, индикативних или факултативних (Витез 1995, 382–383). Иако се класификацији самој по себи мало шта може замерити као оквиру за тумачење када једном дође до спора, њена је употребна вредност ограничена за комисионара који се налази пред дилемом током извршавања налога.

Према нашем мишљењу, могући одговор се налази у сходној примени правила о налогу, сагласно чл. 772 ЗО. Чланом 751, ст. 3 предвиђено је да, ако нема одређених упутстава, налогопримац поступа као добар привредник, а чланом 751, ст. 2 да је налогопримац дужан да скрене пажњу налогодавцу ако сматра да би извршење налога нанело штету налогодавцу и да је дужан тражити нова упутства. Неопходан предуслов извршења те специфичне дужности обавештавања јесте и разумевање шта заправо налог подразумева, што, према нашем мишљењу, указује на то да је на комисионару дужност и да у случају дилеме у вези са природом и хијерархијом сукцесивних измена и/или допуна налога затражи објашњење од комитента.

Генерални опис комисиона као посла у којем комисионар дела у своје име али за коначни економски рачун комитента представља корисну генерализацију – али ипак само генерализацију.

3.2. Однос комисионара и комитента – потенцијално проблематични аспекти

Комисион је специфичан утолико што раздваја економску и правну раван пословања: комисионар све време дела по налогу комитента и у његовом економском интересу. Ефекти таквог деловања тек ће се касније правно пренети на комитента. Иако је генерална идеја та да се економски ефекти комисионарског делања што пре пренесу на комитента, томе се могу испречити различите препреке. Осим тог временског раскорака, постоје и други сценарији у којима је законодавац нашао за потребно да обезбеди извршење међусобних обавеза, а нарочито

да заштити комитента од ситуација у којима комисионар прекине извршење обавеза. Неке од тих проблема, међутим, ЗОО не успева да разреши на задовољавајући начин.

3.2.1. Законско заложно право комисионара

Комисионар је у односу на комитента обезбеђен не само самом природом посла (он дела у име комитента и накнадно преноси на њега ствари и права која је стекао) већ и законским заложним правом.

Одредбама ЗОО комисионару је дато законско заложно право на стварима које су предмет уговора о комисиону док се ствари налазе код њега или док у рукама има исправе помоћу којих тим стварима може располагати. Комисионар може да се наплати из тог права пре других комитентових поверилаца, и то по основу свих комисионих послова и зајмова са комитентом, а не само по основу конкретног комисионог посла по којем је ствар примио. Такво одступање од начела специјалности законског заложног права оправдано је зато што су комисионар и комитент обично у трајнијој пословној вези и што трансакције између њих нису појединачне.¹⁰ Комисионар стиче и право првенствене наплате из потраживања која је стекао за рачун комитента. Разуме се, та права комисионар може имати само у претпоставци у којој он није власник ствари које су предмет уговора о комисиону, односно поверилац потраживања у односу на која има право првенствене наплате.

Домашај те одредбе није ограничен на продајни комисион. У случају продајног комисиона комитентова ствар остаје у његовој својини све до продаје трећем лицу, те је тако могуће да се успостави комисионарева законска залога на тој комитентовој ствари.¹¹ Комисионар је код продајног комисиона додатно обезбеђен правом првенствене наплате из потраживања која је стекао у своје име а за рачун комитента¹² и није дужан да такво потраживање пренесе на комитента приликом полагања рачуна (Јанковец 1990, 1313). У случају куповног комисиона, међутим, ствар коју је стекао комисионар за комитента не мора

¹⁰ Уместо свих видети Јанковец 1990, 1313.

¹¹ То је владајуће схватање и у швајцарском праву. Видети von Planta 1996, 2300. Идеја је да комитенту треба да припада својина кадгод је то могуће, пошто то одговара економској природи односа, а комисионару није неопходна својина да би извршио своје обавезе из продајног комисиона.

¹² Трајковић (1983, 272) пак говори о праву првенства на наплаћеним новчаним износима: „Овде је најчешће реч о наплаћеним новчаним износима које је комисионар, послујући у своје име, наплатио за рачун комитента.“

нужно бити власништво комитента (о чему ће више речи бити у наставку). У нашој литератури из периода пре доношења 300 нотирамо став Трајковића (1969, 106): он констатује да судска пракса већине земаља, па и југословенска, сматра да код куповног комисиона комисионар постаје власник робе, али додаје и да се са таквим ставом не слаже јер је то „супротно нашој концепцији уговора о комисиону“. Трајковић (1969, 49) је сматрао да је комисион заправо непотпуно заступништво и да директан прелаз својине са трећег лица на комитента одговара потребама робног промета и повећава ефикасност пословања (1969, 107). 300 је само у појединим питањима стао на Трајковићев став, о чему ће даље речи у случају пада комисионара под стечај када комитент стиче право на излучну тужбу у погледу свих ствари које су предмет уговора о комисиону – и оних које је предао комисионару и оних које је комисионар за њега стекао.¹³

Занимљиво је да се у швајцарском ОР предвиђа право ретенције на стварима и приходима који се тичу комисиона у корист комисионара, што је у начелу слично решењу у 300. Швајцарска теорија, међутим, то законско одређење сматра непрецизним јер права комисионара заправо од тога ко је власник ствари, односно ко је поверилац потраживања која су предмет комисиона, а која су настала његовим вршењем. У том погледу се разликују продајни и куповни комисион. Код продајног комисиона, комисионар нема својину на ствари јер му није нужна да испуни обавезе из комисиона. Комисионар, међутим, наплаћује цену од трећег лица и исплаћена сума кроз смешу постаје његова својина (па у погледу тог новца комитент нема ни излучни захтев), осим ако је примљена на посебан рачун. Код куповног комисиона, међутим, у нормалним околностима комисионар ће стећи својину на стварима које купи за комитента, осим кад је могуће конструисати непосредно стицање комитента (применом посебних одредаба, у Швајцарској рецимо применом чл. 32, ст. 2 ОР, или применом општих правила, примера ради предаје посредством *constitutum possessorium*).¹⁴

3.2.2. Заштита комитента у случају стечаја комисионара

Између почетка целокупне економске трансакције (из визуре комитента) и њене реализације (очекиваног преноса права и/или прихода од комисионара) може да протекне много времена. За разлику од налога и заступништва, где стечај налогопримца и заступника не утиче на

¹³ 300, чл. 789, ст. 1.

¹⁴ За то видети von Planta 1996, 2299–2300.

права налогодавца, позиција комитента се у случају стечаја комисионара погоршава. У 300 су стога предвиђени додатни механизми заштите комитента.

Прво, повериоци комисионара не могу предузети мере извршења на стварима и правима које је комисионар стекао у своје име а за рачун комитента извршавајући комитентове налоге.¹⁵

Друго, у случају стечаја комисионара комитент може да тражи излучење из стечајне масе ствари које је предао комисионару ради продаје, али и оних ствари које је комисионар набавио за његов рачун.¹⁶ Осим тога, комитент може од трећег лица захтевати исплату цене за (комитентове) ствари које му је комисионар предао.¹⁷

3.2.2.1. Право комитента да захтева излучење ствари

Одредбу о излучењу могуће је схватити на два начина. Према једном ставу, широко заступљеном у нашој теорији, ствар коју од трећег лица прибави комисионар његова је својина и за касније стицање својине комитента неопходна је предаја. Пошто комитент нема право својине на ствари која је код комисионара, не може се позвати на општа правила стечајног права о излучењу. Због тога је и било неопходно да се у 300 унесе одредба о могућности да се тражи излучење¹⁸, чиме се комитенту даје положај „као да је правни власник ствари“ коју је комитент стекао за њега „али му их још није правно пренео“.¹⁹ Та аргументација није без мањкавости: прво, према истом том већинском ставу доктрине, својина на стварима које је комитент предао комисионару остаје у својини комитента све до предаје трећем лицу²⁰ – па ипак је и она обухваћена том одредбом, иако би, према општим правилима стечајног права, подлежала излучењу; друго, ако се законом установљава право

¹⁵ 300, чл. 788.

¹⁶ 300, чл. 789, ст. 1.

¹⁷ 300, чл. 789, ст. 2.

¹⁸ У том смислу Јанковец 1999; Vasiljević, Đorđević 2007, 281.

¹⁹ Cigoj 1984, 2222. Vizner (1978, 2372) имплицитно такође третира прибављене ствари као комисионарове, говорећи о „стварима које је комисионар стекао за рачун комитента односно што припадају комитенту“.

²⁰ Гамс 1963, 170; Трајковић 1969, 103. Имплицитно и пресуда Вишег трговинског суда, Пж 6016/03, 4. 10. 2003, која предвиђа да је комисионар обавезан да изврши „повраћај преостале непродате робе комитенту“. Имплицитно и Царић (1980, 607), говорећи о праву комитента да захтева исплату цене према трећем лицу „коме је комисионар предао комитентове ствари. Овај

излучења на стварима које су до стечаја биле власништво комисионара, то би значило или да се право излучења установљава у корист невластника (који власник постаје предајом) или да комитент у неком моменту (нејасно у ком – моменат отварања стечаја, моменат предаје излучене ствари или неком трећем) постаје власник; треће, законска залога коју комисионар има на „стварима које су предмет уговора о комисиону“ подразумева да је реч о стварима које су власништво комитента, а не комисионара.

Алтернативно тумачење би било да се одредбом на имплицитан начин разјашњава својинскоправни статус ствари које је комисионар прибавио од трећег лица или примио од комитента – то јест да су у оба случаја то комитентове ствари. Макар и имплицитно, такво разјашњење би било корисно – пре доношења 300 наши судови су били на становишту да су ствари које је комисионар стекао за комитента његове, а не комисионарове, што је део доктрине негативно коментарисао (Трајковић 1969, 106). Још један аргумент у корист схватања да је реч о комитентовим стварима јесте већ споменуто решење о комисионаровој законској залози на стварима које су предмет комисиона.²¹ Осим тога, могуће упориште за такво схватање је и чл. 757 300, који, у виду изузетка, предвиђа да комисионар коме је поверено да прода или да купи неку робу котирану на берзи или на тржишту може, ако му комитент дозволи, да задржи робу за себе као купац, односно да је испоручи као продавац, по цени у време извршења повереног посла. Тада између комисионара и комитента „настају односи из уговора о продаји“.²² Слаба страна таквог тумачења јесте то да се својина на покретној ствари стиче предајом те да се, осим ако се у комисиони посао учитају елементи (непотпуног) заступања, предаја остварује тек када комисионар преда ствар комитенту (Јанковец 1999, 521).

Наведени разлози у прилог алтернативног тумачења нису убедили не само представнике доктрине²³ већ ни наше судове: Јанковец наводи (анонимни) случај у којем је наш суд одбио својинску тужбу комитента

комитентов захтев се може односити на наплату цене односно ненаплаћеног дела цене али сматрамо да се може односити и на повраћај ствари ако треће лице одбије да исплати комитенту цену коју је уговорило са комисионаром“.

²¹ 300, чл. 786, ст. 1.

²² 300, чл. 775.

²³ Тако Царић (2002, 387), вероватно имајући на уму сличне дилеме као и Трајковић: „У правној теорији и законодавству је спорно, да ли својину на куповној роби прво стиче комисионар, па је онда преноси на свог комитента, или својину непосредно стиче комитент, јер комисионар послује за његов рачун. Формално-правно је исправно прво схватање, док друго гледиште

у погледу ствари које је треће лице испоручило комисионару те да би комитент постао власник ствари „да му је она и на симболичан начин предата“²⁴

3.2.2.2. Комитентова потраживања према трећем

Решење 300 за потраживања комисионара према трећем лицу није без редакцијских проблема. У 300 се предвиђа да комитент „може захтевати“ да треће лице испуни обавезу из посла који је комисионар закључио за рачун комитента тек када му комисионар то потраживање уступи. Смисао те одредбе је вероватно у томе да нагласи да, у недостатку уступања потраживања, сва потраживања припадају комисионару и да се не успоставља директан однос између комитента и трећег лица. Свакако да се подразумева да уступањем потраживања комитент *може* да захтева испуњење обавезе – такво појашњење вероватно није ни било потребно већ неминовно произлази из уступања потраживања. Међутим, редакцијска несавршеност у том питању компликује читање друге одредбе 300, оне која говори о последицама стечаја комисионара на потраживања која је комисионар стекао према трећим лицима. Чланом 789, ст. 2 300, наиме, предвиђа се да комитент тада „*може захтевати од трећег коме је комисионар предао ствар, да му исплати њихову цену, односно њен још неисплаћени део*“.

Једно од могућих тумачења те одредбе било би да у случају стечаја потраживање комисионара за исплату цене према трећем постаје потраживање комитента. У прилог таквом читању иде и то што чл. 787, ст. 1 300 има сличну редакцију и предвиђа да комитент „*може захтевати испуњење потраживања*“ (подвукли аутори) након уступања потраживања. Како повериоцу свакако припада могућност да захтева испуњење потраживања, по аналогији би се могло резоновати да у случају стечаја потраживање комисионара за исплату цене према трећем прелази на комитента.²⁵ Оправдање за то би било и то што се потраживање већ улило у имовину комитента с обзиром на то да је посао закључен по његовом налогу.²⁶

полазећи од тога да је комисиони посао посебна врста индиректног заступништва, више води рачуна о практичним потребама.“ Слично и Антонијевић 1981, 323.

²⁴ Видети Јанковец 2003, 27.

²⁵ То је и решење швајцарског Законика о облигацијама, чл. 401, ст. 2.

²⁶ Тако Трајковић (1969, 115), упоређујући слично решење чл. 374 предатног хрватског Трговачког закона.

Упркос истоветности редакције две цитиране одредбе, сматрамо да то није нужно случај. Опште правило о релативности облигација није дерогирано чл. 787, ст. 1 ЗОО, напротив – смисао одредбе могао би бити да потврди тај принцип када је реч о комисиону. Одредба чл. 789, ст. 2 не говори о законској суброгацији већ о „могућности“ (опцији) да комитент непосредно захтева испуњење потраживања. Могао би се бранити и став да та могућност коју комитент стиче постоји истовремено са могућношћу да испуњење обавезе захтева стечајни управник комисионара, а коју закон није искључио. Дужник би тако имао два начина да испуни своју обавезу исплате цене – на рачун комисионара или на рачун комитента, и оба би ваљано угасила облигацију. Треће лице по правилу не зна за идентитет комитента, а сазнало би тек када му се комитент обрати са захтевом за исплату цене сагласно чл. 789, ст. 2 ЗОО, па би, док се такав захтев не постави, било могуће обавезу испунити и комисионару који је пао у стечај.

3.2.2.3. Новац који је комисионар наплатио за комитента

Раскорак између правне и фактичке (економске) равни комисионог посла не исцрпљује се на питањима власништва над стварима које се налазе код комисионара или на још ненаплаћеним потраживањима. Ланац преношења економских ефеката трансакције са комисионара на комитента може се прекинути и након што је комисионар наплатио цену од трећег лица, тако што комисионар падне у стечај или тако што одбије да изврши своје обавезе из уговора и пренесе на комитента износ који је примио, умањен за своју накнаду. И док је комитент у погледу ствари обезбеђен могућношћу излучења и могуће и својинском тужбом (у случајевима у којима комисионар не стиче својину на стварима), са новцем је ситуација сасвим другачија. Комитент „може“ да од трећег лица захтева исплату цене тек након што комисионар падне у стечај, али ако је комисионар већ цену наплатио а новац није пренео комитенту, комитент не ужива никакву додатну заштиту ни по ЗОО ни по одредбама стечајног закона.²⁷ Такво решење је тешко помирити са тумачењем да чл. 789, ст. 2 резултира законском суброгацијом као последицом чињенице да је економски потраживање већ практично у имовини комитента. Парадоксално, комисионарова наплата цене тако представља потенцијални додатни ризик за коначну реализацију комисионе трансакције.

²⁷ Тако и Јанковец 1990, 1315.

Покушаји у нашој и страној судској пракси да се превлада та баријера завршавали су се неуспешно и пре и након доношења ЗОО. Тако је Врховни привредни суд заузео ставове да комитент није стекао „никакво стварно право на новцу које је (...) комисионар наплатио од иностраног купца и који је постао његова својина“²⁸, да нема „излучно ни разлучно право према комисионару“ у стечају када је реч о новцу који је комисионар наплатио од трећег²⁹ те да се уплатом на жиро рачун комисионара новчана средства уливају у његову масу средстава, не могу се делити по настанку и припадају правном лицу чији је рачун.³⁰

Слично се питање недавно поставило и пред сингапурским судом, где је разматрано да ли – према српском праву – новац на рачуну комисионара представља његову имовину (на којој се могу извршити његови повериоци) или имовину комитената, те не би подлегали извршењу.³¹ Поверилац комисионара је покушао извршење на рачуну, умешали су се заједнички комисионари из извозне кооперације, тврдећи да је тај новац заправо њихов. Према њиховом ставу, новац на рачуну је потраживање комисионара према банци те комисионарови повериоци не могу да се изврше на средствима на рачуну, будући да је реч о „потраживањима“ (према банци, у смислу чл. 787, ст. 2 ЗОО), то јест о праву, релативном (према банци, у смислу чл. 787 ЗОО). Рачун у питању био је депозит. За разлику од типичне ситуације, када се на један текући рачун сливају различити приходи, овде су и комисионар и комитенти тврдили да је на рачун положен само и једино новац који је био намењен (припадао, према њиховим речима) комитентима. У образложењу, које по својој дужини превазилази образложења наших судова, ти аргументи су одбијени. Сингапурски суд је приметио да потраживања припадају комисионару све док их не пренесе на комитента (чл. 787, ст. 1). Што се тиче чл. 787, ст. 2, суд је приметио да немогућност извршења поверилаца на потраживању комисионара и даље не значи да је то потраживање комитентово.³² Само ако је реч о издвојеној одређеној суми новца (издвојеној од комисионара у виду

²⁸ Врховни привредни суд, Сл 433/59, наведено у Трајковић 1969, 106. Интересантно је да Трајковић то питање разматра, чини нам се неоправдано, у контексту прибављања ствари.

²⁹ Решење Врховног привредног суда, Сл 446/58, 29. 10. 1958, *Збирка Судских одлука*, књига трећа, Београд 1958, 244.

³⁰ Пресуда Врховног привредног суда Сл 1797/71, 9. 12. 1971, *Збирка судских одлука*, књига седамнаеста, свеска прва, Београд 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.*, параграф 50 и даље.

точно одређених банкнота), новац је замисливо третирати као индивидуализовану ствар. Новац на рачуну је заменљива ствар и зато су његова индивидуализација и посебан третман немогући.

Када се све то узме у обзир, потенцијално најосетљивији период целокупне трансакције за комитента јесте након што је комисионар примио уплату трећег лица. Отварање стечаја над комисионаром у таквој ситуацији комитента оставља у позицији непривилегованог стечајног повериоца. Парадоксално је да је комитент заштићен од стечаја комисионара онда када комисионар није реализовао потраживање према трећем, али нема никакву привилегију када комисионар уплату прими. Ти проблеми су учавани још пре доношења 300, али нису решени ни у 300 ни у каснијим стечајним прописима. Логика трансакције и заокружености заштите комитента, независно од тога да ли је потраживање према трећем наплаћено или не, могу се решити већ одавно предложеним решењима: да у случају плаћања након отварања стечаја уплаћено не улази у стечајну масу већ се прослеђује комитенту, а да се у случају већ уплаћених средстава у моменту отварања стечаја за комитента обезбеди положај привилегованог стечајног повериоца (Трајковић 1969, 117).

3.2.2.4. Комисионарово неовлашћено коришћење новца

Цитирани сингапурски случај дотакао се и питања евентуално неовлашћеног коришћења новчаних средстава које је комисионар наплатио за рачун комитента, но како питање није било релевантно за одлучивање у меритуму, суд се тиме није подробније бавио. У теорији, Слакопер износи интересантно гледиште да се могу разликовати две ситуације: прва, она у којој комисионар примљени новац држи уместо да га проследи комитенту у складу са чл. 780 300, и друга, у којој комисионар новац неовлашћено користи за своје потребе. Слакопер сматра да у првој ситуацији комисионар дугује комитенту затезну камату од дана када је новац био дужан да преда, што сматрамо неспорним. Међутим, у случају неовлашћеног коришћења, он сматра да „таква ситуација господарски одговара појму зајма, комисионар је у том случају дужан за раздобље властитог ‘служења’ комитентовим новцем, комитенту ‘платити камате по највишој уговорној стопи’“ (Slakoper, 25).

Са таквим ставом не можемо да се сложимо. Кашњење у испуњењу новчане обавезе повлачи са собом обавезу плаћања затезне камате из чл. 277 300. Третирање комитента као „невољног зајмодавца“ личи на методе одређивања каматне стопе у међународном инвестиционом праву. Логика тог метода јесте да је поверилац, не својом вољом, постао

кредитор дужника те да дужник треба да дугује ону каматну стопу коју би плаћао да је узео зајам. Стопа која се тада дугује укључује у себе не само особености седишта дужника и валуте зајма већ и ризик несолвентности и стечаја. Са становишта повериоца, једнако су атрактивни неризични пласман који доноси нижу стопу приноса и позајмица која носи вишу стопу али и више ризике, међутим, досудити прву значи потенцијално омогућити дужнику да се окористи својим противзаконитим понашањем (Moselle, Ciuragea, Bisso 2022, 367–368). Сматрамо да таквом уподобљавању нема места у светлу јасне одредбе чл. 277 300. Трошкови коришћења зајма могу бити релевантни само ако су део калкулације накнаде штете, то јест ако је комитент био принуђен да ради даљег пословања позајми новац како би надоместио суме које комисионар није исплатио.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Антонијевић, Зоран. 1981. *Привредно право*. Београд: Савремена администрација.
- [2] Царић, Славко. 1980. Члан 789. Стечај комисионара. 606–607. *Коментар закона о облигационим односима*, књига друга, прир. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић. Горњи Милановац: Културни центар – Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [3] Царић, Славко. 11/2002. Појам и значај уговора о комисиону у правној теорији и пословној пракси. *Правни живот* 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] Гамс, Андрија. 1963. *Увод у грађанско право*. Београд: Научна књига.
- [7] Јанковец, Ивица. 1990. Члан 786. Заложно право. 1312–1313. *Коментар закона о облигационим односима*, ур. Слободан Перовић. Београд: Савремена администрација.
- [8] Јанковец, Ивица. 1999. *Привредно право*. Београд: Савремена администрација.
- [9] Јанковец, Ивица. 9–12/2003. Два правна система у комисионим односима. *Право и привреда* 40: 23–28.
- [10] Капор, Владимир, Славко Царић. 1990. *Уговори робног промета*. Београд: Научна књига.

- [11] Константиновић, Михаило. 1996. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [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] Радовић, Мирјана. 2022. *Трговински послови de lege lata u de lege ferenda*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [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>, последњи приступ 1. новембра 2022.
- [15] Стефановић, Златко. 2006. *Привредно уговорно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- [16] Трајковић, Миодраг. 1969. *Правни односи код комисионе куповине и продаје робе у нашем и упоредном праву*. Београд: Институт за упоредно право.
- [17] Трајковић, Миодраг. 1983. Члан 786. Заложно право. 271–272. *Коментар Закона о облигационим односима*, прир. Борислав Благојевић, Врлета Круљ. Београд: Савремена администрација.
- [18] Vasiljević, Mirko, Milena Đorđević. 2007. Chapter Serbia. *International Encyclopaedia of Laws*, ed. R. Blainpain. Kluwer.
- [19] Vizner, Boris. 1978. Članak 789. Stečaj komisionara. 2372–2374. *Коментар закона о облигационим (обвезним) односима*. Zagreb: Riječka tiskara.
- [20] Витез, Мирослав. 11/1995. Обавеза комисионара да поступа по упутствима комитента. *Правни живот* 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.