

UDK 347.453(497.11)

CERIF: S130

DOI: 10.5937/AnalPF1902133D

Vladimir Dobrić*

Katarina Jovičić**

PRAVNA (NE)SIGURNOST UGOVORA O LIZINGU NEPOKRETNOSTI U SAVREMENOM SRPSKOM PRAVU

Predmet rada je istraživanje pravne nesigurnosti različitih oblika ugovora o lizingu nepokretnosti, koji se javljaju u savremenom srpskom pravu. Primenom pravnodogmatskog i uporednopravnog metoda, autori istražuju karakteristike domaćeg pravnog režima ugovora o lizingu nepokretnosti, sa posebnim naglaskom na pitanje mogućnosti primene pravila drugih, imenovanih ugovora na ugovore o lizingu nepokretnosti. U savremenom srpskom pravu uređen je samo oblik finansijskog lizinga, ali ne i drugi oblici lizinga nepokretnosti. Mogući problemi koji se javljaju zbog nedovoljne pravne regulative očigledni su i u odlukama sudova u sporu koji je proistekao iz jednog od neimenovanih oblika lizinga nepokretnosti u Srbiji. Analiza tih odluka ukazuje na pitanja koja su izvor pravne nesigurnosti ugovora o lizingu nepokretnosti, a koja se mogu prevazići odgovarajućim izmenama i dopunama zakonske regulative. Autori u radu daju predloge za regulisanje ugovora o lizingu nepokretnosti što je, kako zaključuju, najbolji način da se uočeni nedostaci prevaziđu.

Ključne reči: *Ugovor o lizingu. – Lizing nepokretnosti. – Povratni lizing. – Lizing sa pozajmljenim kapitalom. – Lizing nepokretnosti de lege ferenda.*

1. UVOD

Ugovor o lizingu je tipični ugovor trgovinskog prava, koji se razvio u vezi sa nabavkom opreme i drugih investicionih dobara bez ulaganja

* Autor je advokat u advokatskoj kancelariji, „Dobrić“, vladimir.dobric@dobriclaw.rs.

** Autorka je naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, k.jovicic@iup.rs.

sopstvenih sredstava i bez stupanja u klasične kreditne odnose. Posebna povoljnost za primaoca lizinga je u tome što on prihoduje poslujući predmetom lizinga i time stvara uslove da iz tog prihoda plaća lizing naknadu. Davalac lizinga, takođe, ima jasan ekonomski interes da učestvuje u tom poslu jer putem lizinga dobija veću naknadu nego što je uložio u stvar koju daje u lizing. U domaćoj praksi je prepoznat potencijal tog pravnog posla i on se često koristi. Prvobitno, njegov predmet je bio ograničen na pokretne stvari (putnička i komercijalna vozila, mašine i opremu), a vremenom se proširio i na nepokretnosti (rezidencijalne, komercijalne, industrijske i poslovne komplekse). Centralno pitanje koje se razmatra u ovom radu jeste lizing nepokretnosti, koji se u domaćoj praksi javlja u više oblika, ali je samo finansijski lizing uređen zakonom, dok su povratni lizing nepokretnosti i lizing nepokretnosti pozajmljenim sredstvima neimenovani ugovori.¹ Pošto te ugovore zaključuju subjekti čiji finansijski, organizacioni i stručni potencijal nije jednak na tržištu, moguće je da jača ugovorna strana, po pravilu davalac lizinga, stipuliše klauzule koje mu daju bolji položaj u ugovoru. Imajući u vidu veliku vrednost pravnog posla koji je tako zaključen, zbog vrednosti nepokretnosti koja se daje pod lizing, neravnomerno raspoređena ugovorna prava i obaveze slabijoj strani mogu naneti nenadoknadivu štetu. Štetu, međutim, može pretrpeti i davalac lizinga, uprkos svim povoljnostima koje je za sebe eventualno uspeo da ugovori, ako primalac lizinga pred sudom dovede u pitanje ugovor odnosno njegove pojedine odredbe kojima se stvara ugovorni disbalans. Naime, sud će, zbog nedostatka posebne regulative, sporni odnos raspraviti na osnovu postojećih pravila za koja oceni da su relevantna u konkretnoj situaciji, što će zavisiti od slučaja do slučaja. U radu se detaljno analizira odluka u jednom predmetu vođenom pred domaćim sudovima, koja adekvatno ilustruje pomenuti problem.

Cilj autora rada je da ukažu na potrebu zakonskog regulisanja neimenovanih oblika lizinga nepokretnosti, i to povratnog lizinga nepokretnosti, kao i lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima. Ta potreba proizlazi iz zahteva da se zaštiti bitni interes i davaoca i primaoca lizinga da unapred, pre nego što zakluče ugovor o lizingu nepokretnosti, znaju po kojim pravilima će njihovi odnosi u slučaju spora biti rešeni.

2. OSNOVNI OBLICI UGOVORA O LIZINGU I NJIHOVO REGULISANJE U ZEMLJAMA U OKRUŽENJU

Najznačajnije podele ugovora o lizingu su na direktni i indirektni i na finansijski i operativni lizing. Kriterijum prve podele je broj učesnika u pravnom poslu, tako da u direktnom lizingu učestvuju dva, a u indi-

¹ Perović (2003, 52–55) objašnjava razloge koji su zakonodavca opredelili da reguliše samo ugovor o finansijskom lizingu.

reknom najmanje tri lica. Druga podela lizinga na finansijski i operativni se vrši prema više kriterijuma, među kojima su: dužina roka na koji se zaključuje ugovor, na koga pada rizik oštećenja ili propasti predmeta lizinga, da li je ugovorena opcija otkupa predmeta lizinga prema unapred utvrđenim uslovima i drugi (Vasiljević 2000, 756–758; Spasić 1990, 43–47; Brkić 2014, 280–288). Ugovor o finansijskom lizingu je jedini imenovani oblik lizinga u srpskom pravu. Uređen je Zakonom o finansijskom lizingu, koji ga definiše kao trostrani odnos, čime je izjednačen sa jednom vrstom indirektnog lizinga.²

U zemljama u okruženju pravni posao lizinga detaljnije je uređen i obuhvata više oblika lizinga. Tako, u Zakonu o *leasingu* Republike Hrvatske razlikuju se finansijski od operativnog lizinga prema kriterijumu dužine trajanja ugovora, zavisno od toga da li se plaćanjem lizing naknade nadoknađuje celokupna ili samo deo vrednosti predmeta lizinga, ko snosi troškove amortizacije predmeta lizinga i da li postoji opcija otkupa predmeta lizinga.³ U finansijskom lizingu primalac lizinga plaća naknadu za korišćenje predmeta lizinga koja je veća od nabavne vrednosti, primalac lizinga snosi troškove amortizacije i ima mogućnost da otkupi predmet lizinga prema unapred ugovorenoj ceni koja je manja od tržišne vrednosti predmeta lizinga, odnosno po pravilu jednaka ostatku te vrednosti. U slučaju operativnog lizinga, lizing naknada se plaća za korišćenje predmeta lizinga u ugovorenom roku i manja je od nabavne vrednosti, troškove amortizacije snosi davalac lizinga i nema opcije otkupa predmeta lizinga. Ugovor o finansijskom lizingu se zaključuje na duži, a ugovor o operativnom lizingu na kraći rok. Prema položaju i broju subjekata, razlikuju se direktni (izravni), indirektni (neizravni) i povratni lizing. Direktni lizing je posao u kojem se javljaju samo dva lica, davalac i primalac lizinga, indirektni lizing je višestrani pravni odnos sa najmanje tri lica (prodavac predmeta lizinga, davalac i primalac lizinga) i najmanje dva ugovora (ugovor o nabavci predmeta lizinga i ugovor o lizingu u užem smislu). Povratni lizing je pravni posao u kojem učestvuju dva lica i u tom smislu ima karakteristike direktnog lizinga, s tim što ima elemente i finansijskog lizinga, naročito kada je ugovorena opcija otkupa predmeta lizinga. Ugovorne strane kod povratnog lizinga su primalac lizinga koji prodaje svoju nepokretnost davaocu lizinga, koji je potom daje na korišćenje primaocu lizinga uz obavezu da plaća lizing naknadu.⁴ Isto to je predviđeno i u Zakonu o lizingu Federacije Bosne i Hercegovine.⁵ Zako-

² Zakon o finansijskom lizingu, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2003, 61/2005, 31/2011 i 99/2011.

³ Zakon o *leasingu*, *Narodne novine*, br. 141/12.

⁴ Kriterijumi razlikovanja finansijskog od operativnog lizinga, direktnog od indirektnog lizinga, kao i specifičnosti povratnog lizinga u odnosu na finansijski i direktni lizing precizirani su u članu 5 (1) – (7) Zakona o *leasingu*.

⁵ Zakon o lizingu, *Službene novine Federacije BiH*, br. 85/08, 39/00, 65/13 i 104/16.

nom o finansijskom lizingu, faktoringu, otkupu potraživanja, mikrokreditiranju i kreditno-garantnim poslovima detaljno se reguliše i finansijski lizing u Crnoj Gori (na način kao u srpskom pravu), s tim što u crnogorskom zakonodavstvu odranije postoji institut fiducijarnog prenosa prava svojine, pa je posebno regulisan slučaj zloupotrebe prava davaoca lizinga.⁶ Zakon o lizingu Republike Srpske razlikuje finansijski i operativni lizing, zavisno od toga da li se u lizing poslu javlja i isporučilac predmeta lizinga.⁷ U Mađarskoj je lizing uređen Građanskim zakonikom iz 2013. godine (Glava LIX), u kojem se kao kriterijum kvalifikacije finansijskog lizinga predviđa ugovaranje prenosa svojine na predmetu lizinga ili opcije kupovine tog predmeta (Toth 2017; Eichwald 2012, 81).

3. OBLICI UGOVORA O LIZINGU NEPOKRETNOSTI U SRBIJI

3.1. Finansijski i operativni lizing nepokretnosti

Finansijski lizing nepokretnosti je složen pravni posao koji se realizuje zaključenjem dva povezana ugovora: prvi o nabavci nepokretnosti, koji zaključuju davalac lizinga i prodavac nepokretnosti, koji može biti lice koje gradi nepokretnost ili je već ima u svojini, i drugi, ugovor o lizingu u užem smislu, koji zaključuju davalac lizinga i primalac lizinga. Osnovni izvor prava za finansijski lizing nepokretnosti stvari je Zakon o finansijskom lizingu (u daljem tekstu: Zakon), kao *lex specialis*, kao i Zakon o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO), kao opšti propis za ugovorne odnose, koji se uz pomenuti zakon primenjuje kao dopunski propis.⁸ Za određena pitanja, na te ugovore bi se primenjivao i Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga.⁹

Ugovor o isporuci i ugovor o lizingu nepokretnosti u užem smislu međusobno su uslovljeni i povezani jer se prvi zaključuje u vezi sa drugim ugovorom. Kao i Simonović (2009, 82), smatramo da prvi i drugi ugovor u pravnom prometu predstavljaju jedinstvenu pravnu celinu. Nji-

⁶ Zakon o finansijskom lizingu, faktoringu, otkupu potraživanja, mikrokreditiranju i kreditno-garantnim poslovima, *Službeni list Crne Gore*, br. 73/17.

U članu 35 tog zakona propisano je: „U slučaju zloupotrebe prava davaoca lizinga na vraćanje predmeta lizinga, primalac lizinga može pokrenuti postupak za naknadu štete, koja uključuje naročito: naknadu za uznemiravanje mirne državine i prava korišćenja predmeta lizinga, naknadu za izgubljeni prihod koji bi bio ostvaren korišćenjem predmeta lizinga i naknadu za izgubljeno pravo otkupa predmeta lizinga.“

⁷ Zakon o lizingu, *Službeni glasnik RS*, br. 70/07 i 116/11.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

⁹ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

hovo pravno jedinstvo se potvrđuje povezanošću u pogledu subjekata i u pogledu kauze, i to tako što se davalac lizinga pojavljuje kao ugovorna strana u oba ugovora, a ugovor o lizingu predstavlja kauzu zaključenja ugovora o finansiranju kupovine predmeta lizinga.¹⁰

Ugovor o finansijskom lizingu nepokretnosti ima sličnosti sa ugovorom o zakupu jer primalac lizinga stiče pravo na korišćenje nepokretnosti u ugovorenom periodu, ali se od njega razlikuje po tome što primalac lizinga putem lizing naknade plaća ne samo naknadu za korišćenje nepokretnosti (zakupninu) već i naknadu za korišćenje novčanih sredstava koja je davalac lizinga angažovao za nabavku ili proizvodnju nepokretnosti.¹¹ Sličan je odnos i između finansijskog lizinga nepokretnosti i ugovora o zajmu, odnosno kreditu, kod kojih se plaća samo kamata kao naknada za upotrebu tuđeg novca, dok se kod ugovora o finansijskom lizingu nepokretnosti, osim naknade za upotrebu novca davaoca lizinga, plaća i naknada za korišćenje nepokretnosti. Primalac lizinga, osim toga, dužan je i da nepokretnost vrati ili otkupi, ako je tako ugovoreno, dok u slučaju ugovora o zajmu, odnosno kreditu, dužnik ima obavezu da vrati pozajmljeni novac. Kombinacijom elemenata različitih imenovanih ugovora stvara se specifičan ugovorni odnos, kojim se štite pravni interes davaoca lizinga nepokretnosti u pogledu ulaganja novca u kupovinu nepokretnosti i pravni interes korisnika lizinga da bez angažovanja sopstvenih sredstava, uz plaćanje ugovorene lizing naknade, ima pravo da u ugovorenom roku koristi predmet lizinga.

Operativni lizing nepokretnosti nije tako čest u praksi već se više koristi za lizing opreme i prevoznih sredstava. Taj oblik lizinga može da se javi kada je davalac lizinga istovremeno i primalac lizinga po ugovoru o finansijskom lizingu nepokretnosti, a u tom slučaju je reč o svojevrsnom podlizingu. Ugovor o operativnom lizingu nepokretnosti ima velike sličnosti sa ugovorom o zakupu, zbog čega se na taj posao analogno primenjuju odredbe ZOO, a pod predviđenim uslovima i Zakona o zaštiti potrošača (u daljem tekstu: ZZP).¹²

¹⁰ Kangas (2009, 69–100) ukazuje na to da specifična priroda posla finansijskog lizinga čini da ugovor o finansijskom lizingu, na isti način kao i ugovor o isporuci, proizvodi izvesne pravne posledice koje predstavljaju odstupanja od pravila o *inter partes* dejstvu ugovora, protežući svoje dejstvo i na treće lice – isporučioca, koji nije strana u tom ugovornom odnosu.

¹¹ Kronke (2011, 27) navodi da se u francuskom pravu smatra da je osnovna funkcija finansijskog lizinga finansiranje transakcije, pošto ukupna vrednost lizing naknade uključuje više nego što je vrednost samog prava korišćenja predmeta lizinga, odnosno obuhvata i deo amortizacije i dobit davaoca lizinga. Wang i Yang (2016, 97–98), analizirajući finansijski lizing nepokretnosti, naglašavaju da je finansijski lizing sličan finansijskoj usluzi koju daje poslovna banka po osnovu hipoteke.

¹² Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 i 44/2018..

3.2. Povratni lizing nepokretnosti

Povratni lizing nepokretnosti se koristi da bi vlasnik nepokretnosti njenom prodajom obezbedio likvidna novčana sredstva za svoje poslovanje, a potom nastavio da koristi istu nepokretnost uz obavezu plaćanja lizing naknade i opciju njenog otkupa na kraju ugovornog perioda.¹³ I taj pravni posao se realizuje zaključenjem dva povezana ugovora: ugovora o prodaji i ugovora o lizingu. Iako je sličnost povratnog lizinga sa finansijskim lizingom očigledna, između njih postoji bitna razlika, a to je da u povratnom lizingu učestvuju dva lica: prodavac, koji je istovremeno primalac lizinga u ugovoru o lizingu, i kupac, koji je istovremeno davalac lizinga u ugovoru o lizingu, dok u pravnom poslu finansijskog lizinga nužno učestvuju tri lica. Najčešći predmet ugovora o povratnom lizingu je upravo nepokretnost, koja se stavlja u funkciju obezbeđenja likvidnog kapitala, uz istovremeno zadržavanje prava na njeno korišćenje.¹⁴

Kao i Mäntysaari (2010, 36), smatramo da se u toj karakteristici povratnog lizinga krije i sličnost sa fiducijarnim prenosom prava svojine radi obezbeđenja kreditnog potraživanja poverioca, što stvara rizik za ugovorne strane u onim pravnim sistemima koji ne omogućavaju taj vid obezbeđenja potraživanja. I za povratni lizing, kao neimenovani ugovor, osnovni formalni izvor prava je ZOO, odnosno ZZP kad su za to ispunjeni predviđeni uslovi.

U slučaju ugovaranja klauzule da primalac lizinga ima pravo da otkupi predmet lizinga, postoji sličnost, s jedne strane, sa klauzulom o zadržavanju prava svojine na prodatoj stvari (*pactum reservati dominii*) koja se primenjuje na prodaju pokretnih stvari (član 540 ZOO) i, s druge strane, sa ugovorom o prodaji sa pravom otkupa regulisanog § 661 i § 664 Srpskog građanskog zakonika, koji se odnosi na prodaju i pokretnih i nepokretnih stvari.¹⁵ Klauzula zadržavanja prava svojine na prodatoj stvari štiti prodavca jer je do momenta isplate cene prodavac vlasnik a kupac držalac stvari. Prodavac uslovno prodaje stvar kupcu, a neisplata cene je

¹³ Laušević (2014, 30) označava ugovor *sale and leaseback* kao povratni lizing. Ugovor *sale and leaseback* se pominje prvi put u vezi sa sudskim slučajem iz 1882. godine (Cary, 1948, 1), dok Organek, Partyka i Scott (1968, 294) primećuju da je taj ugovor dobio značaj tek nakon Drugog svetskog rata. O tome vid. i Hodge (1986, 721–756); McPherson (1949, 482–501) povratni lizing označava i kao „*purchaselease*“, „*leaseback*“, „*net lease*“, „*buy-build-sell-lease*“ i „*lend-lease*“; Wilson (1953, 318–335) i Shurtz (1982, 385–438).

¹⁴ Whitby (2013, 5) navodi da se preko 76% svih *sale and leaseback* ugovora odnosilo na nepokretnosti. Povratni lizing nepokretnosti se, prema Ross, Westerfield i Jaffe (2002, 588), koristi i za obezbeđenje budžetskih sredstava. Oni s tim u vezi navode primer grada Oaklanda u Kaliforniji, koji je prodao zgradu gradske skupštine i još 23 druge nepokretnosti u svojini grada, kako bi obezbedio sredstva za izmirenje obaveza od 150 miliona dolara za određene budžetske rashode, uz istovremeno ugovaranje lizinga istih tih nepokretnosti radi daljeg korišćenja.

¹⁵ Srpski građanski zakonik od 25. marta 1844. godine.

razlog za raskid ugovora i povraćaj stvari. Zadržavanje prava svojine na prodatoj stvari ima funkciju obezbeđenja potraživanja i u tome je sličnost sa povratnim lizingom, gde primalac lizinga prenosi na davaoca lizinga svojину na nepokretnosti radi obezbeđenja plaćanja lizing naknade. Međutim, razlika je očigledna jer klauzula zadržavanja prava svojine služi za obezbeđenje potraživanja prodavca stvari, dok u povratnom lizingu davalac lizinga pribavlja svojину na nepokretnosti i zadržava je sve dok se ne steknu uslovi za otkup radi obezbeđenja potraživanja lizing naknade. U prvom slučaju obezbeđuje se potraživanje prodavca stvari, a u drugom slučaju potraživanje kupca nepokretnosti. Za razliku od zadržavanja prava svojine na prodatoj stvari, kada se ugovara pravo na otkup prodate stvari, nije reč o obezbeđenju potraživanja već o mogućnosti prodavca da pod određenim uslovima ponovo stekne svojину na prodatoj stvari ukoliko vrati kupcu cenu koju je primio. Sličnost postoji u delu vraćanja prava svojine na prodatoj nepokretnosti, s tim što se razlikuju uslovi za ostvarivanje tog prava. U slučaju ugovora o prodaji sa pravom otkupa iz Srpskog građanskog zakonika, prodavac stvari ima obavezu da vrati primljenu cenu, dok u povratnom lizingu, kao i finansijskom lizingu, gde je ta opcija ugovorena, davalac lizinga, kao kupac, ne vraća primljenu cenu primaocu lizinga kao prodavcu. Zbog toga smatramo da nema uslova za analognu primenu pravila o klauzuli zadržavanja prava svojine na prodatoj stvari i pravila iz Srpskog građanskog zakonika o ugovoru o prodaji sa pravom otkupa.

3.3. Lizing nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima

Lizing sa pozajmljenim sredstvima (*leveraged lease, balanced lease, rent-reducing lease, on-equity trading financial leasing*) noviji je modalitet lizinga, koji često ima za predmet nepokretnosti. On se od klasičnog finansijskog lizinga razlikuje po tome što davalac lizinga nabavlja nepokretnost delimično iz sopstvenih sredstava (20–40%), a za razliku koristi sredstva koja putem kredita pribavlja od poslovne banke, osiguravajućeg društva ili investicionog fonda (Wang i Yang, 100–101).¹⁶ Za tu vrstu posla karakteristično je da se iz lizing naknade prvo naplaćuje potraživanje kreditora, tako što davalac lizinga ima obavezu da na kreditora prenese potraživanje po osnovu lizing naknade i da uspostavi zalogu na tom potraživanju. Ukoliko preneti lizing naknada nije dovoljna da se namiri kreditno potraživanje, kreditor može svoje potraživanje od davaoca lizinga naplatiti samo iz cene ostvarene prodajom nepokretnosti. Taj oblik lizinga nepokretnosti posebno je pogodan za velike investicione nepokretnosti, čije finansiranje prevazilazi finansijske mogućnosti davaoca lizinga.¹⁷ Davalac lizinga u od-

¹⁶ Hodge (721–722), kao i Vernimmen *et al.* (2005, 527), smatra da je taj pravni posao, osim *sale and leaseback*, jedan od oblika finansijskog lizinga.

¹⁷ Berk i DeMarzo (2014, 860) konstatuju da se u uporednom pravu javlja više pojava oblika ugovora o lizingu nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, pa se, na

nosu na kreditora ima položaj sličan kreditoru kod subordiniranih kredita. U domaćem pravu (kao i u pravima susednih zemalja) taj pravni posao nije regulisan, te je on, kao i ostali neimenovani ugovori, u režimu ZOO odnosno ZZP.

4. ANALIZA ODLUKE DOMAĆEG SUDA U SPORU NASTALOM POVODOM NEIMENOVANOG PRAVNOG POSLA LIZINGA NEPOKRETNOSTI

U jednom slučaju ugovorne strane su, u skladu sa načelom slobode ugovaranja, zaključile posao lizinga nepokretnosti koji se realizovao putem tri ugovora.¹⁸ Prvim ugovorom vlasnik nepokretnosti je prodao svoju nepokretnost davaocu lizinga za cenu od oko 6.000.000 CHF, iako je u sudskom sporu sudski veštak procenio da je tržišna vrednost te nepokretnosti preko 9.800.000 CHF. Drugim ugovorom je dogovoren zakup iste nepokretnosti sa ranijim vlasnikom kao zakupcem. Trećim ugovorom, koji je označen kao dopunski ugovor, ista lica su ugovorila da će zakup trajati 144 meseca, te da će prodana nepokretnost služiti kao sredstvo obezbeđenja vraćanja novčanog iznosa, koji je u ugovoru označen kao investicioni trošak (oko 6.000.000 CHF), sa ugovornom kamatom za ceo period od 144 meseca.¹⁹ Zakupodavac je sredstva za obezbeđenje kupovine predmetne nepokretnosti obezbedio po osnovu inostranog zajma od poslovne banke i trošak kamate je uključio u ugovornu kamatu iz predmetnih ugovora. Ugovorne strane su se sporazumele da će zakupac, pod uslovom da uredno plati ukupno ugovoreni iznos, povratiti pravo svojine na predmetnoj nepokretnosti, bez zaključivanja posebnog ugovora o prodaji i plaćanja posebne prodajne cene. Takva ugovorna klauzula je tipična za finansijski, povratni i lizing nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, što predstavlja odstupanje od pravnog režima prenosa prava svojine u domaćem pravu, gde je uslov punovažnosti prenosa zaključenje ugovora u posebnoj formi.

primer, u slučaju više kreditora zaključuje ugovor o sindiciranom kreditu sa davaocem lizinga. Osim toga, navode oni, u praksi se nekada ugovor o lizingu nepokretnosti realizuje i posredstvom posebno osnovanog privrednog društva.

¹⁸ Razmatrani slučaj ugovora o lizingu nepokretnosti bio je jedan od nekoliko hiljada ugovora koje su davaoci lizinga zaključili sa primaocima lizinga, prema unapred sačinjenom modelu ugovora. Svi ugovori su sastavljeni prema modelu koji je predložio davalac lizinga. Sudovi se nisu bavili pitanjem da li je davalac lizinga predlaganjem tog modela ugovora želeo da prikrije da se bavi odobravanjem kredita, kao bankarskim poslom.

¹⁹ Svi ugovori su zaključeni u pismenoj formi, istog dana, sa različitim datumom overe potpisa u sudu. Prvo su sudski overeni potpisi na drugom (ugovor o zakupu) i trećem (dopunskom) ugovoru, a tek naknadno i potpisi na prvom ugovoru (o prodaji nepokretnosti). Sudovi svoje presude nisu zasnivali na tim okolnostima.

Spor je nastao kada je zakupac pao u docnju sa plaćanjem četiri mesečne rate, nakon čega je zakupodavac raskinuo ugovore. Odmah nakon raskida ugovora nad zakupcem je otvoren stečaj, pa je zakupodavac podneo zahtev za izlučenje nepokretnosti iz stečajne mase zakupca. Istovremeno je prijavio i potraživanje u tom postupku u visini nenaplaćenog potraživanja iz pomenutih ugovora.

Zakupac, sada stečajni dužnik, prihvatio je izlučni zahtev zakupodavca za predmetnu nepokretnost, ali je istovremeno podneo tužbu za utvrđenje ništavosti sva tri ugovora, sa obrazloženjem da je reč o simulovanim poslovima, iza kojih se krije posao obezbeđenja potraživanja uz ugovaranje klauzule *lex commissoria*. Tužbom je traženo od suda da obaveže tuženog da tužiocu preda u svojinu i državinu predmetnu nepokretnost i da vrati ukupno naplaćeni novčani iznos po osnovu takvih ugovora. Stav tuženog je bio da sva tri ugovora treba posmatrati kao jedan povezan poslovi odnos, da je reč o neimenovanom ugovoru, koji je poznat kao prodaja i povratni zakup, te da kao takav predstavlja vrstu operativnog lizinga. Tuženi je naveo da su ugovorne strane mogle da zaključe i ugovor o zajmu uz davanje obezbeđenja, da takav ugovor ne bi bio zabranjen, ali da su se svesno opredelili za ugovore koji su, prema njegovom mišljenju, punovažni i dozvoljeni.²⁰

Sporni odnos je raspravljan u sve tri sudske instance, tako da je delimično usvojen tužbeni zahtev sa utvrđenjem da su sva tri ugovora ništava.²¹ Tuženi je obavezan da tužiocu preda (vrati) nepokretnost u svojini i nesmetanu državinu. Zahtev tužioca da mu tuženi vrati i naplaćene novčane iznose sud je odbio sa obrazloženjem da je prava volja ugovornih strana bila iskazana u disimulovanom ugovoru o zajmu (koji je prikriiven zaključivanjem simulovanih ugovora o prodaji, zakupu i dopunskog ugovora). Sud je takođe ocenio da davanje u svojinu nepokretnosti nije zakonom predviđeno kao način obezbeđenja potraživanja zajmodavca.

Analiziraćemo dve situacije: prvu, hipotetičku, da su ugovori koji su bili predmet sudskog spora ocenjeni kao pravno valjani, i drugu, u skladu sa sudskom odlukom kojom je utvrđena ništavost pomenutih ugovora. U prvoj situaciji zakupodavac, kao davalac lizinga, nakon raskida ugovora, zadržava u svojini nepokretnost koju je kupio za oko 6.000.000 CHF, uz pravo da od zakupca, kao primaoca lizinga, potražuje iznos ugovoreni a nenaplaćenih lizing rata. Na taj način, davalac lizinga u

²⁰ Na ništavost ugovora pozvao se primalac lizinga, imajući u vidu da je bio slabija ugovorna strana, koja je zaključila pomenute ugovore u tekstu kako ih je davalac lizinga predložio.

²¹ Privredni sud u Beogradu 27 P. 1957/13, 12. maj 2015; Privredni apelacioni sud 1. Pž. 4764/15, 21. januar 2016; Vrhovni kasacioni sud Prev. 129/16, 14. jul 2016; Privredni sud u Beogradu 17. P. 692/16, 21. mart 2018 i Privredni apelacioni sud 3 Pž. 3879/18, 5. jul 2018 (sve presude nalaze se u arhivi advokatske kancelarije „Dobrić“).

celini vraća svoju investiciju, odnosno ulaganje u kupovinu predmetne nepokretnosti, sa zaradom po osnovu ugovorne kamate, uz istovremeno zadržavanje same nepokretnosti. Zakupac, odnosno primalac lizinga ima obavezu ne samo da plati sve lizing rate, već gubi i pravo na reotkup nepokretnosti. U tom slučaju, pravna praznina u regulisanju tog vida lizinga nepokretnosti je na štetu primaoca lizinga, uz očiglednu povredu načela jednake vrednosti davanja.

U drugoj situaciji, nakon što je sud utvrdio ništavost predmetnih ugovora i obavezu tuženog, kao davaoca lizinga, da tužiocu, kao primaocu lizinga, preda u svojinu i državinu predmetnu nepokretnost, uspostavljeno je stanje prava svojine na nepokretnosti kao da predmetni ugovori nisu ni zaključeni. Tužilac stiče pravo da povrati nepokretnost, a na tuženom je rizik da li će i u kojoj meri naplatiti dospelo a nenaplaćeno potraživanje po osnovu zajma u stečajnom postupku tužioca, imajući u vidu da nema realno sredstvo obezbeđenja potraživanja. U tom slučaju, pravna praznina u regulisanju tog vida lizinga nepokretnosti je na štetu davaoca lizinga.

U opisanom primeru sve tri sudske instance su stale na stanovište da su zaključivanjem pomenutih ugovora ugovorne strane prikrile pravu nameru da zaključe ugovor o zajmu, vodeći se činjenicom da je tuženi pozajmio novac tužiocu uz obavezu plaćanja kamate a da je tužilac preneo pravo svojine na nepokretnosti na tuženog kao sredstvo obezbeđenja potraživanja tuženog kao zajmodavca. I u drugim pravnim sistemima, koji imaju detaljno normirane sve oblike lizinga nepokretnosti i kriterijume za njihovo razgraničenje od fiducijarnog prenosa prava svojine, sudovi imaju težak zadatak da pravno kvalifikuju konkretan pravni posao. To je posebno slučaj sa povratnim lizingom, gde se, ugovaranjem opcije povraćaja prava svojine sa isplatom ukupne lizing rate, davalac lizinga u odnosu prema primaocu lizinga stavlja u pravni položaj sličan onom koji ima fiducijant u odnosu na fiducijara. U domaćem pravu nisu regulisana pravila o povratnom lizingu niti postoje kriterijumi za razlikovanje povratnog lizinga od fiducijarnog prenosa prava svojine, te sudovi imaju još teži zadatak da daju pravnu ocenu o kom pravnom poslu je reč, što stvara pravnu nesigurnost u prometu.

Opisani slučaj iz sudske prakse dobar je povod za dalju analizu mogućih rizika za pravnu sigurnost ugovornih strana u prometu. Polazeći od činjenice da je spor u konkretnom primeru nastao nakon što je davalac lizinga raskinuo ugovor usled docnje primaoca lizinga sa plaćanjem lizing naknade, postavlja se pitanje da li je na posao koji ima elemente povratnog lizinga nepokretnosti sud mogao analogno da primeni pravila o finansijskom lizingu na osnovu sličnosti između tih ugovora koja se ogleđa u tome što davalac lizinga, u oba slučaja, zadržava pravo svojine na nepokretnosti na osnovu činjenice da je ona kupljena njegovim sredstvima. Sem toga, i u povratnom i u finansijskom lizingu davalac lizinga ima

mogućnost i da potražuje naknadu štete u visini izmakle koristi po osnovu ugovorene a neplaćene lizing naknade, koju bi naplatio po redovnom toku stvari da ugovor nije raskinut krivicom primaoca lizinga.

Smatramo da potvrđan odgovor na to pitanje ne bi bio opravdan ne samo zato što je finansijski lizing trostrani a povratni lizing dvostrani pravni posao, već i zbog toga što davalac finansijskog lizinga nabavlja predmet lizinga po tržišnim uslovima, dok se u slučaju povratnog lizinga, zbog specifične situacije u kojoj se nalazi korisnik lizinga usled akutne potrebe za finansijskim ulaganjem u poslovanje, predmet lizinga, kako ukazuje i Ling (2012, 503), kupuje po pravilu po ceni koja je niža od tržišne.

U slučaju povratnog lizinga može se dosledno primeniti pravilo da raskid ugovora o lizingu u užem smislu ima za posledicu da se raskida i ugovor o prodaji jer su to međusobno uslovljeni ugovori, dok bi automatski raskid ugovora o nabavci nepokretnosti u slučaju finansijskog lizinga i lizinga sa pozajmljenim sredstvima ugrozio pravnu sigurnost trećeg lica koje je prenelo pravo svojine na nepokretnosti na davaoca lizinga. U svetlu tih okolnosti, shodna primena pravila o finansijskom lizingu na rešavanje pravnih posledica raskida ugovora o povratnom lizingu dovela bi davaoca lizinga u poziciju da može da zloupotrebi pravo na raskid ugovora, uz povredu načela jednake vrednosti davanja, bez mogućnosti primaoca lizinga da se takvoj zloupotrebi usprotivi pravnim sredstvima. U povratnom lizingu mogućnost zloupotrebe je izraženija nego u finansijskom lizingu, mada se i u slučaju finansijskog lizinga može postaviti pitanje opravdanosti prava davaoca lizinga da zadrži pravo svojine na nepokretnosti i naplaćeni deo lizing naknade, uz mogućnost da potražuje preostali deo lizing naknade koja se sastoji od neotplaćenog dela glavnice i ugovorne kamate.

De lege ferenda, rešenje bi trebalo tražiti u pravcu prevazilaženja rizika pravne nesigurnosti za slučaj ništavosti ugovora koji čine povratni lizing, tako što bi se normirala pravila o svim oblicima lizinga nepokretnosti, uz omogućavanje primaocu lizinga da ima efikasna pravna sredstva kojim bi sprečio zloupotrebu prava davaoca lizinga na raskid ugovora. Sa tim ciljem bi ugovore o finansijskom lizingu nepokretnosti, povratnom lizingu nepokretnosti i lizingu sa pozajmljenim sredstvima trebalo pravno posmatrati kao složene ugovore, koji se sastoje od povezanih ugovora o nabavci i ugovora o lizingu nepokretnosti u užem smislu. Međusobna vezanost ugovora o lizingu u užem smislu i ugovora o nabavci nepokretnosti značila bi da raskid prvog ugovora ima za posledicu i raskid ugovora o nabavci nepokretnosti u slučaju povratnog lizinga. U slučaju finansijskog i lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, međutim, raskid ugovora o lizingu u užem smislu ne bi trebalo da ima za posledicu automatski raskid ugovora o nabavci nepokretnosti već bi pravni položaj davaoca

lizinga trebalo regulisati tako da on ima pravo da prema primaocu lizinga ističe one zahteve koji bi ga doveli u položaj kao da je primalac lizinga ispunio sve ugovorne obaveze. Tako, ako bi davalac lizinga zadržao pravo svojine na kupljenoj nepokretnosti, od primaoca bi mogao da zahteva plaćanje ukupne lizing naknade umanjene za tržišnu vrednost zadržane nepokretnosti, a ako bi od primaoca lizinga naplatio ukupnu lizing naknadu, imao bi obavezu da na njega prenese pravo svojine na predmetnoj nepokretnosti.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Između finansijskog lizinga nepokretnosti, kao imenovanog, i povratnog lizinga nepokretnosti, kao neimenovanog ugovora, postoje sličnosti i razlike. Sličnosti su u tome što je u oba slučaja reč o složenom poslu, koji obuhvata i nabavku (kupovinu) i davanje nepokretnosti u lizing, uz ugovaranje opcije otkupa nepokretnosti sa isplatom ukupne lizing naknade. Razlika je u tome što se u finansijskom lizingu javljaju tri, a u povratnom lizingu nepokretnosti dva učesnika u poslu. Prvi je indirektni, a drugi direktni lizing. Trostranost i dvostranost posla pokazuju suštinski razlog zbog kojeg se u prvom slučaju zaključuje finansijski, a u drugom slučaju povratni lizing nepokretnosti. U prvom slučaju primalac lizinga želi da sredstvima davaoca lizinga nabavi nepokretnost koju nema, koja mu je neophodna za poslovanje, a u drugom slučaju primalac lizinga želi da svoju nepokretnost stavi u funkciju obezbeđenja nedostajućih novčanih sredstava. U prvom slučaju, cilj opcije kupovine nepokretnosti jeste da primalac lizinga stekne ne samo pravo korišćenja već i pravo svojine na nepokretnosti nakon plaćanja ukupne lizing naknade, a u drugom slučaju, cilj opcije otkupa nepokretnosti jeste da primalac lizinga nakon plaćanja ukupne lizing naknade povрати svojину na toj nepokretnosti. Prema našem shvatanju, to je osnovni razlog što se u uporednom pravu posebno reguliše povratni lizing. Isti razlog postoji i u pogledu lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima. Razlika u odnosu na ugovore o finansijskom i povratnom lizingu postoji samo u tome što kod lizinga sa pozajmljenim sredstvima davalac lizinga nije jedini kreditor primaoca lizinga, dok je pravni odnos između davaoca i primaoca lizinga isti kao u finansijskom i povratnom lizingu nepokretnosti.

U svim pomenutim oblicima lizinga nepokretnosti postoji opcija prenosa prava svojine na nepokretnosti na korisnika lizinga, za razliku od operativnog lizinga, gde ta opcija ne postoji i gde se mogu shodno primenjivati pravila ugovora o zakupu iz ZOO. Zbog toga, smatramo da bi zakonom trebalo regulisati ne samo finansijski već i povratni lizing nepokretnosti, kao i lizing nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima.

Prema mišljenju autora ovog rada, to je naročito važno za povratni lizing nepokretnosti. Nepostojanje pravila o povratnom lizingu nepovoljno utiče na pravnu sigurnost jer učesnici u poslu nemaju predvidljiva pravila o tome da li je povratni lizing dozvoljeni pravni posao. Smatramo da treba normirati kriterijume za razlikovanje povratnog lizinga nepokretnosti od fiducijarnog prenosa prava svojine.

Buduće normiranje povratnog lizinga i lizinga sa pozajmljenim sredstvima prilika je da se preispitaju i pravila kojima se reguliše finansijski lizing, naročito u svetlu međusobnih odnosa davaoca i primaoca lizinga u slučaju raskida ugovora. U skladu sa načelom savesnosti i zabrane zloupotrebe prava trebalo bi obavezati davaoca lizinga da pre raskida ugovora pokuša da naplati dospele a neplaćene lizing rate putem nekog od ugovorenih sredstava obezbeđenja (menice, zaloga na potraživanju po osnovu zakupnine u slučaju podzakupa i sl.).²² Nema razloga da postoji odredba člana 28 (6) Zakona o finansijskom lizingu, po kojoj primalac lizinga može održati ugovor na snazi ukoliko dâ odgovarajuće obezbeđenje, ako ne postoji obaveza davaoca lizinga da pre raskida ugovora prvo iskoristi postojeća sredstva obezbeđenja. Osim toga, trebalo bi regulisati slučajevne proizvoljnog i diskrecionog postupanja davaoca lizinga prilikom raskida ugovora, u skladu sa pravilom da se ugovor ne može raskinuti zbog neizvršenja neznatnog dela ugovorne obaveze.²³

U interesu pravne sigurnosti učesnika u prometu je da se podaci o svim ugovorima o lizingu nepokretnosti upisuju u registar lizing ugovora, ali i u katastar nepokretnosti radi evidentiranja podataka bitnih za promet nepokretnosti, u skladu sa načelom javnosti upisa.

Nepostojanje pravnog okvira kojim se uređuje pravni režim svih oblika lizinga, posebno povratnog lizinga nepokretnosti i lizinga nepokretnosti sa pozajmljenim sredstvima, stvara neprihvatljiv rizik za učesnike lizinga. To je naročito izraženo u pravnim režimima, kojima pripada i srpsko pravo, koji ne poznaju tzv. fiducijarni prenos prava svojine (*fiducia cum creditore*), odnosno ne pružaju pravnu zaštitu klauzuli *lex commissoria*.

Sve o čemu je bilo reči u ovom radu jasno ukazuje na to da bi zakonsko regulisanje pomenutih pojava oblika lizinga nepokretnosti bitno unapredilo pravnu sigurnost ugovornih strana koje učestvuju u tim pravnim poslovima, a posebno primaoca lizinga.

²² Čl. 12–13 ZOO.

²³ Član 131 ZOO.

LITERATURA (REFERENCES)

- Berk, Johnatan i De Marzo, Peter. 2014. *Corporate finance*. Boston: Pearson.
- Brkić, Alaudin. 2014. Zaštita potrošača kod ugovora o finansijskom leasingu. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici* 14: 275–326.
- Cary, William. 1948. Corporate Financing Through the Sale and Lease-Back of Property: Business, Tax, and Policy Considerations. *Harvard Law Review* 62: 1–41.
- Eichwald, Denis. 2012. Financing real estate – concepts and collateralization. 77–100 u *Real estate investmenst in Germany*, ed. Michael Mütze, Thomas Senff, Jutta C. Möller. Berlin, Heidelberg: Springer.
- Hodge, Steven. 1986. Sale-leaseback, a search for economic substance. *Indiana Law Journal* 61: 721–756.
- Kangas, Tanja. 2009. Privity on Contract in Financial Leasing. *Helsinki Law Review* 3: 69–100.
- Kronke, Herbert. 2011. Financial leasing and its unification by UNIDROIT– General report. *Uniform Law Review, Revue de Droit Uniforme* 16: 23–44.
- Laušević, Ljubica. 2014. Povratni lizing – alternativni izvor povećanja obrtnog kapitala preduzeća. *Bankarstvo* br. 1/2014: 30–63.
- Ling, Nur Lesya Firsia Johaimi. 2012. Analysis of factors and the impacts of sale and leaseback. *Procedia – Social and Behavioral Sciences* 36: 502–510.
- Mäntysaari, Peter. 2010. *The Law of corporate finance: General principles and EU law*. Berlin, Heidelberg: Springer.
- McPherson, John. 1949. Some economic and legal aspects of the purchase and lease of real estate by life insurance company. *University of Pennsylvania Law Review* 97: 482–501.
- Organek, Joel., Partyka Robert i Scott Bruce. 1968. Financing business activity through sale and leaseback of real property – A Comment. *Osgoode Hall Law Journal* 6: 294–304.
- Perović, Jelena. 2003. *Komentar Zakona o finansijskom lizingu*. Beograd: Glosarijum.
- Ross, Steven. Westerfield Randolph. i Jaffe Jeffrey. 2002. *Corporate finance*. 6. ed. New York: Mac Grow Hill/ Irving.
- Shurtz, Nancy. 1982. A Decision model for lease parties in sale leasebacks of real estate. *William and Mary Law Review* 23: 385–438.

- Simonović, Dragoljub. 2009. *Ugovorna čitanka*. Beograd: Službeni glasnik.
- Spasić, Ivanka. 1990. *Ugovor o leasingu*. Beograd: Institut za uporedno pravo u Beogradu.
- Toth Arpad. 2017. *Lease regulation and future trends in Hungary*, (pristupljeno 30. aprila 2019). https://kgk.sze.hu/images/dokumentumok/kautzkiadvany2017/Toth_Kautz_2017.pdf (pristupljeno 2. juna 2019).
- Vasiljević, Mirko. 2000. *Poslovno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Vernimmen, Pierre. Quiry Pascal, Dallochio Maurizio, Le Fur Yann i Salvi Antonio. 2005. *Corporate finance, Theory & practice*. West Sussex: Willey.
- Wang, Jiazhuo i Yang, Juan. 2016. *Financing without bank loans, new alternatives for funding SMEs in China*. Singapore: Springer.
- Whitby, Ryan. 2013. Market responses to sale and leasebacks. *Real Estate Finance* 29: 1–7.
- Wilson, John. 1953. Sale and lease-back – A Re-Appraisal. *Case Western Reserve Law Review* 4: 318–335.

Vladimir Dobrić

Attorney at Law
Law Office „Dobrić“, Belgrade

Katarina Jovičić, PhD

Research Fellow
Institute of Comparative Law, Belgrade

LEGAL (IN)SECURITY UNDER REAL ESTATE LEASE CONTRACTS IN CONTEMPORARY SERBIAN LAW

Summary

The article focuses on legal insecurity under different forms of real estate lease contracts, present in contemporary Serbian law. Applying dogmatic and comparative legal methods, the authors explore the characteristics of domestic legal regime of real estate lease contracts, with special emphasis on possible application of rules of other nominate contracts to real estate lease contracts. In contemporary Serbian law only real estate financial leases are regulated, while other forms of real estate leases are not. Potential problems stemming from insufficient regulation are also evidenced in court decisions related to disputes originating from one of the innominate forms of real estate leases in Serbia. The analysis of these decisions points to issues causing legal insecurity under real estate lease contracts, which could be overcome through adequate amendments and supplements to the regulations. In this article, the authors propose specific solutions for regulating real estate lease contracts *de lege ferenda*, which the authors conclude are the best approach for overcoming the existing shortcomings.

Key words: *Lease contract. – Real estate lease. – Sale and leaseback. – Leveraged lease. – Real estate lease de lege ferenda.*

Article history:
Received: 25. 11. 2018.
Accepted: 30. 5. 2019.