

Др Илија Зиндовић,

Правни факултет Универзитета Привредна академија у Новом Саду

УДК: 347.7

Примљено: 1.02.2011.

Прегледни научни чланак

ПРАВНА ПРИРОДА И ОДНОСИ ИЗ УГОВОРА О ФАКТОРИНГУ

У овом раду аутор размајра правну природу и односе који који произилазе из уговора о факторингу. Закључује да не постоји јединствена дефиниција овог уговора која би обезбедила све битне елементе и одредила правну природу овог уговора. Једно је сигурно, а то је чињеница да је факторинг постао незаобилазни аутономни уговор пословног права. Посебну примену је нашао у међународним банкарским пословима. Док је на међународном плану 1988. године донета Конвенција о међународном факторингу, у националним законодавствима овај уговор, по правилу, није регулисан па се на односе из овог уговора примењују правила о уступу-цесији.

Кључне речи: факторинг, правна природа, цесија, кувина, истраживање.

I. ПОЈАМ И ИСТОРИЈАТ

Уговор о факторингу представља такав правни посао где једна уговорна страна (клијент комитент) обавезује да на другу уговорну страну (фактор) пренесе један део или сва своја потраживања (доспела и/или недоспела) која он има према трећим лицима, а друга уговорена страна (фактор) се обавезује да та потраживања, уз провизију и накнаду трошкова, наплати као и да кредитира клијента (комитента) тако што му унапред исплаћује потраживање које има према трећем.

У правној теорији не постоји јединствена дефиниција факторинга. Тако проф. Васиљевић факторинг дефинише као кредитни посао којим се уступилац

потраживања обавезује да пренесе на фактор постојећа или будућа потраживања из уговора о продаји робе, односно вршења услуга закључених са купцем, односно корисником услуга, а фактор са обавезује да уз провизију и наплату трошкова, наплати потраживања (и евентуално гарантује наплату), као и да кредитира уступиоца потраживања и врши друге факторинг услуге.¹ Други пак факторинг дефинишу као правни посао по коме се обавезује клијент да понуди фактору на продају све краткорочне тражбине из уговора о испоруци робе или пружању услуга пре њихове доспелости и на плаћање факторинг накнаде, а фактор се обавезује да те понуде прихвати, обично уз преузимање ризика наплате од клијентових дужника, при чему безизнимно управља клијентовим тражбинама.²

Упрошћена дефиниција овог уговора одређује факторинг као правни посао где једна уговорна страна (фактор) прибавља потраживања од друге стране (клијента) и за та потраживања плаћа одређену накнаду.

Савремени уговор о факторингу је творевина аутономног „факторског права“. Терминолошки назив „фактор“ потиче од енглеске речи „фактор“ а има значење, комисионар, пословођа или посредник. Но и поред језичке неодређености ове речи, реч „факторинг“ има своје устаљено значење у банкарској пракси и теорији.³ С друге стране у правној теорији не постоји јединствено становиште о пореклу и времену настанка овог правног посла. Тако по једном становишту овај правни посао се јавља још у XVII веку п.н.е. и одредбама Хамурабијевог законика када су поједини произвођачи ангажовали агенте у циљу ефикасније продаје робе и наплате услуга. По другом схватању корени настанка овог нетипичног правног посла налазе се у XV и XVI веку у испоставама трговаца везано за колонијална освајања, када су европски произвођачи и трговци користили услуге „фактора“ да би уз њихову помоћ пласирали робу и наплатили цену. При томе фактори су преузимали *del credere* ризик за наплату цене и цене и често су давали и авансе за испоручену робу. Фактори су играли улогу посредника, заступника или комисионара. Добијањем независности САД су касније увеле високе царинске баријере за робу из Европе па се због тога почела мењати и делатност дотадашњих фактора, па су исти

¹ М. Васиљевић, *Пословно право*, Београд 2006, 290.

² В. Горенц, *Уговор о факторингу*, Загреб, 1988, 3.

³ Антонијевић-Петровић- Павићевић., *Банкарско право*, Савремена администрација, Београд, 221.

почели да финансирају и послове производње а због стабилних финансиских средстава фактори купују потраживања својих клијената према дужницима пре доспећа. Уз извесне модификације, ова делатност фактора је остала као најбитније обележје факторинг посла.

Средином прошлог века факторинг налази своју примену и у пословним односима на тлу Европе. Данас представља незаобилазан инструмент финансирања у савременим пословним односима. Поготово је подесан за финансирање послова малих и средњих предузећа.⁴

Национална законодавства, изван англосаксонског права⁵ углавном нису регулисала овај уговор. Међу ретким земљама које у свом законодавству регулишу овај уговор су: Руска Федерација (Грађански кодекс, глава 43, чл. 824-832, „Финансирање уступањем новчаног потреживања”), Молдавија (Грађански законик, чл. 1290-1300). У пракси, као извори права овог уговора примењују се општи услови пословања факторинг компанија. На међународном плану под окриљем UNIDROIT-а донета је Конвенција о међународном факторингу.⁶

Србија није ни потписала ни ратификовала конвенцију али обзиром да иста садржи савремена решења у овој материји иста могу бити доста корисна у будућој правној регулативи овог уговора. Конвенцију су потписале следеће државе: Француска 1991., Италија 1993., Нигерија 1994., Мађарска 1996., Летонија 1997., Немачка 1998.. Конвенцију су потписале Гана 1988., Гвинеја 1988., Филипини 1988., Мароко 1988., Чехословачка 1990., Финска 1990., Белгија 1990., САД 1999., Велика Британија 1990.

II. ПРАВНА ПРИРОДА

Као сложен уговор, факторинг у себи укључује елементе неких других уговора као уговор о цесији, уговор о форфетингу, акредитива, уговора о делу, уговора о комисиону и уговора о кредиту и др. Поједини правни теоретичари, по

⁴ М. Крвавац, *Уговор о факторингу*, Правни живот 11/20003, стр. 498.

⁵ Нпр. Енглески The Factors Act

⁶ Unidroit Convention on International Factoring (Ottawa, 28 May 1988). Конвенција је ступила на снагу 1.05.1995. Србија није ни потписала ни ратификовала конвенцију али обзиром да иста садржи савремена решења у овој материји иста могу бити доста корисна у будућој правној регулативи овог уговора

свом концепту, уговор о факторингу третирају као оквирни уговор⁷ или пак као предуговор⁸, а да је он у суштини збирни новитет сачињен од правила других уговора који се међусобно допуњују. Међутим, иако се у овом уговору могу наћи одређени елементи других уговора облигационог права, уговор о факторингу се тешко може поистоветити са сваким од њих. Он је специфичан не само по функцији и циљу који се њиме постиже већ и по елементима које укључује – преузима из других уговора. Ипак разлике су уочљиве.

Уговор о факторингу, и ако у основи подразумева цесију, разликује се од цесије по ширини престорија које се пружају клијентима. Ова различитост се посебно може приметити у случају када је уговор факторинг *del credere*, која функција је код класичне цесије непозната. И код факторинг и код форфетинг уговора ради се о куповини. Продају се новчана потраживања стим што се код форфетинга ради о меничним потраживањима (сопствених меница), међутим код факторинга уступити се могу и доспела и недоспела потраживања док се код форфетинг уговора уступају недоспела потраживања стим што иста могу бити и појединачна. Код форфетинга преносилац не одговара форфетеру за наплативост потраживања према трећем (форфетер нема право регреса према уступиоцу), док код факторинга у основи то није случај, мада може бити и тако уговорено. Предмет факторинг уговора су углавном потраживања чија је доспелост ограничена на краћи рок, док су предмет форфетинг уговора средњорочна и дугорочна потраживања.

Код односа уговора о акредитиву и уговора о факторингу, разлика се јавља пре свега у чињеници да се акредитив склапа на темељу посебног уговора или клаузуле у основном уговору о плаћању и између њих постоји узрочна веза. Наиме, уговарач из основног уговора који треба да изврши плаћање, даје налог банци за отварање акредитива тј. са банком склапа уговор о отварању акредитива. склопљени акредитивни уговор преко кога се врши плаћање, је самосталан уговор али настаје поводом закључивања основног уговора. Значи код акредитивног уговора банка није уговорна странка из главног уговора, већ наступа према продавцу и купцу као налогопримац и посредник. Акредитивни уговор не укључује ни преузимање *del credere* ризика, као што је случај код правог

⁷ Вид. Т. Рајчевић, *Факторинг*, Право и привреда. бр. 5-8/2005, 246.

⁸ В. Горенц, оп.цит., 3.

факторинг уговора, нити управљање потраживањима.⁹ Сличност ова два уговора се огледа у чињеници да и факторинг и документарни акредитив имају функцију финансирања клијента односно акредитивног налогодавца путем фактора односно банке.

Разграничење уговора о факторингу од уговора о делу је доста уочљиво. Код уговора о делу посленик обавља искључиво фактичке радње док код уговора о факторингу, фактор поред фактичких може да обавља и правне радње. Уговор о факторингу се разликује од уговора о комисиону јер фактор не закључује уговор са трећим лицем у својству комисионара, већ према њему наступа у своје име и за свој рачун. Фактор према трећем лицу има само права а која произилазе из уговора о факторингу. Факторинг се разликује од уговора о есконтном кредиту по томе што је код ове врсте кредита предмет уговора куповина хартија од вредности а не потраживања као код факторинга. Када је у питању ламбордни кредит основна разлика се огледа у томе што код факторинга нема елемената залога

Разликовање факторинга од других сличних правних института показује да ни један од њих не може да задовољи потребе регулисања правних односа који настају код уговора о факторингу. С друге стране, то може да говори у прилог формирања овог уговора као посебног уговора облигационог права.¹⁰ У колико би овај уговор био регулисан у Грађанском закону, логично је да би исти садржавао само норме уговорног карактера (одређење уговора, битне елементе уговора, пренос потраживања, последице сношења ризика наплате, трајање и раскид уговора, уговор о сукцесивном факторингу, правне односе између учесника: фактора, испоручиоца и дужника и др.). При томе, требало би имати у виду правило конвенције UNIDROIT-а о међународном факторингу (1988 године) која садржи савремена решења о овој материји, а с друге стране при регулисању овог уговора требало би предвидети субсидијерну примену правила о цесији потраживања.¹¹

Изван ове правне регулативе остала би материја која регулише статусни однос фактора (регистар, услови за обављање делатности, надзор над обављањем тих послова) што припада материји управно-правних послова.

⁹ М. Крвавац, оп. цит. 502.

¹⁰ П. Шулејић, *Франшизинг, лизинг, факторинг – остворена питања код регулисања ових уговора у грађанском закону Србије*, Привреда и право 5-8/2008.504.

¹¹ Овакво решење предвиђено је у чл. 1290(5) Грађанског закона Молдавије.

III. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ УГОВОРА

Уговор о факторингу спада у категорију нових уговора који је осмислила савремена привредна пракса. Обзиром да исти није регулисан Законом о облигационим односима, нити другим законима, изузев што га изричито помиње само Закон о банкама¹² исти спада у категорију неименованих уговора.

Овај уговор ствара права и обавезе за обе уговорне стране, па стога произилази да уговор о факторингу спада у категорију обострано обавезујућих уговора. Сходно томе исти се може уврстити у категорију теретних уговора.

Закључењем овог уговора између уговорних страна успоставља се трајни правни однос. С` тога овај уговор није тренутног већ трајног карактера.

Уговор о факторингу се углавном закључује потписивањем унапред припремљених уговора - формално припремљених од стране фактора који се професионално бави тим послом. С` тога се за факторинг посао може рећи да је то уговор по приступу јер настаје на темељу општих услова пословања. Обзиром на ту околности овај уговор спада и у категорију формалних уговора. Разлог тога је што је за пренос потраживања (што стоји у основи факторинга) потребна писмена исправа а осим тога овај уговор садржи доста елемената па би њихово усмено памћење и доказивање било доста тешко. Писмена форма уговора о факторингу је у складу са специјалним правилима банкарског права, према којима су банкарски уговори у начелу формални уговори, чак и онда кад писмена форма није законом прописана.¹³ У уговору о факторингу садржани су елементи других уговора као и уговора о цесији, уговора о кредиту, уговора о гаранцији, уговора о делу а могу бити присутни и елементи неких других уговора. Све то овај уговор сврстава у групу мешовитих уговора. Како се уговор о факторингу закључује обзиром на личност фактора (и у извесном смислу и преносиоца па и главног дужника) то овај уговор спада у категорију уговора и *intuitu personae*.

¹² Сл. гласник РС. бр. 107/2005.

¹³ З. Антонијевић, *Послови илајној промеша*, Београд, 1978.23.

IV. ОБАВЕЗЕ И ПРАВА УГОВОРНИХ СТРАНА

Факторинг посао се реализује путем уговора о факторингу, облигационог уговора између повериоца (the supplier-клијента, извозника) фактора (банке или друге специјализоване финансијске институције) на основу кога се врши пренос потраживања и ризика наплате са клијента на банку односно фактора.¹⁴

1. ОБАВЕЗЕ КЛИЈЕНТА

У основи факторинга стоји цесија – пренос потраживања. С` тога је основна обавеза уступеоца потраживања да на фактора пренесе потраживање које представља предмет уговора о факторингу. У неким земљама (Француска) тај пренос се врши променом уговорене странке – суброгацијом. Преносом се може извршити пренос целокупног потраживања или дела потраживања. Предмет преноса потраживања могу бити како доспела тако и будућа потраживања.

У послу факторинга полази се од претпоставке да постоје трајни пословни односи између фактора и клијента¹⁵. Потраживања треба да потичу из уговора о продаји односно вршења услуга закључених између клијента и дужника.

Са преносом главног потраживања, преносе се сва права и гаранције везане се за одређено потраживање. Сам пренос се најчешће врши тако што клијент фактору доставља фактуре са пратећом документацијом, на којима је унета клаузула о извршеној цесији и то сукцесивно (месечно, тромесечно итд.). За пуноважност преноса потраживања на фактора није потребна сагласност дужника али је потребна да се исти обавести што пре.¹⁶

Субјекти овог посла могу бити сва лица која иначе могу бити субјекти привредног права. У пракси се, на страни фактора јављају по правилу велике банке и моћне финансијске организације, које се на међународном плану повезују

¹⁴ И. Спасић, *Специфичности факторинга посла и уговора о факторингу*, Правни живот бр. 12/2009, 628.

¹⁵ Р. Милићевић, *Закључење уговора о факторингу*, Правни живот, бр. 12/2008, 351.

¹⁶ Чл. 8. ст. 1.(а) Конвенције УНИДРОИТ-а о међународном факторингу. Текст Конвенције доступан је на сајту : www.unidroit.org. Превод Конвенције на српски језик објављен је у издању Института за упоредно право: Спасић И.- Тодоровић М., *Међународни финансијски лизинг и међународни факторинг*, Београд, 1989.

у мултинационалне компаније за факторинг. Насупрот њима, на страни клијента као корисника факторинг посла јављају се мала и средња предузећа.¹⁷

У вези ових обавеза клијента, у пракси је била честа појава да се у основном уговору предвиђала клаузула забране уступања потраживања. Такву клаузулу су наметали економски моћни купци који имају велики број набавки, јер им је тешко да воде рачуна о промени повериоца, односно о томе коме треба да измире обавезу плаћања. Они су најчешће су најчешће склапали уговоре на основу припремљених општих услова пословања које су дефинисали купци. У таквим случајевима фактор је долазио у несигуран положај, јер се не зна да ли је уступање пуноважно. Осим тога је Конвенција о међународном факторингу (чл.6.ст.1), по угледу на америчко право¹⁸ прописала да је потраживање пуноважно и када постоји уговор између клијента и дужника којим се забрањује уступање. При томе се не дира у унутрашњи однос повериоца и дужника.

Дужник може према фактору да истакне све оне приговоре које је могао да истакне према свом повериоцу из основног уговора. С` друге стране уступилац има обавезу да фактору плаћа камату на коришћење средстава кредита до момента наплате потраживања или до рока од којег почиње тећи гаранција фактора. Преносилац (клијент) је дужан да плати и све трошкове које је фактор имао у вези реализације обавеза из уговора као и да плати провизију за услуге.

2. ОБАВЕЗЕ ФАКТОРА

Обавезе фактора зависе од модалитета уговора који је закључен са клијентом. Основна обавеза фактора без обзира на врсту закљученог уговора о факторингу је обављање свих правних радњи у вези са наплатом уступљених потраживања. Ако је закључен тзв прави факторинг онда ризик наплате ових потраживања преузима сам фактор. У овом случају фактор практично откупљује потраживање од уступлиоца. У случају стечаја клијента, фактор је заштићен, јер уступљена потраживања не улазе у стечајну масу, јер су изашла из имовине клијента. Уступање фактору се може побијати по општим правилима о побијању.¹⁹ Овај факторинг не треба мешати са ситуацијом када је у уговору

¹⁷ Р. Милићевић., оп.цит., 351.

¹⁸ Вид. Једнообразни (униформни) трговачки законик из 1962, чл. 9-318, ст. 4.

¹⁹ Д. Марковић-Бајаловић, *Правни положај факторинга*, Право и привреда, 5-8/2006, 442.

унета клаузула *del credere* тј клаузула о ризику наплате или датој гаранцији. Ако је фактор преузео потраживање само на наплату (неправи квази факторинг) онда фактор има функцију сличну оној коју има пуномоћник али се те функције не могу поистоветити јер пуномоћник има и та овлашћења јер исти за разлику од фактора не може уговорити и обавезу преузимања ризика инсолвентности дужника. Пракса је да у општим условима пословања факторинг компаније детаљно регулишу када фактор даје гаранцију за потраживање клијента, као и случајеве када фактор може да искључи своју одговорност за наплативост потраживања и у случају дате гаранције и да је пребаци уступиоца потраживања.

Основа функција фактора се практично састоји у кредитирању клијента без обзира да ли је преузео или не ризике наплате уступљеног потраживања. Захваљујући овој функцији факторинга уступиоцу се прибавља сигурност и већа ликвидност што му омогућује бржи обрт капитала. Поред ових обавеза фактор може преузети и по правилу преузима и низ допунских услуга као : испитивање кредитне способности дужника, вођења књиговодства, обрачун пореза, статистичке евиденције, опомињање дужника, наплаћивање и утеривање дугова итд. Поред ових обавеза фактор може предузети и пружање других услуга које нису непосредно везане за факторинг посао(нпр. истраживање тржишта, статистика промета и др.). За све ове услуге плаћа се посебна провизија

V. ВРСТЕ ФАКТОРИНГА

Подела факторинга може бити различита све у зависности од полазног критеријума. Ако се пође од територијалног критеријума разликује се домаћи и међународни факторинг. Код међународног факторинга посао се обавља између уговорних страна које долазе из различитих земаља. Појам међународног факторингу одређен је међународном конвенцијом о факторингу. Она се примењује увек када се путем уговора врши промет робе и услуга између субјеката чија су седишта у различитим државама. Додатни услов за примену ове конвенције је да се државе из којих долазе испоручилац и дужник, као и држава у којој фактор има седиште морају бити уговорнице(конвенције) или када се на уговор о продаји роба и уговор о факторингу примењује право државе уговорнице. Међународни факторинг се најчешће јавља као прави факторинг. Код међународног факторинга се редовно јављају четири субјекта и то:

продавац(клијент), његов фактор (најчешће домаћа банка), купац у иностранству(дужник) и коресподентни фактор у земљи купца (најчешће инострана банка).

Ако се пође од критеријума предмета обавезе и функције факторинга разликује се прави факторинг и неправи (квази) факторинг. У суштини може се рећи да се овде ради о основној подели факторинга.

Прави факторинг (old line factoring Conventional notification factoring) постоји када фактор откупљује потраживање пре доспелости и тиме врши кредитирање клијента. Овде изостаје гарантна функција фактора а нема ни разлога да та функција постоји јер је потраживање откупљено. Насупрот томе, према посебној клаузули клијент може гарантовати фактору наплативост потраживања од дужника. Код неправог (квази) факторинга, фактор преузима потраживање само ради наплате за уступиоца и по правилу гарантује за наплативост потраживања. Значи присутна је функција *del credere*.

Поред ових врста факторинга постоје и друге врсте као отворени и неотворени факторинг, факторинг по доспелости и пре доспелости и др. Међутим, ови облици факторинга ређе се срећу у пракси и значајне су само за технику пословања.

ЗАКЉУЧАК

Из напред изложеног, може се закључити да је дефинисање и одређење правне природе факторинг посла, а да се тиме обухвате сви битни елементи, немогуће јер се ради о сложенем правном односу . Он је посао аутономног права где у основи стоји цесија односно куповина потраживања. У међународним пословним односима у оквиру банкарског права овај уговор је доживео пуну афирмацију. У таквим односима постао је изузетно подесан за финансирање послова малих и средњих предузећа. Правна регулатива на националном плану у погледу регулативе овог уговора скоро да не постоји. На међународном плану, донета је Конвенција о међународном факторингу 1998. године. Но, иако је ова конвенција добила широку примену у факторинг пословима, она ипак није обухватила целокупну разноврсност односа из овог посла (нпр.положај фактора у случају стечаја, однос фактора и трећих лица и сл.), што указује на неопходност њене допуне. У праву Србије овај уговор за сада није регулисан већ се на односе у

факторинг послу примењују одредбе Закона о облигационим односима-одредбе о уступању потраживања (цесије).

Ilija Zindović, Ph. D.,

LEGAL NATURE AND THE FACTORING CONTRACT RELATIONS

Summary

In this work the author considers legal nature an relations that rises from the factoring contract. He concludes that there is no generally accepted definition of this contract that would provide all the necessary elements and determine the legal nature of the contract. One is sure, and that is the fact that factoring has become unavoidable autonomous contract of Business Law. Its special field of applying is international banking transactions. Unlike the international aspect, where Convention on international factoring was adopted in 1988, in national legislations, this contract, as a rule, is not legally arranged, so in that case the rules on assignement-cession have been applied.

Key words: *factoring, legal nature, cession, buying, claim.*