

Ивана Родић,
асистентни управник на Институту
за међународну политику и привреду, Београд

Право конкуренције Европске уније и уговор о франшизингу

Франшизинг је данас, као својеврстан, успешан и инвентиван систем дистрибуције роба и/или услуга, присутан готово у свим сегментима тржишне економије. Његов убрзани развој омогућен је, између осталог, и деловањем органа ЕУ надлежних за тумачење и спровођење права конкуренције пошто уговор о франшизингу *de facto* садржи рестриктивне клаузуле.

У САД, које се сматрају колевком франшизинга, 35% малопродаје се обавља кроз овај систем дистрибуције¹⁾, док је у Европи тај обим преко 10%.

Крајем прошлог и почетком овог века, али само на америчком тлу, појавили су се савремени облици уговора о франшизингу које су први развили Standard Oil, Ford и Coca-Cola. Позитивна искуства ових компанија и логичан закључак произвођача да је дистрибуција производа кључ њихове успешности, довела је у периоду после II светског рата до правог франшизинг “boom”-а.

Истакнути теоретичар франшизинга, професор Charles Vaughn, подржаће схватање да је франшизинг “вертикални маркетинг” и да представља облик дистрибуције и маркетинга у коме матично предузеће (давалац франшизинга) даје појединцу или мањем предузећу (прималац франшизинга) привилегију да, уз одређену накнаду, послује на прописани начин за одређени период времена на специфичном месту.²⁾

1. IFA, Washington 1990.

2. Charles Vaughn: *Franchising*, Lexington Books, Lexington, Massachusetts, 1979, p.1-2

Без обзира на врсту дефиниције, почевши од најједноставније, да је франшизинг изнајмљивање афирмисаног пословног имиџа другим предузећима, па до врло комплексних, увек иза овог специфичног облика дистрибуције роба и/или услуга стоји чврста симбиоза између успешних предузећа, која имају тржишно широко прихваћене и софистициране методе пословања, и независних предузећа, која располажу одређеним капиталом и спремна су да га ангажују у шири пословни систем.

Европска унија (тада ЕЕЗ) је Правилком бр. 4087/88 дефинисала “franchise agreement” као “споразум код кога једна страна, давалац (franchisor) преноси на другога – корисника франшизинга (franchisee), у замену за директну или индиректну накнаду, право коришћења франшизинга у циљу маркетинга специјалних типова роба и/или услуга. Та се права, пре свега, односе на:

- употребу имена и трговачких знакова;
- пренос know-how-a;
- стално обезбеђивање стручне (техничке и комерцијалне) помоћи и асистенције коју пружа давалац кориснику током целог трајања споразума.”³⁾

Статистички подаци говоре да независни предузетник, отварајући самостални *small business* има шансе од 70-80% да не успе неколико критичних година, за разлику од примаоца франшизинга који има 80% шанси да успе.⁴⁾

Систем франшизинга није настао као резултат иновације појединца, већ као збир практичних решења створених у конкретним тржишним условима. Пракса је створила различите облике франшизинг односа који могу бити између:

1. произвођача и трговца на мало (типично за аутомобилску индустрију);
2. произвођача и трговца на велико (нпр. код продаје безалкохолних пића);
3. трговца на велико и трговца на мало (нпр. код продаје компјутерске опреме);
4. трговаца на мало међусобно.

У новије време под термином франшизинг сматра се првенствено бизнис формат франшизинг (business format franchise), тј. пренос читавог бизнис концепта, а много мање продаја робе.⁵⁾

Давалац и прималац франшизинга међусобне односе регулишу уговором о франшизингу који је увек у писменој форми (најчешће садржи око стотинак страна) и састављен је од стране даваоца франшизинга (тзв. адхезиони уговор). Правила ЕЕЗ су одредила садржај и минимум услова које сваки уговор о франшизингу мора да испуњава.

Овај уговор је веома сложен, са израженим елементима “класичних”, али и “нових” уговора, те се стога може означити као *sui generis* уговор.⁶⁾ Он својим спе-

3. Codex of European Franchise Federation, art. 1.

4. Здравко Глушица: *Франшизинг*, Нови Сад, 1991, стр. 23.

5. Martin Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, London, 1992, str. 1.

6. Видети: М. Драшкић: *Уговор о франшизингу*, Београд, 1983, стр. 89; Д. Млико-тин-Томић: *Уговор о франшизингу*, Загреб, 1986, стр. 149.

цифичним обележјима доказује да типологија уговора наслеђена из римског права представља данас недовољне правне оквире да би се у њих могли сместити далеко сложенији привредни послови.⁷⁾

Франшизинг има највише сличности са уговорима о купопродаји, лиценци, know-how-у, уговорима који имају налог у основи (агентура, заступање), а нешто мање са концесијама и уговором о делу.

Уговором о франшизингу се специфичним правним техникама преноси пословни углед (goodwill) и ствара *alter ego* у лику примаоца франшизинга. Goodwill, као специфична кауза уговора о франшизингу, сам по себи не представља право, па не ужива ни правну заштиту, али давалац, кроз специфичну структуру и распоред права и обавеза, преко уговора о франшизингу, успева да стечени goodwill заштити и за право коришћења истог себи обезбеди накнаду. У овом случају уговор представља *iustus titulus* за пренос, тј. уступање стеченог угледа.

Основни недостатак франшизинг пословања је постојање уговорне неравноправности услед *de facto* доминантног положаја даваоца франшизинга. Зато амерички рекламни слоган упућен примаоцима франшизинга “Being your own boss!” треба прихватити само условно. Констатација Н. Brown-а то сликовито показује: “Постоји запажена, намерна и стално наглашена неједнакост у положајима странака: давалац франшизинга има улоге оца, учитеља, каплара, а прималац франшизинга је стављен у положај сина, ученика, редова.”⁸⁾

Код уговора о франшизингу уочљив је значајан број одредби које ограничавају права партнера, те, *via facti*, могу ограничавати и слободу конкуренције у духу Римског споразума. То су најчешће клаузуле о снабдевању (taying clause), територијалним ограничењима, одређивању цена, уступању знања и искуства, о ненападању (non attack clause), о обавези плаћања накнаде по истеку уговора и друге.

Примена чланова 85. и 86. римског споразума на уговор о франшизингу

Принцип слободне конкуренције, стипулисан у Римском споразуму из 1957. године, био је, заједно са другим чиниоцима, *spiritus movens* интеграционих процеса ЕУ, који су довели до остварења “четири велике слободе” (скоро потпуно либерализована размена роба, људи, услуга и капитала).

У праву конкуренције постоје начелно два приступа за оцењивање спорних уговора: први, *per se* (по себи) противзаконитост (*per se doctrine*) и други, доказане противзаконитости (*rule of reason doctrine*). У праву конкуренције ЕУ прихваћен је принцип “rule of reason” по коме се споразум може сматрати ништавим једино уколико *de facto* нарушава конкуренцију, дакле, ако је штета коју чини ограничавањем конкуренције већа од користи коју доноси потрошачу и привреди.

7. А. Голдштајн: *Привредно уговорно право*, Информатор, Загреб, 1974, стр. 15.

8. Brown Harold, *Franchising, Trap for the Trusting*, Toronto, 1969, p. 41.

Амерички *Sherman Act* из 1890. године је, условно говорећи, послужио за доношење чланова 85. и 86. Римског уговора.⁹⁾ Ова два члана представљају темељ права конкуренције Европске уније, које се успешно развило под утицајем деловања Комисије Европске Уније (у даљем тексту – Комисија) и Европског суда правде (у даљем тексту – Суд).

Суд је заузео становиште да се члан 85(1) односи не само на хоризонталне, већ и на вертикалне споразуме, у које сврставамо и уговор о франшизингу.

Члан 85(1) забрањује све споразуме између предузећа, одлуке удружења предузећа и оркестриране праксе¹⁰⁾, који могу да нанесу штету трговини између земаља чланица, и које имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције у оквиру заједничког тржишта, док став 2. овог члана предвиђа аутоматску ништавост за све такве споразуме. У том контексту експлицитно се наводи неколико споразума међу којима споразуми о ограничавању произвође, о подели тржишта, о фиксирању цена, о ограничавању промотивног, технолошког и инвестиционог развоја и други.

Веома рестриктивно и строго правило садржано у овом члану ипак је ублажено могућношћу да се његове одредбе из става 1. не примене. Наиме, члан 85(3) наводи да се сваки од ових споразума може појединачно или групно изузети од забране, уколико испуни предвиђене услове, који се, у суштини, свode на утврђење да конкретан споразум не нарушава конкуренцију у духу “rule of reason” принципа.

Стога је сваки уговор *ab initio* неважећи ако је у супротности са чланом 85, а није индивидуално или групно изузет у духу тачке 3.

Члан 86. забрањује злоупотребу доминантног положаја, али не предвиђа могућност никаквих изузетака.

Предвиђено је да сваки уговор који се може подвести под члан 85. мора бити пријављен Комисији (notification). Комисија има одлучујућу улогу у креирању права конкуренције ЕУ, јер је искључиво у њеној надлежности давање појединачних изузећа за споразуме и доношење уредби којима се изузимају од забране из члана 85(1) читаве категорије споразума (доношење тзв. “блок изузећа”). При томе, Комисија треба да установи постојање *bitnog* (*appreciable*) ограничења конкуренције, као и да оно делује на трговину између држава.

Непријављивање уговора Комисији или непоштовање њене одлуке доводи до примене врло високих казни, које могу бити једнократне или периодичне.

Комисија може издати потврду да је конкретан уговор изузет од примене одредаба чл. 85(1) (*declaration of inapplicability* или *individual exeption*), може одби-

9. Амстердамски споразум, чланом 12, мења нумерацију члановима Римског споразума са важношћу од 1. маја 1999. године. Тако члан 85. постоје 81, док члан 86. постаје 82, и тако редом до 90-тог, који је сада чл. 86.

10. “Concerted practice” или оркестрирана пракса је ситуација када предузетници неформално координирају своја деловања. Елегантнији израз за то у пословним круговима је “центлменски споразум”. Видети о томе: Милан С. Париводић, *Уговор о ексклузивној дистрибуцији у правима Југославије и Европске уније*, Београд, 1996, стр. 63

ти да изда овакву потврду; а може потврдити да се на конкретан уговор примењују одредбе чл. 85(1), али да је уговор по мишљењу Комисије пуноважан, у складу са ставом 3. чл. 85, чак и ако је супротан одредбама чл. 85(1) уколико позитивни ефекти преовлађују над негативним (*comfort letter*).¹¹⁾

Случај Pronuptia de Paris

Европски суд правде је стваралац права ЕУ и његове одлуке представљају *communis opinio* правних система држава чланица. У случају Pronuptia¹²⁾ Суд је донео пресуду од капиталног значаја за ширење франшизинга у Европи, успоставивши *modus vivendi* између тржишне праксе и права конкуренције.

Pronuptia de Paris S.A. је предузеће које преко малопродајне франшизиране мреже продаје венчанице. Спор је настао подизањем тужбе субфраншизера, предузећа *Pronuptia de Paris GmbH*, против свог франшизата, госпође Schillgalis, због неплаћања уговорене накнаде. Госпођа Schillgalis се позвала на члан 85(2) са тврдњом да је уговор ништаван, јер су клаузуле ексклузивне територије у супротности са чл. 85(1), као и да исти не потпада под Правило о изузећу број 67/67.

Немачки првостепени суд и Апелациони суд су заузели врло оштар став - свако ограничење примаоца франшизинга аутоматски се коси са чланом 85. Да је ова пресуда остала на снази, нема никакве сумње да би франшизинг систем у Европи доживео стагнацију.

Савезни суд Немачке, разматрајући овај случај у трећем степену, донео је солмонско решење: проследио је цео случај Европском суду правде и поставио два суштинска питања: 1) да ли се члан 85(1) односи на франшизинг уопште и 2) да ли се на исти, у случају афирмативног одговора, примењује Уредба блок изузећа 67/67 за ексклузивну дистрибуцију и куповину.

Advocate General Van Themaat, узимајући у обзир раније одлуке Суда из сродних области, заузео је став да је франшизинг такав метод дистрибуције који доноси значајне предности како за даваоца тако и за примаоца франшизинга, као и да се уговор не може посматрати *in abstracto*, већ је потребно размотрити његов конкретан садржај.¹³⁾ Он је даље закључио да се франшизинг уговори не подводе под чл. 85(1), осим у случајевима велике тржишне моћи или ограничења преко-граничне трговине (*cross border trade*).

Суд је сматрао “да такав систем, који омогућује даваоцу да има користи од свог goodwill-а не представља сам по себи ограничавање конкуренције” у духу члана 85(1). Наиме, давалац треба да се осећа слободним да пренесе свој know-how и друге пословне методе без ризика да би та знања могла доспети у руке конкуре-

11. Детаљније: Иванка Спасић, *Franchising појава*, Београд, 1996, стр. 169.

12. Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (161/84), 29.01.1986, E.C.R.353

13. D.G.Goyder, *EC Competition Law*, Oxford, 1993, p. 266.

ната и треба да има право предузимања потребних мера ради очувања идентитета и репутације свог пословног имиџа.

Клаузуле којима се дели тржиште између даваоца и примаоца, или између два или више примаоца, увек су у колизији са чланом 85(1). Међутим, потенцијални примаоци не би били спремни да плате “улазницу” (*initial fee*) и значајније инвестирају без извесне заштите према другим примаоцима, као и самом даваоцу. Клаузула територијалне заштите постаје *conditio sine que non* ширења франшизинга.

Свако фиксирање цена, односно одузимање права примаоцу да сам одређује продајне цене, супротно је члану 85(1) Римског уговора, али се у параграфу 25. пресуде каже да то не мора бити случај када су цене само препоручене.

Суд је, такође, заузео становиште да је клаузула о неконкуренцији прихватљива за разумни период времена после прекида или истека уговора, који је Комисија прецизирала и касније инкорпорирала у блок изузећа.

Од круцијалног значаја је и схватање Суда да пратећа ограничења (*ancillary restraints*) код франшизинга не повређују члан 85(1) ако су у функцији самог система. Професор J. S. Venit је уочио да је Суд балансирајући између *pro* и *anti* аргументације за легализацију пратећих ограничења, своју позицију, пре свега, одредио аналогном са правилима специфичним за америчко антитрустно право¹⁴.

На крају, Суд је констатовао да се Правило 67/67 о Блок изузећу не може применити на уговор о франшизингу.

По доношењу пресуде, *Pronuptia de Paris* је пријавила Комисији свој типски уговор са захтевом за индивидуално изузеће по чл. 85(3) или негативно утврђење по чл. 85(1). Комисија је тако 17. децембра 1986. године издала своју прву одлуку о нотификацији уговора о франшизингу, којом је уговор изузет од забране из чл. 85(1-2) до 2. априла 1991. године.

Уредба бр. 4087/88 – блок изузеће комисије ЕУ за уговоре о франшизингу

Суочена са великим бројем “спорних” уговора, Комисија је, на бази одлука Суда, доктрине *Pronuptia* и властитог искуства, донела Уредбу 4087/88 о примени чл. 85(3) на франшизинг споразуме, установљавајући тиме систем тзв. Блок изузећа. Ова Уредба је на снази до 1. јуна 2000. године¹⁵ и односи се на дистрибутивни и сервисни франшизинг, док не покрива производни и великопродајни (*wholesale*) франшизинг.

Сваки уговор који је у складу са критеријумима установљеним у блок изузећу се “*per se*” сматра пуноважним (изузеће, дакле, постоји *ex regulatione*) и не мора се

14. Детаљније: James S. Venit, *Pronuptia: Ancillary Restraints or Unholy Alliances*, 11 E.L.R. 213 (1986)

15. Commission Regulation (EEC) No. 4087/88 of November 30, 1988 on the application of Article 81 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements, OJ L 359, 28.12.1988, p. 46.

пријављивати Комисији. Тиме је Комисија ослобођена обавезе да одлучује о сваком конкретном уговору.

Уредбом су предвиђени услови који морају бити испуњени да би се блок изузеће могло применити, као и три групе (листе) уговорних клаузула – црна, бела и сива листа.

Црна листа подразумева клаузуле које не подлежу примени блок изузећа, па су стога неважеће. То су клаузуле о подели тржишта, забрани набавке робе истог квалитета од трећег лица, ограничењима у коришћењу know-how-а и после истека уговора (ако је исти у међувремену изгубио својство тајности), спречавању примаоца да одређује цену роба и услуга и друге.

Клаузуле са беле листе омогућују аутоматско изузеће. То су клаузуле које обавезују примаоца да продаје робу одређеног квалитета који је прописао давалац; да не конкурише даваоцу највише до једне године по истеку уговора; да робу продаје само крајњим корисницима и другим примаоцима; да учествује у трошковима промоције и рекламе; да штити know-how и друго.

Сиву листу чине клаузуле садржане у споразумима које треба поднети на нотификацију, али који ће се, уколико Комисија не одговори у року од 6 месеци, сматрати изузетим од забране.

Комисија може, под одређеним условима, да повуче изузеће за уговор који је формално усаглашен са Уредбом (члан 8. Уредбе), посебно у случајевима када кумулативно дејство паралелних система ограничава конкуренцију или када роба односно услуга као предмет уговора о франшизингу нема “стварну” конкуренцију на знатном делу тржишта.

Уредба 4087/88 је и поред извесних слабости значајно олакшала функционисање франшизинга и подстакла његов даљи развој.

Изузеће по правилу “de minimis”

Уважавајући становиште Суда у случају Верваецке¹⁶⁾ да уговор не потпада под забрану из чл. 85(1) уколико су уговорне стране исувише слабе да би могле да утичу на трговину између држава, Комисија је издала Саопштење о уговорима малог значаја од 3. септембра 1986 – de minimis notice.¹⁷⁾ Да би се на неки уговор применила правила “de minimis”, морају бити задовољена кумулативно два критеријума и то: а) критеријум удела на тржишту (да робе или услуге из уговора не чине више од 5% укупног тржишта за такве робе или услуге на делу тржишта на коме делује уговор) и б) критеријум обрта (да укупан годишњи промет предузећа укључених у такав уговор не прелази 200 милиона ECU). На уговоре, који прекорачују ове квантитативне критеријуме, биће примењено “de minimis” правило, под условом да имају занемарљиво дејство на трговину између држава и конкуренцију.

16. Volk v. Etablissements Vervaecke 5/69 (1969) S.P.R.L. 273

17. Notice on Agreements of Minor Importance – O.J.C 231/2 (1986)

У сваком случају, за уговоре који потпадају под одредбе “де минимис” саопштења не захтева се нотификација.

Уредба комисије о блок изузећу бр. 2790/1999

Уредба Комисије бр. 2790/1999¹⁸⁾ о примени чл.81(3) Римског уговора на категорије вертикалних уговора и оркестрираних пракси, ступила је на снагу 1. јануара 2000, примењиваће се од 1. јуна, а важи до 31. маја 2010. Одредбе члана 81(1) се неће примењивати до 31. децембра 2001. године на уговоре који су ступили на снагу пре 31. маја 2000, под условом да испуњавају услове за изузеће предвиђене Уредбама бр. 1983/83, 1984/83 или 4087/88.

Комисија је прецизирала да се ова Уредба односи само на вертикалне споразуме за које се са довољним степеном извесности (sufficient certainty) може утврдити да задовољавају чл. 81(3). Како иста садржи раније акумулирану регулативу то ће мо скренути пажњу само на нека нова решења.

Члан 1. Уредбе даје дефиниције појмова као што су конкурентска предузећа, обавеза неконкурисања, обавеза ексклузивног снабдевања, права интелектуалне својине know-how и други.

Члан 2, сходно условима предвиђеним у чл. 81(3) наводи категорије вертикалних уговора који се изузимају од забране уколико су у складу са овом Уредбом. Они се дефинишу као уговори или оркестриране праксе, закључени између два или више предузетника, од којих сваки послује на различитом нивоу производног или дистрибутивног ланца, а уговор уређује услове под којима стране смеју куповати, продавати или препродавати робу или услуге. Ставом 2. овог члана могућа је примена блок изузећа и на вертикалне уговоре закључене између удружења предузећа и његових чланова, или између таквог удружења и његових снабдевача, само под условом да су сви чланови трговци на мало и да ниједан члан удружења, укључујући и његова везна предузећа, нема укупан обрт виши од 50 милиона ЕУР.

Блок изузеће даље изузима вертикалне уговоре који се односе на уступање купцу или коришћење од стране купца права интелектуалне својине, када ове одредбе не представљају главни циљ уговора, већ су непосредно повезане и нужне за коришћење, продају и препродају роба и услуга од стране купца или његових муштерија.

Уредба се не примењује на уговоре између конкурентских предузећа осим када они закључе нерепроучни вертикални уговор и 1) ако годишњи обрт купца не прелази 100 милиона ЕУР, или 2) ако је снабдевач произвођач и дистрибутер робе, а купац је дистрибутер који не производи робу која је конкурентска уговорној роби, или 3) ако је снабдевач давалац услуга на више нивоа трговине, док купац не даје конкурентске услуге на нивоу трговине на коме купује уговорне услуге.

18. Commission Regulation (EC) No 2790/1999, O.J.L 336, 29/12/1999

Члан 3. изузима забрану на уговоре из чл. 2. под условом да тржишни удео снабдевача на релевантном тржишту не прелази 30%. Уколико уговор садржи клаузулу ексклузивног снабдевања тада тржишни удео ексклузивног купца не сме прећи 30%.

Ако се наведени праг накнадно прекорачи, изузеће из члана 2. ће важити две наредне календарске године за редом рачунајући од године у којој је праг први пут прекорачен. Међутим, уколико прекорачење прелази 35% изузеће ће важити још само једну календарску годину.

Члан 10. прецизира да се за израчунавање годишњег промета узимају подаци из претходне финасијске године без пореза и других дажбина.

Вертикални уговори који се не могу подвести под ову Уредбу предпостављено су дозвољени, али ако дође до појединачног изузећа на Комисији лежи терет доказивања да се такав споразум коси са чл. 81(1).

Комисија је Уредбу допунила Смерницама о вертикалним ограничењима, којима се детаљно упућују предузетници о томе како ће се примењивати Блок изузеће.

На крају, реално је очекивати да ће се наставити либерализација третмана вертикалних пратећих ограничења у вертикалним уговорима (што укључује и франшизинг), као и хармонизација националних права земаља чланица и придружених земаља Централне и Источне Европе са правом конкуренције ЕУ. Без обзира на садашњи статус наше земље, потребно је извршити хармонизацију југословенског права како би се створио један од предуслова за укључивање СРЈ у Европску унију.