

Alaudin Brkić\*

## **NORMATIVNO UREĐENJE UGOVORA O FAKTORINGU U SVJETLU DOMAĆIH I MEĐUNARODNIH IZVORA PRAVA**

### **Sažetak**

U savremenim uslovima poslovanja prisutne se određene poteškoće u domenu finansiranja i kreditiranja subjekata poslovanja u nacionalnim i međunarodnim okvirima koje se nastoje prevazići uvođenjem specifičnih metoda, tehnika i ugovornih instrumenata. U jednu od tih metoda se ubraja i faktoring posao, te ugovor o faktoringu kao ugovorni instrument njegove realizacije nastao sredinom pedesetih godina prošlog vijeka na prostoru SAD. Ne postoji jedinstven stav u pravnoj teoriji i zakonodavstvima pojedinih država u pogledu terminološkog, pojmovnog i pravnog određenja ugovora o faktoringu. U ovom radu se analizira postojeća regulativa i njeni nedostaci za uspješno odvijanje faktoring poslova na prostoru BiH koje je najvećim dijelom oslonjeno na sferu autonomije volje ugovornih strana i kombiniranje elemenata već postojećih imenovanih ugovora kao što su ugovor o cesiji, ugovor o djelu, ugovor o kreditu, ugovor o bankarskoj garanciji i ugovor o komisionu. Polazeći od specifične konstrukcije i različitih vrsta ugovora o faktoringu koji utiču na prava i obaveza ugovornih strana, te njegovog razgraničenja u odnosu na druge slične ugovorne institute nastoje se dati odgovori na pitanja unaprijedjenja faktoring poslova i postojećeg pravnog okvira u BiH uvođenjem bilo posebnih pravila u već postojećem ZOO ili donošenjem posebnog propisa koji bi se ticao ove tematike uz poseban akcenat na rješenja Konvencije o međunarodnom faktoringu donesene pod okriljem UNIDROIT-a.

**Ključne riječi:** faktoring posao, ugovor o faktoringu, predugovor, globalna cesija, notifikacija, del credere rizik.

---

\* Mr. sc., viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici

## Historijat nastanka faktoringa

U naučnoj teoriji postoje različita stanovišta o porijeklu nastanka faktoring poslova.<sup>1</sup> Većina autora se manje više slažu da se faktoring u današnjem obliku pojavio krajem 19. vijeka na prostoru Sjedinjenih Američkih Država.<sup>2</sup> Pojavni oblici faktoringa su prvobitno bili oslonjeni na agenciju ili komisiju jer su proizvođači iz Europe u nastojanju da olakšaju plasman svojih roba na tržištu SAD koje im je bilo relativno nepoznato angažirali agente (koji su bili poznati kao faktori) i slali robu za koju su oni pronalazili potencijalne kupce.<sup>3</sup> U tome su se posebno isticali engleski proizvođači tekstila proizvođača razvijajući složene mreže agentura koje su kasnije nazvane "factoring-houses".<sup>4</sup> Ozbiljne probleme i dileme su stvarale one situacije u kojima su selling agents neovlašteno zalagali povjerenu robu ili davali na kredit izvan svoga mandata.<sup>5</sup> Postojanja različitih vrsta rizika u međunarodnoj trgovini prvenstveno povezanih sa poteškoćama u naplati prekograničnih potraživanja uticala su na proizvođače da insistiraju na zaključivanju takvih ugovora u kojima se uloga faktora nije više samo iscrpljivala u zaključivanju i izvršenju ugovora o prodaji, nego i preuzimanju rizika solventnosti kupaca odnosno pružanju garancija za slučaj njho-

<sup>1</sup> Neki autori prapočetak faktoringa vezuju za određene forme bilo posredovanja ili agenture nastale prilikom prodaje roba i obezbjeđenja kredita u Mezopotamiji, Babilonu i Rimskom Carstvu. O tome: R. Đurović, Međunarodno privredno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1994, 460; Z. Antonijević, M. Petrović, B. Pavičević, Bankarsko pravo, Savremena administracija, Beograd, 1982, 221; M. Trifković, Međunarodno poslovno pravo, Ekonomski fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2001, 361; A. Bikić, Obligaciono pravo-posebni dio, Pravni fakultet u Sarajevu, Sarajevo, 2005, 175; H. Konjodžić, N. Knego, Faktoring i njegove osobenosti, Pravna misao, br. 3-4, 2000, 51; V. Popović, R. Vukadinović, Međunarodno poslovno pravo, posebni dio-ugovori međunarodne trgovine, Banja Luka-Kragujevac, 2010, 431-432.

<sup>2</sup> M. Martinek, Moderne Vertragstypen. Band I. Leasing und Factoring. München: Beck, 1991, 229.

<sup>3</sup> O tome: H. Šemić, Trgovačko ugovorno pravo, knjiga druga, Magistrat, Sarajevo, 330; I. Spasić, Značaj ugovora o cesiji kod ugovora o faktoringu, Strani pravni život, br. 3/2009, Beograd, 131; G. Koevski, Moderni ugovori, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Vol. III, GTZ, Cavtat, 2010, 209.

<sup>4</sup> O tome: T. S. Buchmann, Rechtsfragen des englischen Factoring - dissertation, Universität Konstanz, 2007, 17. S. Kumpel. Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Auflage Otto Schmidt, Köln, 2000, 837, Rn. 5.328. Termin factor dolazi od Latinskog glagola facio, što znači "onaj koji obavlja nešto". Kao što latinski glagol sugerira, istorija faktoringa je istorija agenata koji su izvršavali poslove za druge. Na primjer, faktoring je bio veoma razvijena aktivnost u Engleskoj u 14. vijeku, gdje se razvio sa razvojem industrije tekstila. Posao faktora se fokusirao na funkcije agenata za prodaju ili agenata trgovaca za tekstilne predionice. Opširniji historijat nastanka faktoringa i njegovog razvoja u EU su dati u studiji: A. Rovčanin, A. Omerbegović, M. Halilbašić, Mogućnosti razvoja faktoringa u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005, 7-9; usp.: I. Spasić, Specifičnosti faktoring posla i ugovora o faktoringu, Pravni život, br. 12/2009, 631.

<sup>5</sup> U spornim situacijama trebalo je riješiti dilemu čiji će interesi odnijeti prednost: proizvođača robe (vlasnika) ili kupaca koji je robu kupio od faktora, odnosno zajmodavaca koji je istu robu prihvatio kao zalog za svoju tražbinu, oslonivši se na okolnost da je faktor u posjedu. Prevladao je interes kupca, sa obrazloženjem da su pravi vlasnici dobrovoljno predali u posjed robu faktoru "possession voluntary given to a mercantile agent". O tome: E. Čulinović-Herc, Ugovorno osiguranje tražbine zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika-doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 1998, 210.

vog neplaćanja prodajne cijene, što je dovelo do istinske transformacije i proširenja ugovorne pozicije faktora (komisionar ili agent) i nastanka specifične ugovorne konstrukcije nazvane faktoringom.<sup>6</sup> Povećanjem razmjene roba u međunarodnim okvirima nastali su takvi faktoring poslovi u kojima faktori nisu više obavljali samo komisione ili agenturne poslove nego su počeli izvozniciima da unaprijed isplaćaju vrijednosti za isporučene a neprodane robe, tačnije obavljati funkciju posrednika finansijera. Takva interakcija je dovela do uvođenja zaštitnih mjera protekcionizma (povećanje carina i poreza) od strane Vlade SAD radi sprečavanja propadanja domaćih kompanija koje očigledno nisu mogle izdržati pritisak u tako nastalim uslovima tržišnog nadmetanja.<sup>7</sup> Takav zaokret u vanjskotrgovinskom poslovanju je uticao na područje djelovanja faktora koji su sada svoje pakete usluga isključivo orijentisali na lokalne kompanije i proizvođače (posebice u tekstilnoj industriji), što je izrazito pogodovalo razvijanju njihovih vlastitih kapaciteta i mreže distribucije (uglavnom izravne prodaje) s ciljem povećanje obima proizvodnje i plasmana domaćih proizvođača.<sup>8</sup> Međutim, kako bi se monopolizirala lokalna tržišta, tekstilna industrija SAD je zahtijevala dodatne izvore finansiranja koje su faktori obezbjeđivali kupovinom ponuđenih računa nastalih iz njenog komercijalnog poslovanja. To je davalo proizvođačima šire mogućnosti prodaje prilagođene ekonomskim mogućnostima kupca i izbjegavanja tzv. zamrzavanja imovine. U ovoj preorijentaciji faktori su proširili polje svoga djelovanja na gotovo sve grane industrije što je predstavljalo svojevrsnu transformaciju komisione ili agenturne varijante faktoringa i jačanje funkcije "kreditiranja".<sup>9</sup> Negovo širenje unutar država članica SAD je rezultiralo i donošenjem niza posebnih propisa kojim se nastojala obuhvatiti pravna i ekonomska sadržina ovog instituta.<sup>10</sup> Navedene prednosti faktoring poslova su šezdesetih godina XX vijeka doprinijele njegovom procesu širenja u tlu Europe i kasnijem prihvaćanja od država članica EU.<sup>11</sup> Danas u 16 zemalja EU postoje nacionalne asocijacije faktoring organizacija koje su

<sup>6</sup> I. Spasić, Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu, 132; H. Konjhodžić, N. Knego, 52. S. Carić, Ugovor o lizingu i ugovor o faktoringu i njihova upotrebljivost u jugoslavenskoj privredi, Novi ugovori o d značaja za privredni razvoj Jugoslavije, Zbornik radova sa savetovanja održanog 16. i 17. III. 1995. godine u Beogradu, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1995, 86-87.

<sup>7</sup> O tome: H.G. Lunckenbein, Rechtsprobleme des Factoring-Vertrages, Beck, München, 1983, 4; A. Bikić, 176; H. Konjhodžić, N. Knego, 52. S. Carić, 88; V. Carić, S. Kapor, Ugovori robnog prometa, Centar za privredni consulting, Novi Sad, 1993, 485 – 486.

<sup>8</sup> O tome: G. Gilmore, Security Interests in Personal Property, The Lawbook Exchange, Ltd., 1999, 128-131.

<sup>9</sup> G.P. Glomb, Finanzierung durch Factoring, Heymann, Köln, 1969, 16.

<sup>10</sup> Vidi: E. Čulinović-Herc, 210, (fus. 654); V. Gorenc, Ugovor o faktoringu, Školska knjiga, Zagreb, 1988, 1-2.

<sup>11</sup> H. Kronke / W. Melis / A. Schnyder (Hrsg.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, Köln, 2005, Rz. 58, 745.

ponekad i dio nacionalnih lizing asocijacija.<sup>12</sup> Nakon početnog odobravanja primjene ovog instituta u praksi određene države su otišle i korak dalje opredjeljujući se ka posebnom metodu njegova regulisanja i napuštanju prvobitne tehnike ugovaranja zasnovane na kombinaciji klasičnih instituta obligacionog prava (npr., prodaje, komisiona, kredita itd.) koji su producirali niz poteškoća za ugovorne strane.<sup>13</sup> Osim zakonodavnih intervencija u nacionalnim okvirima vođene su i aktivnosti pod okriljem UNIDROIT-a na međunarodnom planu s ciljem otklanjanja poteškoća u odnosima između učesnika faktoring poslova sa sjedištima u različitim državama. Na tragu takvih aktivnosti od strane UNIDROIT-a usvojena je konvencije o međunarodnom faktoringu (u daljnjem tekstu: IFC).<sup>14</sup> U periodu od 2003-2008 godine faktoring poslovanje u BiH gotovo da nije ni postojalo, tek statistički podaci koji su objavljeni od strane Međunarodnog udruženja faktora za 2009. godinu bilježe ostvaren promet u iznosu 35. mil. eura.<sup>15</sup> Zanimajući efekte svjetske ekonomske krize, navedeni statistički podaci jasno ukazuju da nisu dovoljno shvaćene niti iskorištene prednosti ove nekolateralne, višekratne i kontinuirane ugovorne tehnike finasiranja, nezavisne od boniteta klijenata u postizanju sigurnije i uspješnije aloka-

<sup>12</sup> Faktoring poslovi u zemljama EU imaju imaju istoriju dugu 50 godina. Prvi faktoring poslovi datiraju iz 1959. godine u Njemačkoj i Finskoj. Od 27 zemalja EU, faktoring se posljednji pojavio na Malti, 2006. godine. Ukupan broj faktoring organizacija u 27 zemalja EU u 2006. godini bio je 316. Prosječan broj faktoring kompanija u jednoj zemlji EU je 13 i u većini zemalja je broj faktoring kompanija relativno stabilan nakon 2000. godine, izuzev u pojedinim zemljama gdje se ovaj broj mijenjao i to u Grčkoj od 6 do 11, u Italiji od 25 do 35, Litvaniji od 2 do 7, Poljskoj od 7 do 10, Slovačkoj od 5 do 8, Rumuniji od 3 do 8. 1 Najveći broj faktoring kompanija ima u Velikoj Britaniji – 57, zatim u Italiji – 35, Francuskoj – 31, Mađarskoj – 26, Španiji i Njemačkoj po 21. Očekivani trendovi u broju faktoring kompanija su različiti u pojedinim zemljama EU. Dobar dio zemalja EU, njih 11, očekuju povećanje broja faktoring kompanija, a to su Austrija, Kipar, Malta, Grčka, Estonija, Letonija, Litvanija, Njemačka, Slovačka, Bugarska i Rumunija. Pet zemalja očekuje konsolidaciju faktoring tržišta u pravcu manjeg broja većih faktoring kompanija. Ostale zemlje EU ne očekuju promjenu broja faktoring kompanija u narednom periodu (podaci: [www.ifgroup.com](http://www.ifgroup.com))

<sup>13</sup> Belgija je zakonom od 21. IV. 1958. godine dozvolila jednokratni prenos faktura olakšavajući cesiju potraživanja na faktora (M. Trifković, 362-363). Također, Italija i Francuska imaju posebne zakone o faktoringu (I. Spasić, Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu, 140). Samo u 6 zemalja EU postoji direktna kontrola faktoringa ili kroz posebne zakone o faktoringu ili kroz zakon o bankarskom poslovanju. Te zemlje su Austrija, Italija, Francuska, Grčka, Španija i Portugal (o tome: I. Spasić, Specifičnosti faktoring posla i ugovora o faktoringu, 639).

<sup>14</sup> Konvencija je donesena na diplomatskoj konferenciji održanoj u Otawi 28.5.1988. godine. Usvajanjem konvencije prethodio je dugogodišnji rad stručnih organa i radnih grupa u okviru UNIDROIT-a. Upravni savjet UNIDROIT-a ja na svojoj 53. sjednici 1974. godine, održanoj u Rimu uvrstio u program rada i pitanje prenosa potraživanja, naročito putem ugovora o faktoringu, da bi komitet vladinih eksperata pripremio definitivni nacrt Konvencije 1987. godine. Osnovni zadatak komiteta je bio da pripremi takva pravna pravila koja će unaprijediti i omogućiti dalji razvoj faktoring posla, a da u isto vrijeme budu prihvatljiva za što veći broj zemalja. Konvencija koja se odnosi samo na međunarodni faktoring usvojena je 1988. godine a primjena Konvencija na domaći faktoring bila bi omogućena kroz preuzimanje odredaba Konvencije u nacionalnim zakonodavstvima. Konvencija sadrži 23. člana koja su grupisana u četiri poglavlja (R. Miličević, Zaključenje ugovora o faktoringu, Pravni život, br. 12/2008, 353).

<sup>15</sup> Od toga 30 mil. eura se odnosi na domaći faktoring i 5 mil. eura na međunarodni faktoring.

cije resursa u odnosu na neke druge klasične metode finansiranja.<sup>16</sup> Na takav trend utiče i kvalitet postojećeg zakonskog uređenja i obezbijedeni nivo pravne sigurnosti i zaštite sudionika faktoring poslova u BiH.<sup>17</sup>

## Pojmovno određenje i pravna kvalifikacija ugovora o faktoringu

Factoring posao predstavlja složenu konfiguraciju ili mozaik različitih elemenata u kojima centralnu uloga ima ugovora o faktoringu kao instrument u realizacije različitih ciljeva ovog cjelovitog posla. U pravnim sistemima država sa ex jugoslavenskog prostora (BiH, Hrvatska, Srbija, Makedonija i Crna Gora)<sup>18</sup> ne postoje zakonske definicije ovog ugovora, nego samo pravne definicije.<sup>19</sup> Isti slučaj je u austrijskom pravu koje sadrži nepotpunu pravnu definiciju jer sadrži samo tipične elemente koji dolaze do izražaja u različitim varijantama ovog ugovora zaobilazeći njegovo uopćeno određenje.<sup>20</sup> U pravnoj teoriji pod faktoringom (engl. factoring contract, njem. Factoringvertrag) se podrazumijeva takav ugovor kojim se jedna strana - faktor obavezuje da preuzme (nedospjela, kratkoročna) potraživanja druge strane - klijenta, da ih naplati, u svoje ime i za svoj račun, a klijentu odmah ili u prilikom nekog unaprijed predviđenog roka isplati protivvrijednost potraživanja i pod izvjesnim uslovima garantuje naplatu, a klijent se obavezuje da za to faktoru isplati odgovarajuću nakandu.<sup>21</sup> U nastanku faktoring posla učestvuju tri različite stranke (kupac ili faktor, prodavac ili klijent i klijentov dužnik) koje uživaju niz pogodnosti ukoliko se ugovor o faktoring uspješno ostvaruje.<sup>22</sup> U ulozi faktora se najčešće javljaju bankarske institucije ili posebno specijalizirane institucije koje se ovom djelatnošću bave kao osnovnom ili sporednom djelatnošću raspolažući ogromnim finansijskim i kadrovskim potencijalom u ostvarivanju ugovorenih funkcija.<sup>23</sup> S druge strane klijenti koji stupaju u faktoring odnose sa faktorom su uglavnom subjekti male i srednje privrede koji

<sup>16</sup> Prednosti faktoringa u odnosu na kratkoročni kredit i revolving kredit su navedene u radu: N. Arandžević, Faktoring kao novi bankarski proizvod, *Pravni život*, br. 12/2008, 781-782.

<sup>17</sup> E. Salihović, *Moderni ugovori*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Vol. III, GTZ, Cavtat, 2010, 266.

<sup>18</sup> O tome: J. Perović, *Moderni ugovori – komparativna analiza*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Vol. III, GTZ, Cavtat, 2010, 396-400.

<sup>19</sup> Na ex jugoslavenskom prostoru takve pravne definicije iznose: V. Carić, S. Kapor, 485; R. Đurović, 459; M. Velimirović, *Bankarski poslovi i hartije od vrijednosti*, Beograd, 1966, 17; V. Gorenc, 3; M. Dragašević, *Novi ugovori u međunarodnoj poslovnoj praksi*, Službeni list Crne Gore, Podgorica, 2000, 85.

<sup>20</sup> Vidi: A. Wittman, *Factoring im Konkurs des Factoringkunden - dissertation*, Wien, 2009, 8.

<sup>21</sup> M. Todorović, *Ugovor o faktoringu*, Beograd, 1979, 14.

<sup>22</sup> R. Miličević, 351; A. Keglević, *Moderni ugovori*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Vol. III, GTZ, Cavtat, 2010, 186; G. Koevski, 209. V. Popović, R. Vukadinović, 430-431.

<sup>23</sup> M. Velimirović, *Privredno pravo*, Srpsko Sarajevo, 2001, 571.

nastoje obezbijediti redovan novčani tok i plasman svojih proizvoda bez dodatnog kreditnog zaduživanja. Nasuprot tome, naknada koju naplaćuje faktor predstavlja kauzu ugovora o faktoringu kojom se zadovoljava njegov ekonomski interes koji može biti različito određen zavisno od funkcija koje obavlja (preuzimanje nenaplaćenog potraživanja, kreditiranje, del credere jamstvo itd).<sup>24</sup> Na strukturu i visinu nakade faktora utiče iznos troškova pruženih usluga klijentu od strane faktora, iznos kamata za izvršeno kreditiranje klijenta, te stepen preuzetog rizika u pogledu naplativosti prenesenog potraživanja. Na osnovu zaključenog ugovora o faktoringu klijent je u obavezi da periodično (npr. sedmično) dostavlja fakture o potraživanjima<sup>25</sup> koja ima prema dužniku u kojima se obavezno mora unijeti klauzule o izvršenoj cesiji, dok faktor preuzima obavezu naplate prenesenog potraživanja po roku njegove dospelosti kao i vršenje drugih radnji koje su neophodne u vezi sa naplatom potraživanja (zahtijeva isplatu potraživanja, šalje opomenu dužniku, pokreće sudski sporove itd). Ugovor o faktoringu kao moderan ugovor poslovnog prometa proistekao iz *lex mercatorie* je inominantan, dovostrano obvezujući, teretan, trajan i *intuitu personae* ugovor.<sup>26</sup> Iako se ugovor o faktoringu najčešće zaključuje u pismenoj formi, ona nije zakonska forma (*ad solemnitatem*) niti je uslov njegove egzistencijalnosti.<sup>27</sup> Učestala praksa zaključivanja ugovora o faktoringu između banaka i malih odnosno srednjih preduzeća uticala je na razvoj formularnog prava, jer se on u pravilu zaključuje kao ugovor po pristupu unošenjem opšti uslovi poslovanja banaka koji se unaprijed objavljuju određujući fizionomiju odnosa između ugovornih strana. Zbog toga ne treba zanemariti ni sve prisutnija teorijska stanovišta izvedena iz stavova sudske prakse i zvaničnih stavova organa kontrole poslovanja banaka o definiranju faktoringa kao bankarskog posla i sredstva realizacije knjigovodstvenih potraživanja od strane banke.<sup>28</sup> U pravnoj teoriji postoje različita stanovišta u pogledu elemenata koji dominiraju ili tvore strukturu ugovora o faktoringu. U teoriji trgovačkog prava postoje shvatanja da je ugovor o faktoringu, sastavljen od cesije, predugovora i glavnog ugovora.<sup>29</sup> Na šta se nadovezuju teorijska stanovišta da

<sup>24</sup> P. Knežević, Ugovor o faktoringu u praksi banaka, *Pravni život*, br. 12/2008, 788-789; R. Miličević, 355.

<sup>25</sup> S. Kumpel, 845, Rn. 5.359; usp.: P. Knežević, 787-788. R. Miličević, 354.

<sup>26</sup> O tome: M. Vasiljević, *Poslovno pravo*, Savremena administracija Beograd, 1999, 643. M. Velimirović, *Privredno pravo*, 573.

<sup>27</sup> U engleskom pravu samo otvoreni faktoring, dok u američkom pravu sve vrste faktoringa moraju biti zaključene u pismenoj formi (M. Trifković, 370; usp.: G. Koevski, 211).

<sup>28</sup> S. Carić, 87; N. Arandelović, 779. M. Velimirović, *Privredno pravo*, 2009, 572.

<sup>29</sup> Ugovor o prodaji potraživanja je složen ugovor sastavljen od predugovora koji obavezuje na zaključenje glavnog ugovora između dobavljača i faktora, asignacije prava prodavca na faktora koja predstavlja ključni element prodaje prava potraživanja u hrvatskom pravu, te forma asignacije i forma obavještenja koje predstavljaju dvije različite stvari... A. Kegljević, 183-184; usp.: V. Gorenc, 3.

je faktoring u osnovi bilo okvirni ugovor<sup>30</sup> ili samo predugovor (*culpa de contrahendo*).<sup>31</sup> Tako se u njemačkoj teoriji ugovor o faktoringu posmatra kao okvirni ugovor kojim se zasniva trajniji odnos u kome postoji opšta ponuda klijenta i prihvata (otkup) ponuđenih potraživanja od strane faktora.<sup>32</sup> Neki autori smatraju da strukturu ugovora o faktoringu treba sagledavati zavisno od funkcija koje je na sebe preuzeo faktor, konkretne vrste ugovora o faktoringu, stvarne namjere ugovorača, te prisustva različitih elemenata obligacione prirode kojima se na izvjestan način uspostavlja njegova složena ali nadasve harmonična cjelina (npr. prodaje, globalne cesije, kredita, zastupanja, komisiona itd.).<sup>33</sup> Na osnovu apsorpcije ili kombinacije elemenata koji se nalaze u njegovoj strukturi iskristalizirale su se tri različite teorije, i to: teorija ugovora o komisionu<sup>34</sup>, teorija konsolidacije<sup>35</sup> i mješovita teorija<sup>36</sup>. Navedena teorijska stanovišta se često svode samo na teoriju apsorpcije i kombinacije prilikom utvrđivanja pravog i nepravog

<sup>30</sup> H.G. Lunckenbein, 47.

<sup>31</sup> Obaveze stranaka u odnosu prema zaključenju glavnog ugovora moraju biti konkretizovane i sadržaj budućeg ugovora mora biti određen ili odrediv... Iz predugovora nastaje obaveza zaključenja glavnog ugovora gdje klijent nudi faktoru sva buduća potraživanja koja ima prema svojim dužnicima bili oni poznati ili nepoznati, dok je obaveza faktora na zaključenje glavnog ugovora uslovljena ispitivanjem kreditne sposobnosti dužnika, što dovodi do zaključka da njegova obaveza za razliku od klijentove nije dovoljno utvrđena.... V. Gorenc, 5-6; M. Dragašević, 90. U njemačkom pravu se ugovor o faktoringu posmatra i sa aspekta odredbi o uslovu i njegovom dejstvu (§ 158 BGB), pa se nepovoljan bonitet dužnika uzima kao raskidni uslov u odnosu na obavezu faktora iz predugovora za zaključenje ugovora o faktoringu (R. Miličević, 364).

<sup>32</sup> S. Kümpel, 841-842, Rn. 5.348-5.349; usp.: G. Koevski, 211; V. Popović, R. Vukadinović, 434-435.

<sup>33</sup> R. Miličević, 353; usp.: G. Koevski, 209-210.

<sup>34</sup> Prema rodonačelniku teorije ugovora o komisionu Hajnrihu Ehlingu ugovor o faktoringu je sastavljen od komisona i ugovora o usluga, dok izvršeni prenosi potraživanja nemaju značaj samostalnih ugovora već predstavljaju jedinstvenu cjelinu (H. Ehling, *Zivilrechtliche Probleme der vertraglichen Ausgestaltung des Inland-Factoring-Geschäfts in Deutschland*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1977, 202). Oštri protivnik ove teorije je Martinek koji smatra pogrešnim pridavanje takvog značaja uslugama kod faktoringa i sagledavanju položaja faktora kao komisionara odnosno kvalifikaciji faktoringa kao ugovora koji se ostvaruje u interesu drugoga. (M. Martinek, 253-254).

<sup>35</sup> Teoriju konsolidacije zastupa Klaus Bette smatrajući da svako odvojeno cediranje potraživanja mora biti prethodno kvalificirano prema funkcijama koje se nastoje tim putem ostvariti (npr. finansiranje, servisne usluge ili del credere funkcija) i nakon objedinjavanja tih kvalifikacija, može se definisati okvirni ugovor o faktoringu. Tako se domašaj prava i obaveza faktora određuje odvajanjem ugovoru o prodaji ili kreditu (funkcija finansiranja), ugovora o uslugama (uslužna funkcija), ugovora o osiguranja ili obezbjeđenju (del credere funkcija). Ova teorija je rudimentarna jer oduzima ugovoru o faktoringu cjelovitost razbijajući ga na više samostalnih dijelova. (K. Bette, *Das Factoring-Geschäft*, Forkel, Stuttgart, 1973, 51).

<sup>36</sup> Najzad, kao rezultat kombinacije prethodne dvije teorije nastala je mješovita teorija zasnovana na odvojenim sporazumima (kvalifikacija kao kredit, usluge i osiguranje) koji se smatraju elementima mješovitog okvirnog sporazuma. Razlika u odnosu na teoriju konsolidacije se ogleda u negiranju postojanja odvojenih sporazuma koji narušavaju faktoring kao cjelinu, nego kombinaciji elemenata više ugovora međusobno funkcionalno povezanih u jedinstvenu cjelinu. Dakle, mješovita pravna priroda i različiti oblici ispoljavanja faktoringa su doprinijeli da se pojave i različita teorijska stanovišta (teorija prodaje, komisiona, kredita itd.) kojima se ona nastoji objasniti bilo apstrahiranjem njegovih karakterističnih svojstva na jedan od postojećih imenovanih ugovora ili pak njihovom kombiniranju, što zastupaju pristalice tzv. mješovite teorije gledajući na faktoring kao atipični mješoviti ugovor s elementima prodaje, kredita i usluga. (vidi: S. Kümpel, 843, Rn. 5.353; H.G. Lunckenbein, 63-75; V. Gorenc, 1; usp.: M. Vasiljević, 643; H. Šemić, 333; M. Trifković, 362; I. Spasić, Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu, 131 (fus. 4-6).

faktoringa.<sup>37</sup> Međutim, razlikovanje pravog i nepravog faktora je znatno složeniji doktrinarni problem o kome su mišljenja podjeljena između onih koji pod nepravom faktoringom smatraju jednu vrstu atipičnog ugovora o zajmu, a drugi pod nepravim faktoringom uzimaju postojanje bilo zajma ili prodaje.<sup>38</sup> Od svih izloženih teorijskih stanovišta u pogledu općeg definiranja ugovor o faktoringu možemo se prikloniti onom koje uzima da je on mješovite pravne prirode ili *sui generis* ugovor .

## Funkcije faktoringa

U pravnoj teoriji ne postoje jedinstveni pogledi na broj i sadržinu funkcija koje se obavljaju putem faktoring poslova.<sup>39</sup> Bez obzira na različite poglede preovladava stajalište da se njime obavljaju tri osnovne funkcije, i to: funkcija finansiranja, funkcija usluge, i *del credere* funkcija.<sup>40</sup> Funkcija finansiranja djeluje tako da prodajući potraživanje faktoru, klijent odmah dobija određen iznos novca u vidu isplate za izvršenu isporuku i usluge ne čekajući na vrijeme naplate duga koji može biti različito određen.<sup>41</sup> Pri tome, neophodno je da postoji kraća ili duža vremenska distanca od momenta kada faktor isplati određen iznos novca klijentu do momenta dospelosti prenesenog potraživanja. Predmet ugovora su uglavnom kratkoročna potraživanja koja dospijevaju između 90 i 120 dana.<sup>42</sup> U praksi pojedinih zemalja postoje značajne razlike u određivanju vremena dopuštenosti prije dospelosti potraživanja od kojeg u osnovi zavisi i vrijeme trajanja kreditnog odnosa nakon izvršene isporuke robe.<sup>43</sup> To upućuje da se funkcija kreditiranja ne može realizirati ako je na faktora preneseno dospjelo potraživanje. Osnovu kreditiranja čini avansiranje klijenta u iznosu približno od 80%-90% od nominalne vrijednosti potraživanja<sup>44</sup> na kojem faktor stiče pravo vlasništva u cijelosti, dok preostala vrijednost od 10-20

<sup>37</sup> A. Wittman, 16; V. Gorenc, 47. M. Martinek, 250; usp.: A. Keglević, 182.

<sup>38</sup> U pogledu razlikovanja pravog i nepravog faktoringa u njemačkoj, američkoj i engleskoj pravnoj doktrini preovladava shvatanje po kome klijent prodaje faktoru potraživanje kao i svaku drugu robu, dok se pravo na regres faktora kod nepravog faktoringa objašnjava kao pravo na naknadu zbog toga što prodana roba ima nedostatke (V. Popović, R. Vukadinović, 435).

<sup>39</sup> Vidi: M. Dragašević, 83; R. Đurović, 461; M. Vasiljević, 643-644; usp.: G. Koevski, 212-213; M. Velimirović, *Privredno pravo*, 572; V. Popović, R. Vukadinović, 433.

<sup>40</sup> A. Wittman, *Factoring im Konkurs des Factoringkunden - dissertation*, Wien, 2009, 1; T. S. Buchmann, *Rechtsfragen des englischen Factoring - dissertation*, Universität Konstanz, 2007, 26; usp.: S. Carić, V. Kapor, 486-487; V. Gorenc, 8-13; M. Velimirović, 17.

<sup>41</sup> M. Martinek, 223.

<sup>42</sup> J. Perović, *Moderni ugovori*, Forum za građansko pravo za Jugoistočnu Evropu, Prva regionalna konferencija, Vol. III, GTZ, Cavtat, 2010, 237; V. Popović, R. Vukadinović, 431.

<sup>43</sup> S. Carić, 89; usp.: G. Koevski, 211.

<sup>44</sup> H. R. Haeseler / F. Greßl, *Leasing und Factoring, Attraktive Finanzierungsinstrumente im Lichte von Basel II*, Lexis Nexis Verlag, Wien, 2007, 103; G.P. Glomb, 25. S. Kümpel, 837, Rn. 5.330; usp.: G. Koevski, 212.

% predstavlja fond obezbjeđenja za slučaj nemogućnosti naplate potraživanja i mehanizam isplate klijenta nakon konačne naplate prenesenog potraživanja umanjenog za ugovorenu naknadu (proviziju).<sup>45</sup> Na odobreni kredit od strane faktora u iznosu od 80-90% prenesenog potraživanja klijent ima obavezu da plaća faktoring kamate po uobičajenoj kamatnoj stopi sve do momenta naplate prenesenog potraživanja.<sup>46</sup> U pravnoj teoriji postoje sporenja oko toga da faktor avansiranjem djelomično plaća prodajnu cijenu ili odobrava kredit klijentima, što izaziva značajne posljedice u slučaju kada klijenti moraju vratiti ono što su primili od faktora.<sup>47</sup> Za razliku od opisane tehnike, funkciju kreditiranja faktor može se postići i diskontom<sup>48</sup> odnosno otkupom prenesenog nedospjelog potraživanja klijenta umanjenog za jednokratnu faktoring naknadu u iznosu od 5-6%. Obje tehnike obezbjeđuju klijentu da kratkoročno refundira plasirana sredstva bez zaduživanja u bankarskom sektoru prebacivanjem prava naplate svojih potraživanja na faktora. Takva pogodnost ne ugrožava likvidnost poslovanja klijenta niti odgođeno plaćanje<sup>49</sup> odnosno plasman proizvoda ili usluga pod raznovrsnim uslovima (npr. davanje rabata na prodajnu cijenu, odgođeno plaćanje itd). Zato pojedini autori i zastupaju stanovište da ekonomsku suštinu i osnovnu funkciju faktoringa predstavlja finansiranje kompanija oslobođenjem njihovog poslovanje od neželjenih efekata nelikvidnosti.<sup>50</sup> Faktor može imati obavezu da na osnovu ugovora o faktoringu pruža različite vrste usluga klijentu.<sup>51</sup> Za razliku od naplate ustupljenih potraživanja klijenta moguće je da faktor preuzme i aktivnosti na upravljanju klijentovog komercijalnog poslovanja<sup>52</sup> koje mogu biti užeg ili šireg obima (ispitivanje stanja na tržištu, provjera dužnikove platežne sposobnosti, prikupljanja statističkih podataka, sastavljanje izvještaja, davanja informacija o izvršenim i zakašnjelim isplatama, skladištenja, transporta i osiguranja transporta, plaćanja carina itd). Ovako postavljen okvir djelovanja faktora donosi niz prednosti za one subjekte koji ne raspolažu adekvatnim informacijama, znanjem, osobljem i tehnologijama u upravljanju finansijama i marketingom.<sup>53</sup> Pružanje ovih usluga u obliku "self sevice factoring" od

<sup>45</sup> D. Stojanović, B. Pavičević, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997, 128.

<sup>46</sup> K. Bette, 30; A. Wittman, 11; usp.: V. Gorenc, 9; R. Miličević, 355.

<sup>47</sup> V. Gorenc, 22-23.

<sup>48</sup> H. Konjhodžić, N. Knego, 54.

<sup>49</sup> K. Bette, 29.

<sup>50</sup> M. Martinek, 224; A. Wittman, 11; V. Gorenc, 8; M. Trifković, 359-360. A. Bikić, 177. I. Spasić, *Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu*, 130. H. Šemić, 336; N. Arandelović, 778; R. Miličević, 354.

<sup>51</sup> G.P. Glomb, 23; K. Bette, 32.

<sup>52</sup> S. Carić, 90; M. Martinek, 224; A. Bikić, 178; R. Miličević, 354.

<sup>53</sup> I. Spasić, *Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu*, 133; H. Šemić, 337. H. Konjhodžić, N. Knego, 54-55.

strane faktora može doprinijeti znatim uštedama troškova za klijenta.<sup>54</sup> Ova vrsta ugovora ima neznatnu ulogu u austrijskom pravnom sistemu i naknada koju faktor naplaćuje za ove usluge kreće se u iznosu od 05-3%.<sup>55</sup> Osnovna ideja del credere funkcije se ogleda u tome da faktor koji je prethodno provjerio platežnu sposobnost dužnika i isplatio potraživanje klijentu u cijelosti, preuzima rizik solventnosti prenesenog potraživanja<sup>56</sup>, odnosno ako je dužnik nesposoban za plaćanje ili izbjegava plaćanje, faktor ne može takvo potraživanje više ostvariti prema klijentu, jer on odgovara samo za njegovo postojanje.<sup>57</sup> Međutim, faktor ne preuzima odgovornost za materijalne i pravne nedostatke iz ugovora o prodaji ili pružanju usluga jer klijent prenoseći na faktora potraživanje ne mijenja svoj dotadašnji položaj dužnika prema svome ugovaraču (kupcu), što često može dovesti faktora u situaciju da mu klijentov dužnik odbije ispuniti dug zbog docnje ili neurednog neispunjenja obaveza od strane klijenta. Nasuprot tome, IFC rukovodeći se načelom savjesnosti i poštenje predviđa da dužnik koji bi nakon plaćanja cijene faktoru utvrdio da isporučena roba od strane klijenta ima određenih nedostataka može zahtijevati od njega naknadu štete, bez mogućnosti da zahtijeva od faktora vraćanje primljenog iznosa novca, izuzev ako faktor konkretno naplaćeno potraživanje nije prenio na klijenta ili ako je faktor platio klijentu u momentu kada je već znao da ovaj nije uredno ispunio svoje obaveze.<sup>58</sup> U slučaju ugovorene del credere funkcije odgovornost faktor postoji samo za bonitet a ne i veritet prenesenog potraživanja.<sup>59</sup> Ovo pitanje je u pravnoj teoriji sporno i bonitet potraživanja u pojedinim zemljama se obezbjeđuje ugovorom o osiguranju boniteta potraživanja.<sup>60</sup> To je mnogo češća pojava u praksi nego da rizik preuzme faktor. Ostvarenje funkcije del credere ne predstavlja i osiguranje kredita.<sup>61</sup> Pružanje garancije ove vrste i snošenje rizika insolventnosti ili neplaćanja u roku od strane klijentovog dužnika povezano je ugovaranjem posebne naknade za faktora koja je znatno veća od one koje bi dobio vršenjem drugih funkcija. Na osnovu funkcije del credere daje se priliku malim kompanijama da se osiguraju u slučaju odgođenog plaćanja na rate prebacivanjem rizika dužnikove insolventnosti na faktora, koji se može negativno odraziti na kompaniju i dovesti do njenog bankrota.<sup>62</sup>

<sup>54</sup> H. R. Haeseler / F. Greßl, 105.

<sup>55</sup> A. Wittman, 13.

<sup>56</sup> K. Bette, 35; H. R. Haeseler / F. Greßl, 108; O. Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008, 585, Rn. 36; usp.: T. S. Buchmann, 27-28; usp.: R. Miličević, 355.

<sup>57</sup> S. Kumpel, 838, Rn. 5.333; usp.: H. Šemić, 336-337; M. Trifković, 360.

<sup>58</sup> Komentar na čl. 10. IFC u knjizi M. Trifković, 378.

<sup>59</sup> H. Konjhodžić, N. Knego, 54.

<sup>60</sup> S. Carić, 89.

<sup>61</sup> V. Gorenc, 12.

<sup>62</sup> H.G. Lunckenbein, 12; M. Martinek, 225; G.P. Glomb, 18; A. Wittman, 13.

## Vrste ugovora o faktoringu

U doktrini uporednog prava ugovor o faktoringu se klasifikuje prema različitim kriterijima.<sup>63</sup> Prema teritorijalnom kriterijumu razlikuje se domaći i međunarodni faktoring koji se može odvijati u jednofaktorskom sistemu (prenos potraživanja sa domaćeg klijenta na domaćeg faktora bez njegovog prava regresa koje se ublažava osiguranjem kod stranog osiguravajućeg društva za slučaj docnje u ispunjenju dospjelog duga od strane klijentovog dužnika) i nešto složenijem dvofaktorskom sistemu prenosa potraživanja<sup>64</sup>. U međunarodnom faktoringu koji se obavlja u dvofaktorskom sistemu, po pravilu učestvuju četiri subjekta: prodavac (klijent), njegov domaći faktor, kupac u inostranstvu (dužnik) i korespodentni faktor u zemlji kupca. Prema kriterijumu predmeta obaveze i funkcije faktoringa, razlikuje se pravi i nepravi faktoring (kvazi) faktoring.<sup>65</sup> Pravi faktoring je takav ugovor kod koga faktor otkupljuje potraživanje klijenta uz diskont o dospjelosti ili otkupljuje potraživanja prije dospjelosti vršeći time kreditiranje i druge faktoring usluge. Ako je faktor preuzima sve tri funkcije (kredita, usluga i del credere funkcije), radi se o pravom ili potpunom faktoring koji se naziva faktoring bez regresa.<sup>66</sup> Nepravi faktoring je ugovor kod koga faktor preuzima potraživanje samo radi naplate za ustupioca gdje del credere funkcija nedostaje. Kod nepravog faktoring (koji se naziva “ faktoring s regresom”) faktor nepreuzimajući rizik naplate prenesenog potraživanja može ga vratiti klijentu u slučaju dokazane nemogućnosti naplate od strane dužnika.<sup>67</sup> Kod ovog faktoringa izostaje garantna funkcija faktora jer je potraživanje definitivno otkupljeno, a s druge strane na osnovu posebne odredbe u ugovoru ustupilac potraživanja (klijent) može garantovati faktoru naplativost potraživanja od dužnika. Dakle, klijent odgovara faktoru za istinitost i naplativost ustupljenog potraživanja. U njemačkoj teoriji i praksi nepravi faktoring se pravno kvalificira kao kredit.<sup>68</sup> Teško je povući jasnu liniju između ove dvije vrste faktoringa na šta upućuju slučajevi transakcija u kojima su zastupljene obje vrste faktoringa koje uključuju više cediranih potraživanja, ali često i odluke faktora da preuzmu rizik del credere nakon izvršene provjere platežne sposobnosti dužnika.<sup>69</sup> U Njemačkoj faktoring praksi znatno učešće zauzima varijanta pravog faktoringa sa

<sup>63</sup> O tome: S. Kümpel, 841, Rn. 5.346. H. Šemić, 333-334; A. Bikić, 180-181; M. Trifković, 364-366; P. Knežević, 786; M. Vasiljević, 644-645; A. Keglević, 185-186; G. Koevski, 213-214; J. Perović, *Moderni ugovori*, 238.

<sup>64</sup> N. Arandelović, 780; V. Popović, R. Vukadinović, 429-430.

<sup>65</sup> M. Velimirović, *Privredno pravo*, 575. D. Stojanović, B. Pavičević, 128-129.

<sup>66</sup> V. Gorenc, 14.

<sup>67</sup> I. Spasić, *Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu*, 134-135; S. Kümpel, 838, Rn. 5.335.

<sup>68</sup> S. Kümpel, 844, Rn. 5.356.

<sup>69</sup> S. Kümpel, 844, Rn. 5.354.

del credere funkcijom, dok u Austriji ona ima marginalan značaj.<sup>70</sup> Prema vrsti osnovnog posla iz koga potiču potraživanja koja su predmet otkupa, razlikuje se faktoring u izvoznim poslovima ili izvozni faktoring, opšti faktoring poslovi, faktoring u ostalim poslovima (posebni faktoring poslovi).<sup>71</sup> Prema otvorenosti faktoring posla u odnosu na obaviještenost dužnika iz osnovnog posla o prenosu potraživanja razlikuje se otvoreni i skriveni faktoring.<sup>72</sup> Prema vrsti subjekata koji učestvuju u ugovoru, faktoring se dijeli na interni (subjekti su iz iste grupacije) i eksterni (kada ne postoji statusna veza između faktora i klijenta).

### Uloga cesije (globalna) kod ugovora o faktoringu

U izvore međunarodnopravnog karaktera kojima se uređuju međunarodni leasing posao spadaju IFC i UNICITRAL konvencija o prenosu potraživanja u međunarodnoj trgovini.<sup>73</sup> Područje primjene IFC je uslovljeno taksativno određenim uslovima koji se moraju prethodno ispuniti, i to: mogu se prenositi samo potraživanja iz ugovora o prodaji robe i usluga i ugovora o snabdijevanju robom i uslugama; sjedišta faktora i klijenta moraju biti u različitim državama, dok za slučaj odvijanja poslovne djelatnosti u više različitih mjesta važe koliziona pravila međunarodnog privatnog prava; da ugovorom o faktoringu ili ugovorom o prodaji nije isključena primjena IFC-a; i nepostojanje jednostrane ili uzajmne izjave države članice da se IFC ne primjenjuje na one subjekte faktoringa koji imaju sjedište u državi koja nije njena članica pod uslovom da sadrži manje ili više istovjetna rješenja za ove poslove.<sup>74</sup> Za postojanje ugovora o faktoringu prema IFC traži se minimalno da faktor obavlja funkciju vršenja usluga koja podrazumijeva naplatu potraživanja i u vezi s tim vođenje knjigovodstva koje se odnosi na potraživanje.<sup>75</sup> Određivanjem da su najmanje dvije navedene funkcije uslov za postojanje faktoringa u smislu IFC izaziva određene nelogičnosti u slučaju da faktor obavlja samo ugovorene funkcije finasiranja i del credere jamstva. U tom slučaju faktor nije u mogućnosti naplatiti preneseno potraživanje za koje vrši kreditiranje klijenta i garantuje njegovu naplativost. Opisane kombinacije i moguće nelogičnosti u pogledu funkcija koje obavlja faktor se otklanjaju bez nekih značajnijih poteškoća od strane bogato razvi-

<sup>70</sup> U Austriji je dominantan tip faktoringa sa uslužnom i funkcijom finasiranja, bez del credere funkcije (H. R. Haeseler / F. Greßl, 115).

<sup>71</sup> M. Martinek, 240; S. Kümpel, 839-840, Rn. 5.337-5341; H. Kronke / W. Melis / A. Schnyder, Rz. 59, 745.

<sup>72</sup> G. P. Glomb, 31; M. Martinek, 237; R. Vukadinović, Međunarodno poslovno pravo, Kragujevac, 2006, 415. M. Velimirović, Privredno pravo, 575.

<sup>73</sup> I. Spasić, Specifičnosti faktoring posla i ugovora o faktoringu, 630.

<sup>74</sup> Vidi: čl. 2 st. 1., čl. 3 st. 1 i čl. 3 st. 2 IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 3.

<sup>75</sup> Vidi: čl. 1 st. 3. pod c) IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 3.

jene prakse faktoring poslovanja.<sup>76</sup> Ogromnu važnost za razvijanje i nesmetano odvijanje faktoring poslova u međunarodnim razmjerama imaju načela na kojima ona počiva (ravnoteža interesa i jedinstvenost primjene IFC), opšta načela međunarodnog trgovinskog prava, međunarodni faktoring običaji kodificirani i objavljeni od strane Međunarodnog udruženja faktora 1994. godine, te donesene sudske i arbitražne odluke.<sup>77</sup> Zakonski okvir za uspostavljanje faktoring poslova u BiH postoji, ali nedostatak *lex specialis* propisa za sobom nužno povlači i pitanje ocjene njegove funkcionalnosti i unaprijeđenja faktoring poslovanja u domaćim i međunarodnim odnosima. Odgovor je jednoznačan jer se izričita zakonska regulativa za ovu nedovoljno korištenu tehniku kreditiranja bosanskohercegovačke privrede nameće kao imperativ i izazov zakonopiscima u narednom periodu. Trenutno, njegova primjena u praksi zavisi od načelu autonomije volje i kombinacije postojećih propisa koji fragmentarno obrađuju pojedine njegove segmente.<sup>78</sup> Najvažniji od tih propisa je Zakon o obligacionim odnosima (u daljnjem tekstu: ZOO)<sup>79</sup> čija se osnovna načela i opšti instituti obligacionog prava mogu shodno primjeniti i na ugovor o faktoringu. U SAD na osnovu primjene UCC-a (Uniformnog trgovinskog zakonika) razvijena je bogata sudska praksa koja kvalificira faktoring jednom posebnom vrstom prodaje potraživanja kojom se u osnovi kreditira klijent za prenesena potraživanja a faktor obezbjeđuje osnivanjem i registriranjem posebno zaštićenog prava tzv. *security interest-a*.<sup>80</sup> Prema UCC-e postoje tri različite kategorije predmeta osiguranja (*collateral*) na kojima se može osnovati *security interest*.<sup>81</sup> Tom prilikom osniva se *security interest* u okviru druge grupe na predmetu obezbjeđenja označenom kao “*writting*” kojim su obuhvaćeni vrijednosni papiri (“*negotiable instruments*” i “*investment securities*”) kao i isprave koje inkorporišu novčana potraživanja koja se mogu prenijeti putem cesije (*assignment*).<sup>82</sup> Tome ne odgovara pravno - tehnički termin “*account*” iz

<sup>76</sup> R. Miličević, 353.

<sup>77</sup> M. Trifković, 368; usp.: J. Perović, *Moderni ugovori*, 236.

<sup>78</sup> To su slijedeći propisi: Zakon o imovini pravnih lica (1984/1992, Službeni glasnik RBiH 2/92); Zakon o privrednim društvima (Službeni glasnik FBiH 23/99, Službeni glasnik RS 127/08) Zakon o bankama (Službeni glasnik FBiH, 39/98 i 14/02, Službeni glasnik RS 44/03); Zakon o registraciji kompanija (Službeni glasnik FBiH 4/2000; Odluka u Službenom glasniku 12/00, 23/00); Zakon o Centralnoj banci BiH (Službeni glasnik BiH 1/97); Zakon o stečaju (Službeni glasnik RS 67/02, Službeni glasnik FBiH 29/03); Zakon o likvidaciji (Službeni glasnik FBiH 29/03, Službeni glasnik RS 64/02).

<sup>79</sup> Zakon o obligacionim odnosima (“Službeni list SFRJ”, broj 39/78; i “Sl. list RBiH”, br. 2/92, 13/93 i 13/94).

<sup>80</sup> I. Spasić, *Specifičnosti faktoring posla i ugovora o faktoringu*, 639; V. Popović, R. Vukadinović, 441.

<sup>81</sup> To su slijedeće grupe: tjelesne stvari (*tangible personal property*), djelomično tjelesne stvari (*semi-tangible property*) i čisto netjelesne stvari (*pure intangible property*). O tome: J. J. White, R. S. Summers, *Uniform Commercial Code*, 2nd ed., *Hornbook Series*, West Publishing, 1980, 874-877.

<sup>82</sup> U američkom pravu zalaganje potraživanja radi obezbjeđenja zajma nije postojalo kao samostalan institut, nego se dopuštalo isključivo na osnovu zaloga vrijednosnih papira u kojima su one bile sadržane... Jedino je morao biti sačinjen pismeni ugovor o cesiji dok se upis nije zahtijevao. E. Čulinović - Herc, 14 i 82.

treće grupe predmeta obezbjeđenja kojim se označava pravo na isplatu za prodanu ili iznajmljenu robu ili izvršene usluge koje nije inkorporisano u instrumentu ili chattel paper-u.<sup>83</sup> Ako je pravo na isplatu sadržano u instrumentu<sup>84</sup> ili chattel paper-u,<sup>85</sup> terminima koje definira UCC, onda oni jednostavno nisu account.<sup>86</sup> Osnovna obaveza klijenta iz ugovora o faktoringu je da na faktora prenese sadašnje i buduće tražbine iz ugovora o isporuci robe ili činidaba na faktora, i to po pravilu pod odložnim uslovom<sup>87</sup>.<sup>87</sup> Ovaj prenos potraživanja na faktora se u pravilu odvija na osnovu globalne cesije.<sup>88</sup> Najveći problemi za zemlje kontinentalnog pravnog kruga predstavljala je nemogućnost ustupanja budućih i ukupnih potraživanja.<sup>89</sup> U francuskom pravu prenos potraživanja na faktora se odvija na osnovu personalne subrogacije koju oštro kritikuju pojedini francuski teoretičari.<sup>90</sup> U glavi II IFC se nalaze odredbe kojima se naglašava značaj cesije u ostvarivanju sadržine faktoring odnosa i njeno dejstvo prema dužniku i trećim licima.<sup>91</sup> Može se kazati da su odredbe IFC o prenosu bilo postojećih dospjelih ili budućih nedospjelih potraživanja uglavnom zasnovane na konceptu klasične građanskopravne cesije koju poznaju gotovo sva savremena građanska zakonodavstva. To ukazuje da nema nikakve smetnje da se ugovorom o faktoringu predvidi prenos potraživanja koja su tačno specificirana u obliku redovne cesije ili prenos budućih nedospjelih potraživanja putem globalne cesije.<sup>92</sup> Pravnotehnički gledano, globalna cesija nije ništa drugo do forma derivirana iz onih pravila koja se primjenjuju na redovnu cesiju. U domaćem faktoringu ne postoje nikakve prepreke da se bilo redovnom ili globalnom cesijom prenesu sva dospjela ili nedospjela potraživanja odnosno postojeća ili buduća potraživanja neovisno od izvora svoga postanka, dok se u međunarodnom faktoringu na osnovu primjene odredbi IFC-a globalnom cesijom mogu prenositi samo nedospjela buduća potraživanja nastala iz ugovora o prodaji ili pružanju usluga.<sup>93</sup> Kod redovne cesije važi pravilo

<sup>83</sup> Vidi: § 9-106 UCC-e

<sup>84</sup> Vidi: § 9-105 (1) (i) UCC-e

<sup>85</sup> U § 9-105 (1) (b) UCC-e se definira "Chattel paper" kao isprava u kojoj je sadržana novčana obaveza uz istovremeno osiguranje te obaveze osnivanjem prava na određenoj stvari bilo da se radi o stvarnom ili obligacionom pravu.

<sup>86</sup> J. J. White, R. S. Summers, 892-893.

<sup>87</sup> D. Stojanović, B. Pavičević, 128

<sup>88</sup> V. Gorenc, 4; usp.: O. Palandt, 585, Rn. 35; S. Kümpel, 841, Rn. 5.347.

<sup>89</sup> Za razliku od Francuske, Belgija i Italija su kroz svoje zakonodavstvo omogućile primjenu cesije... O tome: I. Spasić, Specifičnosti faktoring posla i ugovora o faktoringu, 638.

<sup>90</sup> Oštri protivnik personalne subrogacije je Robolt (M. Vasiljević, 643 fus. 76).

<sup>91</sup> Vidi: čl. 5-7 IFC.

<sup>92</sup> P. Knežević, 787; R. Miličević, 357.

<sup>93</sup> Konvencija se primjenjuje kada se radi o ustupanju potraživanja kupoprodajne cijene iz ugovora o prodaji, pri čemu je pojam prodaje proširen i odnosi se na prodaju stvari ali i usluga ali ona ne može biti izvršena za ličnu upotrebu. Na osnovu čl. 5. IFC-a kada se ugovori prenos budućih potraživanja, ugovor o faktoringu

da se mogu prenositi sve vrste postojećih potraživanja za čiji prenos ne postoje zakonske ili druge zabrane, dok u doktrini preovladava stanovište da se mogu prenositi i nedospjela, buduća potraživanja. Dugo vremena se u sudskoj praksi i zakonodavstvima pojedinih država otvaralo pitanje punovažnosti prenesenih potraživanja u obliku globalne cesija jer se smatralo da su ona protivna dobrim poslovnim običajima. U tom smislu je interesantna presuda Saveznog suda u Gaussanne-i kojom je utvrđeno da globalna cesija ne predstavlja ugovor suprotan dobrim poslovnim običajima niti se njome ugrožava ekonomsku samostalnost klijenta ukoliko se prenose sva sadašnja ili buduća potraživanja na faktora.<sup>94</sup> U ZOO su sadržana opća pravila za redovnu cesiju i posebna pravila u tzv. posebnim slučajevima ustupanja potraživanja (ustupanje umjesto ustupanja, radi naplaćivanja i radi osiguranja) kojima se određuju pravni učinci prenesenog potraživanja sa određenog povjerioca na drugo određeno lice.<sup>95</sup> Ako se ona primjene na ugovor o međunarodnom faktoringu tada će klijent kao cedent ustupiti faktoru kao cesionaru svoja potraživanja iz ugovora o prodaji ili izvršenim uslugama, dok će dužnik (cesus) i dug ostati isti. Na osnovu ZOO u domaćem faktoringu klijent može na faktora prenijeti sva postojeća ili buduća potraživanja, izuzev onih čiji je prenos zabranjen ili koje su vezana za ličnost povjerioca, ili koja se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugog.<sup>96</sup> Ustupanje neće proizvesti dejstvo ako su povjerilac i dužnik ugovorili zabranu prenosa potraživanja na dugoga ili prenos potraživanja uslovlili pristankom dužnika.<sup>97</sup> U zemljama kontinentalnog i anglosaksonskog pravnog kruga prisutne su izvjesne razlike u pogledu dopustivosti ugovaranja zabrane prenosa potraživanja – *pactum de non petendo*. U zemljama kontinentalnog prava ali i u Engleskoj ugovaranje zabrane ustupanja potraživanja je dopušteno i nepoštovanje ove zabrane ima za posljedicu ništavost izvršenog ustupanja (u tom slučaju cesionar ne može izvršiti naplatu potraživanja od dužnika), dok odredbe američkog UCC-a apsolutno zabra-

---

predstavlja dovoljan osnov za prenos potraživanja kada ona i nastanu, i nije potrebna nikakva nova radnja o prijenosu. Ova odredba IFC je nastala pod uticajem pravila anglosaksonskog prava (*equitable assignment*) kojim se sva buduća potraživanja koja nisu ugovorom o faktoringu isključena od prenosa automatski prenose na faktora u momentu svoga nastanka. (M. Dragašević, 90; I. Spasić, *Specifičnosti faktoring posla i ugovora o faktoringu*, 630; S. Carić, J. Vilus, D. Đurđev, D. Divljak, *Međunarodno poslovno pravo*, Privredna akademija, Novi Sad, 2007, 323).

<sup>94</sup> R. Miličević, 359.

<sup>95</sup> "Cesija je ugovor vjerovnika (cedenta) s trećom osobom (cesionarom), na temelju koga tražbina iz obveze prelazi od dotadašnjeg vjerovnika na tu treću osobu kao novog vjerovnika. To je i pomoćni pravni posao, pa se odnos između cedenta i cesionara ocjenjuje po osnovnom poslu" (Vrhovni sud Hrvatske, broj: II Rev-71/80, od 13. 01. 1981. godine - Pregled sudske prakse, broj 19/77-69 i Novi Informator, broj 2002/5006,17).

<sup>96</sup> Čl. 436. st. 1. ZOO.

<sup>97</sup> Čl. 436. st. 2. ZOO.

njuju ugovaranje zabrane ustupanja potraživanja.<sup>98</sup> U našem pravu dejstvo zabrane može uticati na faktora samo u slučaju zaključenja domaćeg faktoringa, jer klijentov dužnik može odbiti da ispuni potraživanje koje je preneseno na faktora protivno ugovorenoj zabrani koja povlači ništavost tako izvršenog prenosa. U tom slučaju faktor može jedino preneseno potraživanje vratiti klijentu ili zahtijevati od klijenta da se takva zabrana isključi. Suprotno tome, IFC sadrži kompromisnu odredbu kojom na punovažnost izvršenog prenosa potraživanja na faktora ne utiče ugovorena zabrana prenosa potraživanja iz ugovoru o prodaji ili pružanju usluga.<sup>99</sup> Navedeno pravilo trpi izuzetke u slučajevima kada je dužnik u momentu zaključenja ugovora imao sjedište u državi koja je dala izjavu kojom se isključuje njenu primjenu na dužnika i kada je izvršen prenos potraživanja iz ugovora o prodaji ili pružanju usluga čije su odredbe prekršene od strane klijenta. Kod redovne cesiji cedent može na cesionara prenijeti i dio potraživanja, pa i tako da ustupi samo potraživanje kamata, a ne i glavnicu.<sup>100</sup> Za razliku od domašaja redovne cesije u praksi i potpunog ili djelomičnog prenosa određenih i dospelih potraživanja sa cedenta na cesionara kod faktoringa je irelevantno da li se ugovara prenos svih klijentovih potraživanja na faktora ili samo pojedinih vrsta potraživanja. Na osnovu globalne cesije klijent će na faktora nastojati da prenese sva ili većinu svojih budućih i nedospelih potraživanja koje ima prema različitim dužnicima iz svoga komercijalnog poslovanja, ali faktor nije dužan i može odbiti da preuzme neka od njegovih potraživanja tzv. rizična što ni u kom slučaju ne smije ugroziti načelne postavke globalne cesije. Sa prenosom potraživanja na faktora prelaze i sporedna prava (pravo prvenstvene naplate, založna prava, pravo na kamatu, ugovorenu kaznu i dr.).<sup>101</sup> Od ovog pravila u ZOO postoje izuzeci u slučaju zaloge jer se traži saglasnost zalagodavca prije njene predaje cesionaru,<sup>102</sup> te prenosa dospelih a neisplaćenih kamata.<sup>103</sup> Kod faktoringa

<sup>98</sup> Komentar na odredbu § 399 BGB i § 354 HGB-a se nalazi u knjizi: H. Kronke / W. Melis / A. Schnyder, Rz. 82-84, 751; usp.: I. Spasić, Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu, 137-138; V. Popović, R. Vukadinović, 437.

<sup>99</sup> Vidi: čl. 6. IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 4.

<sup>100</sup> Vidi: Privredni sud Hrvatske, broj: PŽ-1408/90, od 15. 10. 1991. godine - Pregled sudske prakse, broj 51/216.

<sup>101</sup> Vidi: čl. 437. st. 1. ZOO.

<sup>102</sup> Vidi: čl. 437. st. 2. ZOO.

<sup>103</sup> "Odredba čl. 437. st. 3. ZOO dolazi do primjene upravo u situaciji kad u ugovoru o cesiji nije ništa rečeno o pravnoj sudbini dospelih a neisplaćenih kamata. Tada se presumira da je došlo do ustupanja i tih kamata. Zato iz činjenice da u ugovoru o cesiji sporne kamate nisu spomenute, primjenom čl. 437. st. 3. ZOO slijedi pravni zaključak upravo suprotan od onoga što ga je izveo prvostupanjski sud, a taj je da su i te kamate ustupljene. Predmnijevu iz navedene zakonske odredbe je tužitelj, doduše, mogao pokušati oboriti, no on to nije učinio" (Vrhovni sud Republike Hrvatske, broj: Gzz-2/98, od 19. 3. 1998. godine - Izbor odluka, broj 1998/2-24/59). "Založno pravo može se prenijeti samo pod pretpostavkom da se prenosi tražbina osigurana založnim pravom, a s obzirom da to u konkretnom predmetu nije slučaj nema ugovora o cesiji - ustupu kojom bi se novčana tražbina prenijela na novog vjerovnika u smislu čl. 437. st. 1. ZOO nisu niti ispunjeni uvjeti da se

u određenim slučajevima može doći do sukoba između klijentovog (prodavac) produženog zadržavanja prava vlasništva prodane i predate robe sa odgodom plaćanja njegovom dužniku (kupcu) i prava faktora na koga je preneseno takvo potraživanje putem globalne cesije.<sup>104</sup> Ova situacija je moguća samo ako je faktoring zaključen prije ugovora o isporuci a rješenje nastalih odnosa se čini ovisnim od toga da li je zaključen pravi ili nepravi faktoring posao.<sup>105</sup> U domaćem pravnom prometu domašaj unesene klauzule pactum reservati dominii kod ugovora o prodaji kojim se kreditira kupac odgođenim plaćanjem cijene je duži vremenski period bio sužen zbog nedostatka odgovarajućeg publiciteta založnog prava u korist prodavca.<sup>106</sup>

---

prenese samo založno pravo koje je, u odnosu na tražbinu koja je osigurana hipotekom, sporedno pravo” (Županijski sud u Bjelovaru, broj: Gž-2298/00, od 14. 2. 2001.godine - Izbor odluka 2002/1-14). “U smislu čl. 437. st. 1. i 3. ZOO sa potraživanjem prelaze na prijemnika sporna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, prava na kamatu, ugovornu kaznu i sl. Pretpostavlja se da su dospjele, a neisplaćene kamate do časa ustupanja ustupljene sa glavnim potraživanjem. Prema tome, i kada ugovorom nije izričito određeno ustupanje sporednih potraživanja, sporno potraživanje dijeli pravnu sudbinu glavnog potraživanja. Dospjele a neisplaćene kamate ne dijele sudbinu glavnog potraživanja, pa je oboriva zakonska pretpostavka da su dospjele a neisplaćene kamate ustupljene sa glavnim potraživanjem, ako ugovorom u odnosu na to potraživanje nije ništa regulisano...” (Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, broj: Pž-346/91, isto broj; Pž. 413/91, obje od 13. 6. 1991. godine - Bilten VS BiH, broj 3/1991, 48).

<sup>104</sup> Pridržaj prava vlasništva (pactum reservati dominii, Eigentumsvorbehalt, retention of title, réserve de propriété) je vrsta besposjedovnog osiguranja koja najčešće nastaje unošenjem klauzule u ugovora o prodaji kojim prodavac kreditira kupca odgođenim plaćanjem prodane i predate robe zadržavajući na njoj vlasništvo dok mu ne bude isplaćena cijena u cijelosti. Za razliku od drugih evropskih zakonodavstava, njemačka sudska praksa prepoznala je prednosti ovog instituta i uticala na njegovo masovnije korištenje u pravnom prometu bez nametanja bilo kakve forme publiciteta. Zadržavanje prava vlasništva je veoma popularno sredstvo obezbjeđenja i većina pisanih ugovora prodaji sadrži klauzulu bilo u formi jednostavnog ili proširenog zadržavanja vlasništva prodavca prodane robe ili opreme. Pored slučaja jednostavnog zadržavanja prava vlasništva njemački sudovi su dozvolili da prodavac ugovorom predvidi tzv. prošireno zadržavanje prava vlasništva (Verlängerter Eigentumsvorbehalt) dobijanjem obezbjeđenja prijenosom potraživanja nastalog u korist kupca preprodajom kupljene stvari i prava na proizvodima koji su nastali preradom kupljene stvari. U slučaju preprodaje kupac prenosi na prodavca potraživanje koje ima prema svome kupcu kao mehanizam daljnje otplate cijene. Proširenim zadržavanjem prava vlasništva prodavac može obuhvatiti i neka druga potraživanja koja ima prema kupcu iz njihovog poslovanja dok ona ne budu izmirena u cjelosti. Tim putem prodavac dolazi u privilegovan položaj, što negativno utiče na kupca koji je otpatio prodajnu cijenu na predmetu ugovora u kome je bila unesena ova klauzula. O tome: H. Kronke / W. Melis / A. Schnyder, Rz. 68-70, 747-748; O. Palandt, 583-584, Rn. 24-25; H. Koziol, R. Welsler, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Band II, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchandlung, Wien, 1975, 113-115, K. Schreiber, Sachenrecht, Boorberg, Stuttgart/München, 1993, 196-197; V. Gorenc, 30-35; usp.: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, Stvarno pravo, sv. 2., Narodne novine Zagreb, 2007; 551-557; O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1986, 125-126; J. Barbić, Pridržaj prava vlasništva kod prodaje investicione opreme, u Opći uvjeti poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini, Zagreb, 1970, 133-182; E. Čulinović-Herc, 18-19; V. Popović, R. Vukadinović, 438.

<sup>105</sup> M. Trifković, 378.

<sup>106</sup> U čl. 540. st. 1. ZOO naglašeno je pravo prodavca da na određene pokretne stvari može posebnom odredbom ugovora zadržati pravo vlasništva i poslije predaje stvari kupcu, sve dok mu kupac ne isplati cijenu u potpunosti. To je učinjeno sa razlogom, kako bi prodavač bio obezbjeđen za naplatu svog potraživanja, kako od kupca tako i u slučaju stečaja kupca, ako bi stečajni povjerioci na toj stvari isticali neka svoja prava. Da bi prodavač obezbijedio to svoje pravo, odnosno da bi zadržao pravo vlasništva na prod-

U Engleskom pravu može se zabraniti prenos potraživanja na faktora, ali takve klauzule nisu uobičajene za floating charge jer se nastoji što manje utjecati na poslovanje dužnika, dok izvršeni prenos potraživanja opterećen ovim lebdećim založnopravnim osiguranjem obavezuje faktora koji može jedino zahtijevati da se založni povjerilac odrekne svog reda prvenstva.<sup>107</sup> Prenos potraživanja na faktora sukladno odredbama IFC-a nije uslovljen pristankom klijentovog dužnika, ali postoji dužnost klijenta da obavijesti svoga dužnika o izvršenom prenosu kako bi on svoj dug ispunio novom povjeriocu - faktoru.<sup>108</sup> Prema tome, IFC odstupa od općih pravila redovne cesije da dužnik (cesus) ne mora biti obaviješten o izvršenom prenosu potraživanja na novog povjerioca (cedenta).<sup>109</sup> Međutim, domaća sudska praksa se mnogo ranije očitovala afirmativno na obaveznost akta denuncijacije cesusa.<sup>110</sup> U pogledu forme i formalnosti koje se traže za obavještavanja dužnika prisutne su određene razlike između sistema kontinentalne i anglosaksonske pravne tradicije.<sup>111</sup> Ovo obavještenje štiti ne samo dužnika u odnosu na faktora nego i faktora u odnosu na druga lica u slučaju izbora mjerodavnog prava i sukoba prioriteta između više povjerioca,<sup>112</sup> te višestrukog ustupanja istog potraživanja i stečaja.<sup>113</sup> U glavi III IFC-a sadržane su

---

tim stvarima, prodavač i kupac moraju svoj ugovor ovjeriti kao javnu ispravu, i to prije kupčevog stečaja ili prije pljenidbe stvari. U tom slučaju kupac ima izlučno pravo, koje onemogućava treća lica da raspoložu takvom stvari, odnosno da je unesu u stečajnu masu, ili da izvrše pljenidbu te stvari. (D. Veljković, Ugovori u privredi sa sudskom praksom, primerima ugovora i tužbama za ostvarivanje prava iz tih ugovora, prvo izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2008, 722). Nedostatak publiciteta u pogledu korištenja ovog instrumenta kreditiranja bosanskohercegovačke privrede je promijenjen sa donošenjem Okvirnog zakona o zalozima u BiH ("Službeni Glasnik", br. 28/04) koji je stupio na snagu 1.7.2004. godine. Prilikom njegove izrade transplantirana su rješenja iz čl. 9 UCC-a i ustanovljena posebna kategorija registarskog založnog prava pod nazivom "posebno vlasničko pravo" u koje se ubraja i pravo prodavca kod ugovora o prodaji sa zadržavanjem prava vlasništva (vidi, čl. 2. pod a ).

<sup>107</sup> E. Čulinović-Herc, 172.

<sup>108</sup> Vidi: čl. 1. st. 2. IFC.

<sup>109</sup> A. Bikić, 184; R. Vukadinović, 417. Odredbe ove konvencije neće se odnositi na takozvani "non notification" faktoring koji faktički predstavlja eskont potraživanja odnosno bankarski kredit koji faktor dodjeljuje klijentu, a potraživanje dužnika se koristi kao sredstvo obezbjeđenja za slučaj da klijent ne vrati kredit (R. Miličević, 353). Zatim, ograničena je na poslovni faktoring... IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 3 ).

<sup>110</sup> "Cesija je zaključena kad se o njoj sporazumiju cedent i cesionar, a da bi cesija djelovala i prema dužniku, on o njoj mora biti obaviješten" (Vrhovni privredni sud, 2866/68, od 24.06. 1969. godine – presudu navodi: A. Bikić "Prigovori dužnika kod ugovornog ustupanja potraživanje prema bosanskom, njemačkom i austrijskom pravu", Zb. Prav. fak. Rij., Supplement, br. 3., 2003., 560, fus. 38).

<sup>111</sup> U zemljama rimske pravne tradicije uobičajen je sistem notarskog obavještavanja dužnika, dok zakonodavstvo i praksa anglosaksonskih zemalja primenjuju sistem registracije potraživanja kojim se ostvaruje dvostruka funkciju: obavještavanja dužnika i obezbeđenja faktora (I. Spasić, Značaj ugovora o cesiju kod ugovora o faktoringu, 137; V. Popović, R. Vukadinović, 438).

<sup>112</sup> Vidi: čl. 4. st. 1. IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 3.

<sup>113</sup> Na osnovu poglavlja 136 u Law of Property Act-u Engleske iz 1925. godine kada je dužnik insolventan, sudovi mogu zanemariti izbor prava u faktoring ugovoru i primijeniti zakon države dužnika. Faktor će se morati uhvatiti u koštac s različitim zahtjevima registracije i specifičnostima za valjanost

odredbe o višestrukome prenosu potraživanja da bi se omogućila realizacija međunarodnog faktoringa.<sup>114</sup> Identično odredbama redovne cesije na cesionara (faktora) se prenosi potraživanje onog kvaliteta i kvantiteta koji je cedent (klijent) imao prema cesusu (klijentovom dužniku) do momenta njegovog ustupanja.<sup>115</sup> Također, cesus (klijentov dužnik) može cesionaru (faktoru) pored prigovora koje je imao prema njemu, da istakne i one prigovore koje je mogao istaknuti cedentu (klijentu) do momenta kada je saznao za ustupanje (npr. zastarjelosti, kompenzacije, postojanje mana volje u pogledu prenesenog potraživanja i sl.).<sup>116</sup> Navedena odbrambena sredstva dužnika prema faktoru predviđa i IFC.<sup>117</sup> Odgovor na pitanje kakva je odgovornost klijenta za preneseno potraživanje na faktora zavisi prvenstveno od vrste faktoringa (npr. pravi faktoring ili nepravi faktoring, domaći ili međunarodni faktoring i sl.) i modaliteta ugovorene cesije kojom se prenosi potraživanja na faktora. Kod pravog faktoringa u kome faktor preuzima i del credere funkciju klijent odgovara jedino za postojanje potraživanja (veritet) u vremenu od izvršenog ustupanja do dospelosti obaveze za naplatu od strane faktora, a ne odgovara za naplativost prenesenog potraživanja (bonitet).<sup>118</sup> Dakle, preneseno potraživanje definitivno prelazi u imovinu faktora što pravi faktoring izjednačava sa dejstvima cesije umjesto ispunjenja.<sup>119</sup> Za razliku od pravog faktoringa odgovornost klijenta kod nepravog faktoringa zavisi prvenstveno od ugovorene varijante prenosa potraživanja na faktora.<sup>120</sup> U pravilu dejstva nepravog faktoringa se izjednačavaju sa cesijom radi naplaćivanja jer faktor na prenesenom potraživanju koje ne us-

---

određenih prenosa u jednoj zemlji koje nisu poznate u drugoj. Faktor se izlaže riziku da na njega preneseno potraživanje izgubi bitku u korist drugog povjerioca koji je ispunio tražene formalnosti u skladu s nacionalnim pravima. Na osnovu općeg pravila common law u slučaju *Dearle v Hall* propisano je da prioritet uživa prvi povjerilac o kome je obaviješten dužnik. Međutim, to nije isto u drugim državama gdje prioritet može biti u korist cesionara na koga je prvo preneseno potraživanje (vidi: G. Ioannis, *An Introduction to International Factoring & Project Finance*, University of Kent, 2002, 7; usp.: T. S. Buchmann, 193-199; i komentar § 47 *InsO* u knjizi: H. Kronke / W. Melis / A. Schnyder, *Rz.* 85-86, 751-752.

<sup>114</sup> Usp.: čl. 439. ZOO; i čl. 11. st. 1. i 2. IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 5.

<sup>115</sup> Vidi: čl. 440. st. 1. ZOO; usp.: odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske, broj: Pž-2880/02, od 03. 12. 2002. godine - Zbirka, broj 7/12, Zbirka 9 - Zbornik odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994-2004 i "Domaća i strana sudska praksa", broj 11/2005, 85-86).

<sup>116</sup> Na osnovu pravilne primjene čl. 440. st. 1. i 2. ZOO položaj dužnika - cesusa ne može se pogoršati po ugovoru o cesiji. Zato mu je i dato pravo da se brani prigovorima prema cesionaru, ali i prigovorima koje je mogao istaći prema cedentu" (prema odluci Vrhovni sud Srbije, broj: Prev-839/97 i Pzz-41/97, od 21. 10. 1998. godine - Bilten sudske prakse privrednih sudova 1999/2; usp.: Vrhovni sud Srbije, broj: Prev-229/95, od 12. 07. 1995. godine - Zbirka sudskih odluka, knjiga XX, sveska I za 1995. godinu, Savezni sud, Beograd, 1996, odluka 113).

<sup>117</sup> Vidi: čl. 9. IFC-Explanatory Note by the UNIDROIT Secretariat, 4.

<sup>118</sup> V. Popović, R. Vukadinović, 440.

<sup>119</sup> Vidi: čl. 444. st. 1. ZOO.

<sup>120</sup> J. Perović, *Moderni ugovori*, 239.

pije naplatiti od klijentovog dužnika zadržava pravo regresa u odnosu na klijenta, izuzev ugovorene cesije umjesto ispunjenja.<sup>121</sup>

### **Razgraničenje faktoringa u odnosu na druge slične ugovorne institute**

Postojanje mnoštva ugovornih elemenata u faktoring poslu može poslužiti kao osnova njegova poređenja s ciljem utvrđivanja sličnosti i razlika u odnosu na druge srodne ugovorne institute (npr. ugovor o djelu, komisijonu, cesiji, cesionom kreditu itd). Tako se ugovor o faktoringu razlikuje od ugovora o djelu jer se poslenik obavezuje isključivo na izvršenje faktičkih radnji, dok faktor preduzima i faktičke i pravne radnje.<sup>122</sup> Ugovor o faktoringu se razlikuje i od komisijonog posla kojim se komisijonar obavezuje da će zaključiti određeni pravni posao u svoje ime a za račun komitenta, dok faktor sve radnje u vezi sa prenesenim potraživanjem obavlja u svoje ime i za svoj račun.<sup>123</sup> Za razliku od navedenih ugovora, znatna sličnost postoji između faktoringa i cesije jer se i jednim i drugim ugovorom obavezuje klijent ili cedent da će prenijeti potraživanja na faktora ili cesionara koja oni imaju prema svojim dužnicima. Kod redovne cesije prenose se postojeća potraživanja (dospjela ili nedospjela), dok se faktoringom u obliku globalne cesije prenosi sva buduća i kratkoročna potraživanja na faktora uz mogućnost ugovaranja del credere funkcije. Time se ova dva naizgled slična ugovora po svom nastanku i cilju međusobno razlikuju u pogledu širine svoga predmeta i ugovorene funkcije del credere na strani faktora.<sup>124</sup> Također, faktoring se razlikuje i od cesionog kredita (kratkoročnog kredita) koji banka daje korisniku kredita, a kao instrument njegovog obezbjeđenja korisnik (cedent) ustupa banci (cesionar) svoja potraživanja od dužnika (cesusa). Po tome se cesioni kredit razlikuje od faktoringa, jer banka ne obavlja del credere funkciju niti upravlja potraživanjima cedenta, nego odobrava kredit koji se obezbjeđuje prenosom potraživanja koja cedent ima prema svojim dužnicima.<sup>125</sup> Ugovor o faktoringu po svojoj pravnoj naravi ima dosta sličnosti ali i razlika u odnosu na ugovor o forfetingu (engl. forfait contract, njem. Forfaitsvertrag) pod kojim se podrazumijeva otkup dugoročnih i budućih potraživanja najčešće nastalih iz ugovora o prometu roba i usluga, bez mogućnosti isticanja regresnog zahtjeva od strane kupca (forfetera) prema prodavaocu potraživanja (klijent-forfetist) u slučaju neuspjele naplate prenesenog potraživanja od dužnika.<sup>126</sup> U njemačkoj pravnoj teoriji forfeting se definira kupovinom kratkoročno-srednjoročnih i dugoročnih potraživanja

<sup>121</sup> Vidi: čl. 444. st. 2. ZOO.

<sup>122</sup> H. Šemić, 337; M. Velimirović, Privredno pravo, 573; M. Vasiljević, 646.

<sup>123</sup> M. Velimirović, Privredno pravo, 573; M. Vasiljević, 646; A. Bikić, 187.

<sup>124</sup> M. Vasiljević, 645; H. Šemić, 337. M. Velimirović, Privredno pravo, 573.

<sup>125</sup> A. Bikić, 187.

<sup>126</sup> V. Gorenc, 40; M. Velimirović, Privredno pravo, 575.

sa rokom trajanja od deset godina uz isključenje odgovornosti forfaitiste za naplativost (bonitet) potraživanja, dok za istinitost (veritet) potraživanja njegova odgovornost uvijek postoji.<sup>127</sup> Izraz "forfait" ukazuje na paušalno preuzimanje rizika od strane forfetera, jer uz forfeting idu ekonomski i politički rizici potraživanja, te pad cijene vlauete u kojoj se naplaćuje preneseno potraživanje.<sup>128</sup> Rokovi dospelosti prenesenog potraživanja na faktora ili forfetera i vremensko trajanje kreditiranja klijenta ili forfetiste se uzimaju kao osnovni kriteriji razlikovanje faktoringa (kratkoročno kreditiranje klijenta) od forfetinga (dugoročno kreditiranje forfaitiste), dok se sličnost između njih može tražiti samo ukoliko se forfeting usporedi sa pravim faktoringom u kojem je ugovorena del credere funkcija.<sup>129</sup> Također, razlika između ova dva ugovora se ogleda u činjenici da se faktoringom prenose nedospjela kratkoročna potraživanja putem globalne cesije, dok se forefetingom prenosi samo jedno potraživanje na banku-forfetera.<sup>130</sup> Ugovor o forfetingu je specifičan metod finasiranja nastao pod uticajem bankarske i poslovne prakse, koji nije regulisan u uporednom pravu kao imenovan ugovor, pa se njega primenjuju pravila autonomnog međunarodnog trgovačkog prava, opšti uslovi poslovanja, tipski i formularni ugovori, kao i odgovarajuće norme trgovačkog i obligacionog prava zemlje čije pravo bi bilo mjerodavno za primjenu.<sup>131</sup> Za razliku od faktoring koji se prvenstveno koristi u domaćem pravnom prometu, faktoring nailazi na široku primjenu u međunarodnom prometu u obliku ugovora o međunarodnom forfetingu koji nastaje između inostranog uvoznika (forfeter) i domaćeg izvoznika (forfetist) s ciljem otkupa dugoročnog potraživanja koje domaći forfetist ima prema trećem licu, bez mogućnosti inostranog forfetera na isticanja regresnog zahtjeva u slučaju da ono ne bude naplaćeno.<sup>132</sup> Za određivanje njegovog međunarodnog karaktera zahtjeva se da forfeter i forfetist imaju sjedišta u različitim

<sup>127</sup> Prema § 437 BGB-a prodavac potraživanja ne odgovara za ispunjenje, on odgovara samo za njegovo postojanje.... O problematici njegove primjene u praksi: C. Bannier, *Die Schuldrechtlichen und wechselrechtlichen Haftungsprobleme bei der Forfaitierung von Exportforderungen*, Dissertation, Zugleich Universität Postdam, TENEA, Berlin, 2005, 7-9; S. Kümpel, 1118, Rn. 7.253; V. Gorenc, 40; usp.: Presuda Bundesgerichtshof, BGH u 21. juni 1994 XI ZR 183/93, BGHZ 126, 261.

<sup>128</sup> S. Kümpel, 1118, Rn. 7.253.

<sup>129</sup> A. Bikić, 186; usp.: H. Šemić, 338. M. Velimirović, *Privredno pravo*, 577; D. Stojanović, B. Pavičević, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997, 130; M. Vasiljević, 648.

<sup>130</sup> M. Velimirović, *Privredno pravo*, 578; V. Kapor, S. Carić, *Ugovori robnog prometa*, XI-izdanje, Novii Sad, 2007, 546.

<sup>131</sup> Povećanje obima međunarodne trgovine i potreba za produženjem kreditnih rokova uticali su na razvoj forfetnog finansiranja. Prvi ugovor zaključen je 1965. godine u Švicarskoj. Kasnije je ovaj način finansiranja prihvaćen u Njemačkoj, Austriji i Italiji. U svijetu se danas dosta koristi u onoj mjeri u kojoj je razvijen sistem kreditiranja. U SAD forfeting poslovi zbog dodatnih zahtjeva u pogledu dokumenata, gotovo da ne postoje ili su u nastanku.. (V. Kapor, S. Carić, *Ugovori robnog prometa*, XI-izdanje, Novi Sad, 2007, 542-543; V. Popović, R. Vukadinović, 443; M. Vasiljević, 646-647).

<sup>132</sup> C. Bannier, 1-2. M. Velimirović, *Privredno pravo*, 576-577. V. Kapor, S. Carić, *Ugovori robnog prometa*, XI-izdanje, Novii Sad, 2007, 547.

državama. Međutim, međunarodni faktoring se često ostvaruje sudjelovanjem banke domaćeg i banke inostranog uvoznika što dovodi do uspostavljanja više pravnih odnosa koji su međusobno ciljno povezani.<sup>133</sup> Tako se domaći izvoznik nalazi u pravnom odnosu sa svojim dužnikom iz nekog ugovora sa trajnim izvršenjem obaveza<sup>134</sup> i bankom (forfeterom) po osnovu zaključenja ugovora o forfetingu, dok se inostrani uvoznik nalazi u pravnom odnosu sa bankom koja po njegovom nalogu obavlja bankarske poslove u vezi forfetinga. Najčešće tehnike kojim se prenose potraživanja na forfetara su cesija,<sup>135</sup> dokumentarni akreditiv<sup>136</sup> i otkup mjenice.<sup>137</sup>

### Zaključak:

Historijski razvoj i tendencije širenja faktoring poslova su pokazale da agenturni ili komisioni odnos kao rudimentaran oblik njegovog prapočetka nije bio dovoljan za ostvarenju nekih složenih zadataka diktiranih razvojem produkcionih odnosa i potrebom akceleracije novčanog kapitala tržišnih subjekata. Određenje pravne prirode faktoring posla i ugovora o faktoringu kao instrumenta njegove realizacije predstavlja složen teorijski problem kojim se prvenstveno bavi teorija trgovačkog prava ali u posljednje vrijeme i bankarskog prava zasnivajući svoja gledišta zavisno od rezultata ispitivanja pojedinih elemenata njegove strukture ili funkcija koje određuju pojedine njegove tipove. Lepeza usluga koje faktor pruža klijentu prihvatanjem ponuđenih faktura na osnovu okvirnog ugovora o faktoringu se može kretati od kreditiranja, obavljanja različitih usluga u domenu marketinga i računovodstva, te

<sup>133</sup> M. Vasiljević, 647.

<sup>134</sup> Forfeting kao oblik finansiranja javlja se kod krupnijih pojedinačnih poslova o isporuci opreme, izgradnje objekata po sistemu "ključ u ruke", ili izvođenja investicionih radova sa odloženim rokovima plaćanja od jedne do nekoliko godina (M. Velimirović, Privredno pravo, 576;

<sup>135</sup> Prenos potraživanja putem cesije je jedan od klasičnih načina na koji se može obaviti posao finansiranja putem forfetinga bez promjene dotadašnjeg položaja dužnika (M. Velimirović, Privredno pravo, 579.

<sup>136</sup> Kod dokumentarnog akreditiva poslovna banka (forfeter) u momentu dospelosti plaćanja podnosi akreditivnoj banci ili od nje ovlaštenoj banci akreditivna dokumenta na osnovu kojih se dokazuje da su ispunjeni uslovi za naplatu potraživanja u akreditivnom iznosu. Da bi akreditiv mogao da se prenese potrebno je da se o tome saglase svi učesnici u akreditivnom poslu, jer su i akreditivna banka i nalogodavac zainteresovani da obaveza bude ispunjena prvobitnom korisniku akreditiva (šire o tome: Z. Petrović, V. Kozar, Sredstva obezbeđenja potraživanja iz ugovora o privredi, Beograd, 2009, 165-180; usp.: V. Popović, R. Vukadinović, 447-448).

<sup>137</sup> Forfetiranje na osnovu otkupa mjenica predstavlja u međunarodnoj bankarskoj praksi najčešći oblik u kome se sprovodi postupak forfetiranja. Kod ovog prenosa izvoznik ili prodavac se pojavljuje kao trasant i remitent mjenice koju vuče na uvoznika, kao trasata i kasnijeg akceptanta. Međutim, trasirane mjenice povlači za sobom i određene probleme jer prema Ženevskim konvencijama o mjenici, izvoznik, kao trasant ne može osloboditi od odgovornosti za njenu isplatu jednostavnim unošenjem kluzule "bez regresa" na samoj mjenici, već jedino kao indosant. Zbog toga se kod prenosa ove mjenice odricanje od prava na regres vrši posebnom izjavom ili ispravom. Formu isprave određuje pravo države izvoznika (M. Velimirović, Privredno pravo, Srpsko Sarajevo, 2009, 579; D. Stojanović, B. Pavičević, 129; V. Popović, R. Vukadinović, 445-446 i 451). Otuda se u zemljama sa ovim mjeničnim režimom može otkupljivati mjenično pravno potraživanje u poslu forfetiranja ako je riječ o sopstvenim mjenicama (kod kojih je dozvoljeno unošenje klauzule "bez regresa") ili uz korištenje mjenica angloameričkog prava... (M. Vasiljević, 647).

davanju del credere garancije od strane faktora što ukazuje da se funkcije faktoring posla mogu u znatnoj mjeri prilagoditi interesima obiju stranka, uspostavljanjem takve konstrukcije ili trajnijeg odnosa kojim se najšire gledano komercijalno poslovanje jednog subjekta u prometu roba i usluga može gotovo u cijelosti odvojiti od proizvodnog ciklusa a da se pri tome ne ugrozi njegova ekonomska samostalnost. Suštinu faktoring posla predstavlja funkcija kreditiranja koju faktor ostvaruje bilo avansom ili diskontom potraživanja klijenata iz ugovora o prometu roba i usluga. Cesija kao klasični i često korišteni oblik prijenosa postojećih potraživanja između cedenta i cesionara je zamijenjena formom globalne cesije ne samo postojećih nego i budućih potraživanja kako dospjelih tako i nedospjelih s ciljem kontinuiranog obezbjeđivanja dodatnog kapitala za proširenje postojećeg poslovanja subjekta privrede i preduprijeđenja određenih rizika koje na sebe preuzima faktor kao specijalizirano društvo ili bankarska institucija. Globalna cesija putem koje se odvija prenos potraživanja sa klijenta na faktora je sredstvo realizacije ugovora o faktoringu, ona se ne može gledati kao bezuslovno prihvatanje ponuđenih potraživanja, jer faktor uvijek može odbiti da prihvati ona potraživanja za koja sumnja shodno rezultatima prethodnog ispitivanja platežne sposobnost klijentovog dužnika da će ona biti ispunjena, što uopće ne utiče na okvirni odnos kada se on gleda u cjelini. Ova tehnika prenosa potraživanja nije ništa drugo do derivirani oblik pravila građanskopravne cesije koju poznaju i dozvoljavaju sva savremena građanska zakonodavstva (izuzetak je Francuska). Kod izvršenog prenosa potraživanja na faktora postoji obaveza notifikacije klijentovog dužnika koja nije uslov njegove punovažnosti. Ovo obavještenje štiti ne samo dužnika u odnosu na faktora nego i faktora u odnosu na druga lica u slučaju izbora mjerodavnog prava i sukoba prioriteta između više povjerioca, te višestrukog ustupanja istog potraživanja i stečaja. Sa prijenosom glavnog potraživanja na faktora prelaze i sporedna potraživanja, što može imati negativne posljedice u opisanom slučaju tzv. proširenog zadržavanja prava vlasništva u korist klijenta koji kreditira svoga dužnika. Zabrana prenosa potraživanja predviđena ugovorom između klijenta i njegovog dužnika ne obavezuje faktora ukoliko je ono na njega preneseno potraživanje a ispunjava dodatne uslove da se primjeni ICT dok prenos potraživanja protivno zabrani u poslu domaćeg faktoringa povlači njegovu ništavost. Slično pravilima redovne cesije klijentov dužnik (cesus) može upotrijebiti prema faktoru (cesionar) sva ona odbrambena sredstva koja je do momenta ustupanja mogao istaknuti klijentu (cedent). Kako je ugovor faktoringu sui generis ili mješoviti ugovor sastavljen od mnoštva ugovornih elemenata, koji zajedno tvore cjeloviti faktoring posao, moguće je njegovo poređenje sa drugim ugovornim institutima (npr. ugovor o forfetingu, djelu, komisionu, cesiji, cesionom kreditu itd.) s ciljem utvrđivanja međusobnih

sličnosti i razlika. Iznesena problematika razvoja i unaprijeđenja faktoring poslova u BiH pokazuje da se jedna ekonomsko-pravna pojava teško može obuhvatiti stihijskim djelovanjem prakse faktoring poslovanja ukoliko ne postoji odgovarajuće pravno ruho i svijest privrednih subjekata o njegovom značaju kao instrumentu pogodnom da se funkcija kreditiranja proširi i na one slučajeve u kojima se može stimulatивно djelovati u odnosu na klasične metode (kredit) aktiviranja imovine malih i srednjih kompanija u domaćem i međunarodnom pravnom prometu.

## **NORMATIVE REGULATION OF FACTORING CONTRACT IN TERMS OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL SOURCES OF LAW**

### **Summary**

Under existing conditions of business activity, there are certain difficulties in the field of financing and granting funds to business entities, operating on national and international level, and attempt to overcome them is made by introduction of specific methods, techniques and contractual instrument.

One of these methods is factoring business and factoring agreement, as the contractual instrument of its realization, which emerged in the mid 1950s, in United States of America. There is no unified opinion in legal theory and legislation in different countries, in terms of terminology, conceptual and legal definition of the factoring contract. This paper analyzes the existing legislation and its shortcomings for the successful realisation of the factoring operations in Bosnia and Herzegovina, which is mostly relying on sphere of autonomy of the contractual parties and combining elements of existing designated contracts, such as contract of assignment, service contract, loan agreement, agreement on bank guarantee and contract of commission. Starting from the specific structure and different types of factoring agreements affecting the rights and obligations of contractual parties, and its demarcation with other similar agreements, this paper seeks to answer questions of improving the factoring business and the existing legal framework in BiH, by introduction of special rules in existing Law on obligations or adopting special regulations that will relate to these topics with particular emphasis on solutions provided by the Convention on International Factoring made under the UNIDROIT.

**Ključne riječi:** factoring business, factoring agreement, precontract, notification, del credere risk.