

др Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ
ванредни професор на Економском факултету Универзитета у Нишу

Жељко АТАНАСКОВИЋ, мастер економије
регионални менаџер „ПРВИ ФАКТОР“ Београд

ДУАЛНА ПРИРОДА ФАКТОРИНГ-ПОСЛА И ДОМЕТИ ЗАКОНА О ФАКТОРИНГУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Резиме

Од 2005. године, када се факторинг у Србији појавио, па до доношења Закона о факторингу, овај се правни посао закључивао и реализовао пре свега захваљујући концепцији на коме се заснивају модерна решења инстицијална српској облигационој и меничној праву. Нејасна регулатива у осталим областима привредној праву остала је неусађена са захтевима овој поса, па или није препознавала овај правни инстицијал или је намењала ограничења која су превенирала бржи развој овој поса, пре свега међународној и факторинга без права на рејрес. То говори и податак да је више од половине факторинг трансакција (по неким подацима и преко 90% од свих закључених уговора) у Србији закључено са правом на рејрес фактора према клијенту. Једна трећина свих факторинг уговора закључена је у правној форми есконга менице (који иакође подразумева право на рејрес) што говори о томе да доминајну улогу на српском тржишту факторинга има варијетет факторинг посла са правом на рејрес. У раду се истражују ограничења која је до доношења Закона о факторингу јула 2013. године стварало правно окружење, као и решења и домети институцијална права које у Србији данас регулише факторинг поса.

Кључне речи: уговор о факторингу, пренос њиховог изражавања, својинска стурктура, Закон о факторингу.

I Увод

Уговор о факторингу је на српску привредну сцену ушао 2005. године као аутономни посао трговинског права.¹ Пре тога представници српске правне теорије бавили су се овим послом као инструментом нове *lex mercatoria* који је са подручја англо-америчког права, захваљујући потребама привредне праксе, пренет у правне системе континенталног права.²

Од када је прво факторинг друштво почело своје пословање у Србији, закључивање уговора о факторингу бележи стални раст, па и поред пада пословања у 2013. и 2014. години. Тражња за факторингом као алтернативом кредитних пословна је расла, упркос недовољном познавању природе ове трансакције, као и поред неадекватног законског оквира који није омогућавао услове за пуну примену одређених врста факторинга. Према подацима струковног удружења фактора обим ових послова је четвороструко повећан за само неколико година, па и поред непотпуних података у протеклој години је забележен обим од приближно милијарду евра.³ При томе, економски показатељи факторинга јасно указују да је правни контекст факторинга у Србији очигледно ограничавајући фактор за бржи развој, пре свега међународног факторинга и факторинга без права на регрес.

Упркос великим потребама домаћих извозника за наплатом и обезбеђењем наплате својих потраживања у иностранству, у 2012. години међународни факторинг бележи пад од 60%,⁴ а тај пад настављен је

1 Тамара Миленковић-Керковић, Жељко Атанасковић, *Факторинг-право и пословна пракса у Србији*, Ниш, 2013.

2 Вид. Иванка Спасић, Милош Тодоровић, *Међународни финансијски leasing и међународни факторинг*, оп.цит. Милош Тодоровић, *Уговор о факторингу*, магистарски рад, Београд, 1979, наведено према: Иванка Спасић, „Значај цесије код уговора о факторингу“, *Страни правни животи*, Београд, стр. 129; Вилијам Горенц, „Факторинг цесија“, *Привреда и право*, бр. 3/1982, стр. 3–17; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 13. издање, стр. 290; Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 2004, стр. 418; Александар Ђирић, Радомир Ђуровић, *Међународно трговинско право*, посебни део, Ниш, 2005, стр. 275–279; Тамара Миленковић-Керковић, Луција Спиновић-Јовановић, *Облигације и уговори трговинског права*, Ниш, 2006, стр. 316–331.

3 FCI Annual Review 2012.

4 У Извештају за 2012. годину Секције за развој факторинга при Привредној комори Београда наводи се да је укупан промет у 2012. години износио 611,5 милиона евра што је раст од 40% у односу на 2009. годину.

и у 2013. години,⁵ док учешће домаћег факторинга у укупном промету износи 93%. Нејасна и ограничавајућа регулатива девизног пословања је све до краја 2012. године онемогућавала нерезидентима да преузимају и наплаћују потраживања резидената у иностранству. Тек су измене и допуне Закона о девизном пословању⁶ средином децембра 2012. године омогућиле да и нерезиденти могу да врше наплату по преузетим потраживањима домаћих субјеката у иностранству, што је омогућавало наплату по двофакторском систему факторинга, који је касније и предвидео експлицитним решењем Закон о факторингу. Очигледно је да несигурност наплате, као последица законског оквира у Србији, доводи до несигурног положаја фактора, који се стога окрећу праву на регрес, чиме се са једне стране губи једна од основних функција факторинг посла (заштита клијената од кредитног ризика), али са друге стране, то директно утиче и на драстично смањење послова међународног факторинга, који се темељи на овој функцији, као и на двофакторском систему наплате, због чега се ови послови на међународном плану уобичајено закључују у облику факторинга без регресног права.

II Сложеност – дуалност правне природе факторинг посла

Неименованост уговора о факторингу, као и специфичност његовог објекта нагнала је субјекте факторинга у Србији да приликом његовог закључења користе мултиуговорну трансакцију сачињену од уговора о факторингу, цесије потраживања, менице и, често, фактуре. Најпре се у пракси закључује уговор о факторингу, којим се кроз распоред права и обавеза структурира једна од две најчешће уговорне технике факторинг посла. Прва од тих техника је дисконтно финансирање које се врши путем есконта менице, при чему долази до правог откупа потраживања од стране фактора, док је друга техника авансно финансирање (дисконт фактуре) код кога фактор кредитира клијента и преузима (есконтује) фактуру. Сложена структура факторинг посла увек подразумева закључење уговора о факторингу, након кога се закључује уговор о цесији, која је увек тространа код факторинга у облику есконта менице, предају акцептиране менице са клаузулом без протеста издате од стране клијента (или дужника), док облик авансног финансирања подразумева поред ових инструмената и предају фактуре од стране клијента фактору.

5 Резултати анкете о промету факторинга у 2013. години, Привредна комора Србије, Удружење финансијских организација – Секција за факторинг, Београд, 20.2.2014. године.

6 Закон о изменама и допунама Закона о девизном пословању (*Службени гласник РС*, бр. 31/2012).

Шта је разлог овако комплексном мултиговорном механизму код уговора о факторингу у Србији?

Поред неименованости уговора, и изазова из правног окружења, разлоге за мултиговорну структуру, треба тражити у својинској структури факторинг посла. То свакако доказује и чињеница да пословна пракса и након доношења Закона о факторингу од ове структуре посла није одустала.

Два најчешћа облика закључења факторинг посла, представљају *de facto* две својинско-правне солуције факторинг посла, које узрокују различиту правну природу посла код сваког од ова два варијетета. Код првог од ових варијетета, код дисконтног финансирања, потраживање се продаје фактору, кроз есконт (откуп) менице, док је други вид факторинг посла, оличен у дисконту фактуре, представља кредитирање клијента кроз фингирани „откуп“ фактуре од стране фактора, иако заправо до продаје потраживања не долази, већ се оно само уступа фактору ради обезбеђења. За разлику од првог типа, код кога се меница есконтује, меница која се и у овом другом облику издаје, служи као средство обезбеђења износа који је фактор авансно пренео клијенту као кредит.

Најједноставније речено, код уговора о факторингу не ради се о једном правном послу. Чине га два правна посла. Један је уговор о продаји потраживања, чији је предмет чињења само потраживање које се продаје. Потраживање је објекат права код продајног типа уговора о факторингу. Кауза посла је код овог уговора је пренос права својине на потраживању.

Други уговор о факторингу је уговор о кредиту код кога је потраживање колатерал. Код овог уговора потраживање не мења власника, већ га фактор преузима само као обезбеђење кредита одобреног клијенту. Кауза посла је заправо кауза кредитног посла, тј. пренос права на коришћење новца. Потраживање није објекат чињења, већ је потраживање објекат права обезбеђења, тј. средство обезбеђења.

III Правни оквир уговора о факторингу у Србији до доношења Закона о факторингу

И поред тога што га је као један од банкарских послова куповине, продаје и наплате потраживања предвиђао Закон о банкама,⁷ веома дуго национално право Републике Србије није препознавало уговор о факто-

⁷ Закона о банкама (Службени гласник РС, бр. 107/2005 и 91/2010), чл. 4.

рингу. То је био случај како са законима и другим прописима који су регулисали банкарско пословање,⁸ тако и са свим другим законима који су обликовали правни контекст националног трговинског права. Са друге стране, српско облигационо право, пружало је широке могућности кредиторима и носиоцима факторинг послова за избор правних техника при закључењу уговора о факторингу. Међутим и поред својих савремених решења, кодификација српског облигационог права, заснована тзв. методу „*комерцијализације трађанској права*“, по природи ствари није могла да има тако софистициране правне инструменте којима би могла да у потпуности одговори свим потребама правног преноса тако специфичне „робе“ као што су потраживања. Највећи број националних права је испољавао историјске резерве према преносу потраживања, а та се уздржаност најчешће испољавала у виду различитих ограничења и препрека која су национална права постављала пред ове трансакције. Овај традиционални приступ у упоредном праву је и био повод за доношење два правна инструмента, која су на међународном плану у виду конвенција креирали UNIDROIT и UNCITRAL. Основни циљ ових инструмента конвенцијског права била је хармонизација упоредних решења и олакшање преноса потраживања на међународном плану. И Конвенција UNIDROIT о међународном факторингу, као и софистициранија правна решења Конвенције UNCITRAL о преносу потраживања у међународној трговини су у погледу тих ограничења имале идентичан приступ – оне су та ограничења укидале, како би олакшале и поједноставиле ове трансакције, које су и у европским привредама показале своје велике економске предности.⁹ И поред тога што, за разлику од многих других

8 Никола Цицмил, *Збирка њројиса о банкама и банкарском њословању*, Београд, 2006.

9 На међународном плану значајно је правити разлику између међународног преноса потраживања (*international assignment*) са једне, и између преноса међународних потраживања (*assignment of an international receivable*) са друге стране. На ову ову разлику указује, пре свега, Конвенција UNCITRAL о преносу потраживања у међународној трговини, која се за разлику од Конвенције UNIDROIT о међународном факторингу бави преносом свих потраживања а не само факторингом, па тако њена решења тангирају и друге трансакције, попут *asset based lending*, секјуритизације и пројектног финансирања. По решењима UNCITRAL Конвенције под *међународним њреносом њоњраживања* подразумева се пренос код кога су уступилац (клијент код факторинга) и пријемник (фактор код овог посла) у различитим државама Конвенције UNCITRAL. Код ове врсте преноса није нужно да је потраживање потекло из међународног уговора (могуће је да се ради и о потраживању које је настало унутар једног националног права, примера ради потраживања које је настало два српска предузећа), већ да се преноси између субјеката (клијената и фактора) који се налазе у различитим државама. Други облик је *њренос међународној њоњраживања*, које настаје из уговора закључених између повериоца и дужника који се налазе у различитим земљама (чл. 1–3 и 5(а)).

кодификација грађанског или трговинског права, Закон о облигационим односима Републике Србије није забрањивао пренос будућих, као и пренос укупних потраживања, као што није садржао захтеве за њиховом строгим одређивањем (концепт спецификације) и домаћи је законодавац пренос потраживања условљавао одређеним захтевима. Примере тих ограничења, присутних како у српском, тако и у већини европских права, представља условљавање преноса потраживања нотификацијом (обавештењем дужника) као условом пуноважности преноса, као и могућност примене клаузуле о забрани преноса из основног уговора између повериоца и дужника (*anti-assignment clause*). Међутим, са друге стране, у српском облигационом праву пренос потраживања није био оптерећен ни захтевима форме, ни сагласношћу дужника, као ни потребом да се пренос потраживања региструје, што је олакшавало и саме послове факторинга. Поред тога, српско облигационо право је нудило пракси факторинга и друге правне институте који су били погодни као правни основ преноса потраживања. То су били, пре свега, институти персоналне суброгације, преузимање дуга, као и облици фидуцијарне цесије (цесија уместо испуњења и ради наплате, цесија ради обезбеђења) које пракса готово да није користила, очито јер је апстрактна цесија пружала довољне капацитете за реализацију факторинг послова.

И поред тога што је уговор о факторингу представљао правну празнину у српском правном оквиру, правну сигурност овим пословима пружао је још један значајан инструмент, који је због својих обележја стекао веома широку и вишеструку примену у факторинг пословима. Била је то меница, која је и данас остала значајна специфичност српског факторинга.¹⁰ Меница је у факторинг пословима коришћена веома често, а и данас, након доношења Закона о факторингу се и даље користи на различите начине. Тако се код уговора о факторингу дисконтног типа путем менице потраживања преносе (есконт менице) на фактора, њоме се врши се обезбеђење кредита датог клијенту код есконта фактуре, меницом се обезбеђују регресна права фактора у факторингу са регресом, као што се често захтева издавање менице и од дужника, у одређеним варијететима факторинг посла, попут обрнутог факторинга, па и код есконтног финансирања. Овај флексибилни инструмент је током година примене факторинга као неименованог уговора у Србији, преузео на себе значајне функције у очувању правне сигурности за обављање ових трансакција, и поред очигледних недостатака у правном окружењу који би у њеном недостатку превенирали ефекте ових уговора.

10 Закон о меници (Службени листи ФНРЈ, бр. 104/46, Службени листи СФРЈ, бр. 16/65, 54/70 и 57/89 и Службени листи СРЈ, бр. 46/96).

Позитивно право у Србији до скоро није препознавало факторинг, законски оквир био је нејасан, често лимитирајући, а све то удружено са неразумевањем и непознавањем специфичности уговора о факторингу представљало је значајно ограничење за пословну праксу факторинга. При свему томе меница је одиграла улогу „чувара“, па и функцију „сурога“ факторинг посла, омогућивши својом флексибилношћу али и својим капацитетима за очување регресних права фактора, да се уговор о факторингу упркос нејасном и несигурном правном окружењу успешно „пресади“ на правно тле српског трговинског права.

Чињеница је да су српски правни прописи са најдужом традицијом и вишедеценијским трајањем, попут Закона о меници и Закона о облигационим односима, поседовали капацитете који су факторингу омогућили успешну примену у Србији. То је међутим, тешко рећи за неке друге прописе, попут Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма¹¹ и доскорашњег Закона о девизном пословању, који су постављали препреке пред факторинг, а некада и потпуно онемогућавали обављање ових послова, као што је то био случај са међународним факторингом. Док, примера ради порески прописи,¹² нису ограничавали развој тржишта факторинга, или овај посао нису препознавали, као што је то случај са законима који су регулисали унутрашњи платни промет¹³ и извршни поступак,¹⁴ прописима о кредитним пословима са иностранством,¹⁵ рачуноводственим прописима,¹⁶ као и са законом о стечају,¹⁷ са друге стране су други прописи пружали факторингу средства којима је фактор могао да смањује своје ризике у послу, пре свега путем средстава стварно-правног обезбеђења залогe на потраживањима.¹⁸

11 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (*Службени гласник РС*, бр. 20/2009, 72/2009 и 92/2010).

12 Закон о порезу на додату вредност (*Службени гласник РС*, бр. 84/04, 86/04 – исправка, 61/05, 61/07 и 93/12), Закон о порезу на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02 – др. закон, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11 и 119/12).

13 Закон о платном промету (*Службени лист СРЈ*, бр. 3/2002, 5/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 43/2004, 62/2006, 11/2009 – др. закон и 31/2011).

14 Закон о извршењу и обезбеђењу (*Службени гласник РС*, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон).

15 Закон о кредитним пословима са иностранством (*Службени лист СРЈ*, бр. 42/1992, 16/1993, 31/1993, 41/1993, 50/1993, 24/1994, 28/1996).

16 Закон о рачуноводстви и ревизији (*Службени гласник РС*, бр. 46/2006, 111/2009, 99/2011 – др. закон и 62/2013 – др. закон).

17 Закон о стечају (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон и 71/2012 – одлука УС).

18 Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005).

IV Решења и уговорна солуција у новом Закону о факторингу

Закон о факторингу усвојен од стране Народне Скупштине Републике Србије 16. јула 2013. године.¹⁹ Предмет овог релативно кратког и јасно написаног *lex specialis*-а су појам и предмет факторинга, учесници у факторингу, услови и начин обављања факторинга, врсте факторинга, права и обавезе учесника у послу, као и сам уговор о факторингу који је постао именован правни посао, као што је регулисан и његов варијетет у облику обрнутог факторинга, као и надзор над обављањем ове финансијске делатности.

Већ устаљеним номотехничким методом Закон о факторингу дефинише поједине појмове који се у тексту користе, међу којима су значајни појмови самог факторинг посла, као и његов предмет, али и појам краткорочног потраживања. Поред тога, Закон дефинише и учеснике у факторинг послу, који могу бити само привредни субјекти са седиштем у Републици Србији, али се у учеснике на страни дужника, такође убрајају и корисници средстава буџета Републике Србије, буџета аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, као и корисници средстава организација за обавезно социјално осигурање (чл. 2 ст. 2 Закона о факторингу).

Факторинг се дефинише као финансијска услуга купопродаје постојећег недоследног новчаног потраживања, као што то може бити и будуће краткорочно новчано потраживање, које настаје на основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи иностранству (чл. 2 ст. 1 Закона о факторингу). Под предметом ове финансијске услуге Закон подразумева само недоследна краткорочна новчана потраживања као и будућа потраживања, и то цела или делимична потраживања из привредних уговора. За будућа потраживања Закон поставља само захтев одредивости односно да уговор о факторингу садржи податак о томе ко ће бити дужник тог потраживања. Такође, закон одређује и шта се сматра краткорочним потраживањем подразумевајући да су то она потраживања која доспевају на наплату у року до годину дана од дана продаје робе, односно од дана пружања услуге, а који је дан дефинисан уговором између уступиоца клијента и дужника (чл. 2 ст. 2 и 3 Закона о факторингу). Такође се дефинише да се дејство одредбе у уговору којом се врши продаја будућег потраживања одлаже до тренутка када то потраживање настане.

Потраживања из тзв. потрошачких уговора не могу бити предмет уговора о факторингу.

19 Службени гласник РС, бр. 62/2013.

Ове су одредбе са становишта правне концепције факторинг посла од посебног значаја, јер *факторинг дефинишу као финансијску услугу*, чиме се финансијска функција овог посла ставља у први план, а у складу са факторингом као видом алтернативног финансирања које не повећава већ смањује задуженост клијента, а која треба да повећа конкуренцију у финансијском сектору и повећа кредитну способност привредних субјеката. Поред тога дефиницијом краткорочног потраживања као предмета факторинг посла, а којим се сматра оно потраживање које доспева на наплату у року до годину дана од дана продаје робе односно пружања услуге, законодавац експлицитно подржава финансијску функцију факторинг посла. Како се по самом закону факторинг посао не сматра уговором о кредиту (чл. 19 ст. 3 Закона о факторингу) на тај је начин и *de iure* омогућен посао финансирања клијента на бази откупљеног потраживања у року до годину дана и он се не сматра кредитним послом. Ово је посебно значајно са аспекта Закона о роковима плаћања код комерцијалних трансакција, које заправо лимитирају само функцију наплате код факторинг посла, али не и финансијску функцију факторинг посла, која је овим решењем Закона о факторингу и експлицитно изражена. Поред тога, самосталност положаја фактора као купца потраживања је изражена и још једном експлицитном нормом Закона о факторингу по којој у наплати потраживања фактор иступа у своје име и за свој рачун (чл. 27 Закона о факторингу), па самим тим фактор не посредује у наплати, већ наплаћује своје потраживање. Од значаја је такође и *дефинисање факторинга као посла продаје потраживања*, чиме се указује на својинско-правну димензију овог инструмента. Са друге стране, Закон пропушта да у именоване послове сврста и другу врсту факторинг посла који се темељи на кредиту датом клијенту а са потраживањем као колатералом. Стога се може закључити да Закон о факторингу у именоване послове факторинга уноси само факторинг продајног типа, код кога фактор стиче власништво на потраживању, а и *из њојма именованог факторинга посла искључује факторинг кредитног типа*, код кога се потраживање преузима само као обезбеђење факторног потраживања према клијенту. Међутим, значај овог приступа је у томе што је први пут доследно и експлицитно дефинише могућност да потраживања буду објекат преноса својинског права, што је била само могућност дата у Закону о облигационим односима, којом се код уговора о продаји предвиђа могућност да се поред ствари на основу уговора о продаји може продати и друго неко право (чл. 454 ст. 2 ЗОО). Овим је решењем правном систему у Србији упућен изазов да ово концепцијско решење спроведе до краја признавањем не само облигационо-правних, већ и стварно-правних дејстава продаји потраживања а тиме и приоритетним правима фактора као власника потраживања. Значајно је и

решење њо коме и будућа њо израживања моју бићи њродавана њу њем факторинга под условом да су одредива, док пренос својине таквих потраживања на фактора настаје моментом њиховог настанка. Са друге стране изостављајући из предмета уговора о факторингу могућност продаје доспелих потраживања, Закон *о немоћућава њословну њраксу њродаје доспелих њо израживања* у облику тзв. факторинга по доспелости (*maturity factoring*) чија је финансијска функција значајна.

Закон дефинише и услове за обављање факторинга, па се факторингом може бавити само привредно друштво (не и предузетник) које је основано у Републици Србији ради обављања послова факторинга, а потребно је да испуњава услове у погледу капитала као и да има одобрење за обављање послова факторинга. Фактор може бити само привредно друштво које се бави факторингом и сродним пословима, тако да је тим решењем избегнуто да фактор друштва могу да се баве трговинским, производним или другим услужним делатностима, из чега произилази да се ради о финансијској институцији. Минимум оснивачког капитала износи 40.000.000 динара, с тим што се тај капитал не може смањивати, а са циљем пружања већег степена финансијске и правне сигурности. Треба рећи да је у погледу овог износа капитала и у време креирања нацрта Закона постојао консензус чланова Секције за факторинг, чији су чланови не само банке већ и факторинг друштва. У поређењу са упоредном праксом²⁰ износ предвиђен као минимум оснивачког капитала није превисок, а такође овај је износ предвиђен у националној валути (за разлику од решења Закона о финансијском лизингу) па због тога неће доводити до потребе дневног прилагођавања капитала императивној норми Закона о факторингу.²¹

Да се ради о финансијској институцији може се видети и из решења Закона којим се за обављање послова факторинга захтева одобрење надлежног Министарства које се издаје на захтев који подноси оснивач факторинг друштва. Чланом 7 Закона о факторингу прописана су документа која се Министарству прилажу уз захтев, а факторинг друштво је дужно да изврши упис факторинг друштва у регистар привредних субјеката у року од 10 дана од дана издавања одобрења, као што постоји и обавеза уписа сваке промене података у надлежни регистар. Такође се прописује и када одобрење за обављање послова факторинга престаје да важи, као и да се на престанак и ликвидацију ових друштава примењу одредбе закона о стечају и ликвидацији привредних друштава.

20 У Грчкој, примера ради, према одредбама *lex specialis*-а тај је износ 4.500.000 евра, што је 1/4 капитала потребног за добијање одобрења за рад банке. Видети, *Νόμος 1905/1990 Για τη σύμβαση πρακτορείας επιχειρηματικών απαιτήσεων και άλλες διατάξεις*, Άρθρο 4. 3.

21 Вид. *Образложење Закона о факторингу*, стр. 10.

Поред тога установљен је Регистар факторинга као јединствена, централна и електронска база података у коме се евидентирају подаци о издатим и одузетим одобрењима за обављање послова факторинга, чиме се постиже увид у тржиште факторинга. Подаци из Регистра су на тај начин лако доступни клијентима и пружају информације које су од значаја за доношење одлуке о закључењу уговора о факторингу (чл. 10 Закона о факторингу).

Законодавац је одустао од решења предложеном у једном од нацрта закона да се уведе регистар уговора, односно регистар фактура, са образложењем да је број закључених уговора веома велики (факторинг-друштва у просеку имају о више десетина хиљада фактура годишње), а што би повећало трошкове и тиме подигло цену ових финансијских услуга. Сматрамо, међутим, да би користи од увођења регистра пренетих потраживања многоструко надмашио негативне ефекте овог решења. Регистар пренетих потраживања би и до краја омогућио успостављање права својине на потраживању, јер би преносу права својине на потраживању пружио *modus acquirendi* који у нашем праву за сада не постоји. Стога се о правно перфектном преносу права својине и не може говорити. И *de iure* и *de facto* уговором о факторингу се без постојања регистра, на фактора преноси само облигационо, релативно право на потраживању. Одустајањем од решења да се уведе и регистар закључених уговора, односно фактура законодавац је показао недоследност и одступио од концепта факторинга као посла у коме се продаје потраживање. Непостојање регистра пренетих потраживања одузима преносу потраживања, као трансферу облигационих права у оквиру уговора о факторингу, његове својинско-правне ефекте, јер се послу одузима модус за правно ефектни пренос права својине на потраживању, а тиме и правна заштита његовог новог власника-фактора.

На овај начин је статусно-правним нормама овог Закона раздвојено пословање и надзор над радом факторинг друштва у односу на пословање и надзор над радом банака које се баве факторингом, на која се примењују правила Закона о банкама и Закона о Народној банци Србије.

Закон такође у оквиру дефиниције факторинга пружа и врсте факторинга које дели на домаћи и међународни, а обзиром на ризик наплате потраживања послове дели на факторинг а регресом и факторинг без права на регрес.

Приликом одређења домаћег факторинга законодавац се везује за место на коме је настало потраживање, а такође и за личност клијента и његовог дужника који морају бити резиденти, док се одређење међународног факторинга везује за потраживања која настају

у спољнотрговинском промету роба и услуга. Закон о факторингу предвиђа обављање међународног факторинга у једнофакторском систему у коме учествује само један фактор, као што омогућава и обављање ових послова у двофакторском систему, у коме учествује резидентни фактор и фактор са седиштем у иностранству. Одређују се и обавезе фактора приликом обављања факторинга у двофакторском систему, које поред закључивања тзв. интерфакторског уговора предвиђеног условима међународних удружења ФЦИ и ИФГ, као што се прописују обавезе предузимања радњи и мера праћења странке, које прописује и Закон спречавању прања новца и финансирања тероризма.

Регулишући врсте факторинга законодавац посебну пажњу поклања факторингу са регресом и факторингу без права на регрес, који у себи садржи значајну гаранцијску функцију и преузимање од стране фактора ризика неспособности плаћања дужника. Са друге стране, факторинг са правом на регрес подразумева солидарну одговорност клијента и дужника, па фактор има право да бира од кога ће се наплатити, с тим што уколико није наплатио потраживање од дужника о томе мора у року од 8 дана од доспелости потраживања да обавести уступцоца. Уступилац одговара фактору за наплативост на дан доспелости потраживања. Закон прописује и обавезу повраћаја потраживања уступцоцу, након остварења регресног права према уступцоцу, чиме јасно раздваја релативно дејство потраживања од његовог стварно-правног дејства. (чл. 16 ст. 4 Закона о факторингу). Такође је значајна и норма којом се претпоставка о постојању регресног права из ЗОО мења и предвиђа се да уколико уговор о факторингу не садржи експлицитну одредбу о врсти уговора који је међу странама закључен, сматраће се да је уговорен факторинг са регресом, чиме се додатно штити правни положај факторинг-друштва (чл. 17 Закона о факторингу).

Закон регулише и тзв. обрнути факторинг као посебну врсту факторинга на основу кога фактор преузима фактуре од дужника, преузима његову обавезу плаћања према повериоцима, и има право наплате од дужника у року из основног уговора о продаји робе или вршења услуга, с тим што обавезу да обезбеди сагласност повериоца на пренос дуговања има дужник. Проблем у пракси факторинга ствара одредба по којој се наплата од дужника мора да изврши у року који је предвиђен темељним уговором, чиме се код овог облика факторинга укида његова финансијска (кредитна) функција па се трансакција преводи у комерцијалну, јер важе рокови из темељног посла (чл. 18 ст. 1 Закона о факторингу). На питање да ли код овог облика факторинга важи законска претпоставка постојања регресног права фактора уколико не може да се наплати од дужника након што је испунио обавезу повериоцу, Закон не даје експлицитан одговор али предвиђа, да се на овај облик

факторинга сходно примењују норме које се у Закону односе на факторинг. Обзиром на сагласност повериоца, и аналогију са институтом преузимања дуга из Закона о облигационим односима (чл. 448 ЗОО), може се закључити да фактор има регресно право према повериоцу у случају да дужник не изврши своју обавезу.

Од посебног су значаја одредбе које дефинишу уговор о факторингу коме предмет одређују претходне норме, а то је продаја потраживања. Овим одредбама Закона прописује се писана или електронска форма *ad solemnitatem* као услов пуноважности уговора, а такође се и концепцијски ови уговори одвајају од уговора о зајму и уговора о кредиту (чл. 19 Закона о факторингу). Предвиђају се и елементи које уговор треба да садржи као и важење уговора о факторингу (чл. 20 и 21 Закона о факторингу), а такође се предвиђа ништавост уговора којим се продаје исто потраживање од стране једног уступиоца различитим факторима (вишеструко уступање потраживања), што је представљало потенцијалну опасност у условима непостојања регистра потраживања или регистра фактура (чл. 22 Закона о факторингу).

Закон такође дефинише и предмет уговора о факторингу, а то је продаја потраживања, одређујући начин на који се та продаја врши, као и услов да би се продаја сматрала извршеном. Према Закону о факторингу уговор се сматра закљученим након предаје документације фактору, а такође се одређује и време које се сматра датумом продаје потраживања (чл. 23–26 Закона о факторингу). Значај ових правила је велики, јер се њиме отклањају недостаци института цесије из ЗОО, који су као услов за пуноважност уступања потраживања предвиђали обавештење дужника, што је пословној пракси стварало проблеме, па су се од уступиоца захтевали докази о обавештењу, и закључивала тро-страна цесија. Правило о нотификацији је Законом промењено правилом о обавези традиције која подразумева предају докумената – уговора о факторингу и/или фактуре и документа са обавештењем дужнику да је потраживање продато фактору. Датумом продаје сада се сматра датум када је уступилац предао фактору документацију, а тај датум треба да буде наведен у документу о предаји документације фактору.

Овим је правилом спецификована продаја потраживања, утврђен је тренутак када је та продаја постала пуноважна и то се везало за датум у документу о предаји документације који клијент предаје фактору. Правило о нотификацији као тешко проверљиво и услед непостојања обавезне писмене форме код цесије, неподобно за примену код факторинг послова, замењено је начелом предаје документа о предаји документације. На тај начин је потенцирана и стварно-правна природа уговора о продаји потраживања који се реализује предајом документације.

Наплату доспелих потраживања фактор врши у своје име и за свој рачун (чл. 27 Закона о факторингу) што је, такође, још један аргумент у прилог тврдње да фактор постаје власник потраживања и да му је, стога, потребна стварно-правна заштита коју је законодавац пропустио да унесе одредбом о потреби постојања регистра пренетих потраживања односно регистар фактура.

Међу одредбама које се баве правима, обавезама и одговорности-ма уговорних страна, најзначајније ефекте производи одредба Закона по којој одредба о забрани преноса потраживања унета у основни посао нема правно дејство на уговор о факторингу, што је решење истоветно као и у *lex conventionis* (чл. 30 Закона о факторингу).

Ово је једна од назначајнијих одредаба Закона о факторингу којом се превенира дејство забране преноса потраживања, што је био велики проблем пословне праксе. Такође, од значаја је и одредба по којој документација потребна за закључење уговора представља веродостојну исправу у извршном поступку.

Законом су, такође, прописане и казне за случај обављања факторинга без закљученог уговора, као и за случај вишеструке продаје истог потраживања.

V Предности и отворена питања уговора о факторингу у Србији *de lege lata*

Доношењем Закона о факторингу Србија се сврстала у невелики број европских земаља које уговору о факторингу признају третман именованог правног посла. Доношење овог Закона има бројне позитивне ефекте. Квалитет решења Закона о факторингу последица је неколико чинилаца из самог окружења факторинг посла у Србији. Најпре, доношење овог Закона иницирала је сама пословна пракса. Секција за факторинг основана при Привредној комори Београда, која окупља пружаоце ових услуга, имала је улогу *spiritus movens*, и током дужег периода иницирала креирање бројних нацрта овог Закона, указујући при томе на постојеће проблеме и нудећи солуције за решење проблема са којима се делатност факторинга сусретала у условима правног система у Србији. Поред тога, за разлику од неких претходних позитивно-правних решења српског законодавца, која су неименоване послове из сфере аутономних уговора исхитрено и *a priori* преносиле у поље именованих уговора овога пута је законодавац показао стрпљење, није приступио преурањеном законском регулисању једног привреди непознатог института, већ је овом послу приступио *a posteriori*, што је довело до квалитетних и утемељених решења.

Креатори српског Закона о факторингу су пред собом имали бројна отворена питања која је овај нови закон требало да реши. Неименованост овог уговора у српској легислативи био је најмањи међу бројним правним и фактичким питањима које је факторинг иницирао. Препреке факторинг послу у Србији биле су бројне.

И поред тога што природа ових ограничења није била таква да су она потпуно онемогућавала факторинг посао, бројна решења присутна у привредно-правном систему Републике Србије значајно су отежавала пружање факторинг услуга. Поред законских и уговорних ограничења факторинга која су постојала и у другим националним правима, пред субјекте факторинга у Србији постављене су и одређене додатне препреке, али су са друге стране одређена ограничења у међувремену отклоњена, попут оних која су лимитирала реализацију међународног факторинга.

Институт забране преноса потраживања (*pactum de non cedendo*) предвиђен Законом о облигационим односима, као и правила о нотификацији дужника као услова за пуноважан пренос потраживања имали су до доношења Закона о факторингу значајно ограничавајуће дејство на реализацију факторинг послова у Србији.

Значајан проблем у примени факторинга представљало је и решење по коме фактура не представља веродостојан документ у извршном поступку, на основу кога би се могла захтевати принудна наплата потраживања.

Један од највећих проблема у реализацији правног посла факторинга, као правне празнине у српском систему права, је недостатак стварно-правног дејства преноса својине на потраживању. Узроци и последице оваквог стања законодавства, као и питања фактичког поретка су бројна и сложена. Чињеница је да потраживања, за разлику од осталих објеката у праву, нису могла да буду пуноважно пренета на новог власника управо због недостатка правног модуса за пренос права својине на потраживању. Тај модус, како показују решења присутна у упоредном праву (САД и Румунија у којима се примењује *in rem* приступ у преносу потраживања), али и према решењу српског позитивног права које се односи на успостављање права бездржавинске залогe на потраживању, може бити само успостављање регистра пренетих потраживања.

Овај проблем непостојања стварно-правног дејства преноса права својине на потраживању узрок је и бројних других тешкоћа на које у пракси наилази посао факторинга. Овај „дефект“ у пуноважној продаји потраживања своје директне консеквенце оставља на правни положај фактора као купца потраживања. Закључењем уговора о факторингу, фактор, иако постаје нови власник потраживања не стиче заштиту

права као апсолутни носилац права својине на потраживању. Отуда и потребе да се фактор штити средствима обезбеђења (меница, залога, хипотека), а из истог разлога фактор нема право првенствене наплате у случају да на потраживању чији је фактор власник постоје права више поверилаца, као што фактор нема право првенствене наплате у стечајном поступку (излучно право). Фактичка последица овог правног положаја фактора видљива је у пракси кроз апсолутну доминацију факторинга са регресом и губитком гаранцијске функције факторинга. Директна последица овог „дефектног“ права својине фактора је у Србији је и то што се факторинг посао темељи на коришћењу менице код највећег броја закључених послова.

Поред проблема које стварају нерешена питања права својине на потраживању, извршни поступак и стечајно право, препреку факторинг пословима, свакако, ствара и отворено питање карактера факторинг послова, односно питање природе трансакције. Ради ли се код факторинга о уговору о продаји потраживања или о кредитном послу, као и да ли је факторинг комерцијална или финансијска трансакција?

Закон о роковима плаћања у комерцијалним трансакцијама још више је сузио поље деловања факторинг-друштва која, за разлику од банака, немају право на закључење кредитних послова. Стриктна примена ових рокова и на факторинг послове ствара од ових послова комерцијалне трансакције, лишене своје финансијске и гаранцијске функције, и претвара их у услуге посредовања у наплати (инкасо). Смисао факторинг посла тиме се губи јер се како у упоредном, тако и у међународном праву о факторингу и не може говорити у присуству само једне од његове четири функције. Другим речима, без своје кредитне и гаранцијске функције факторинг и не може да постоји.

И обавезе фактора на праћење клијената и дужника наметнуте императивним нормама Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма, такође, значајно успоравају обављање факторинг послова.

Значај решења које је понудио српски *lex specialis* за послове факторинга може се одредити његовим утицајем и доприносом у решавању постојећих препрека овом послу у правном окружењу.

У чему се састоје позитивни аспекти доношења српске факторинг легислативе?

VI Позитивни ефекти доношења Закона о факторингу у Србији

Значај Закона о факторингу, пре свега, је у чињеници да је послове факторинга увео у круг именованих послова трговинског права,

одредио њихове битне елементе, предмет и садржину и тиме створио не само режим императивних и диспозитивних норми значајних за његову реализацију, већ је законодавац на тај начин остварио како едукативну тако и промотивну функцију, а које ове послове треба да приближе привредним субјектима као њиховим корисницима.

Посебно је значајно одређивање правне природе факторинг посла коју Закон види као купопродају недospelог потраживања, а под којим подразумева и будуће краткорочно потраживање, које доспева на наплату у року до годину дана. Поред тога што природу факторинг посла види као продајни аранжман са специфичним објектом-потраживањем, значајно је и одређење законодавца, по коме се ради о финансијској услузи. Експлицитно одређење да се код уговора о факторингу не ради о кредитном послу такође је од великог значаја за пословну праксу, а посебно у светлу одређења предмета факторинг посла као краткорочног потраживања које доспева на наплату у року до годину дана. Одређењем факторинга као финансијске трансакције домаћи *lex specialis* показује да разуме суштину овог посла који треба да буде алтернативни извор финансирања, а не само посао посредовања у наплати потраживања.

Уклањање уговорних препрека које факторинг трансакцијама могу да постављају одредбе о забрани цедирања из основног посла један је од највећих доприноса овог Закона пословној пракси факторинга у Србији. Поред тога, усвајајући тренутак предаје предвиђених документа фактору од стране клијента Закон о факторингу отклања правну неизвесност коју је стварало решење о нотификацији дужника као момента у коме се потраживање сматра пренетим, а коју је предвиђао Закон о облигационим односима.

И поред тога што Закон у именоване уговоре о факторингу укључује само факторинг продајног типа, пропуштајући да унесе и варијетет факторинга типа кредита, одређење факторинга као купопродаје може се сматрати првим кораком у успостављању својинско-правне природе преноса потраживања путем факторинга. Закон одређује да фактор наплаћује потраживање као његов власник, у своје име и за свој рачун, чиме се потенцира својинско-правна природа пренетог потраживања.

Правни недостатак капацитета фактуре као веродостојне исправе Закон отклања нормом по којој документација потребна за закључење уговора, а у коју спада сам уговор о факторингу и документ са обавештењем дужнику, представљају веродостојну исправу у извршном поступку.

Уређење статусноправних питања рада факторинг-друштава, надзор над њиховим пословањем, одређење послова међународног факторинга, претпоставке о постојању факторинга са регресом, могућност

обрнутог факторинга, забрана вишеструког уступања потраживања представљају моћне механизме заштите правног положаја фактора.

Све набројано може се сматрати директним доприносом факторинга у отклањању препрека које су постојале у пословној пракси до његовог доношења.

Међутим, поред предности које доноси Закон о факторингу остају и бројна отворена питања, која ће свакако и након спровођења решења *lex specialis* наставити да лимитирају факторинг пословну праксу у Србији.

VII Закључак

Која су то отворена питања пословне праксе факторинга на која законодавац није успео да одговори?

Једним од највећих недостатака Закона може се означити то што је он пропустио да преносу потраживања које види као куповину потраживања обезбеди и правни модус за пренос власништва на потраживању, а путем успостављеног Регистра пренетих потраживања. Пропуштањем да продаји потраживања обезбеди стварно-правну заштиту законодавац и даље препушта положај фактора постојећем несигурном режиму који му не обезбеђује приоритет у наплати потраживања чији је власник, као што му не даје ни статус привилегованог повериоца у стечајном поступку. Анализа упоредно правних решења показала је да само она законодавства која су овај стварно-правни режим у преносу потраживања реализовала, омогућавају факторингу остварење његових функција, а пре свега функције осигурања наплате као и функцију финансирања привредних субјеката. Овај ће пропуст законодавца свакако за своју практичну последицу имати то што ће и даље доминантан производ у Србији бити факторинг са регресним правом, као и немогућност примене увозног факторинга. Такође, сигурно је да ће услед недостатка стварно-правне заштите и даље меница остати незаобилазни инструмент у техници реализације факторинг-посла, као што ће и средства обезбеђења бити неопходан елемент уговора о факторингу.

Обавезе праћења клијената и дужника као обавеза фактора су овим Законом потврђене, па овај посао ни на који начин није изузет из ове обавезе која значајно успорава и отежава закључење и реализацију уговора о факторингу.

Ограничавајуће дејство свакако има и решење Закона које доспела потраживања искључују из предмета уговора о факторингу, као што и

одредба о обавези обавештења дужника искључује из појма факторинг посла тзв. варијетет скривеног факторинга.

Одредбе Закона односе се само на факторинг-друштва односно регулишу само оне послове које ови специјализовани субјекти закључују у остварењу своје делатности, док се не примењује на послове које закључују банке.

У Србији су се и до доношења Закона, а и након њега закључују два облика факторинг посла, две врсте уговора о факторингу чија је правна природа различита, јер је различита и њихова својинско-правна димензија. Први облик је *факторини продајној тији*, у коме се потраживање продаје фактору, који за њега плаћа цену умањену за дисконт. Други облик је *факторини кредитној тији*, где до преноса потраживања и не долази, већ се потраживање уступа ради обезбеђења одобреног кредита. И структура мултиуговорног механизма је прилагођена специфичностима ова два типа факторинга, чија је и правна природа различита. Проблем је, међутим, у томе што се због веома сличне технике код оба ова посла, у пракси ове круцијалне разлике и не виде. Чини се да ту разлику није уочио ни законодавац, Закон о факторингу регулише само факторинг продајног типа. Због тога и не чуди да и у реализацији посла, пословна пракса најчешће пренебрегава ове разлике, ако их је уопште и свесна, па кроз меничне радње, а у складу са потребама посла, веома често у току извршења посла долази и до промене једног типа уговора о факторингу у други тип уговора.

Опредељењем за продајну природу факторинг-послова Закон је из сфере своје регулативе потпуно искључио уговор о факторингу кредитног типа, код кога се потраживање не продаје, већ служи као колатерал којим се фактор обезбеђује за финансијска средства која је на располагање ставио клијенту. Само овај тип факторинга је права алтернатива кредитним пословима. Тиме што је ову врсту уговора о факторингу искључио из поља своје регулативе, законодавац је финансијску улогу факторинга и даље препустио аутономији воље уговорних страна, као и крајње неизвесним критеријумима за одређење када је код факторинг-посла реч о кредиту као ексклузивно банкарском послу, а када је реч о факторингу са финансијском функцијом.

Очито је да су решења Закона о факторингу само једним делом допринела да се бројне препреке развоју факторинга у Србији отклоне на ефикасан начин. Извесно је да ће се допринос Закона о факторингу у превазилажењу тих препрека моћи да мери степеном учешћа факторинга са правом регреса као и заступљеношћу менице у техници реализације факторинг трансакција у будућој пракси факторинга у Србији.

Tamara MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Economics University of Niš

Željko ATANASKOVIĆ, M.A.
Manager of the Branch “PRVI FAKTOR”, Niš

DUAL LEGAL NATURE OF FACTORING CONTRACT AND ACHIEVEMENTS OF NEW FACTORING LAW IN SERBIA

Summary

*Ever since 2005, when factoring as an unnamed business of the commercial law entered the Serbian economic scene, these transactions have been concluded using the institute of the cession of the receivable and through the use of bill of exchange as a means of crediting and a means of security over receivables. Until the adoption of the Law on Factoring in Serbia, the legal business factoring was concluded and implemented, primarily due to the concept upon which modern solutions of the institutes of the Serbian Law on Obligations and the Exchange Law are grounded, whereby the regulations in other areas of the law were not in harmony with the requirements of this business as they either did not recognize factoring or imposed restrictions preventing faster development of factoring, primarily international factoring as well as of factoring-without-recourse. The article deals with the legal limitations in Serbian legislation regarding factoring contract before enactment of Serbian Factoring Law in 2013 as well as solutions of Serbian factoring *lex specialis*.*

Key words: *factoring contract, assignment of receivables, proprietary structure, Law on Factoring.*