

Христина ВОЈВОДИЋ

студент Правног факултета Универзитета у Београду

НЕДОСТАЦИ РЕГУЛАТИВЕ ОПЕРАТИВНОГ ЛИЗИНГА У СРБИЈИ*

Резиме

На почетку рада изложени су појам и историјат лизинга, са посебним освртом на оперативни лизинг. Након уводних излагања, аутор разматра основно питање које се поставља поводом правне природе оперативног лизинга, са концентрисањем на два најистакнутија становишта, првог на основу којег је оперативни лизинг схваћен као класичан закуп или посебан вид закупа, и другог који га сврстава у неименоване уговоре. Посебно је указано на значај овог питања, с обзиром да оперативни лизинг у српском праву није регулисан, те од становишта које се заузме поводом његове правне природе зависиће који ће се прописи применити на овај уговор. У раду је учињено настојање да се укаже на најчешће проблеме који се у пракси националног пословног промета јављају у контексту закључења и извршења уговора о оперативном лизингу. Најзад, указује се на утицај који оперативни лизинг има на целокупно друштво и привреду једне земље и недостатке које са собом носи неуређен правни режим овог правног посла.

Кључне речи: лизинг посао, оперативни лизинг, закуп, неименовани уговор, Закон о облигационим односима.

I Појам

Лизинг је правни посао који је настао у пословној пракси, а настао је из потребе да се створи неки нови облик пласирања капитала који ће бити сигурнији за финансијске институције. Наиме, капитал се може набавити на два начина: улагањем и/или позајмљивањем. Зајам као финан-

* Рад је награђен од стране Фондације „Професор Др Мирко Васиљевић“ као најбоље урађен рад из области трговинског права.

сијски инструмент је праћен бројним ризицима који се налазе како на страни зајмодавца (инсолвентност зајмопримца, немогућност намирења у стечајном поступку), тако и на страни зајмопримца (промене на тржишту, често уговорена фиксна каматна стопа и слично).¹ Улагање, са друге стране, подразумева једнократно одвајање често велике суме новца (коју ти субјекти не поседују) за куповину опреме, средстава за рад, некретнине и слично.² Како би се превазишли ризици зајма и немогућност улагања велике суме новца у опрему, аутомобиле и некретнине, финансијске институције (првенствено банке) су почетком 20. века осмислиле посебан начин средњорочног, односно дугорочног средства финансирања, познатог као лизинг.³

Како је банка овим правним послом заштићенија? Када се у банкарском праву каже да финансијска институција „има обезбеђење“, мисли се да она има нека својинска или државинска права на имовини у својини њеног клијента или неког трећег лица. Код лизинга то није случај, пошто финансијска институција остаје власник возила и након предаје у државину кориснику лизинга. Могућност поновног прибављања предмета лизинга у државину представља највећу предност лизинга.⁴ Предност лизинга је најочљивија у стечајном поступку када давалац лизинга има излучно право у погледу предмета лизинга.⁵ Практично, ли-

1 Galal W. Mohamedien, „Legal Aspects of Leasing: A Critical Review of Egyptian Law No. 95 of 1995 on Finance Leases“, *Arab Law Quarterly*, бр. 2/2002, 108-110. Још једно значајно питање о којем се расправља јесте да ли су дуг (по основу кредита, зајма) и лизинг допуњујући (комплементи) или замењујући (супститути). Стандардна истраживања почињу од претпоставке да су они замењујући, односно промет новца по основу уговора о лизингу сматрају истоветним са прометом новца по неком другом дуговном правном односу. У новијој теорији, ипак, чини се да је заступљенији став о допуњујућем односу ова два појма, односно ставу како је већи дуг повезан са већим лизингом. Више о томе вид. James Ang, Pamela P. Peterson, „The leasing puzzle“, *The Journal of finance*, бр. 4/1984, 1055-1064. Према одређеним истраживањима, постоји неколико основних примера који илустрију допуњујући однос ова два појма, и према њима профит компаније може бити максимизован комбинацијом зајма и лизинга, а лизинг има највише предности у савршеној тржишној економији где су маргиналне пореске стопе једнаке и за даваоца лизинга и за корисника лизинга. Вид. Craig M. Lewis, James S. Schallheim, „Are debt and leases substitutes“, *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, бр. 4/1992, 501, 502.

2 Дубравка Косић, *Моделу уговора о лизингу са посебним освртом на лизинг у Југославији*, докторска дисертација, Београд, 1999, 6.

3 G. Mohamedien, 110.

4 Што је даваоцу лизинга лакше да поново прибави државину на предмету лизинга, то је вероватноћа да ће прималац лизинга уредно измиривати своје обавезе већа.

5 Andrea L. Eisfeldt, Adriano A. Rampini, „Leasing, ability to repossess and debt capacity“, *The Review of Financial Studies*, бр. 4/2009, 1625.

зинг има функцију обезбеђења, иако, строго правно посматрано, не представља обезбеђење у правом смислу те речи. Многобројни аутори зато лизинг називају и „квази-обезбеђењем“.⁶

Међународни инструменти који уређују ову област не садрже прецизне дефиниције лизинга. Уколико, пак, и садрже одређенију дефиницију то је она која ближе одређује финансијски лизинг, док се оперативни лизинг објашњава преко финансијског лизинга.⁷ Међународни рачуноводствени стандард број 17 практично идентификује лизинг са закупом дефинишући га као уговор на основу којег закуподавац (давалац лизинга) преноси на закупца (примаоца лизинга) право на коришћење неког средства на уговорени период уз плаћање закупнине (лизинг накнаде) одједном или у ратама.⁸ Сличан приступ има и Конвенција из Кејп Тауна, која дефинише лизинг као уговор којим једно лице (давалац лизинга) даје другом лицу (примаоцу лизинга) право на државину и контролу на ствари (са или без опције да откупи исту) у замену за закупнину или другу исплату.⁹ Према Финансијском рачуноводственом стандарду број 13, који је детаљнији од МРС 17, финансијски лизинг је онај који, између осталог:

- преноси власништво над предметом лизинга на корисника лизинга истеком лизинг уговора;
- садржи опцију куповине;
- време на које се уговара лизинг је више или једнако од 75 % процењеног економског живота предмета лизинга;

6 Е. Р. Ellinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford, 2002, 721-724. Више о овоме вид. Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, 4th ed., London, 2010, 630.

7 На међународном нивоу је обрађен само један модел уговора о лизингу, финансијски лизинг, али он не подразумева нужно и сходну примену ових правила на остале моделе уговора о лизингу. Вид. Д. Косић, 13.

8 Међународни рачуноводствени стандард (енг. *International Accounting Standards*) број 17 – МРС 17, доступно на адреси: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>, 19.12.2015.

9 Доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>, 19.12.2015. Конвенција о међународним интересима на покретној опреми је закључена 2001. године у Кејп Тауну, а на снагу је ступила 1. марта 2006. године. Конвенција говори о „стварноправном интересу“ повериоца који је финансирао куповину покретне опреме, а он може да настане по основу уговора о обезбеђењу, уговора о продаји са задржавањем права својине на продатој покретној опреми или уговора о лизингу. И поред многобројних предности које са собом доноси ратификација ове конвенције, наша земља је до сада није ратификовала. Више о томе вид. Небојша, Јовановић, „Међународна недржавинска залога покретности – дело ва ваздухоплова“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрaга Трајковића* (уредник Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 287-305.

- садашња вредност лизинг накнаде, умањена за одговарајућу дисконтну стопу, прелази 90 % тржишне вредности ствари.

Појам оперативног лизинга је одређен, коришћењем негативне дефиниције, као сваки други лизинг који није финансијски.¹⁰ *UNIDROIT* конвенција, за коју се слободно може рећи да није имплементирана како треба,¹¹ регулише само финансијски лизинг, који је описан као уговор којим једна уговорна страна (давалац лизинга):

а) по спецификацији друге уговорне стране закључује уговор о испоруци на основу којег давалац лизинга набавља индустријску опрему, капитална добра или другу опрему, под условима које је закупац одобрио и у мери која се тичу његових интереса и

б) закључује уговор о лизингу са примаоцем лизинга којим се примаоцу лизинга даје право да користи опрему и заузврат плаћа закупнину.¹²

Уговор о лизингу се у већини националних законодавстава регулише прописима који се посредно односе на лизинг.¹³ У домаћем праву постоје различита становишта о појму лизинга.¹⁴ Према проф. Мирку Васиљевићу уговор о лизингу јесте уговор којим се давалац лизинга обавезује да ће кориснику лизинга дати на привремено коришћење одређену ствар, коју му је у својину предао испоручилац предмета лизинга, уз задржавање права својине даваоца лизинга, као и да ће обавити одређене радње у вези са том употребом, а корисник лизинга се обавезује да плаћа накнаду у уговореним ратама и да по истеку уговореног рока врати ствар

10 Финансијски рачуноводствени стандард (енг. *Financial Accounting Standards*) број 13 – ФРС 13, доступно на адреси: <http://www.fasb.org/home>, 19.12.2015.

11 На снази је у само 10 земаља. Више података доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/status-leasing-conv-1988>, 15.12.2015.

12 Више података доступно на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention-leasing>, 15.12.2015.

13 Тако је лизинг посебним законом регулисан у Француској и Белгији, а код нас је 2003. донесен Закон о финансијском лизингу. Вид. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2014, 358.

14 Једна од првих и неретко цитираних дефиниција јесте она Људевита Розенберга која каже да је лизинг метод финансирања набавке покретних и непокретних инвестиционих добара која се, на темељу уговора о лизингу дају на коришћење примаоцу лизинга уз одређену накнаду и на уговором одређено време, тако да се та добра могу са тим једним примаоцем амортизовати у периоду дужем од трајања уговора о лизингу. Вид. Људевит Розенберг, *Правни проблеми лизинга*, Опатија, 1971, 14, 15.

даваоцу лизинга, или продужи коришћење или је откупи.¹⁵ Домаћим законодавством је предвиђено да давалац лизинга може бити друштво са ограниченом одговорношћу или акционарско друштво са дозволом Народне банке Србије за обављање ових послова.¹⁶

Као што је већ напоменуто, постоје тешкоће око одређења појма финансијског лизинга, који је и развијенија форма, па не треба да чуди да је одредити појам оперативног лизинга још теже. Оперативни лизинг се најчешће дефинише као уговор који закључују две стране, давалац лизинга, који је истовремено и испоручилац, и прималац лизинга.¹⁷ Чини се да је најподесније оперативни лизинг (директан лизинг) одредити као уговор којим се давалац лизинга обавезује да преда ствар примаоцу лизинга на коришћење, а прималац лизинга се обавезује да на име коришћења исплати одређени новчани износ.¹⁸

II Историјат

Иако поједини аутори сматрају да је лизинг, у свом изворном облику, настао још у древним временима (ови теоретичари творцима сматрају Феничане, а корене виде и у Хамурабијевом закону),¹⁹ ипак је заступљеније мишљење да је то институт 20. века. Лизинг је настао у САД где се појавио као једна врста закупа, односно рентирања опреме велике вредности.²⁰ Великом брзином се ширио, прво у самим САД, а затим и у Западној Европи (пре свега, Француској).²¹ Иако релативно млад инсти-

15 М. Васиљевић, 357-358. Слично га дефинишу и Радомир Ђуровић и Божидар Павићевић. Вид. Радомир Ђуровић, *Међународно привредно право*, Београд, 1991, 317; Божидар Павићевић, *Уговор о лизингу, франшизингу, факторингу и форфетингу*, Београд, 1992, 19.

16 МРС 17 предвиђа да се лизингом могу бавити предузећа која су произвођачи опреме која се даје у закуп (директан лизинг) или предузећа чија је основна делатност давање средстава у закуп или финансијски лизинг (индиректан лизинг). Више података доступно на адреси: - <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>, 12.12.2015.

17 М. Васиљевић, 362.

18 Не треба сметнути са ума да постоји могућност да и код директног лизинга давалац лизинга закључи уговор са банком о финансирању лизинг аранжмана, али тада она не постаје уговорна страна.

19 Хамурабијев законик, чл. 236, доступно на адреси: <http://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, - 9.12.2015. Вид. W. H. Lawrence, J. H. Minan, *The Law of Personal Property Leasing*, Thomson West, 2003.

20 Д. Косић, 7.

21 Ширење овог посла у Европским земљама није ишло без тешкоћа, јер европска правна традиција, за разлику од англосаксонске, није нарочито наклоњена уговорима који нису регулисани законом. Вид. М. Васиљевић, 358.

тут, лизинг је доживео невероватно велики успех у пословној пракси.²² Одређени аутори тврде да данас чак 88% свих привредних и индустријских пројеката у САД зависе од лизинга.²³ У нашој правној пракси лизинг се појавио када су се за то стекли услови либерализацијом трговине, односно уласком у период транзиције.²⁴

Поставља се логично питање у чему је, заправо, толики значај лизинга? Пре свега, он је значајан за произвођаче опреме. Они желе да пласирају опрему и продуже њен употребни век (који, зависно од области у којој се користи, траје у просеку 3 до 5 година). Наиме, велики технолошки напредак и технологија која се усавршава великом брзином довели су до тога да опрема јако брзо застарева.²⁵ За финансијске организације лизинг представља финансијски инструмент који је сигурнији од уобичајених начина пласирања капитала.²⁶ Давалац лизинга не сноси ризик случајне пропасти ствари, што је предност само код финансијског лизинга. Лизинг је значајан и за кориснике лизинга, физичка/правна лица, која сматрају рентабилнијим исплату предмета лизинга у одређеним фазама, у дужем временском периоду.²⁷ Такође, лизинг (нарочито оперативни) омогућава корисницима лизинга да прибаве најновија средства на тржишту.²⁸ Шире посматрано, лизинг побољшава слику њиховог буџета.²⁹ Даље, лизинг у одређеним земљама омогућава одређене пореске и финансијске олакшице. Основни интерес је да се, периодично, из остваривања добити по основу организовања производње опремом у лизингу оствари

22 Као пример може послужити лизинг ваздухоплова, где је већ до 2007. године четвртина светске ваздушне флоте била под лизингом. Вид. Morrell P S, *Airline Finance*, 3rd ed., Ashgate, 2007, 196.

23 Процент је још виши у области нафтне индустрије, где досеже 93% . Вид. G. Mohamedien, 110.

24 Д. Косић, 13.

25 Д. Косић, 9; G. Mohamedien, 115.

26 G. Mohamedien, 113.

27 Лизинг омогућава кориснику лизинга да избегне ситуацију у којој би морао да замрзне део ликвидних финансијских средстава како би исплатио укупну цену предмета лизинга. Вид. G. Mohamedien, 112.

28 Према речима Jessy Cavazos-а, директора Frost & Sullivan-а, основни разлози због којих се правни субјекти одлучују да инвестирају у узимање опреме у закуп (оперативни лизинг) јесу дужина трајања закупа, економска неизвесност, убрзани развој технологије и нижа цена опреме узете у закуп. Вид. Jessy Cavazos, „Should you be renting/leasing test and measurement equipment?“, *Evaluation Engineering*, Vol. 54 Issue 11, 42, 43.

29 Закупнине и слична давања се не приказују у билансима. Вид. G. Mohamedien, 113.

неопходна добит која ће моћи да оправда лизинг накнаду,³⁰ а истеком овог уговора (у случају оперативног лизинга) врати опрему и закључи нови уговор о оперативном лизингу, значајно повољнији, са новим предметом лизинга, технолошки унапређеним.³¹ Неретко истицан аргумент од стране лизинг компанија јесте да он омогућава „стопостотно финансирање“.³² Лизинг је од посебног значаја за мале фирме³³ у којима, према истраживању, лизинг може бити главно спољашње средство финансирања (и до 46% капитала).³⁴

III Правна природа оперативног лизинга

Одређење правне природе уговора о оперативном лизингу (и лизингу уопште) представља област неслагања многих аутора. Делује да је значајно концентрисати се на два најистакнутија становишта о његовој правној природи. Према првом становишту оперативни лизинг је схваћен као класичан закуп или као посебан вид закупа, док га други сврставају у неименоване уговоре. Ово питање је јако значајно имајући у виду да оперативни лизинг у српском праву није регулисан, како би било јасно које одредбе треба применити на њега. Једино неспорно у овој дилеми јесте да се на уговор о оперативном лизингу примењују опште одредбе Закона о облигационим односима.³⁵ У начелу се може рећи да већина аутора као основ за изучавање уговора о оперативном лизингу полази од уговора о закупу. Ово становиште и не чуди када се узме у обзир да је ли-

30 Као што је и Врховни суд Србије истакао да је превасходни циљ корисника лизинга да ствар - економски искоришћава, а не да на њој стекне својину. Из пресуде Врховног суда Србије, Прев -39/2000.

31 Д. Косић, 12.

32 А. Eisfeldt, А. Rampini, 1622.

33 Фирме које исплаћују мањи износ дивиденди (у односу на имовину) и фирме које имају мањи прилив новца.

34 Ово може бити јако опасно, ако се узме у обзир да се ова средства у пословним књигама не приказују у билансима, па уколико бисмо игнорисали ту чињеницу постојала би могућност да се за инвеститоре створи лажна слика о успешности пословања наведених субјеката. Вид. А. Eisfeldt, А. Rampini, 1624-1652.

35 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. - „Давалац лизинга и испоручилац морају бити различита лица, иначе се примењују правила о закупу или другом правном послу“. Вид. М. Васиљевић, 357. Овакво становиште је заузела и наша судска пракса. Вид. Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7167/04 од 6.12.2004. године.

зинг и настао као закуп, односно посебна врста уговора о закупу.³⁶ Наша судска пракса приликом одлучивања је приврженија овом становишту, те тако у једној од пресуда можемо уочити овакав став суда где се наводи да „правно посматрано овде (уговор о оперативном лизингу) и није реч о уговору о лизингу који има своја специфична правила, већ је у основи реч о уговору о закупу или неком другом именованом уговору, са одређеним специфичним клаузулама“.³⁷ Није без значаја напоменути дугогодишњу праксу наших судова (до доношења Закона о финансијском лизингу) да и уговор о финансијском лизингу квалификују као закуп који може прерасти у купопродајни однос у случају испуњења одложеног услова предвиђеног тим уговором (а то је исплата целокупних уговорених лизинг накнада),³⁸ односно, сматрали су да су стране уговориле продају са оброчним отплатама цене у виду закупнине.³⁹ Овакво схватање, не без правног основа, али не узимајући у обзир различиту суштину ова два правна посла, несумњиво упућује на тенденцију квалификовања чак и уговора о финансијском лизингу преко уговора о закупу.⁴⁰ Наш Закон о финансијском лизингу не помиње испоручиоца приликом одређења пој-

36 Сам назив лизинг је настао од енглеске речи *Lease-to lease* што значи закуп, односно давати у закуп. У српском праву се користи англосаксонски термин лизинг, док се у речнику страних речи и израза лизинг објашњава као изнајмљивање, послови закупа опреме и неких трајних потрошних добара на одређено време, после којег се закупљено враћа или докупљује. Вид. Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд, 1996/97. У САД-у се изучава као класичан закуп или посебан вид закупа који служи за обезбеђење интереса даваоца лизинга, а као критеријум разграничења узима се основно време трајања уговора, амортизациони век опреме, постојање опција, уговарање купопродајне цене, укупан износ лизинг накнаде која је исплаћена по уговору и сл. Вид. Александар Јакшић, *Обезбеђење извршења обавеза у међународном правном промету*, Београд, 1989, 66. Наш Царински закон га је третирао као неку врсту закупа. Вид. Д.Косић, 26. Француски закон га уређује као посебну врсту закупа – кредитни закуп. Вид. Д. Косић, 89.

37 Из решења Вишег трговинског суда, Пж. 7167/04 од 6.12.2004.

38 Из пресуде Врховног суда Србије, Рев.110/03 од 2.4.2003. године.

39 У таквој ситуацији исплата закупнине је у функцији оброчне исплате купопродајне цене, јер исплаћени износ улази у исплату цене. Из пресуде Врховног суда Србије, Рев. 2730/97 од 5.6.-1997. године. Сличан став можемо видети и у пресуди Вишег трговинског суда, Пж. 316/05 од 2.2.2005. године, где суд квалификује уговор о фин. лизингу као продају са оброчним отплатама цене како је одређено у ЗОО, чл. 550, ст. 1.

40 Уколико лице (према овим становиштима) не исплати све уговорене лизинг накнаде, биће дужно да врати предмет лизинга, а сматраће се да је међу њима постојао само уговор о закупу. Привредни апелациони суд је навео како се правна природа уговора о финансијском лизингу може третирати као неправи закуп. Вид. пресуду Привредног апелационог суда, Пж.9049/11 од 2.2.2012. године.

ма уговора о финансијском лизингу,⁴¹ што је, чини се, одраз историјске окренутости ка закупу као и великог утицаја међународних инструмената који регулишу ову област.⁴² Важно је напоменути, да се чини како у пореском смислу дилеме нема и да је уговор о оперативном лизингу третиран као закуп.⁴³

Уговор о закупу, према ЗОО, јесте уговор којим се обавезује закуподавац да преда одређену ствар на употребу, а овај се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину.⁴⁴ Дакле, основна обавеза закуподавца је предаја ствари (на уживање и употребу), а основна обавеза закупца јесте плаћање закупнине.⁴⁵ Постоје одређени елементи уговора о закупу који могу навести на закључак како оперативни лизинг није уговор о закупу. Пре свега, ЗОО одржавање и оправку предмета закупа предвиђа као обавезу закуподавца,⁴⁶ док се у Општим условима пословања даваоца лизинга ова обавеза предвиђа на страни корисника лизинга.⁴⁷ Наиме, ова разлика је ирелевантна ако узмемо у обзир да су одредбе овог члана ЗОО диспозитивне природе и важе само ако, вољом уговорних страна, није

41 Закон о финансијском лизингу, *Службени гласник РС*, бр. 55/2003, 61/2005, 31/2011, 99/2011, чл. 2, ст. 1.

42 Чини се да је овакво становиште погрешно, јер никако се не може игнорисати трећа страна ове правне конструкције, узевши у обзир да је број учесника у правном послу главно мерило разграничења оперативног и финансијског лизинга. Такође, уколико испоручилац не зна да се набавља ствар да би се дала примаоцу лизинга као извршење уговора о лизингу, онда тај уговор између даваоца лизинга и примаоца лизинга није ништа друго до обичан закуп или купопродаја.

43 У Немачкој правној теорији већи значај утврђивања правне природе поставља се код утврђивања фискалних обавеза, него у трговинском и облигационом праву. Немачки порески прописи предвиђају да без обзира што власништво на одређеној ствари припада по правилима грађанског и пореског права једном лицу, у сврху опорезивања сматраће се да се иста ствар налази у имовини другог лица, уколико је он економски експлоатише. Вид. Д. Косић, 80, 81. - Овакав став потврђују многобројна мишљења Министарства финансија Републике Србије (мишљење бр. 413-00-2233/2005-04 од 17.11.2005. године, 413-00-31/12-05-04 од 18.03.2005. године, 01/3 број Д-13447/4 од 5.12.2005. године, 413-00-1681/2007-04 од 4.10.2007. године, 0-11-00-00008/2013-04 од 25.10.2013. године). У мишљењу Министарства финансија бр. 413-00-1432/2007-04 од 4.10.2007. године наводи се „[...] у складу са наведеним законским одредбама (чл. 4. и чл. 5. Закона о порезу на додатну вредност), предаја добара на употребу и коришћење на основу уговора о лизингу којим није предвиђен откуп предмета лизинга сматра се услугом давања у закуп предмета лизинга, која је предмет опорезивања ПДВ[...]“

44 ЗОО, чл. 567, ст. 1.

45 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 1035.

46 ЗОО, чл. 570.

47 Доступно на адреси:http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 13.12.2015.

другачије уговорено.⁴⁸ Даље, код оперативног лизинга ризик случајне пропасти се не преноси на примаоца лизинга, већ остаје на даваоцу лизинга,⁴⁹ баш као и код закупа.⁵⁰ Закуп може бити уговорен на одређено или на неодређено време сходно вољи уговорних страна,⁵¹ док је пракса финансијских институција које се баве давањем предмета лизинга у лизинг да овај уговор закључују на одређено време,⁵² што не искључује могућност закључења оваквог уговора и на неодређено време.⁵³ И уговор о закупу и уговор о оперативном лизингу уколико су закључени на одређено време могу, изузетно, престати отказом и пре истека уговореног периода, само из тачно одређених разлога.⁵⁴ Уговор о оперативном лизингу је закључен са краћим роком трајања у односу на век амортизације опреме и са ценом лизинга која се највише приближава закупнини.⁵⁵ Најзад, након престанка овог уговора, прималац лизинга је дужан да врати предмет лизинга у исправном стању, са степеном искоришћености који се може очекивати према нормалним и уобичајеним околностима употребе,⁵⁶ а закупца је дужан да ствар која је била предмет уговора о закупу врати неоштећену и не одговара за нормално хабање ствари употребом.⁵⁷

48 С. Перовић, 1043. Овакво становиште је потврђено и у судској пракси. Вид. пресуду Вишег трговинског суда у Београду, Пж. 212/2009(3) од 5.2.2009. године.

49 Тачно је да Закон о финансијском лизингу у чл. 32. Прописује да ризик за случајну пропаст или оштећење предмета лизинга сноси прималац лизинга, али то важи искључиво ако су испуњени услови за примену овог закона, што овде, свакако, није случај.

50 ЗОО, чл. 579.

51 ЗОО, чл. 595, 597.

52 Доступно на адреси: http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 9.12.2015.

53 По правилу ово неће бити случај, а све из разлога неизвесности поводом дужине трајања - оваквог уговора

54 С. Перовић, 1075. Општим условима пословања је ближе одређено које су то ситуације у којима давалац лизинга може једностраном изјавом воље да одузме дејство важећем уговору, доступно на интернет адреси: http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 9.12.2012.

55 Сматра се да се код оперативног лизинга не урачунава пуна амортизација, јер давалац лизинга сноси ризик случајне пропасти или застарелости предмета лизинга, плаћа трошкове такси и осигурања. Вид. Д. Косић, 140-141. Исто тако и G. Mohamedien, 121.

56 Доступно на адреси: http://www.porscheleasing.rs/files/rs/element/file_download/754.pdf, 9.12.2012. Пошто давалац лизинга очекује да поврати предмет лизинга, док још траје његов корисни економски век, он ће, логично, бити заинтересован да прими предмет лизинга у исправном стању. Вид. Donal Patrick Hanley, *Aircraft Operating Leasing: A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law*, Leiden, 2011, 20.

57 ЗОО, чл. 585; С. Перовић, 1058.

Према другом становишту, уговор о оперативном лизингу се сматра неименованим уговором.⁵⁸ Неименовани уговори пружају странкама пуну могућност остваривања аутономије воље и уговорне стране се могу споразумети о најразноврснијим облицима престација и тако прилагодити своја права и обавезе специфичностима конкретних околности, а уговорне стране то могу постићи било комбиновањем престација постојећих прописима предвиђених уговора, или стварањем нових до тада непознатих престација, а све у границама јавног поретка у сваком конкретном праву.⁵⁹ Ако би се прихватила оваква концепција то би значило да се на уговор о оперативном лизингу могу применити одредбе уговора о закупу из ЗОО, али само у оној мери у којој уговорна права и обавезе нису регулисана самим уговором. Овакво поимање правне природе овог уговора је ближе даваоцима лизинга, с обзиром да уколико је нека област регулисана законом, закон прописује бар неке минималне одредбе које штите корисника лизинга, док би, у супротном, као главни извор права фигурирала Општи услови пословања лизинг компанија, што им даје већу слободу уређивања уговорних односа. Оваква ситуација није погодна за корисника лизинга узевши у обзир да Опште услове пословања једнострано саставља лизинг компанија, као економски јача уговорна страна, а на кориснику лизинга је само да одлучи хоће ли их прихватити или не.

Из свега наведеног, закључује се да је уговор о оперативном лизингу именован уговор, који је уређен одредбама ЗОО које се односе на уговор о закупу, Општим узансама трговинског права и Општим условима пословања лизинг компанија, а у случају да је корисник лизинга физичко лице и Законом о заштити потрошача.⁶⁰ Чини се да је неоправдано неки уговор називати неименованим уколико суштински он представља већ постојећи, регулисани, уговор.

IV Утицај рачуноводствених стандарда на уговор о оперативном лизингу

Ова тема је врло актуелна у страниој литератури, поготово узимајући у обзир да се тренутно ради на хармонизацији два највећа рачуноводствена стандарда МРС и ФРС, а једна од области која ће бити уједначена

58 Подела уговора на именоване и неименоване уговоре дело је правне науке, а критеријум поделе јесте да ли је неки уговор законом регулисан.

59 Оливер Антић, „Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.1-2/2004, 84.

60 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014.

јесте област лизинга.⁶¹ У суштини, цела проблематика се своди на питање да ли лизинг треба да се појављује у билансима корисника лизинга, односно да ли треба капитализовати оперативни лизинг.⁶² Највећа критика упућена томе што се оперативни лизинг не приказује у билансима у пословним књигама корисника лизинга, састоји се у томе што се на тај начин може побољшати слика привредног друштва,⁶³ а не треба сметнути са ума да је оперативни лизинг за велики број компанија, највећи тип ванбилансних трансакција и један од највећих извора корпоративног финансирања.⁶⁴ Са друге стране, постоје теоретичари који сматрају да је за кредитно тржиште мање важно захтевати капитализацију оперативног лизинга, јер учесници у послу лизинга то чине самостално, било директно или индиректно, путем процене кредитне способности.⁶⁵ Ово питање може бити од великог значаја приликом доношења одлуке, од стране корисника лизинга, да ли ће се одлучити за оперативни лизинг или неки други вид прибављања капитала.⁶⁶

Одређени теоретичари и практичари су изразили забринутост у погледу све веће примене оперативног лизинга, а све из бојазни да је такво понашање мотивисано постојећим рачуноводственим стандардима, који дозвољавају фирмама да се понашају опортунистички.⁶⁷ Из тог разлога се на светском плану ради на све већој и потпунијој регулативи ванбилансних трансакција, а посебно трансакција из уговора о оперативном лизингу, што је, чини се донело успеха, те се као резултат ових рачуноводствених регулација, последњих година велики број компанија у САД-у одлучило да ревидира своје пословне књиге и прикаже лизинг више у складу са стварним економским стањем, а мање базирано на жељеном финансијском извештају.⁶⁸

61 Доступно на адреси: <http://www.iasplus.com/en/projects>, 21.12.2015.

62 Dan Dhaliwal, Hye Seung (Grace) Lee, Monica Neamtiu, „The impact of operating leases on firm financial and operating risk“, *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, бр. 2/2011, 152.

63 D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 152.

64 Процењује се да су, отприлике, 63% од свих корисника у САД-у корисници оперативног лизинга. Вид. D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 151.

65 Jennifer Altamuro, Rick Johnston, Shailendra (Shail) Pandit, Haiwen (Helen) Zhang, „Operating Leases and Credit Assessments“, *Contemporary Accounting Research*, бр. 2/2014, 576.

66 Јер, корисник лизинга се рационално понаша једино ако тежи максимизацији профита и минимизацији губитака.

67 J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 574.

68 D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 153.

Под постојећим рачуноводственим стандардима финансијски и оперативни лизинг се третирају другачије, јер је финансијски лизинг суштински сличан продаји, док је оперативни лизинг суштински сличан закупу.⁶⁹ У МРС 17 се наводи да је лизинг одређен као финансијски лизинг ако суштински преноси све ризике и користи повезане са власништвом на корисника лизинга, док се лизинг сматра оперативним лизингом уколико то не чини.⁷⁰ Да би се нека трансакција могла подвести под продајни третман, у смислу ФРС 14, имовина мора бити изван домаћаја његових поверилаца.⁷¹ Оперативним лизингом у смислу ФРС 14 сматра се онај лизинг који суштински не преноси ризике и користи повезане са власништвом.⁷² Последњих година се предлаже нови рачуноводствени концепт, право употребе, по којем би и оперативни и финансијски лизинг били капитализовани на самом почетку, и самим тим били приказани у билансима корисника лизинга.⁷³

То како ће се оперативни лизинг третирати у рачуноводственом смислу, зависи искључиво од постојеће правне регулативе а правни субјекти се само прилагођавају датом правном режиму.⁷⁴ Тако, у нашем праву, Закон о порезу на додатну вредност⁷⁵ ни у једном члану не упућује на примену одредаба МРС 17, те се не могу примењивати квалификације уговора о финансијском лизингу изражене у МРС 17 већ искључиво у Закону о финансијском лизингу.⁷⁶ Порески и судски органи се могу руково-

69 J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 551.

70 И стога корисници лизинга оперативни лизинг виде као повољнији уговорни однос у којем су изложени мањим ризицима власништва или чак нису изложени никаквим ризицима везаним за власништво. Вид. D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 193.

71 Овакав приступ омогућава имовини којој је сврха обезбеђење, као што је лизинг, да буде лако подвргнута ванбилансном третману. Више о томе вид. Peter Jeffrey, „International harmonization of accounting standards, and the question of off-balance sheet treatment“, *Duke Journal of Comparative & International Law*, бр. 2/2002, 342.

72 A. Eisfeldt, A. Rampini, 1626.

73 J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 551.

74 D. Dhaliwal, H. S. Lee, M. Neamtiu, 153.

75 Закон о порезу на додатну вредност – Закон о ПДВ, *Службени гласник РС*, бр. 80/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13, 68/14, 142/14, 83/15.

76 Разликују се дефиниције финансијског лизинга у МРС 17, пар. 4, и оне дате у Закону о финансијском лизингу. Такође, критеријуми за разграничење између финансијског лизинга и оперативног лизинга дефинисани у МРС 17, пар. 8. и МРС 17, пар. 10. су различити од оних у Закону о финансијском лизингу, односно одредби ЗОО које се могу применити на оперативни лизинг или закуп. Последица тога је да се један те исти правни посао може сматрати финансијским лизингом по Закону о финансијском лизингу, али не и према МРС 17, и обрнуто.

дети МРС 17 само у оној мери у којој су у складу са постојећим правним поретком, јер МРС 17 није правни пропис и не прописује јасна, прецизна и недвосмислена права и обавезе, већ је његова сврха да пропише одговарајућу рачуноводствену политику и објављивања код давалаца лизинга и корисника лизинга.⁷⁷

Наиме, промет добара у складу са чл. 4, ст. 1. Закона о ПДВ је пренос права располагања на телесним стварима лицу које тим добрима може располагати као власник, а на основу чл. 4, ст. 3. Закона о ПДВ прометом добара сматра се и предаја добара по основу уговора о лизингу, којим је утврђено да се право располагања преноси најкасније отплатом последње рате.⁷⁸ У свим осталим случајевима ради се о промету услуга у смислу чл. 5. Закона о ПДВ.⁷⁹

V Закључак

У претходном излагању су приказане многобројне предности које лизинг има за уговорне стране, али лизинг може да има много већи утицај, и то не само на уговорне стране, већ и на целокупну привреду једне земље.⁸⁰ Наиме, уколико правни субјекти користе најмодернију технологију они ће, самим тим, бити конкурентнији на тржишту и остваривати већу добит, подстицаће друге учеснике на тржишту да и они прибаве најновију опрему како би могли да опстану, отвараће се нова радна места. Речју, привреда једне земље ће се развијати. Лизинг, такође, можемо посматрати као средство за укључивање у светску привреду, тако што ће се најновија опрема, која је неретко јако скупа, прибављати путем лизинга.⁸¹ Лизинг посматран из овог аспекта је посебно битан за државе које су у периоду транзиције, као што је наша земља, у којој се и даље заостаје за светском привредом.

77 Више о томе видети на адреси: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias17>, 19.12.2015.

78 У смислу ове одредбе може се тумачити да чак ни модалитет финансијског лизинга без права откупа, не представља промет добара већ услуга, узимајући у обзир да се власништво код финансијског лизинга не преноси аутоматски већ је потребно да је уговорена опција примаоца лизинга да предмет лизинга откупи по унапред одређеној цени, о чему прималац лизинга мора обавестити даваоца лизинга. Вид. Закон о финансијском лизингу, чл. 42.

79 Овакав став потврђују многобројна мишљења Министарства финансија Републике Србије (мишљење бр. 413-00-2233/2005-04 од 17.11.2005. године, 413-00-31/12-05-04 од 18.03.2005. године, 01/3 број Д-13447/4 од 5.12.2005. године, 413-00-1681/2007-04 од 4.10.2007. године, 011-00-00008/2013-04 од 25.10.2013. године).

80 G. Mohamedien, 115.

81 Д. Косић, 12.

Оперативни лизинг је доживео невероватну експанзију, како у свету, тако и у региону, и то у најразличитијим делатностима. Наиме, више од једне четвртине трансакција при куповини нових аутомобила у 2014. години су биле део лизинг посла, и проценат нових возила узетих под уговором о лизингу је у константном порасту,⁸² у САД-у је више од 60% возова у власништву лизинг компанија, и тај број расте.⁸³ Даље, процена је да ће, на пример, до 2025. године у Северној Америци 28%, а у Европи 30%, целокупне електронске опреме за тестирање бити под оперативним лизингом,⁸⁴ и слично. До оваквог пораста корисника оперативног лизинга долази и због (р)еволуције у схватањима корисника лизинга, при чему се јавља једна нова генерација корисника лизинга који нису заинтересовани за идеју о сопственом власништву.⁸⁵ Ови корисници лизинга се воде логиком да уколико плаћају амортизацију предмета лизинга само за период важења уговора о лизингу, њихове исплате ће бити мање него да су финансирали целокупну цену предмета лизинга. Да ли ће оперативни лизинг бити посматран као краткорочни, средњорочни или дугорочни закуп зависи од развијености секундарног тржишта на које лизинг компанија пласира предмет лизинга.⁸⁶ Наиме, превасходно је предмет оперативног лизинга намењен за употребу од стране више различитих корисника лизинга, на краће временске периоде, али како је тржиште слабије и економска моћ правних субјеката у једној држави опада, а секундарно тржиште није довољно развијено, тако се лизинг компаније

82 Jessica Anderson, „When leasing makes sense?“, *Kiplinger's Personal Finance Magazine*, бр. 2/2015, 70.

83 „Operating leasing, today and tomorrow“, *Railway Age*, бр. 6/2009, 34-37, доступно на адреси: <http://eds.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs:2048/eds/detail/detail?sid=ada7a73c-d6d3-4c4b-932d-bacc1fd037a3%40sessionmgr114&vid=0&hid=111&bda-ta=JnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#AN=42745354&db=f5h>, 20.12.2015.

84 J. Cavazos, 42.

85 Купци (условно речено) нових аутомобила се могу поделити у две групе, на оне који купују и на оне који узимају аутомобиле у лизинг. Први воле да знају да поседују аутомобил, да је он њихово власништво, док други воле флексибилност коју им доноси лизинг приликом сталне замене старог предмета лизинга за нови. Више о томе вид. J. Anderson, 70. Иако је лизинг, у почетку, посматран искључиво као средство финансирања оних правних субјеката који не могу у једном маху да исплате цену предмета лизинга, данас то више није. Вид. D. P. Hanley, 23.

86 Највећи проблем, према речима *Jack Thomas*-а, директора *First Union Rail*-а (једног од највећих северноамеричких даваоца лизинга), јесте успешно проценити хоће ли у будућности бити секундарног тржишта за предмет лизинга. Вид. Anthony Kruglinki, „Operating leasing from the inside out“, *Railway Age*, бр. 6/2012.

све више окрећу оперативном лизингу као дугорочном закупу.⁸⁷ Овакв *ratio* се може применити и на домаће тржиште, где се лизинг посматра, у највећем броју случајева као дугорочни закуп.⁸⁸ У домаћој пословној пракси се иде корак даље, па се након истека уговора о оперативном лизингу, током којег је, практично, исплаћена целокупна цена предмета лизинга, предмет лизинга враћа даваоцу лизинга и он, истог дана, закључује уговор о продаји са неким трећим лицем,⁸⁹ које, непосредно након тога, закључује уговор о продаји са поменутиим корисником лизинга. Као главни недостатак наведене праксе лизинг компанија можемо навести незаштићеност интереса корисника лизинга, будући да мора да се поузда у даваоца лизинга да ће му пренети својину истеком уговора о оперативном лизингу.⁹⁰ Оваква пракса, иако се теоријски може расправљати о њеној исправности и томе да ли њоме уговор о оперативном лизингу губи свој смисао, не коси се са постојећим правним прописима.⁹¹

У нашем праву не постоји јединствен став о правној природи оперативног лизинга. Уколико је неки правни посао нов, тек створен пословном праксом, покушава се или да се подведе под неки постојећи (именовани) уговор или да се на њега примене општа правила ЗОО која важе за неименоване уговоре. Наша правна пракса се још није довољно развила да би се са сигурношћу тврдило да је исправно класификовати га на одређен начин, иако постоје јасне индиције да га она посматра као уговор о закупу, а недостатак правне регулативе се може тумачити и као став законодавца да није потребно регулисати овај уговор на неки специфичан начин, с обзиром да је већ регулисан одредбама ЗОО које се односе на уговор о закупу. Додатни проблеми се у пракси појављују јер се уго-

87 „Operating leasing, today and tomorrow“, *Railway Age*, бр. 6/2009, 34-37, доступно на адреси: <http://eds.b.ebscohost.com.proxy.kobson.nb.rs:2048/eds/detail/detail?sid=ada7a73c-d6d3-4c4b-932d-bacc1fd037a3%40sessionmgr114&vid=0&hid=111&bdata=jnNpdGU9ZWRzLWxpdmU%3d#AN=42745354&db=f5h>, 20.12.2015.

88 Друштвено-економска ситуација у нашој држави је таква да правни субјекти нису у могућности да, релативно често, мењају предмет лизинга новим.

89 Најчешће је то произвођач опреме, односно увозник исте.

90 Ипак, не треба заборавити да су лизинг компаније озбиљне финансијске институције којима није у интересу да наруше своју репутацију. Једно од решења, у сврху обезбеђења корисника лизинга, би могло бити уговарање права прече куповине у корист корисника лизинга, у уговору закљученом између даваоца лизинга и трећег лица.

91 У ЗОО не постоје одредбе које забрањују закуподавцу да предмет закупа по истеку уговора о закупу прода било којем трећем лицу по сопственом нахођењу. Право на имовину, односно својину, је уставом зајамчено право, које се може ограничити само законом.

вор о оперативном лизингу не региструје⁹² и не потпада под контролу Народне банке Србије,⁹³ којом би се обезбеђивала макар минимална заштита корисника лизинга, и најзад, постојање велике слободе даваоца лизинга да једнострано уреди уговорни однос, путем Општих услова пословања. То што не подлеже контроли Народне Банке Србије довело је до ситуација да уговор о оперативном лизингу махом није реализован до краја, јер су овакви уговори одобравани без адекватне провере бонитета правних субјеката који су закључивали уговор о оперативном лизингу и са минимумом формалности,⁹⁴ што је довело до проблема у пракси приликом извршења на предмету лизинга.⁹⁵ Неуређен правни режим доводи до велике правне несигурности, што даље доводи до тога да је овакав посао ризичан, а самим тим и скупљи, јер ће се, најчешће, такве трансакције осигуравати на велике износе, што ће бити урачунато у лизинг цену,⁹⁶ и деловати дестимулативно на потенцијалне кориснике лизинга. Са друге стране посматрано, лизинг је погодан у земљама, као што је наша, где су лоши дужничко-поверилачки односи, који се махом решавају судским путем, јер давалац лизинга има излучно право на предмету лизинга, пошто је он његов власник.⁹⁷ Ако узмемо у обзир да је пораст корисника оперативног лизинга у свету огроман, јасно је да ће се о овом правном послу у нашој земљи тек говорити. Прве кораке ка томе је најавила Комисија за израду Грађанског законика, која је изразила став да лизинг представља посао од све већег значаја, нарочито за земље у транзицији, а очекује се да Грађанским закоником Републике Србије буде регулисан оперативни лизинг.⁹⁸

92 Стога, не важи необорива правна претпоставка да су сва трећа лица упозната са постојањем уговора о оперативном лизингу.

93 Више о овоме видети на адреси: http://www.nbs.rs/edukacija/cirilica/20/lizing/finansijski_i_operativni_lizing.html, 10.12.2015.

94 Генерално, банке се више баве проценом бонитета код кредитирања, него што то раде даваоци лизинга код оперативног лизинга (и лизинга уопште). Вид. J. Altamuro, R. Johnston, S. Pandit, H. Zhang, 576. Формалност оваквих уговора је установљена, пре свега, у интересу корисника лизинга.

95 Вероватноћа од наступања овакве ситуације је већа уколико је предмет лизинга, на пример, аутомобил, који је изузетно мобилан.

96 Интерес даваоца лизинга је да реализује до краја овај уговор и да наплати ангажовану опрему и оствари оплодњу капитала, а то подразумева правну сигурност и уређен правни режим. Вид. Д. Косић, 15.

97 Д. Косић, 88.

98 Из извештаја Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије, са отвореним питањима, *Правни живот*, бр 11/07.

Hristina VOJVODIĆ

Student at the Faculty of Law University of Belgrade

DEFICIENCY OF REGULATIONS OF OPERATING LEASING IN THE SERBIAN LAW

Summary

In this paper the author analyzes the contentious question about the legal nature of operating leasing, emphasizing two most important standpoints. One, in which operating leasing is comprehended as classic rent or a specific form of rent, and another that aligns this contract into non regulated contracts. The importance of this question was particularly indicated because operating leasing is not regulated in the Serbian law. At the end of the paper, the influence of operating leasing on the entire society and economy has been shown, and the consequences of the absence of a regulated legal system in this matter were pointed out.

Key words: *leasing, operating leasing, rent, non regulated contract, Law on Obligation.*