

*Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UGOVOR O FINANSIJSKOM LIZINGU DISTRIBUCIJA RIZIKA I PRAVNA ZAŠTITA INTERESA

Sažetak: *U radu se razmatra pitanje distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa, pre svega ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga, ali i javnih interesa i interesa pravne sigurnosti uopšte. Navedeno pitanje je kompleksno i proizilazi iz specifičnosti ugovora i njegove sadržine. Iako i primaocu lizinga pruža određene pravne mehanizme za zaštitu njegovih interesa, naše pravo pre svega, je konceptualno usmereno, da pravno zaštiti interese davaoca lizinga, a time i pruži odgovarajuće garancije stranim ulagačima, koje želimo privući u oblast finansijskog lizinga. Takav pristup ne mora nužno da znači bitnu manjkavost u regulisanju, posebno ako se to pitanje posmatra u širem kontekstu.*

Ključne reči: *finansijski lizing, ugovor, distribucija rizika, pravna zaštita interesa, javni interesi, pravna sigurnost, davalac lizinga, prima-lac lizinga, pravno regulisanje*

Ugovor u finansijskom lizingu, ko savremeni oblik privrednog poslovanja je nastao kao odgovor na promenjene ekonomske prilike nastale ubrzanim privrednim razvojem, sredinom XX veka. U okviru različitih vrsta lizinga, najvažnije mesto pripada sigurno ugovor o finansijskom lizingu. Radi se o najznačajnijem i najsloženijem oblik lizinga. I za njega važi da se radi o netipičnom, kompleksnom, tj. hibridnom ugovoru, koji u sebi sadrži elemente do tada poznatih, klasičnih ugovora.

I naš zakonodavac, rukovođen bitnim praktičnim razlozima, nije mogao izbeći da za predmet svoje regulacije postavi navedeni ugovor. Osnovni razlog za ovakvo postupnje ogleda se u potrebi unapređenja poslova finansijskog lizinga u našoj zemlji i njegovog regulisanja pravilima kojim će se istovremeno odgovoriti zahtevima pravne sigurnosti, ali i potrebama savremenog poslovnog prometa. Adekvatnost pravnog regulisanja ovog ugovora u ovom pogledu, nije lako postići, jer on pretpostavlja i optimalnu zaštitu svih involviranih interesa u ovom poslu i uspostavljene poželjnog balansa između njih.

U radu koji sledi, domaću zakonsku regulativu analiziraćemo upravo u kontekstu pitanja distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa ,pre svega ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga, ali i javnih interesa i interesa pravne sigurnosti uopšte, naravno pri tom uzimajući u obzir uporednopravna iskustva, kao i mero-davne međunarodne izvore. Koorespondentno sa napred navedenim je pitanje autonomije volje u ovom ugovoru, naročito u kontekstu zaštite javnih interesa, pa će i ono biti predmet naše analize. Naravno pri tome prethodno se mora utvrditi i konceptualni pristup našeg zakonodavstava ovom ugovoru, te ni to pitanje neće biti izostavljeno.

1. Konceptualni pristup

Finski lizing je višeznačni pojam, kako sa ekonomskog ,tako i sa pravnog stanovišta. On je istovremeno i investiciona delatnost i specifičan kreditni odnos, i složena poslovna transakcija i ugovor. Takva višedimenzionalnost otežava ne samo pravnu regulaciju, jer je može usmeriti u različitim pravcima, ali i pravnu analizu.

Uzimajući u obzir kompleksnosti posla finansijskog lizinga, on se može definisati kao sveukupnost ekonomskih i pravnih odnosa, povezanih sa realizacijom ugovora o lizingu, kao što je to učinjeno u nekim pravima.¹ Ipak, najčešće se lizing posao svodi na ugovor o finansijskom lizingu i pravne odnose koji nastanu pri njegovoj realizaciji. I pored različitih varijacija u njegovoj sadržini, bitne odrednice koje ga definišu i odvajaju od drugih vrsta lizinga uglavnom su standardizovane, kako u poslovnoj praksi, tako i uporednom i međunarodnom pravu. U tom pogledu, i u našem pozitivnom pravu nema posebnih odstupanja Bitna odrednica finansijskog lizinga, a kojim se on razlikuje od operativnog lizin-

¹ Vidi čl. 2. Zakona o finansijskom lizingu Rusije iz 1998. godine. godine, a dopunjen i izmenjen 2002. godine.

ga jeste kompleksnost transakcije. Ona se ogleda, kako u subjektima ugovora i u pogledu ugovornih odnosa koji ga čine. Prvo, u ovom poslu, uvek se javljaju tri strane i to: isporučilac predmeta lizinga, davalac lizinga i primalac lizinga. Koncept trostrukog odnosa prihvaćen i u međunarodnim dokumentima.² U našem pravu je čak izričito utvrđeno ugovor u kome su davalac lizinga i isporučilac isto lice ne smatra se ugovorom o finansijskom lizingu u smislu ovog zakona.³ Ovakav praksa nije svugde prihvaćena.⁴ Drugo, ovaj posao uključuje u sebi dva ugovora i to ugovor o isporuci i ugovor o lizingu, koji svojom uzajamnom povezanošću čine celinu posla finansijskog lizinga. Kod prvog ugovora davalac lizinga sa isporučiocem predmeta lizinga određenim od strane primaoca lizinga zaključuje ugovor na osnovu koga stiče pravo svojine na predmetu lizinga, prema specifikaciji primaoca lizinga i pod uslovima koje, ukoliko se odnose na interese primaoca lizinga, odobrava primalac lizinga, S druge strane, sam ugovor o lizingu sadrži obavezu davaoca lizinga, da nakon zaključenja ugovora o isporuci opreme, na primaoca lizinga prenese ovlašćenje držanja i korišćenja predmeta lizinga na ugovoreno vreme, a primalac lizinga se obavezuje da mu za to plaća ugovorenu naknadu u ugovorenim ratama

Osim ovih bitnih odrednica predmetnog ugovora ,finansijski i operativni lizing se razlikuju i po drugim elementima. Karakteristično za finansijski lizing je da je rok na koji se zaključuje ovaj ugovor duži u odnosu na dužinu trajanja operativnog lizinga jer se određuje tako da obuhvata veći dio ekonomskog veka trajanja predmeta lizinga.⁵ Kod ugovora o operativnom lizingu, predmet lizinga se nakon isteka ugovora, uvijek vraća u državinu davaocu lizinga, pa je samim tim i iznos lizing naknada koju primalac lizinga plaća, uvijek niži u odnosu na iznose naknada u poslu finansijskog lizinga. Sa tog aspekta, ugovor o operativnom lizingu, po svojoj pravnoj prirodi je vrlo blizak ugovoru o zakupu. Isto tako, operativni i finansijski lizing imaju različit računovodstveni tretman.⁶

² Čl. 1. UNIDROIT Konvencija o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1988. godine iz Otave. Cuming, R., Legal Regulation of International Financial Leasing –The 1988 Ottawa Convention, str., 45-46, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989-1990, vol. 7, str. 45-46.

³ Član 13. st. 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴ U predlogu Zakona o finansijskom lizingu Crne Gore, davalac lizinga i isporučilac može biti isto lice.

⁵ Minimalni rok na koji se ugovor o lizingu zaključuje ne može biti kraći od dve godine od dana zaključenja ugovora. Vidi čl. 3. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁶ U Međunarodnom računovodstvenom standardu br. 17

Predmet finansijskog lizinga po pravilu je pokretna nepotrošna stvar (oprema, postrojenja, vozila i sl.). Tako je postupljeno i u našem pravu. Ovakvo opredeljenje predmeta ugovora o lizingu proizilazi iz namere da se ovim načinom finansiranja, omogućí slobodan promet svih stvari koje spadaju u kategoriju „nepotrošnih“. Iako praksa zaključivanja ovih ugovora pokazuje da su predmet tih ugovora, najčešće, pokretne stvar, ipak u nekim pravima su kao predmet ugovora o finansijskom lizingu, označene su i nepokretnosti, (zemljišta, zgrade i sl).⁷

Uparedno-pravno posmatrano, nije previše rasprostranjena praksa da se zakonom reguliše posao lizinga, što to važi i za finansijski lizing. Moderna lizing praksa raspolaže s jednoobraznim formularima ugovora koji se unapred objavljuju u obliku opštih uslova poslovanja, i koje se koristi kao najznačajnije izvor prava u ovoj oblasti. Međutim, pristup zemalja u tranziciji je drugačiji, jer je pravno regulisanje ove materije kod ovih zemalja sve intenzivnije. Pri tome se iskazuju dva koncepta.. Jedan deo zemalja se opredeljuje da zakonskim putem reguliše samo finansijski lizing,⁸ dok su druge usmerene ka regulisanju lizinga uopšte.⁹ U pravu Rusije oba koncepta su se smenjivala u zakonodavnoj praksi.¹⁰ Na međunarodnom planu od značaja je UNIDROIT Konvencija o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1988. godine iz Otave.¹¹ Donošenje ovo konvencije je imalo za cilj da uspostavi opšte pravne okvire za međunarodni finansijski lizinga, s time i pruži podsticaj za njegovo regulisanje i u nacionalnim okvirima.¹²

Ugovor u finansijskom lizingu je nova kategorija i našeg pozitivnog ugovornog prava. Naše pravo spada u prvu kategoriju zemalja, po napred iznetoj klasifikaciji. Formalizovanje ovog koncepta je ostvareno u maju 2003 godine donošenjem Zakonu o finansijskom lizingu, koji je izmenjen u julu 2005. godine. Donošenjem ovog zakona a oblast je prvi put, u kompletnijoj formi, pravno obuhvaćena, jer je lizing, doduše fragmentarno i oskudno regulisan i ranijim propisima o spoljnotrgovinskom poslovanju. Ovakva koncepcija našeg zakonodavca, prema kojem se putem specijalnog zakona uređuje samo jedan oblik lizinga, podrazumeva da za

⁷ Takav pristup je predviđen u predlogu Zakona o finansijskom lizingu Crne Gore .

⁸ ibid

⁹ U ovu grupa spadaju bugarsko i makedonsko pravo.

¹⁰ Zakon o lizingu iz 1998, godine je izmenama i dopunama iz 2002. godine preimenovan u Zakon o finansijskom lizingu.

¹¹ Unidroit Convention of International Financial Leasing. Usvojena je 1998. godine a stupila na snagu 1995. godine.

¹² Više o konvenciji .Cuming, R., op. cit; International Fianancial Leasing, Commonwealth Law Bulletinn, 1987.

druge oblike lizinga i dalje važe pravila našeg obligacionog prava, zavisno od prirode konkretnog ugovora.¹³ Njime se u prvi plan stavlja investiciona komponenta finansijskog lizinga, odnosno polazi se od toga da je odnosna regulativa u stvari pre svega sastavni deo investicionog zakonodavstva, tj. zakonodavstva koji uređuje pitanja vezana ulaganja i finansiranje privrede, a posebno stranih ulaganja. Ovim zakonom uređuju se posao finansijskog lizinga, ugovor o finansijskom lizingu, prava i obaveze subjekata u poslu finansijskog lizinga i registar finansijskog lizinga.¹⁴ Sama sadržina zakona ukazuje na ambiciju zakonodavstva da oblast njegove primene bude što šira, obuhvatajući ne samo statusna pitanja vezana za finansijski lizing, kao što je to praksa regulative jednog dela regulative razvijenim evropskim zemljama.¹⁵

Kao i u drugim zemljama, ekonomske potrebe su nalagale da ova vrsta lizinga postane predmet zakonskog regulisanja i u našem pravu. One se u suštini svode na ekonomske prednosti koje ovaj posao podrazumeva za subjekte koji u njemu učestvuju, ali za i za samu državu jer se finansijski lizing javlja kao novi instrument podsticaja privrednim aktivnostima i razvoju privrede uopšte. U prvom planu je najčešće njegoova funkcija finansiranje investicija, i to prvenstveno u osnovna sredstva, u nabavci opreme ili čitavih postrojenja. Stoga pravna regulacija ima za cilj da omogući i podstakne novi oblik dolaženja do navedene opreme, i to prvenstveno malim i srednjim preduzećima, za koja je karakterističan manjak sopstvenog kapitala i otežan pristup kreditima.

Finansijski lizing, postao je široko prihvaćen i često primenjivan posao, prilagođen potrebama savremenog poslovnog prometa. Imajući u vidu sve navedene pogodnosti finansijskog lizinga, razumljivo je što je ovaj instrument finansiranja poslovanja u svetu veoma razvijen.¹⁶ Iako je on namenjen, prvenstveno, malim i srednjim preduzećima, za koja je karakterističan manjak sopstvenog kapitala i otežan pristup kreditima, lizing je danas prisutan i u oblastima kao što su avionski saobraćaj (lizing putničkih aviona) ili petrohemijska industrija (lizing naftnih izvora).

¹³ U obzir pre svega dolaze odredbe o zakup, prodaji sa obročnim otplatama cene i sl.

¹⁴ Član 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

¹⁵ Ovakva praksa je registrovana u pravu Francuske, Belgije i Portugalija.

¹⁶ U mnogim zemljama, putem lizinga se realizuje više od četvrtine svih nabavki osnovnih sredstava, a samo u zemljama u razvoju godišnje se na ovaj način finansira nabavka nove opreme i vozila u vrednosti od preko 40 milijardi dolara. Prema podacima iz Sjedinjenih Američkih Država, gde je lizing i nastao pedesetih godina prošlog veka, oko 80% svih kompanija koristi upravo lizing kao jedan od glavnih izvora prilikom nabavke nove tehnologije.. Procenjuje se da je oko 16% ukupne nabavke opreme u SAD finansirano putem lizinga. O ekonomskom značaju lizinga; International Financial Leasing, Commonwealth Law Bulletin, 1987., str. 269.

Saglasno komparativnim iskustvima, i u našoj zemlji ovaj posao doživljava značajnu ekspanziju. koja je u potpunosti opravdala njegovo inkorporiranje u naš pravni sistem.¹⁷

2. Pravna zaštita javnih interesa i interesa pravne sigurnosti

Pravna zaštita javnih interesa i interesa pravne sigurnosti je višedimenzionalan problem, saglasno prirodi finansijskog lizinga i kompleksnošću kompleksnošću sadržine navedenih interesa. Ona se manifestuje na više načina i usmerava se u različitim pravcima, a iskazuje na direktan i indirektan način.

U prvom redu, javni interesi i interesi pravne sigurnosti se štite ,direktnim putem po osnovu statusnih odredbi odnosno zakona i odredbi o kontroli i nadzoru rada davalaca lizinga. Važan segment u tom pogledu su i pravila o registru finansijskog lizinga.

Obezbeđenje sigurnosti u lizing poslovanju se prvo pokušava ostvariti statusnim odredbama o davaocu lizinga. U prvom redu u njih spadaju odredbe o osnivanju društva koji se bavi finansijskim lizingom. To se postiže odredbama o minimumu osnivačkog kapitala¹⁸ i pri čemu je dužan obezbediti stalni integritet vrednosti tog kapitala, tokom poslovanja. Istom cilju služi i odredba da davalac lizinga može da obavlja isključivo delatnost finansijskog lizinga,¹⁹ kao propisivanje obaveze pribavljanja dozvole za obavljanje takve delatnosti.

U ovom postupku uloga Narodne banke Srbije je izrazito snažna.²⁰ Ona bliže propisuje uslove i način dokazivanja ispunjenosti uslova. Pri

¹⁷ Nakon usvajanja zakona o finansijskom lizingu vidljivo je da se lizing kod nas razvija izuzetno brzo, čak brže nego u drugim susednim državama. U 2003. godini je postojalo svega 7 lizing društava, da bi se dans njihov broj povećao na preko 20. U godini donošenja zakona, ukupna vrednost lizing ugovora je premašivala 40 mil eura. Početkom 2004. godine ona je povećanja na oko 100, a da bi na kraju godine iznosila oko 300 mil.eura.

¹⁸ Tako se zahteva minimalni uplaćeni novčani deo osnovnog kapitala od 100.000 eura. Član 2. st., 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

¹⁹ Član 2. st. 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁰ Zahtev za izdavanje dozvole za obavljanje poslova finansijskog lizinga osnivači privrednog društva podnose Narodnoj banci Srbije, uz podnošenje odgovarajuće dokumentacije : 1) osnivački akt društva;2) dokaz da je na privremeni račun kod banke uplaćen novčani deo osnovnog kapital;3) dokaz o kadrovskoj i tehničkoj osposobljenosti za obavljanje poslova finansijskog lizinga;4) program rada privrednog društva za period od tri godine;5) spisak lica predloženih za članove organa upravljanja, odnosno predloženih lica

razmatranju zahteva i dokumentacije, ona ocenjuje i poslovnu reputaciju osnivača privrednog društva i predloženih članova organa upravljanja, odnosno lica s posebnim ovlašćenjima i odgovornostima i propisuje kriterijume za ocenu poslovne reputacije.

Drugi set odredbi se tiče nadzora i kontrole nad radom već osnovanih društava koji se bave poslovima finansijskog lizinga. Prvo se to čini obavezom podnošenja odgovarajućih podataka.²¹ Drugo, putem davanja saglasnosti na članove odgovarajućih organa ovih društava. Pravna sigurnost u ovoj oblasti se pokušava postići propisivanjem i posebnih zahteva i obaveza u poslovanju lizing društva.²² Ona propisuje i minimalne uslove na osnovu kojih davalac lizinga zaključuje ugovore o lizingu u skladu sa ovim zakonom, kao i način iskazivanja lizing naknade i drugih troškova koji nastaju zaključenjem ugovora o lizingu.

Značajan segment pravne sigurnosti, možda i najbitniji, se ostvaruje putem funkcije nadzora i kontrole nad radom lizing društava. U tom smislu je doneta značajna podzakonska regulativa, koja ima za cilj obavljanje nadzora davalaca finansijskog lizinga i blagovremeno uočavanje negativnih trendova.²³ Nadzor obuhvata: posrednu kontrolu izveštaja i druge dokumentacije, kao i drugih podataka koje davalac lizinga dostavlja Narodnoj banci Srbije, odnosno kojima Narodna banka Srbije raspolaže, ali i neposredan uvid u poslovne knjige i drugu dokumentaciju davaoca lizinga. Ako su u postupku nadzora utvrđene nezakonitosti i nepravilnosti, prema davaocu lizinga preduzimaju se mere koje se mogu sastojati i meri upućivanje pismene opomene; upućivanju nalogodavnog pisma, uz mogućnost izricanja novčane kazne ali i izdavanju naloga za otklanjanje utvrđenih nepravilnosti, uz mogućnost izricanja novčane kazne davaocu lizinga, kao i članovima njegovih organa upravljanja, odnosno licima s posebnim ovlašćenjima i odgovornostima, pa sve do oduzimanja dozvole za obavljanje poslova finansijskog lizinga.²⁴ Privredno društvo kome je

s posebnim ovlašćenjima i odgovornostima, preporuke o stručnim i profesionalnim kvalitetima tih lica, dokaz da ta lica nisu osuđivana za krivična dela koja ih čine nepodobnim za obavljanje ovih funkcija, kao i dokaz da im nije izrečena mera zabrane obavljanja delatnosti.

²¹ Tako je davalac lizinga je dužan da Narodnoj banci Srbije dostavlja godišnji izveštaj o poslovanju, sa finansijskim izveštajem i mišljenjem ovlašćenog revizora, ali i da je obavesti o statusnim i drugim promenama.

²² Tako Narodna banka Srbije može da propiše obavezu davaocima lizinga da na posebno otvorenom računu kod banke drže sredstva rezerve.

²³ Njima se daju i bliži uslovi i način obavljanja nadzora, regulisanje postupka neposrednog i posrednog nadzora i definisanje kriterijuma za izricanje korektivnih mera i al.

²⁴ Najstroža sankcija u ovom pogledu se izriče, ako: je dozvola izdata na osnovu neistinitih i netačnih podataka osnivača privrednog društva; davalac lizinga prestane da

oduzeta dozvola za obavljanje poslova finansijskog lizinga ne može zaključivati nove ugovore o lizingu, a prava i obaveze iz ugovora o lizingu zaključenih do dana tog upisa ostaju nepromenjeni.

Adekvatan nivo pravna sigurnosti svih učesnika u poslu finansijskog lizinga se pokušava postići i putem ostvarivanja načela javnosti. Tom cilju služe pravila vezana za registraciju posla finansijskog lizinga. Registar finansijskog lizinga je javni registar u koji se, u skladu sa ovim zakonom, upisuju podaci o ugovorima o lizingu zaključenim između fizičkih i pravnih lica. Registar vodi Agencija za privredne registre preko Registratora.²⁵ Podaci koji se upisuju i čuvaju u registru su javni. Stoga je omogućeno je trećim licima da se upoznaju sa podacima koji su upisani u registar, pa se ne mogu pozivati na okolnost da im odnosni podaci nisu bili poznati. U tu svrhu, organizacija koja vodi registar, na zahtev zainteresovanog lica, izdaje overen izvod o podacima koji se čuvaju u registru, kao i izvod kojim se potvrđuje da registar ne sadrži podatke o finansijskom lizingu na određenoj stvari.²⁶

Obaveza upisa u registar se odnosi na ugovor o lizingu, njegove izmene i dopune, kao i prestanak ugovora. Za štetu koju treće savesno lice pretrpi usled neispunjenja obaveze upisa davalac lizinga i primalac lizinga solidarno odgovaraju.²⁷ U registra se naročito upisuju podaci o identitetu davaoca lizinga i primaoca lizinga, precizno određenje predmeta lizinga, rok na koji je ugovor o lizingu zaključen.²⁸

Posrednim putem javni interesi i interesi pravne sigurnosti se štite ograničenjem u primeni autonomije volje ugovornih strana.

U ugovornom pravu, nema prepreke da ugovorne strane svoje odnose urede kako žele, jer one najbolje znaju koja pravna forma odgovora

ispunjava uslove potrebne za izdavanje te dozvole; davalac lizinga ne dostavlja propisane izveštaje, dokumentaciju i druge podatke o svom poslovanju na propisani način i u propisanim rokovima ; davalac lizinga ne omogući vršenje nadzora nad njegovim poslovanjem; se utvrdi da je novčani deo osnovnog kapitala davaoca lizinga manji od onog koji je propisan ovim zakonom; u ostavljenom roku davalac lizinga nije sproveo mere koje mu je naložila Narodna banka Srbije, odnosno ako nije otklonio razloge za uvođenje tih mera.

²⁵ Registratora imenuje i razrešava Upravni odbor Agencije, uz prethodnu saglasnost Vlade Republike Srbije. Registrator ima ovlašćenja i obaveze da: se stara o zakonitom, sistematičnom i ažurnom vođenju Registra. Registrator se imenuje na period od četiri godine, s tim što isto lice može biti ponovo imenovano. Član 4. i 5. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁶ Član 46. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁷ Član 49. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁸ Član 50. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine. Isto tako, zahtev za upis zabeležbe spora radi zaštite prava i interesa u vezi sa predmetom finansijskog lizinga ili ugovorom o finansijskom lizingu može podneti svako zainteresovano lice. Član 47. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

njihovim interesima. Na osnovu principa autonomije volje, nastao je i ugovor i finansijskom lizingu, kao kombinacija elemenata različitih, do tada postojećih tipičnih ugovornih odnosa. Postavlja se pitanje koliko inkorporacija ovog ugovora u nacionalne pravne sisteme ostavlja slobodu ugovornim stranama da međusobno redistribuiraju svoja prava, bez intervencije javnog poretka. Sama potreba da se samo ova vrsta lizinga reguliše posebnim zakonom, a da se ostali oblici lizinga regulišu postojećim pravilima obligacionog prava, sugerišu ukazuje na izraženije prisustvo javnih interesa kod ovog ugovora, što je i logično jer se radi o posebnoj vrsti investicionog ugovora. Ta činjenica i bitno određuje i stepen uvažavanja princip autonomije volje kod ovog ugovora. Njihovo prisustvo dovodi do reduciranja principa autonomije volje, i to kako u pogledu forme, tako i u pogledu sadržine ugovora..

Princip autonomije volje ugovornih strana redukuje u korist primene principa pravne sigurnosti, već i u pogledu forme ugovora, jer zakonom je ustanovljena obaveznost pismene forme.²⁹

Osim forme ugovorne strane su zakonom ograničene u pogledu sadržine i minimalnog roka trajanja ugovora. Zakonom se određuje opšti okvir posla finansijskog lizinga, o u pogledu elemenata ugovora. Tako se zakonom utvrđuju bitni³⁰ i fakultativni elementi datog ugovora.³¹ I pored svega, ipak je, zakonom ostavljeno ugovornim stranama da u formi fakultativnih elemenat ugovora postignu dogovor i o drugim pitanjima, koja nisu utvrđena zakonom. Naravno, u ovom domenu, praktična važnost ovog pravila je limitirana značajem pitanja koja se na ovaj način koja se na ovaj način mogu regulisati, koja svakako nisu pitanja prvog reda.

Pored navedenog, pitanje autonomije volje se suštinski izražava putem prava ugovornih strana da svojom voljom derogiraju i menjaju zakonom utvrđenu distribuciju i sadržinu prava i obaveza. U našem pravu, ovakvih odredbi, dispozitivnog karaktera, tj, odredbi koje će se primeniti

²⁹ Čl. 6. st. 2. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁰ Ugovor obavezno mora sadržavati : precizno određenje predmeta lizinga, iznos naknade koju plaća primalac lizinga, iznos pojedinih rata naknade, njihov broj i vreme plaćanja, kao i rok na koji je ugovor zaključen. Član 6. st. 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³¹ Pored bitnih elemenata, ugovor o lizingu može da sadrži i sledeće elemente: mesto, vreme i način isporuke predmeta lizinga, svojina na predmetu lizinga, strana koja je obavezna da osigura predmet lizinga i rizici od kojih treba da bude osiguran, način prestanka ugovora, opcija kupovine ili produženja ugovora, troškovi transporta predmeta lizinga, njegova montaža, demontaža i tekuće održavanje, zamena delova, servis i tehničko-tehnološko unapređenje, obučavanje osoblja primaoca lizinga za korišćenje predmeta lizinga i druge elemente o kojima ugovorne strane postignu saglasnost. Član 6. st. 2. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

samo ukoliko drukčije nije ugovoreno, nema u većem broju. Ipak, ova mogućnost postoji i manifestuje se u jednom broju zakonskih odredbi.

Ona je logično prisutna po pitanju optiranja primaoca lizinga ili osiguranja predmeta lizinga. Naime, naš zakon je ugovornim stranama ostavio slobodu da predvide pravo primaoca lizinga da, po prestanku ugovora, otkupi predmet lizinga ili produži ugovor o finansijskom lizingu, tzv. pravo opcije. Najzad, obaveza osiguranja predmeta lizinga je na strani primaoca lizinga, koja se ugovorom može drukčije predvideti.

Primena prinica autonomije volje je, logično, najmanje prisutna u oblasti ograničenja i isključenja odgovornosti.³² Međutim, i ovdje postoje izuzeci. Tako je moguće je ugovorom drugačije urediti pitanje odgovornosti za materijalne nedostatke. Ako drukčije nije ugovoreno, primaocu lizinga ne odgovara davalac lizinga koji je druga ugovorna strana ugovora o finansijskom lizingu, već isporučilac koji se sa primaocem lizinga ne nalazi u ugovornom odnosu.³³ Slično je moguće postupiti u kod pitanja isključenja odgovornosti za štetu prouzrokovanu predmetom lizinga.³⁴ Isto tako, čak se i pitanje raskida ugovora zbog neplaćanja lizing naknade može ugovorom drukčije urediti, ali sve u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.³⁵

3. Distribucija rizika i pravna zaštita primaoca i davaoca lizinga

Izuzetno važno pitanje vezano za ugovor o finansijskom lizingu odnosi se pitanje distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga. Navedeno pitanje je kompleksno i proizilazi iz specifičnosti ugovora i njegove sadržine. Zahtevnost u njegovom postizanju proizilazi i iz njegove već spomenute dugoročnosti.³⁶ Trajnost ugovora jača dozu neizvesnosti u pogledu izvršenja ugovornih obaveza i akcentira pitanje snošenja rizika i odgovornosti.

Davalac lizinga je lice koje, uz zadržavanje prava svojine na predmetu lizinga, prenosi na primaoca lizinga ovlašćenje držanja i korišćenja

³² Tako je striktno utvrđeno da odgovornost davaoca lizinga za pravne nedostatke predmeta lizinga ne može biti ugovorom ograničena ili isključena. Član 21. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³³ Član 16. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁴ Član. 17. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁵ Član. 29. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁶ Član 3. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

na predmetu lizinga, na ugovoreno vreme i uz ugovorenu naknadu.³⁷ Ovakav položaj davaoca lizinga, uz poslovanje sa većim brojem lica uz angažovanje značajnih sopstvenih sredstava za nabavku predmeta lizinga, čini njegovu poziciju nestabilnom i rizičnom.³⁸ Sve to zahteva da davaoci lizinga budu ekonomski snažan da odgovore svim potrebama obavljanja ove specifične delatnosti, što se obezbeđuje minimumom visine osnivačkog kapitala. Naravno, davalac lizinga može umanjiti rizike u svom poslovanju ugovornim sredstvima obezbeđenja ili pažljivim izborom svojih partnera. Međutim, kako i za državu posao finansijskog lizinga ima važnost, ona može kreirati i posebne zakonske instrumente njegov zaštite, da bi tako stimulisala osnivanje i rad lizing društava.

Sa aspekta pravne zaštite interesa, izuzetno važno pitanje je ono vezano za rizik za slučajnu propast ili oštećenje predmeta lizinga.

Distribucija rizika u ovoj oblasti ilustruje odnos zakonodavca u pogledu pretežne usmerenosti u pogledu zaštite interesa ugovornih strana u poslu finansijskog lizinga. U našem pravu, regulativa je usmerena da prvenstveno obezbedi interese davaoca lizinga, što je i logično jer se ovaj zakon smatra sastavnim delom investicionog zakonodavstva, koji je pre svega usmeren da pruži garancije stranim ulagačima, pa i onim u oblasti finansijskog lizinga. To znači da rizik za slučajnu propast ili oštećenje predmeta lizinga snosi primalac lizinga. Rizik prelazi na primaoca lizinga u trenutku preuzimanja predmeta lizinga, ako drukčije nije predviđeno ugovorom.³⁹ Položaj primaoca lizinga se pokušava popraviti odredbom po kojoj je primalac lizinga dužan da osigura predmet lizinga od rizika koji su predviđeni ugovorom, ako drukčije nije predviđeno ugovorom.⁴⁰ Obaveza osiguranja, naravno, međutim, ne utiče bitno na poravnanje njegove pozicije, posebno ako se to učini o njegovom trošku.

Postavlja se pitanje koliko je ovakva zakonska distribucija rizika i zaštite kao odgovarajuća i pravična. Na prvi pogled, pravično je da se zakonom interveniše u korist ekonomski slabije strane, a to je svakako primalac lizinga. A odmah se postavlja pitanje dokle ta zaštita treba da ide, a da ne ugrozi zainteresovanost davaoca da se bavi tom delatnošću, a time

³⁷ Član 10. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁸ Prvi rizik s kojim se susreće davalac lizinga je rizik vezan za nabavku opreme koja je predmet ovog ugovora. U tom pogledu treba sprenuti i takozvanu "buy back" garanciju (ugovor sa klijentom o otkupu mašine, opreme u slučaju da klijent ne plaća lizing), jer da bi zaštitile svoj interes lizing firme odbijaju da uđu u rizičan posao, nabavke opreme od isporučioaca i nepouzdatih zemalja, koje po osnovu ove klauzule mogu ponovo da proda. U suprotnom, ponuđena "buy back" garancija je sigurnija, lizing kuća je prihvata i lizing se odobrava.

³⁹ Član 32. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁰ Član 34. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

posledično i interesa samog primaoca da upravo putem lizinga dođe potrebne stvari i opreme. Sve to govori da ovom pitanju treba prići kompleksnije. Naime, adekvatnost i pravičnost ne podrazumeva samo apriornu pravnu zaštitu ekonomski slabije strane u ugovoru, već i upodobljavanje njihovog položaja i u oblasti zaštite u korelaciji sa čivom finansijskog angažmana i stepenom rizika i odgovornosti u datom poslu. To znači da se asimetrija u tome pogledu, mora na neki način izraziti i putem zakonske zaštite. Tako posmatrano, navedane zakonska odredba može biti načelno odbranjiva. Međutim, i ovde važi pravilo da stvarnu sliku o stepenu pravne zaštite interesa kod finansijskog lizinga ne mogu dati samo formalne odredbe zakona, već njihova primena u poslovnoj i sudskoj praksi. Ona će dati konačan sud i o postojanju ravnopravnosti u pogledu zakonske zaštite interesa navedenih ugovornih strana kod ugovora o finansijskom lizingu.

Jedno od najznačajnijih instrumenata zaštite davaoca lizinga se odnosi na mogućnost da, u slučaju raskida ugovora, zbog neispunjenja obaveza od strane primaoca lizinga, predmet povrati na efikasan i pravno siguran način. Na osnovu punovažno zaključenog ugovora o finansijskom lizingu, davalac lizinga ima mogućnost da podnese predlog za izvršenje nadležnom sudu, uz podnošenje odgovarajuće dokumentacije. Na taj način, izbjegnuta je u praksi uobičajena procedura, odnosno izbjegnuto je pokretanje parničnog postupka i sve njegove negativne posledice naročito sa aspekta dužine trajanja i visokih troškova za stranke. u tom se sastoji vrlo značajan segment zaštite davaoca lizinga. Taj posebni skraćeni postupak karakterišu kratki rokovi postupanja.⁴¹ Navedeni postupak je od velikog praktičnog značaja i njime se uklanja najbitnija prepreka za obavljanje lizing poslova našoj zemlji, a koja se sastoji u složenom i dugotrajnom postupku ostvarivanja svojih prava.

Osim napred navedenih, davaocu lizinga su obezbeđeni i drugi mehanizmi zaštite, relativno manjeg značaja. Tako je davalac lizinga zaštićen i u slučaju korišćenja predmeta lizinga suprotno ugovoru ili nameni predmeta lizinga, od strane primaoca lizinga. U tom slučaju, primalac lizinga odgovara za štetu prouzrokovanu korišćenjem predmeta lizinga protivno ugovoru ili nameni predmeta lizinga, bez obzira da li je predmet

⁴¹ Sud je obavezan da o zahtevu odluči u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva. Isti rok važi i za sprovođenje postupak oduzimanja predmeta, računajući od dana donošenja rešenja kojim se usvaja zahtev. Protiv rešenja o oduzimanju predmeta lizinga od primaoca lizinga ili lica u čijoj se državini predmet lizinga nalazi, primalac lizinga može, u roku od tri dana od dana prijema rešenja, uložiti prigovor da je izvršio obavezu isplate, o čemu mora podneti pismene dokaze. Navedeni prigovor ne odlaže izvršenje. Član 30. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

lizinga koristio on, lice koje radi po njegovom nalogu ili drugo lice kome je on omogućio da koristi predmet lizinga.⁴² Takođe primalac lizinga odgovara za štetu prouzrokovanu neodržavanjem predmeta lizinga u ispravnom stanju.⁴³

Zakonski je utvrđena zaštita davaoca lizinga, i u slučaju stečaja primaoca lizinga. Po ovom osnovu zaštite, davalac lizinga ima pravo na izdvajanje predmeta lizinga (izlučno pravo) iz stečajne mase primaoca lizinga, u skladu sa zakonom kojim se uređuje stečajni postupak lizinga o pokretanju stečajnog postupka.⁴⁴ Davaocu lizinga zakonski sleđuju određena prava i zbog neplaćanja lizing naknade.⁴⁵ On se mogu sastojati u raskida ugovora.⁴⁶ Raskid ugovora zbog neplaćanja lizing naknade može se ugovorom drukčije urediti, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja. Davalac lizinga koji raskine ugovor zbog neplaćanja lizing naknade ima pravo na povraćaj predmeta lizinga, kao i pravo na naknadu pretrpljene štete.⁴⁷

S aspekta stepena pravne zaštite ,položaj primaoca lizinga⁴⁸ je takođe osetljiv. On se najčešće posmatra kao ekonomski slabija ugovorna strana u poslu finansijskog lizinga, na koju se prenose svi rizici i koristi prava svojine, ali bez prenosa prava na vlasništvo.⁴⁹ Ovakva pozicija u bitnom determiniše poziciju primaoca lizinga i u kontekstu pravne zaštite njegovih interesa i u našem pravu.

Osim, što se već ranije spomenutim odredbama zakona statusnog karaktera, štite interesi i primaoca lizinga, postoje i druga zakonska pravila koja idu u tom pravcu. Generalno, u trostrukom odnosu između subjekata finansijskog lizinga, primalac lizinga je zaštićen u situaciji, kada dođe do naknadnih izmena ugovora zaključenog između davaoca lizinga i

⁴² Član 25. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴³ Član 26. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁴ Primalac lizinga i sud nadležan za sprovođenje stečajnog postupka, dužni su da bez odlaganja obaveste davaoca. Član 15. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁵ Član 28. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁶ Davalac lizinga može da raskine ugovor ako primalac lizinga zadocni sa isplatom prve rate. To pravo ima i ako posle isplate prve rate primalac lizinga zadocni sa isplatom jedne ili više uzastopnih rata čiji ukupan iznos dostiže četvrtinu ukupne naknade, s tim da alternativno može tražiti isplatu ostatka naknade zajedno sa kamatom. Izuzetno, lizinga može da raskine ugovor u pogledu svih budućih obaveza isplate, ako je iz datih okolnosti očigledno da ni one neće biti ispunjene.

⁴⁷ Član 29. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁸ Primalac lizinga je pravno ili fizičko lice na koga davalac lizinga prenosi ovlašćenje držanja i korišćenja predmeta lizinga, na ugovoreno vreme i uz ugovorenu naknadu Član 11. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁹ .Mesmann, S., International Business Transactions, Budapest, str. 525.

isporučioća, na osnovu kojeg je davalac lizinga stekao pravo svojine na predmetu lizinga, a na čiju se sadržinu sam saglasio. Naime, naknadne izmene tog ugovora neće proizvoditi dejstvo prema primaocu lizinga, osim ako on na njih ne pristane⁵⁰

Međutim, pravni mehanizmi zaštite interesa primaoca lizinga su prevashodno vezana za predmet lizinga. Prvo, primalac lizinga je zaštićen i u slučaju neisporuke robe od strane isporučioća predmeta lizinga. Naime, ako isporučilac primaocu lizinga ne isporuči predmet lizinga, ili ako ga isporuči sa dočnjom, ili ako predmet lizinga ima materijalni nedostatak, primalac lizinga može, u skladu sa zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi, odbiti prijem isporuke ili raskinuti ugovor o lizingu i ima pravo na naknadu štete. U tom slučaju, davalac lizinga može ipak, održati ugovor ako bez odlaganja sam isporuči predmet lizinga primaocu lizinga, pod uslovima predviđenim ugovorom o lizingu. Do ispunjenja obaveze isporuke koja je u svemu u skladu sa ugovorom o lizingu, primalac lizinga ima pravo da obustavi isplatu naknade koju bi, na osnovu ugovora o lizingu, bio dužan da plaća davaocu lizinga. Ako raskine ugovor, primalac lizinga ima pravo na povraćaj naknade koju je platio u skladu sa ugovorom o lizingu, umanjenu za iznos koji predstavlja naknadu za korist koju je primalac lizinga imao od predmeta lizinga (razuman iznos).⁵¹ Viši stepen njegove sigurnosti se postigao i propisivanjem solidarne odgovornosti isporučioća i davaoca lizinga, ako je davalac lizinga izvršio izbor isporučioća, za slučaj neisporuke predmeta lizinga ili postojanja materijalnih nedostataka na njemu.⁵²

Isto tako, njegovi se interesi štite u slučaju materijalnih nedostataka predmeta lizinga. Za njih primaocu lizinga odgovara isporučilac, ako drukčije nije ugovoreno.⁵³ S druge strane, davalac lizinga ne odgovara primaocu lizinga za štetu prouzrokovanu predmetom lizinga, osim ako je primalac lizinga pretrpeo štetu usled toga što se oslonio na stručnost davaoca lizinga ili ko je davalac lizinga imao učešća u izboru isporučioća ili specifikaciji predmeta lizinga, ako drukčije nije ugovoreno.⁵⁴

Primalac lizinga je zaštićen i u slučaju pravnih nedostataka predmeta lizinga. Oni postoje ako na predmetu lizinga postoji pravo trećeg lica koje isključuje, umanjuje ili ograničava neometanu državinu primaoca lizinga, a

⁵⁰ Član 37. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵¹ Član 24. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵² Član 39. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵³ Član 16. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵⁴ Član 17. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

o čijem postojanju primalac lizinga nije obavešten, niti je pristao da uzme predmet lizinga opterećen tim pravom.⁵⁵ Uz ispunjenje određenih pretpostavki, on ima pravo na raskid ugovora i naknadu štete.⁵⁶

Zaključak

Ugovor u finansijskom lizingu, ko savremeni oblik privrednog poslovanja, je nova kategorija i našeg ugovornog prava. Temelj razvoja finansijskog lizinga u Srbiji postavljen je donošenjem Zakona o finansijskom lizingu u maju 2003. godine. Na ovaj način je domaća pravna regulacija u oblasti lizinga u kvalitativnom smislu podignuta na znatno viši nivo. Pozitivnim se može oceniti i činjenica da navedeni zakon ima intenciju da bude u osnovi kompatibilan sa rešenjima iz UNIDROIT Konvencije o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1998. godine.

Izuzetno važno pitanje vezano za ugovor o finansijskom lizingu je pitanje distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa, pre svega ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga, ali i javnih interesa i interesa pravne sigurnosti uopšte. Navedeno pitanje je kompleksno i proizilazi iz specifičnosti ugovora i njegove sadržine. Zahtevnost u njegovom postizanju proizilazi i iz njegove stvarne dugoročnosti.

Pravna zaštita javnih interesa i interesa pravne sigurnosti je obezbeđena na standardnom nivou, korišćenjem različitih instrumenata, usmerenih u različitim pravcima .

Iako i primaocu lizinga pruža određene pravne mehanizme za zaštitu njegovih interesa, naš Zakon o finansijskom lizingu pre svega, je konceptualno usmeren, da pravno zaštititi interese davalaca lizinga, a time i pruži odgovarajuće garancije stranim ulagačima, koje želimo privući u oblast finansijskog lizinga. Takav pristup ne mora nužno da znači bitnu manjkavost u regulisanju, posebno ako se to pitanje posmatra u širem kontekstu.

⁵⁵ Član 18 . Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵⁶ Ako treće lice polaze navedeno pravo na predmet lizinga, primalac lizinga je dužan da obavesti davaoca lizinga o tome i da ga pozove da u razumnom roku oslobodi predmet lizinga od prava ili pretenzije trećeg lica. Ako davalac lizinga ne postupi po navedenom zahtevu primaoca, u slučaju oduzimanja predmeta lizinga od primaoca lizinga, ugovor o lizingu se raskida ako drugačije nije predviđeno ugovorom. primalac lizinga ima pravo na naknadu pretrpljene štete. Ako je primalac lizinga u trenutku zaključenja ugovora o lizingu znao za mogućnost da predmet lizinga bude oduzet ili da njegova neometana državina bude smanjena ili ograničena, nema pravo na naknadu štete, ako do toga dođe. Član 19. i 20. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

Naime, adekvatnost i pravičnost ne obuhvata samo apriornu pravnu zaštitu ekonomski slabije strane u ugovoru, već i upodobljavanje njihovog položaja i u oblasti zaštite u korelaciji sa nivom finansijskog angažmana i stepenom rizika i odgovornosti u datom poslu. To znači da se asimetrija u tome pogledu, mora na neki način izraziti i putem zakonske zaštite. Međutim, i ovde važi pravilo da stvarnu sliku o stepenu pravne zaštite interes kod finansijskog lizinga ne mogu dati samo formalne odredbe zakona, već njihova primena u poslovnoj i sudskoj praksi. Ona će dati konačan sud i postojanju ravnopravnosti u pogledu zakonske zaštite interesa ugovornih strana kod ugovora o finansijskom lizingu.

*Drago Divljak, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad, Faculty of Law*

Financial Leasing Agreement - risk distribution and legal protection of interests

Abstract

The paper deals with the issue of risk distribution and possibilities for articulation, in particular with legal protection of interests, primarily of contracting parties, lessee and lessor, but also of public interests and interests of legal security in general. The above-mentioned question is complex and it is the result of specific properties of such agreements and their contents. The fact that it is highly demanding to fulfil it is the result of its actual long-rangeness.

The foundation of financial leasing in Serbia has been established by enactment of the Financial Leasing Act in May 2003. Legal protection of public interests and interests of legal security in the above-mentioned Act has been provided at a standard level, using different instruments directed in different directions. Although it grants the lessee certain legal mechanisms for protection of his interests, our law is, primarily conceptually directed to protect legally the interests of lessors and provide the appropriate guarantees to foreign investors, who we wish to attract in the field of financial leasing. Such an approach does not have to imply necessarily a significant shortcoming in regulation, in particular if the subject issue is seen in a wider context. Namely, the adequacy and equitability do not only imply the a priori legal protection of economically weaker party of the contract, but also bringing of their position in the field of protection in correlation with the level of financial involvement and rate of risk and liability in the relevant transaction. This means that asymmetry in this respect has to be expressed in some way through legal protection as well. However, the rule that is valid here as well says that the actual picture on the extent of legal protection of interests in financial leasing cannot be reflected only in formal provisions of the law but much more in their implementation in business and judicial practice. It will also make the final judgement on the existence of equality with respect of legal protection of interests of the above-mentioned contracting