

УДК: 339.187.6

Biblid 1451-3188, 16 (2017)

Год XVI, бр. 60, стр. 188-197

Изворни научни рад

ЕЛЕМЕНТИ ПОСЛОВА ФИНАНСИЈСКОГ ЛИЗИНГА

др Добрица ВЕСИЋ¹

ABSTRACT

In this paper are analysed different operations of financial leasing in the European Union and developing countries, whose model law is a good example of its exploitation in practice. In the total number of leasing business, the predominant type is financial leasing, and a large number of issues in this domain was regulated at the end of the last century. However, there remain a considerable number of countries, especially developing ones still in transition, which permanently lack capital. Those countries still experience some difficulties in harmonizing the growing needs in the area of financing on the basis of leasing operations. In the national legal systems, most of the legal aspects are not explained enough. Therefore, UNIDROT under whose auspices was adopted the Convention on financial leasing, launched a new initiative in the field of general unification of the leasing transaction. Back in 2007, this resulted in the conception of the text of the model law. This paper reviews the results of applying this model of financial leasing operations. The model law primarily refers to countries that have not developed a commercial practice of leasing operations.

Key words: The model law, leasing operations, developing countries, capital.

1) УВОД

У савременој хармонизацији правних норми, у било којој делатности, ефикасно може да послужи модел закона као добар пример у операционализацији овог процеса. Пример лизинга је врло илустративан у овом поступку, јер је врло комплексан и не толико примењиван у Србији

¹ Институт за међународну политику и привреду, Београд. Е-маил: dobrica@diplomacy.bg.ac.rs. Рад представља део научног пројекта Института за међународну политику и привреду: „Србија у савременим међународним односима – стратешки правци развоја и учвршћивања положаја Србије у међународним интегративним процесима – спољнополитички, међународни економски, правни и безбедносни аспекти”, финансираног од стране Министарства, просвете, науке и технолошког развоја Владе Републике Србије (евиденциони број: 179029).

колико у земљама чланицама Европске уније. При томе, треба имати у виду да у укупним лизинг пословима доминира финансијски лизинг, а велики број питања из тог домена уређено је још крајем прошлог века. Међутим, и даље приличан број земаља, првенствено оних у развоју и које су још у закаснелој транзицији, којима перманентно недостаје капитал, и даље има одређених тешкоћа у усклађивању нарастајућих потреба у домену финансирања по основу лизинг послова. У националним правним системима нису довољно разјашњена већина правних аспеката овог посла. Стога је UNIDROT, под чијим је покровитељством својевремено усвојена и Конвенција о финансијском лизингу, покренуо нову иницијативу у домену опште унификације лизинг посла. Управо она је још 2007. године за резултат имала конципирање текста Модел закона. Овај рад има за циљ да пружи објашњења у вези резултата примене овог модела операција финансијског лизинга. У предметном случају ради се о „мекшем“ облику унификације какав је модел закона, за разлику од „тврђег“ облика унификације реализованог у облику међудржавне конвенције која је коришћена за унификације материје финансијског лизинг посла.

2) СВРХА

У бројним процесима хармонизације правне регулативе и норми на нивоу Европске уније користи се пример „Модел закон“ као основни модел у увођењу стандарда. Основна сврха примене овог модела је убрзавање процеса усклађивања, посебно у областима које су осетљиве на финансијске поремећаје који доводе до финансијске и опште економске кризе. У том смислу искуства у примени финансијског лизинга су бројна и драгоцена, за његову ефикасну и ефективну примену на турбулентном финансијском тржишту. Са аспекта унификације „Модел закон“ представља „лабавији“ облик унификације у одређеној области, тако да не подлеже ратификацији што је обавезно када је у питању међународна конвенција, нити се мора транспоновати у домаће право у идентичном облику у коме је донешен. Једно од најзначајнијих питања при унификацији текста је примена строгог правила о извршењу обавеза, плаћања накнаде, и поред промењених, погоршаних, околности (губитак, застарелост, неупотребљивост објекта). Потом се јавило питање могућности преноса односно уступања уговорних права и обавеза трећем лицу, а при томе веома је важно да ли се ради о даваоцу или кориснику лизинга. У претходним расправама о унификацији детаљно је третирано питање заштитних мера у корист странака, обавеза испоручиоца и начина његовог комуницирања са странама у лизинг уговору, као и специфичностима у вези са накнадом штете. Потом се појавило питање могућности даваоца лизинга да преузме објекат лизинг посла који му служи као обезбеђење и ван редовног поступка (скраћено и упрошћено), што би било моћно средство обезбеђења и заштите даваоца лизинга али, с друге стране, и моћно средство за потенцијалне злоупотребе и

стављање у неповољнији положај корисника лизинга (који је, иначе, по редовном стању ствари у врло неповољнијем положају). Међутим, овакав концепт (скраћеног и убрзаног поступка повраћаја предмета лизинга, нарочито финансијског), већ постоји у националним законима појединих земаља. Оваква или слична решења конципирају се на захтев јаког лобија финансијера односно давалаца лизинга. Следеће питање у унификацији, било је и питање слободе уговарања које се решавало утврђивањем минимума одредаба које су императивног карактера, с једне стране, и као такве обавезне, док су све остале одредбе диспозитивне природе, с друге стране. То је оно што омогућава уговорним странама да та питања уреде и на други начин, односно у складу са својим споразумом. Стога, приликом конципирања текста Модел закона тежило ка већем појашњењу одређених компликованијих и спорнијих питања. Међутим, тежња ка експликацији и симплификацији нема увек само позитивне ефекте, јер се у жељи да се неки концепт учини приступачним постиже и супротан ефекат, а то је у извесној мери био и случај и са овим нацртом. Модел закона је требало да има шири опсег примене од Конвенције о лизингу, имајући у виду да се односио не само на тространу лизинг операцију већ и на остале облике лизинга, односно на закуп уопште. Највише потешкоћа у земљама кандидатима за чланство у ЕУ изазвало је уређење финансијског лизинга, и то првенствено његов тространи облик, јер је он врло специфичан. С друге стране, много мање проблема изазива оперативни лизинг, док су сви остали облици, у ствари, облици закупа који је као такав већ уређен облигационим правом. По питању ефеката дејства лизинг уговора неки чланови Модела закона су императивне одредбе а остали диспозитивне природе. То значи да се само императивне одлуке безпоговорно морају поштовати и спроводити док се све остале одредбе могу мењати вољом странака, која превасходно представља вољу јаче стране, па се диспозитивност практично очитује у могућности уношења клаузуле које служе да мењају одредбе уговора на начин који одговара даваоцу лизинга, као економско јачој страни. Остали аспекти посла, који по својој природи представљају дејство уговора међу странама, још су значајнији од питања диспозитивности односно императивности норми. Ту спадају питање (принудног) извршења, првенства односно приоритета потраживања, одговорности за смрт, повреде и штете нанете имовини трећих лица као и најважније питање „проширења“ обавеза испоручиоца, односа између испоручилаца и корисника лизинга (страна која нису у формалном уговорном односу а јесу у фактичном).

3) МЕРЕ ЕУ

Модел закона је изабран као најефикаснији вид унификације у области лизинг пословања имајући у виду специфичности процеса унификације с једне, и самог посла с друге стране. На овај избор утицало је и постојеће стање у

међународном лизинг пословању. Међутим, без обзира да ли земље у развоју имају или немају националне прописе о лизинг пословању сугестије од једног таквог међународног тела као што је UNIDROIT увек су веома потребне и корисне. Кад се ради о „врстама“ лизинга одмах је перфектуирано да лизинг непокретности, софтвера као и потрошачки лизинг неће бити третирани у унификацијском тексту. С друге стране односио се на секундарни лизинг (под-лизинг). Већ у прелиминарним разматрањима (током 2006. године) потврђено је да ће коначни облик унифицираног текста имати облик модел закона, те да се у том модел закону о лизингу узму у обзир и општа правила уговорног права, која је у својим општим начелима конципирао и UNIDROIT. У ствари, то је проширена и модификована верзија решења коју је успоставила међународна Конференција о финансијском лизингу.² Технички, модел закона је подељен по областима питања и садржи преамбулу и четири поглавља. Поглавља се односе на опште одредбе, дејства уговора, извршавање уговора, као и неизвршење обавеза и њихове последице. Текст Модел закона може бити пренет у (свако) национално законодавство (као такав је дат од стране UNIDROIT-а, те национални законодавац може вршити и „коректуре“.

4) САДРЖАЈ

Модел закона представља, без обзира на мањи степен обавезности, врло значајан вид уједначавања права, нарочито у областима где не постоји саобразност у решавању неких битних питања. За разлику од Конвенције која уређује међународни финансијски лизинг посао, текст Модел закона односио се на лизинг посао у националним оквирима. Међутим, многа решења су им слична или бар приближно слична, а нека решења су побољшана или боље појашњена. С друге стране, нека решења су донекле лошије дефинисана па могу изазвати одређене контроверзе, ако би задржале предложени облик. Приликом започињања рада на конципирању унификационог текста пред стручњацима UNIDROIT-а нашло се неколико питања чије је претходно решавање битно утицало на сам генерални концепт унификације. Постојала су бројна спорна питања по којима је требало заузети одређени став. Међутим, за већину претходних питања начелан став је унапред био донет приликом усвајања Конвенције о међународном финансијском лизингу, али су нека и поново актуелизована приликом усвајања Модел закона. Прво је било постављено питање да ли се нова решења односе само на финансијски лизинг или и на све друге облике, односно класични облици закупа, како их

² Она је, углавном, на задовољавајући начин уредила сва значајна питања о лизингу и успоставила равнотежу, у доброј мери, међу уговорним странама. Међутим, нека питања су ипак остала нејасна или теже разумљива.

конципира облигационо право. Осим питања разграничења врста лизинга стручњаци UNIDROIT-а задржали су се и на питању дефиниције финансијског лизинга, постављено је питање треба ли у дефиницију да уђе и одредба да ли се давалац лизинга неће мешати у избор опреме код испоручиоца, што је најчешћа варијанта и пословна пракса. Осим тога, ова додатна експликација постоји и у облику међународне Конвенције о лизингу. Нацрт Модел закона уређује финансијски, као и све послове закупа (*lease*) различитог од финансијског лизинга, чији је предмет ствар (добро) које се користи у привредном пословању. Поред финансијског, значај са становишта привреде (мада знатно мањи), има још само оперативни лизинг. Иначе, треба напоменути да оперативни лизинг у уговорном смислу не одступа од „шема“ обичног „класичног“ закупа.³ У Модел закону су унешени појмови добро (*goods*) и имовина (*asset*), а друго, не мање значајно питање, тиче се намене тих добара јер добра морају служити одређеној сврси, односно користе се искључиво за трговину и пословање. Предмет уговора може бити опрема, постројења, погони, капитална добра, будућа имовина, као и живе и нерођене животиње. Нацрт Модел закона садржавао је и дефиниције свих важнијих појмова које уређује, а дефиниције се односе углавном на стандардне категорије за ову врсту послова. Поред дефиниција финансијског лизинга и лизинга, односно закупа уопште, уговора о испоруци, даваоца и корисника лизинга и испоручиоца опреме, Модел закон садржи и друге дефиниције појмова везаних за лизинг пословање. Међутим, неке од дефиниција могу изазвати одређене недоумице. У складу са дефиницијом у Модел закону, финансијски лизинг је посао закупа са или без опције куповине, у коме корисник лизинга бира испоручиоца и утврђује спецификацију (карактеристике) опреме, а давалац лизинга набавља имовину (опрему), односно стиче право држања (*possession*) и употребе опреме у складу са лизинг уговором, о чему испоручилац мора имати сазнање. Коначно рате лизинг накнаде (или други начини плаћања накнаде) морају узимати у обзир амортизацију целог или претежног дела вредности опреме, односно даваоачеве инвестиције. Закуп, односно сви други облици лизинг посла, дефинисан је као трансакција у којој једна страна преноси право на државину и коришћење одређене ствари другој уговорној страни, на одређени период у замену за одређену накнаду.⁴ Обични закуп дефинишу сва национална облигациона права, осим тога и оперативни лизинг је у ствари, по структура права и обавеза, „обичан“ закуп (нема неких нарочитих специфичности). Појмови даваоца и корисника лизинга (закуподавца и закупца) као и испоручиоца потпуно су јасни и недвосмислени.

³ И. Спасић, Општа унификација *leasing* посла, Правни живот, Београд, бр. 12/2007, стр. 383-403.

⁴ Ова дефиниција обухвата и појам под-леасинг (односно под-закупа) уколико одрђени контекст не указује на супротно.

Када се ради о конкретним обавезама испоручиоца код финансијских лизинг уговора оне су „проширене“ и на корисника лизинга (који није с њим у уговорном односу). Ово је битна специфичност финансијског лизинг посла. Питање „проширења“ обавеза испоручиоца стоји у директној и непосредној вези са питањем одговорности испоручиоца. Оба ова питања (заправо нераскдиво повезана) су у Модел закону добро дефинисана и не остављају место сумњи о могућности непосредног контакта страна у лизинг послу које нису у уговорном односу (корисник и испоручилац предмета лизинга). Модел закон је као специфичне, са аспекта одредби о извршењу лизинг уговора, нарочито истакао чињенице неопозивости преузетих уговорних обавеза и са тиме повезане независности обавеза извршења уговора. Код финансијског лизинг посла обавезе корисника лизинга према даваоцу постају неопозиве када лизинг уговор ступи на снагу – код закупних уговора различитих од финансијског лизинга, странке се могу договорити да корисникове (дужникове) обавезе према даваоцу (повериоцу) могу бити неопозиве и независне, нарочито одређујући (идентификујући) их као такве (појединачно). Ове обавезе морају се извршавати, без обзира да ли је друга страна извршила своју обавезу или није.⁵ Одредбе о независности и неопозивости обавеза имају веома велики значај и резултат су уобичајене пословне праксе. Прављење разлике између финансијског и других облика лизинг послова у вези са неопозивошћу и независношћу одредаба је логично и има веома много смисла. Питања ризика губитка (предмета лизинга) решено је тако што је направљена разлика између финансијског (прелази на корисника лизинга и других облика лизинга (ризик сноси давалац лизинга). Због изузетно великих ризика улога осигурања код лизинг послова веома је значајна и незаобилазна. У непосредној вези са питањем ризика је и питање сношења трошкова, које је уређено по истом принципу. Основне трошкове посла сноси корисник лизинга који економски искоришћава објекат лизинга. У случају да опрема уопште није испоручена или да је испоручена само делимично, да је испорука закаснила или да није у складу са одредбама уговора то кориснику лизинга даје права која се односе на одбијање пријема испоруке.⁶ У вези са чињеницом настанка штете на опреми и њене последице нацрт Модел закона предвиђа ситуацију настанка штете било које од уговорних страна из лизинг уговора и то у времену пре испоруке опреме, да се прави разлика у последицама настанка штете у зависности од тога да ли се ради о финансијском лизингу или неком другом облику. Код ове врсте лизинг посла постоји више алтернатива али су у

⁵ Осим случаја када је страна којој се обавеза дугује раскинула лизинг уговор или се изричито са њим сложила.

⁶ Решења предвиђена у нацрту Модел закона о лизингу одговарају решењима која постоје у пословној пракси, а идентична решења садржи и Конвенција о финансијском лизингу.

питању права корисника лизинга будући да друга страна (давалац лизинга) није извршила обавезу у складу са уговором. У оба случаја мора се утврдити стање опреме, према уобичајеним начинима и методама.⁷ Кад код финансијског лизинга, без кривице странака, дође до штете на опреми (пре њене испоруке) корисник може захтевати утврђивање стања (инспекцију) и, по избору:

- прихватити опрему, уз накнаду од испоручиоца за умањење вредности, али без могућности других захтева (права) према испоручиоцу, или пак,
- тражити примену неопозивости одредаба уговора (овај став представља новину будући да корисник може захтевати извршење обавезе у складу са одредбама уговора).

Накнада штете од даваоца лизинга није предвиђена, што је доста логично будући да је давалац лизинга само финансијер посла, а испоручиоца бира сам корисник лизинга.

Када се ради о лизингу који није финансијски, када је штета настала без кривице даваоца или корисника лизинга, а пре него што је опрема испоручена кориснику, постоји могућност да:

- лизинг посао оконча уколико је штета (на предмету лизинга) тотална;
- уколико је штета делимична, корисник може захтевати инспекцију, и по избору, уговор сматрати окончаним, или прихватити такву опрему и за умањење износа накнаде (да би се успоставио баланс у уговору).

У овом другом случају корисник нема могућности других захтева (права) према даваоцу лизинга. Детаљно утврђивање варијаната и последица неизвршења обавеза свакако није лоше јер оставља најмање могућности за недоумице, сумње и злоупотребе (од финансијски доминантне стране). Што се тиче прихватања опреме оно наступа када корисник потврди даваоцу или испоручиоцу да опрема задовољава услове из уговора, или када пропусти да одбије опрему упркос чињеници да има могућност утврђивања њеног стања (инспекције), или пак током њеног коришћења. Када је опрема прихваћена а не задовољава услове уговора код финансијског лизинга, корисник лизинга је овлашћен да захтева накнаду од испоручиоца, код других облика лизинга корисник лизинга је овлашћен да захтева накнаду од даваоца лизинга. У вези са могућношћу одбијања опреме предвиђене су различите последице у зависности од тога да се ради о финансијском или другом облику лизинга. Код финансијског лизинг посла када опрема није испоручена или је испоручена делимично, када је испорука опреме закаснила или није саобразна уговору, корисник је овлашћен да тражи испоруку одговарајуће опреме уз друге мере предвиђене законом. Међутим, кад се ради о другом типу лизинг посла

⁷ М. Васиљевић, Трговинско право, Београд, 2006, стр. 62.

(различитог од финансијског) опрема није испоручена или је испоручена делимично, када је испорука опреме закаснила или није саобразна уговору, корисник је овлашћен да прихвати опрему, да одбије опрему или оконча уговор. Када је корисник прихватио опрему он може да одбије само ако несаобразност суштински умањује вредност опреме, и ако је опрему прихватио незнајући за несаобразаност јер су постојале тешкоће око њеног утврђивања, или пак ако је опрему прихватио уз гаранције даваоца лизинга. Када је корисник одбио опрему он је онда овлашћен да обустави плаћање накнаде све док неодговарајућа испорука није исправљена и да поврати све рате и унапред плаћене износе осим разумне суме која одговара вредности за корист коју је корисник имао од опреме. Међутим, кад корисник одбије опрему, а време (рок) за извршење није још истекао, давалац или испоручилац имају право да исправе грешку у оквиру уговореног времена (рока). Кад се ради о уступању (преносу) права предвиђа се да давалац лизинга може уступити права из лизинг уговора другом лицу без пристанка корисника. Корисник лизинга може пренети права и обавезе из лизинг уговора на друга лица само уз пристанак даваоца. Странке се морају унапред договорити о оваквим трансферима права и обавеза. Оваква решења су сасвим у реду са ставовима облигационог права. Када је у питању гаранција за исправност и употребљивост (функционисање) опреме код финансијског лизинга она се подразумева (у складу са општим правилима трговачког права и привредног пословања) у оквиру уговора о испоруци, и може бити извршена само према испоручиоцу. Код осталих врста лизинг уговора ова гаранција се нормално садржи у лизинг уговору и давалац лизинга је обавезан да гарантује за исправност и употребљивост опреме. Посебно се истиче обавеза корисника лизинга да води рачуна о опреми, користи је разумно и на начин на који се таква опрема уобичајено користи и да је одржава у стању у коме је испоручена имајући у виду нормално трошење и хабање. У случајевима када произвођач или испоручилац дају упутства за употребу опреме поступање по овим упутствима сматра се испуњавањем горње обавезе. Када се лизинг уговор оконча корисник мора вратити опрему у стању у ком је примљена (осим ако је не откупљује или не продужава уговор). С друге стране, када је у питању неизвршавање уговорних обавеза и њихове последице од страна у уговору о лизингу тражи се шта конкретно за њихов споразум представља неизвршење уговорних обавеза, а овај споразум мора бити у писаном облику. У случају одсуства споразума неизвршавањем обавезе сматра се пропуштањем једне стране да изврши обавезу која произилази из обавеза лизинг уговора. Такође је утврђена обавеза слања обавештења (нотице) о чињеници неизвршења уговорне обавезе другој уговорној страни. Обавештење се доставља у случају неизвршења обавезе, неизвршења битне обавезе, затим као обавештење о (принудном) извршењу, као и обавештење о окончању уговора. Приликом слања обавештења неопходно је да страни која није извршила обавезу буде остављено разумно време за њено евентуално извршење. Одредбе о накнади

штете односе се на неизвршење или мањкаво извршење обавеза друге стране. Ове одредбе су уобичајене и логичне, а сасвим је друго питање да ли је у неким случајевима требало дати право корисника лизинга и на накнаду штете или не. Стога је предвиђен начин накнађивања (ликвидације) штете када је, у складу са одредбама лизинг уговора, једна страна обавезна да другој накнади штету у виду исплате одређеног износа, односно страна је овлашћена да захтева исплату тог износа. Овај износ, при томе, може бити сведен на „разумну меру“ када он увелико превазилази штету која је настала из неизвршења обавезе. Одредбе овог члана су императивне природе и не могу се мењати вољом странака. Окончање лизинг уговора обрађено је у посебном одељку, како од стране даваоца тако и од стране примаоца. Сви разлози за престанак уговора су неспорни, ипак раскид због битне повреде уговора претпоставља детаљније тумачење. Одредбе о повраћају предмета лизинга веома су кратке и предвиђају да давалац може да поврати државину на опреми када се лизинг уговор оконча. Корисник у случају окончања уговора има право да се „ослободи“ опреме. Могућност одузимања предмета лизинг уговора јесте гаранција за даваоца да ће корисник извршавати своју обавезу. Међутим, ако се ипак деси да корисник не извршава обавезу (пре свега плаћање рате лизинг обавезе) предмет лизинга може бити и одузет вансудском интервенцијом, али то може бити и предмет злоупотребе јаче стране и веома неповољна солуција по корисника лизинга.

6) ДАТУМ СТУПАЊА НА СНАГУ

Усвајањем и ступањем на снагу Конвенције о међународном финансијском лизингу, која је донета у Отави још 28. маја 1988. године, ступила је на снагу крајем те године пошто је ратификована од довољног броја држава. Модел закон донет је 31.10. 2006. године, у свом основном облику, који је потом допуњаван и усавршаван по основу неколико Директива донетих од Савета ЕУ. Закони о финансијском лизингу доношени су, на нивоу држава чланица, током 2011, 2015. и 2016. године.

6) ИЗВОРИ

- UNIDROIT, Study LIXA-a Doc. 2, 2005.
- „Конвенција о међународном финансијском *leasingu*“, Страни правни живот, Београд, 1989/2.
- Петровић, П., Маркетинг стратегија и међународно пословање предузећа, Институт за спољну трговину, Београд, 1997.
- Петровић, П., Међународне финансије у новој архитектури, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2014.

- Спасић, И., Општа унификација леасинг посла, Правни живот, Београд, бр. 12/2007.
- Васиљевић, М., Трговинско право, Београд, 2006.

7) ЗНАЧАЈ ЗА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ

Модел закон може послужити „за углед“ националном законодавцу приликом креирања адекватног домаћег прописа а, с друге стране, представља својеврстан узор односно образац и за пословну праксу неке земље. Стога када се конкретни принципи унификације примене на конкретну ситуацију лизинг посла евидентно је да модел закон може корисно послужити уговорним странама – привредницима из земаља у развоју, будући да те земље немају развијену праксу операција финансијског лизинга, а често немају ни уређену законску регулативу из домена ових послова. За разлику од прописа о финансијском лизингу која већина земаља у развоју није имала, прописе који се односе на (остале) облике лизинга а то су, практично, облици закупа (и понегде облика купопродаје) углавном имају и све земље у развоју. У односу на друге облике лизинга у Србији су, углавном, присутни финансијски и оперативни лизинг послови. Решења која су дата у српском закону о лизингу значајна су првенствено са аспекта повећања реда и правне сигурности који уносе у компликоване односе уговорних страна у лизинг послу. Закон о финансијском лизингу у Србији се уклапа (или барем велики део решења) у концепт Модел закона који се, опет, добрим делом уклапа са текстом у Конвенцији.