

Др **Тамара МИЛЕНКОВИЋ-КЕРКОВИЋ**
редовни професор Економског факултета Универзитета у Нишу

ЗБОГ ЧЕГА И КАКО ЈЕ ПОТРЕБНО РЕГУЛИСАТИ УГОВОР О ФРАНШИЗИНГУ У СРБИЈИ?

Резиме

Након девастације постојећих франшизних система током деведесетих година прошлог века, франшизна делатност у Србији је добила значајан момендум почев од 2007. год. захваљујући повољнијим привредним кретањима, али је не мањи значај едукације и изградње првих институција у овој области. Последње три године франшизинг је поделио судбину чиниоца српске привреде, али не само због недостатака новца за увоз страних и развој домаћих франшизних система и огромних оптерећења привреде, већ је стагнација франшизне делатности последица и несигурности банкарског сектора да понуди специфично и повољније финансирање овој делатности, као и одсуства било какве визије и активности државе у сфери промоције и развоја франшизног половања. У овом раду износе се аргументи у прилози става о неопходности регулисања уговора о франшизингу у будућој српској кодификацији, као и образложење решења изнеишаног у Преднацију Грађанског законика Србије, а које се темељи на комбинованом приступу облигационо-правних и норми које садрже обавезу предуговорног обавештавања при стицању уговорног односа франшизинга.

Кључне речи: уговор о франшизингу, предуговорно обавештавање, Преднацију Грађанског законика.

I Увод – о значају франшизинга и његове регулативе

У великом броју земаља франшизинг значајно учествује у стварању БДП.¹ Такође, франшизно пословање у условима економске кризе показује значајну резистентност на негативне економске токове због значајне финансијске синергије, симбиозе и превазилажења агенцијског проблема између учесника у систему. Овај облик преузимања пословног идентитета познатог и моћног привредног субјекта стимулише економски развој, тако што унапређује дистрибуцију робе и услуга, уз могућност да се са ограниченим инвестицијама формира пословна франшизна мрежа, што омогућава развој конкуренције на одређеном тржишту, а посебно на страни малих и средњих предузећа. Та мрежа омогућава независним привредницима да се развијају брже и са извеснијим успехом у пословању, захваљујући искуству и помоћи коју им пружа давалац франшизе. Франшизно пословање доноси добробит и потрошачима јер омогућава бољи квалитет производа и услуга, захваљујући заинтересованости учесника у франшизном систему, хомогености мреже и континуираној сарадњи и симбиози даваоца и корисника франшизе. Студије које се баве анализом односа развијености франшизинга и његове правне регулативе у земљама ЕУ, показују да, за разлику од САД, Канаде и Аустралије, које су веома рано регулисале област франшизинга, национална регулатива уговора о франшизингу у Европи показује велику хетерогеност и поднормираност, што је узрок значајног заостајања франшизне делатности у привредама европских земаља.² Све до краја седамдесетих година уговор о франшизингу није имао статус именованог правног посла ни у једном националном законодавству. Аутономна регулатива којом су франшизне асоцијације, попут Европске франшизинг федерације (ЕФФ) покушале да ову област уреде путем Етичког кодекса франшизног пословања, није дала очекиване резултате, не само у Европи, већ ни у Аустралији. Експеримент са

1 Развијеност франшизинга и његово учешће у бруто друштвеном производу земаља ЕУ значајно заостаје у односу на САД и Аустралију. Према доступним подацима процењује се да у земљама ЕУ постоји приближно 10.000 франшизних јединица, а да је укупан промет у франшизној индустрији близу 300 милијарди долара (1,86% БДП или 600 долара по глави становника), док је укупан промет у САД приближно 870 милијарди долара, што износи чак 5,95% БДП или 2.792 долара по глави становника. Подаци за Аустралију су још респектабилнији, па је промет у франшизној делатности процењен на 130 милијарди долара, што је 10,83% БДП или 5.777 долара по глави становника. Видети, <http://www.franchiseworld.co.uk/archives/3252>, приступ 6.4.2015. год. За Србију не постоје званични подаци ни о броју регистрованих франшизних система, као ни о оствареном промету у франшизном пословању.

2 M. Abell, *The Regulation of Franchising in the European Union*, Field Fisher Waterhouse, London, 2012, стр. 49.

аутономном регулативом у Аустралији³ је након две деценије замењен императивним прописима и диспозитивним нормама уговорног права којима се регулише франшизно пословање.⁴

II Франшизно пословање у Србији, проблеми у пракси и потреба за регулативом

Након повлачења постојећих франшизних система из Србије током периода 90-их година, у Србији франшизинг поново бележи пораст од 2007. год. пре свега због нешто повољнијег привредног окружења него претходних година, али захваљујући и значајној промотивној и едукативној иницијативи и активностима Привредне коморе Србије. У периоду од 2008. год. до 2012. год. одржане су две међународне конференције о франшизингу 2006. год. и 2007. год., основан је Центар за франшизинг у ПКС 2007. год., одржана два Међународна сајма франшизинга 2010. год. и 2011. год, а све те активности пратила је вишегодишња перманентна едукација привредника у области франшизног пословања, као и оснивање националне асоцијације за франшизно пословање – СУРФ 2009. год. Тих година расте увоз страних франшиза (*Fornetti, IQS, Wok to Walk, Costa Cofee, Zara, Springfield, Mango, Office 1 Superstore, Top Shop, Odeja, ReMax, Husse, Dormeo*) али што је значајније, долази и до стварања и развоја домаћих франшизних концепата (*Afrodita Mode Collection, ДИС, МЕГА, Adore, Squadra Fish&Bar, Пакиа Бар, Галерија подова, ARCUS* и др.). Посебну улогу одиграла је удружена едукативна активност Центра за франшизинг при ПКС и СУРФ-а (Српско удружење за развој франшизинга) која је привредницима широм Србије, као и студентима Универзитета у Београду и Нишу пружала основна знања о економским и правним аспектима франшизинга, као и едукацију о практичним аспектима и проблемима франшизног пословања. Стагнацијом активности Центра за франшизинг током последње две године, удруженом са последицама све веће привредне и финансијске кризе, долази до смањења франшизне активности у Србији. Пад франшизне делатности у Србији последица је не само недостатка новца за увоз страних и развој домаћих франшизних система, већ и одсуства визије државе и било какве њене активности у промоцији и развоју франшизне делатности али и неспремности банкарског сектора да понуди специфично, повољније финансирање развоја франшизних система. Уз одсуство подршке државе и финансијског сектора, највећи проблем које показује пракса у области закључивања франшизних уговора у Србији је не-

3 *Franchising Code of Conduct – Trade Practices Act 1974.*

4 *Trade Practices (Industry Codes – Franchising) Regulations 1998.*

достатак предуговорног обавештавања корисника франшизе, што доводи до спорова и пре самог уласка у уговорни однос. Један значајан број домаћих давалаца франшизе улази у преговоре за пренос права на франшизу без поседовања основних њених елемената и без заштићених права интелектуалне својине (регистрован жиг, операционализован и стандардизован *know-how*, постојање Оперативног приручника, књига визуелних стандарда, адекватне и садржајне обуке, стања и прогнозе актуелног тржишта, непостојање анализе тржишта, непознавање финансијских аспеката посла, недовољно искуство и неразвијеност, па чак и непостојање франшизне мреже). Поред тога, даваоци франшизе најчешће и не знају о чему би требало да обавесте будућег корисника, као ни која би документа требало да им доставе у фази преговора. Такође, и поред императивне норме из Закона о жиговима⁵ из чл. 50 и чл. 51 о упису уговора о преносу права на жиг у регистар Завода за интелектуалну својину, веома је мали број уговора о франшизингу који су у овај регистар уписани. Велики проблем представља и примена и неадекватних правних инструмената којима се успоставља франшизни однос. Као уговори о франшизингу најчешће се користе дословни преводи текстова уговора са *common law* правног подручја (веома често преузети са Интернета), коришћење или евентуална адаптација постојећег страног уговора о мастер франшизингу за потребе јединичног уговора о франшизингу, као и прерада типских уговора о комисиону, лиценци, продаји и др. уз уношење рестриктивних одредаба. Проблеми се могу очекивати и у аспекту престанка, отказа, раскида, необнављања постојећих уговора о франшизингу а које ће судска пракса морати да решава применом општих правила облигационог права или применом норми других уговора, који се тешко могу адекватно применити на специфичности франшизног односа. Ипак, ови недостаци у пословној пракси франшизинга у Србији до сада, нису били последица свесних злоупотреба, већ је њихов узрок *нейосћ*ојање знања о суштинским елементима франшизног односа. Франшизна култура коју доносе даваоци франшизе из земаља које имају регулисан франшизни уговор, умногоме је помогла стварању свести о потреби креирања, поред осталог, и обавезе предуговорног обавештавања у пословној пракси.⁶

Међутим, неуређеност ове области отвара, посебно у блиској будућности, веома широк простор за потенцијалне злоупотребе у франшизном пословању.

5 Службени гласник РС, бр. 04/2009 и 10/2013.

6 О развоју, проблемима у пословној пракси франшизинга, као и о институционалној подршци франшизингу у Србији, видети: Т. Миленковић-Керковић, *Аутономни уговори привремене правне природе*, Економски факултет, Ниш, 2008, стр. 137-146.

III Недостаци аутономне регулативе уговора о франшизингу и могућност злоупотреба анатагонизама у франшизном односу

Основно питање које поставља франшизинг али и други „нови уговори“ трговинског права који су предмет тзв. аутономне регулативе самих привредних субјеката, је да ли ови послови треба да се развијају у постојећем правном окружењу, без интервенције државе. Кључни проблем аутономне регулативе код уговора о франшизингу је да, уколико се тако значајна област препусти искључиво приватним интересима и иницијативи, то може бити јако штетно по развој франшизне делатности, јер се профиту повинују све друге вредности. Тако је и са заштитом принципа еквивалентности узајамних давања, принципом савесности и поштења, правилом *contra preferentem*, начелом равноправности уговорних страна, заштитом економски инфериорнијег партнера у предговорној фази, током трајања и након престанка уговора, као и са другим темељним начелима, која препуштањем иницијативи давалаца франшизинга веома брзо могу довести како франшизинг, тако и друге аутономне уговоре у арену, где се са једне стране, налазе изузетно моћни даваоци франшизе, насупрот којих се налазе мали привредни субјекти, без снаге да утичу на баланс уговорних позиција у овом уговору. Разлика између етичног и неетичног франшизинга није увек јасно видљива, док обично не буде касно, а онда таква пракса постаје изузетно штетна за кориснике франшизе.

Тешкоће у регулативи уговора о франшизингу су деценијама, све до америчке заштитне регулативе 1979. год. држале национална законодавства далеко од одлуке да овај уговор регулишу националним правилима облигационог права.⁷ Бројни су парадокси које овај уговорни однос у себи носи и који отежавају правно регулисање овог уговора, а томе доприноси и његов међународни карактер. Раскорак између економског јединства франшизне групе и правног плуралитета њених чланова, централизовано доношење одлука и парцијално сношење ризика у пословању франшизног система, привид правног идентитета пред потрошачима, франшизни облигациони уговор који ствара ефекте статусно-правног односа, једном речју, *несклад између фактичке и правне реалности*, који је иманентан уговору о франшизингу, значајно отежава регулативу. Поред тога, повезаност овог уговора са бројним правним дисциплинама, такође отежава намере националног законодавца да

7 L. Peters, M. Schneider, *The Franchising Contract, Preliminary study prepared by Ms Lena Peters (Roma) and Ms Marina Schneider (Strasbourg) and Questionnaire drawn up by the UNIDROIT Secretariat*, Unidroit, Rome, 1986.

уговор о франшизингу регулише нормама унутрашњег приватног права. У делу међународне пословне јавности, а пре свега код представника давалаца франшизе, све до доношења UNIDROIT регулативе уговора о франшизингу (Водич за међународне мастер франшизинг аранжмане 1997. год.⁸ и Модел закон о предуговорном обавештавању у области франшизинга из 2002. год.⁹) постојао је став о томе да ће регулатива да омете и спута развој пословне праксе. Међутим, искуства шест земаља ЕУ (Белгија, Француска, Румунија, Италија, Шпанија и Шведска) и преко тридесет земаља које су до сада регулисале франшизинг су ту тезу демантовале. Квалитетна решења законодавца не спречавају развој франшизинга, већ само превенирају могућност бројних злоупотреба.

Комерцијални феномен франшизинга који је веома раширен и успешан захваљујући комбинацији даваачевог *know-how* и корисниковог предузетништва и жеље за успехом, утиче веома позитивно на економску активност и запосленост. Међутим, значај адекватне регулативе је од велике важности, управо због велике могућности злоупотребе антагонизама које франшизни концепт у себи носи. Међу највећим парадоксима франшизног уговорног односа је раскорак између правне самосталности даваоца и корисника франшизе, којој се супротставља економско јединство франшизне групе, засновано на апсолутној субординацији даваоца у доношењу одлука. Када се у тај постојећи дисбаланс франшизног односа укључе и значајне рестрикције у пословању корисника које су иманентне франшизном концепту, проблем асиметричних информација учесника у франшизном систему, питање уговорне и пост-уговорне конкуренције, које су предмет права заштите конкуренције, проблеми које франшизни однос ствара постају веома комплексни а могућност злоупотреба уговорне доминације извеснији. Међу проблемима које франшизни однос ствара налази се и веома значајно питање способности будућег корисника да пре уласка у уговорни однос адекватно процени предмет и квалитет франшизе која му се нуди, а као значајан извор спорова је и уговорна неравнотежа, менаџерски проблем као и друга бројна питања која су последица дисбаланса најпре преговарачке, а потом и уговорне моћи.

Основни задатак уговора о франшизингу је да обезбеди заштиту даваачевих права интелектуалне својине, од којих многа нису подобна за правну заштиту, какав је случај са *know-how* који представља специфичну вредност акумулирану у даваачевом интелектуалном капиталу и пословном имену. Због свог карактера, комплексности и нематеријалне

8 UNIDROIT *Водич за међународне сјоразуме о мастер-франшизингу*, превод Т. Миленковић-Керковић, Економски факултет, Ниш, 2010.

9 UNIDROIT *Model Franchising Disclosure Law, 2002.*

природе *know-how* се не може директно заштитити, па је задатак уговора да ту заштиту обезбеди. Поред тога, уговор има задатак да омогући пренос права и обезбеди процес доношења одлука у франшизном систему, тако што ће се ове вредности алоцирати, и са даваоца дистрибуирати кориснику франшизе. Уговор о франшизингу треба да укло­ни и недостатке симбиотског односа између даваоца и корисника који се огледају, пре свега, у информационој асиметрији, али и у моралном хазарду коме су стране изложене (нелојална међусобна конкуренција, злоупотреба и неовлашћено коришћење пренетих искључивих права, нарушавање пословног концепта, угледа и идентитета франшизне мреже и др). Уколико се томе додају и специфичности франшизног пословања, које се темељи на привиду идентитета пред потрошачима, парадоксу економског јединства кроз правни плурализам, облигационог односа са статусно-правним ефектима, као и несклад између јединства групе и правног плурализма његових чланова, централизам у доношењу одлука уз самостално сношења ризика, јасно је да без обзира на приватни карактер овог уговора, потенцијали за злоупотребу могу да нанесу штету бројним јавним интересима. Сви су ови капацитети за злоупотребу франшизних анатагонизама још и израженији у последњој инкарнацији франшизног пословања у тзв. франшизингу пословног формата (*business format franchising – BFF*) који се данас, поготово у Европи, искључиво и третира као једина права франшизинг трансакција.

Све противуречности франшизног односа о којима је било речи капацитет су за *бројне злоупотребе и ризике специфичној франшизној уговорној односа*. Морални хазард код франшизног пословања има бројне аспекте, а пре свих то је могућност продаје безвредне франшизе услед неадекватних преговора и необавештености будућег корисника. Потом, постоји и могућност да давалац франшизе није власник права које садржи франшиза (пословно име, жиг, патент), као и да оперативни приручник не садржи применљива и садржајна знања. Такође је у пословној пракси често да се дају претеране и неадекватне пројекције прихода (приказ само најуспешнијих корисника или приказ пословања самог даваоца), као што се уговором одређују превелики трошкови обуке, а обука може бити и некавалитетна као неприменљива. Веома честе злоупотребе су и прикривање пословне прошлости, осуђиваности припадника менаџмента, прикривање спорова са корисницима, прикривање историје раскинутих уговора и непостојање пословног искуства даваоца франшизе. Абузивно дејство може се пренети и на саме уговорне клаузуле, па се у уговорима често среће прешироко конципиран домен битних повреда уговорних одредаба, прекратко трајање уговора о франшизингу без могућности да корисник поврати почетна улагања, немогућност обнове уговора односно обнова под знатно тежим условима, забрана

преноса франшизе на треће лице, непружање помоћи, подршке, савета у пословању, и бројне друге клаузуле које су противне начелима савесности и поштења и равнотеже узајамних давања.

Нису мањи ни ризици које стране преузимају уласком у пословни однос. На страни даваоца то је ризик неплаћања накнаде за пренету франшизу, нелојална уговорна и пост-уговорна конкуренција од стране даваоца, злоупотреба права интелектуалне својине и *know-how*, нарушавање имиџа и пословног угледа франшизне мреже, док је корисник суочен са опасностима од преваре, продаје безвредне франшизе, лажног представљања, са slabим квалитетом пословног концепта, безвредним информацијама, неадекватном обуком и изостанком подршке. Постоје и многе друге опасности којима су изложене стране у франшизном односу, а које су увећане повредама права конкуренције, а посебно услед злоупотребе франшизингу иманентног дисбаланса у економској снази учесника у трансакцији.¹⁰

IV Дистинктивна обележја франшизног односа или без чега нема франшизног уговора

Шест је кључних елемената (*essentialia negotii*) који су увек присутни у франшизном односу, и то су:

1. независни положај уговорних страна,
2. економски интерес (накнада за улазак у систем – *royalty* и/или накнада за коришћење франшизе – *fee*),
3. коришћење заштићених права интелектуалне својине (пословно име, жиг, проналазак, патент, дизајн, узорак, модел, остали знакови разликовања, база података ауторска права),
4. коришћење пословног формата (економске предности створене искуством и улагањем даваоца франшизе – *know-how*, ексклузивна роба и услуге, систем маркетинга и рекламе, начин продаје, начин пружања услуга, пословне тајне),
5. контрола корисника франшизе од стране даваоца,
6. помоћ и обука коју давалац пружа кориснику.

Читава ова „архитектура“ франшизног односа потенцирана је дуготрајношћу пословног односа који настаје закључењем уговора о франшизингу уз сталну потребу за променама и прилагођавањем у динамичном окружењу.

10 Т. Milenkovic-Kerkovic, *The Traps for the Unwary in Franchising Agreements and the Role of the Disclosure Presale Regulation-the Serbian Case*, доступно на: https://emnet.univie.ac.at/uploads/media/Milenkovic-Kerkovic_01.pdf, приступ 6.4.2015.

V Структурни проблеми франшизног односа

Уговор о франшизингу спада у сложен тип уговорног односа, који иако садржи елементе више уговора – закупа, ексклузивне продаје, лиценце, дистрибуције – по преовлађујућем ставу у правној литератури и постојећем нараслом законодавству, спада у *sui generis* уговоре које креира пословна пракса. Кауза уговора о франшизингу је специфична.¹¹ Кауза је економско искоришћавање *goodwill*-а, тј. стечених тржишних позиција успешног даваоца франшизе, путем креирања мреже корисника франшизе који су економски зависни од даваоца франшизе и појавно идентични даваоцу франшизе, али и правно самостални. Уговор о франшизингу креира економско јединство уз правни плуралитет и очувани правни субјективитет уговорних страна. Кауза се може изразити и као креирање привида пословног идентитета пред трећим лицима. Да би се тај привид пословног идентитета пред потрошачима остварио, креира се веома специфична структура међусобних права и обавеза.

Франшиза се састоји од комплекса права и овлашћења и не може се директно правно заштитити, већ искључиво кроз *појединачну заштитишу њених елемената* (пословног имена, жига, симбола, *know-how*, тајности података и др.). Уговором се преносе не само права, попут права на жиг, права на пословно име, ауторских права, индустријског дизајна, патената, већ се врши пренос и овлашћења и вредности која нису у домену заштићених субјективних права, попут *know-how*, обуке, надзора над пословањем, метода продаје и дистрибуције и др. Већина економских предности које се преносе на основу уговора о франшизингу са даваоца на корисника, спада у ексклузивна права, као и знања, вештине и пословне предности које су недоступне трећим лицима, па је неопходна *заштитиша поверљивости*.

Поред тога укључивање у пословни систем франшизинга подразумева и *заштитишу конкурентских предности* франшизног система, и то како током трајања уговора, тако и једно одређено време након његовог престанка. Већина права је искључива, па је неопходна *заштитиша њуштем ресриктивних клаузула* у самом уговору а ради заштите *image*-а, реномеа и репутације даваоца, гарантовања ексклузивне територије, искључивог снабдевања робом и вршењем услуга и др. Пословни франшизни концепт мора да буде у целини репродукован, како би омогућио кориснику да понови успех и оствари привид идентитета са својим даваоцем франшизе. Уговор о франшизингу повезује привредне субјекте који су нужно економски неједнаки, тако да се равноправност уговорних страна може постићи само балансираним одредбама уговора,

11 Т. Миленковић-Керковић, *Уговор о франшизингу – тајна успеха*, СКС, 1998, Ниш, стр. 24.

који у пракси увек сачињава давалац франшизе, и којим се редовно не остварује *адекватна заштитна економски инфериорнијеј партнеру*, тј. корисника франшизе.

VI Елементи франшизног уговора и његове критичне тачке

Франшизу чине *права, овлашћења и услуге*:

1. уступање на (привремено) коришћење франшизног пакета – скупа права интелектуалне (словно име, жиг, патент, лого, симболи, дизајн, патент, ауторска права, испробани *know-how*),
2. обука, помоћ, савети у пословању,
3. контрола и надзор,
4. накнада – једнократна и периодична,
5. обезбеђење правне самосталности кроз пословни идентитет.

Предности пословања за корисника франшизе су бројне, међутим оне имају своју антитезу у *рестриктивним клаузулама* које се могу сврстати у *нејавна*, и то:

1. територијална ограничења,
2. ограничење извора снабдевања – обавеза искључиве куповине,
3. фиксирање цена и других услова продаје,
4. ограничења у избору потрошача,
5. забрана конкурисања даваоцу и осталим корисницима током трајања уговора и одређени период након истека уговора.

Поменути антагонизми овог уговорног односа стварају и *критичне компоненте* уговора о франшизингу, и то су: 1. предговорна фаза, 2. жиг и остала права интелектуалне својине (адекватна заштита и њено трајање), 3. оперативни систем (процедуре пословања којима се преноси *know-how* за успешно пословање), 4. обука, текућа подршка, помоћ и надзор у пословању корисника, 5. ексклузивна права, 6. рестриктивне клаузуле, 7. пост-уговорна фаза (пост-уговорна конкуренција, заштита поверљивих информација, накнада за увећани *goodwill*). Све ове критичне тачке последица су природе франшизе и асиметричне природе уговора о франшизингу. Према наводима из литературе, 90% свих спорова у франшизном пословању свој извор има у фази пре закључења уговорног односа, а медијација је најефикаснији начин решавања спорова у франшизном пословању.

VII Историјат националне франшизне регулативе

САД су путем федералог прописа 1979. год. тзв. *FTC rule*,¹² створиле стандард у регулативи франшизног уговорног односа, кроз увођење тзв. *disclosure law* односно обавезе даваоца франшизе да одређени временски период пре закључења уговора снабде будућег корисника информацијама које ће му помоћи да донесе утемељену одлуку о уласку у систем франшизинга.¹³ Ова обавеза чији се *ratio* налази у корпусу потрошачких права, односи се на информације о елементима будућег уговора (трајање, накнада, услови за раскид, рестрикције, пост-уговорна конкуренција) на податке о франшизном систему (искуство даваоца, његов пословни реноме, величина мреже, број и искуство осталих корисника, број раскинутих уговора), као и на обавештења о самом предмету франшизе (права и овлашћења која је чине, заштита права...). Ово је законодавство заштитног карактера, а извор му је у праву заштите потрошача, кроз предуговорну обавезу обавештавања корисника франшизе о најбитнијим елементима будућег уговорног односа са даваоцем франшизе.

Аустралијски експеримент са ауторегулативом путем Етичког кодекса између 1993. год. и 1996. год. показао је немоћ ауторегулативе да спечи злоупотребе у области франшизинга, стога је и Аустралија донела регулативу која третира облигационо-правна дејства као и област предуговорног обавештавања приликом закључења уговора о франшизингу.¹⁴

Од доношења првог франшизног законодавства на федералном нивоу у САД 1979. год. један значајан број земаља је регулисао франшизинг. То је законодавство посебно почело да се шири након што је UNIDROIT донео 2002. год. Модел закон о обавези предуговорног обавештавању код уговора о франшизингу (*UNIDROIT Model Law on Franchise Disclosure* из 2002. год).

Данас 30 земаља има специфичну франшизинг регулативу, и то су Албанија, Аустралија, Барбадос, Белорусија, Белгија, Бразил, Канада, Кина, Естонија, Француска, Грузија, Италија, Индонезија, Јапан, Казахстан, Литва, Малезија, Мексико, Румунија, Русија, Јужна Кореја, Јужна Африка, Шпанија, Шведска, Тајван, Украјина, УСА, Венецуела, Вијетнам.

12 *FTC 1979 (Federal Trade Commission) Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*, 16 C.F.R §436.

13 Т. Миленковић-Керковић, *Аутономни уговори привредног права*, стр. 166–167.

14 А. Terry, *Franchising Law and Practice*, Butterworths, Sydney, 1998, стр. 123–125.

Један број земаља само помиње франшизинг, али га не регулише (Хрватска). Шест земаља Европске уније регулише уговор о франшизингу и то Француска,¹⁵ Шпанија,¹⁶ Италија,¹⁷ Шведска,¹⁸ Белгија¹⁹ и Румунија.²⁰

- 15 *Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, укључен је у L330-3 *Code d'Commerce*.
- 16 *Lex 7/1996 de 15 de enero, de Ordenacion del Comercio Minorista, Boletín Oficial del Estado, no 15* од 17. јануара 1996. Овај закон који је допуњен уредбама из 1998. год. и 2006. год. садржи одредбе које се односе на предуговорно обавештавање, али се далеко више бави обавезом регистрације на основу које сва физичка и правна лица која улазе у уговор о франшизингу морају да уговор пријаве Централном државном регистру. *Real Decreto 419/2006 de 7 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 2485/1998 de 13 noviembre, relativo a la regulacion del régimen de franquicia y el registro de franquiciadores, Boletín Oficial del estado, no 100* од 27. априла 2006.
- 17 *Legge 6 maggio 2004, n. 129 Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale, Gazzetta Ufficiale, No120* од 24.5.2004. Закон је кратак и садржи облигационо-правна правила која се односе на уговор о франшизингу, као и правила о предуговорном откривању података и обавезе даваоца. Више о закону: Т. Миленковић-Керковић, „Законско и униформно регулисање уговора о франшизингу и нова италијанска регулатива“, *Право и њивреда*, 2005, стр. 362–379. Такође, током 2005. год. је усвојена Уредба којом се предвиђа обавеза откривања предуговорних података и у случају када давалац франшизе пре момента потписивања уговора обавља делатност самоу иностранству али се на уговор примењује италијанско право према одредбама италијанског међународног приватног права. *Decreto 2 settembre 2005 n.204. Regolamento recante norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 6 maggio 2004, n. 129* објављен у *Gazzetta ufficiale No 231* од 4.10.2005.
- 18 *Lag om franchisegivares informationsskyldighet (24 maj 2006) SFS*. Шведски закон, који је прави *disclosure lex specialis* (Закон о обавези предуговорног обавештавања) је усвојен након дугогодишњих расправа у Парламенту и након низа законских предлога. Ово је кратак закон, садржи само шест чланова, који су очигледно, конципирани на основу Модел-закона UNIDROIT, али се ради о знатно краћем документу. Више о томе: А. Fernlund, „Harmonised Legislation on Franchise Disclosure and National Law: the Case of Sweden“, *Uniform Law Review*, 2000–4, стр. 737–749.
- 19 *Loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial (Belgisch staatsblad* од 18. јануара 2006. год.). Иако се закон не односи само на франшизинг, обавеза предуговорног обавештавања је утврђена чл. 3, а широк круг података који су садржина документа са обавештењима садржани су у чл. 4. Овај је закон доживео измене 31.5.2014. год. и укључен је у белгијски *Code d'Commerce Book X, Title 2, CBL* а одредбе се односе и на уговор о дистрибуцији и трговинском заступању.
- 20 Ордонанса бр. 52/1997 о правном режиму франшизинга, *Monitorul Oficial nr. 224* од 30. августа 1997. год. а решење је измењено Законом бр. 79/1998. Поред принципа на којима се заснива, као и поред садржине уговора о франшизингу, у првобитном румунском подзаконском акту, а потом и у самом закону се прецизирају обавезе и права уговорних страна, као и неопходно пословно искуство које мора имати давалац одређено време пре формирања франшизне мреже. Решење се односи на

VIII Упоредно-правна решења у области франшизинга – три врсте регулативе уговора о франшизингу

У законском третману уговора о франшизингу присутна су три најчешћа начина регулативе.

Први и најраспрострањенији начин регулативе је *уређење обавезе предуговорног обавештавања*, као чисте франшизинг регулативе, и то најчешће кроз *lex specialis*. Овај тип регулативе поред пионира франшизинг законодавства – Сједињених Америчких Држава и Канаде, данас имају и Аустралија и Јапан, па и Албанија, док у ЕУ то чине Француска, Италија, Шпанија, Белгија, Румунија и Шведска. Други начин регулативе је увођење *обавезе регистрације уговора*, што чине поред осталих Шпанија, Руска Федерација и неке земље које регулативу руског Грађанског законика следе (Белорусија, Украјина). Трећи тип је *облигационо-правно реулисање уговора о франшизингу*, што је након доношења Руског Грађанског законика, најчешћи случај у земљама које су настале распадом Совјетског Савеза, и то у Руској Федерацији, Украјини, Литви, Белорусија, и ове земље не предвиђају обавезу пред-уговорног обавештавања. Најзаступљенији тип регулативе је тзв. хибридно законодавство, које комбинује ове методе регулативе. Хибридна регулатива регулише уговор о франшизингу комбинацијом облигационо-правних, најчешће императивних норми (битни елементи, писмена форма, обавеза регистрације, трајање уговора, викарна одговорност даваоца франшизе, права и обавезе уговорних страна, пост-уговорна конкуренција, престанак уговора, обнова и раскид уговора и др.) и успостављања императивног правила о обавези предуговорног обавештавања на страни даваоца франшизе.

Оно по чему се легислативе разликују је обим информација које је давалац обавезан да саопшти кориснику пре закључења уговора, као и последице неизвршења ове обавезе. Тако, последица неизвршења обавезе предуговорног обавештавања у италијанском и белгијском закону је ништавост уговора или нека друга санкција, док у румунском закону за ту повреду нема санкције.

У земљама ЕУ хетерогена регулатива умногоме разликује решења у националним законодавствима, па је могуће издвојити укупно осам модела којима се приступа регулисању франшизних уговора, и то одредбе

предуговорну фазу, чл. 2 наводи неопходне информације које се морају пружити разумно време пре закључења уговора, међутим, ова императивна норма коју садржи Закон није санкционисана. Румунски закон уређује и минимум трајања уговорног односа, који је неопходан да кориснику омогући повраћај инвестиција, као и одредбе о пост-уговорној конкуренцији.

о: 1. *good faith* – савесном и поштеном пословању, 2. *misrepresentations* – последицама лажног представљања, 3. *anti trust* – норме које забрањују злоупотребу доминантног положаја, 4. *consumer protection – disclosure law* – предуговорно обавештавање, 5. третман франшизног уговора као уговора радног права, 6. трговинско заступање, 7. норме које се односе на рестриктивне клаузуле и 8. норме које се односе на раскид уговора.

Не може се тврдити да је правни амбијент у земљама које немају специфичну франшизинг регулативу повољнији за закључивање ових уговора.²¹ У литератури се могу срести анализе фактора који у националним регулативама постављају баријере пред закључење уговора о франшизингу. Посебно је интересантан резултат истраживања који указује да међу земљама које пред уговорне стране будућих уговора о франшизингу постављају најстрожије захтеве, прва четири места заузимају земље које немају специфичну франшизинг регулативу, и то су Аустрија, Немачка, Португал и Грчка. Такав је случај са земљама германске правне традиције, попут Немачке, Аустрије, у којима се на франшизинг примењују општа правила трговинског права, а положај корисника третира се као положај квази-запосленог, квази-потрошача или као трговинског заступника. Земље код којих је уговор о франшизингу регулисан, попут Литве, Шпаније, Белгије, Шведске или Француске не спадају у круг земаља који пред закључење уговора о франшизингу постављају тешке препреке.

Такође, и по питању ефикасности регулативе, не може се ставити знак једнакости између строгости и ефикасности појединих решења. Примера ради, истраживања показују да је у Шпанији, након увођења обавезе регистрације уговора о франшизингу, ова делатност годинама била у опадању.

Међутим, регулатива франшизинга има промотивно дејство на развој овог начина пословања у бројним земљама, попут САД, Француске, а такође се у литератури закључује да је хетерогеност регулативе или њено непостојање у неким од европских земаља дестимулативно за *заштитау њавној односа између даваоца и корисника франшизе*, као и за *сијурносћ самје франсакције*.²²

21 M. Abell, *Which EU Jurisdictions Most Heavily Regulate Franchising?*, *The international who's who of franchise lawyers*, доступно на: www.whoswholegal.com, стр. 14.

22 M. Abell, *нав. дело*, стр. 85 и даље.

IX Карактеристике и значај тзв. *disclosure* регулативе – обавезе предуговорног обавештавања корисника франшизе од стране даваоца франшизе

Након америчке пионирског законодавства на пољу франшизинга, која је по својој природи била врста „заштитне потрошачке регулативе“ данас тридесет земаља има специфичну франшизинг регулативу. Три су најмаркантнија вида законског уређења уговора о франшизингу, и могу се поделити на:

1. *Disclosure law* (уређење фазе пре закључења уговорног односа путем обавезе предуговорног обавештавања и чувања поверљивости која се приближава институту *culpa in contrahendo* из континенталног права),
2. *Облигационо-јавно реулисање* уговора о франшизингу – уређење фазе након закључења и након престанка уговора о франшизингу путем императивних и диспозитивних норми уговорног права, и
3. *Registration law* – уређење обавезне регистрације уговора о франшизингу у различитим регистрима (Регистру привредних субјеката, у агенцијама за заштиту интелектуалне својине и др.). Најчешће се ова обавеза предвиђа заједно са једном или обе претходно описане врсте регулативе.

Данас шест европских земаља, по узору на америчко и канадско *disclosure* законодавство, предвиђа обавезу предуговорног обавештавања на страни даваоца франшизе – *disclosure law*. Осим Француске која је још 1989. год. донела „*Loi Doubin*“ – *lex specialis* са обавезом предуговорног обавештавања код свих уговора путем којих се преносе искључива или неискључива права интелектуалне својине, а чија су решења уграђена у Трговачки законик (чл. 330–3) све европске земље су своје *disclosure* законодавство прихватиле након доношења UNIDROIT Модел закона о предуговорном обавештавању (*Franchise Disclosure Law*) из 2002. год. У Европи су путем уношења правила о предуговорном обавештавању франшизинг реулисале Белгија, Француска, Италија, Румунија, Шпанија и Шведска. Неке од тих земаља имају тзв. чисту *disclosure* регулативу (Француска, Белгија и Шведска) док остала законодавства поред ове предуговорне обавезе предвиђају и норме облигационог карактера (*relationship law*) којима се регулише однос након закључења уговора о франшизингу и период након престанка уговорног односа (Италија, Румунија), што представља тип тзв. хибридне регулативе, док Шпанија

поред тога уноси и обавезу регистрације уговора о франшизингу, као услов пуноважности уговора.

Са друге стране је један велики број земаља који примену овог правила код уговора о франшизингу предвиђају применом општих начела савесног и поштеног понашања у преговорима, међу којима су Немачка, Аустрија, Португал и Литва, а међу њима само Литва има специфично франшизинг законодавство.

Земље са специфичном *disclosure* регулативом предвиђају листу информација које се кориснику морају пружити у предуговорној фази. У свим земљама са овом регулативом, осим у Италији (где давалац уместо извода оз уговора мора да преда нацрт уговора о франшизингу) давалац франшизе је обавезан да пружи две различите групе обавештења. Најпре је давалац дужан да потенцијалном кориснику достави извод најважнијих уговорних одредби тзв. *Contract Summaries*. Друга врста информација односи се на комерцијална обавештења тзв. *Commercial Disclosure*.

Сажетак уговора (*contract summaries*) за циљ има да потенцијалном кориснику укаже на најважније одредбе које садржи уговор о франшизингу, а листа тих одредби се веома разликује.

Документ са комерцијалним обавештењима садржи комерцијалне и финансијске елементе који треба да кориснику франшизе омогуће да донесе утемељену одлуку о уласку у пословни систем франшизинга. Листа информација је веома широка и односи се на:

- даваоца франшизе и његов менаџмент,
- франшизни систем,
- постојећу франшизну мрежу,
- финансијске аспекте франшизног концепта и закључења уговора, попут укупних потребних инвестиција и накнада које се плаћају даваоцу франшизе у било ком облику,
- у неким земљама захтева се и анализа тржишта у коме ће се применити франшиза.

Последње две ставке у овом документу могу да створе одређене тешкоће поготову страним даваоцима, који не могу лако да процене услове на домаћем тржишту и локалне цене. Такође се у литератури и пракси критикују одредбе по којој се мора дати укупан број корисника франшизе који су у франшизној мрежи јер код великих франшизних система тај број може бити јако велики, као што већи број пословних франшизних јединица може постојати у великом броју земаља.

X Модел хибридне регулативе и основни мотиви законског уређења уговора о франшизингу у Србији *de lege ferenda*

Модел регулативе уговора о франшизингу у Србији је хибридни, и он се остварује комбинацијом облигационо-правних императивних и диспозитивних правила, уз императивна правила о обавези предуговорног обавештавања и регистрације уговора о франшизингу. Поред појма уговора, модел пружа битне елементе, обавезну писану форму и обавезу регистрације уговора у регистру Завода за интелектуалну својину Републике Србије, а такође регулише и закључење уговора о под-франшизингу (мастер уговор о франшизингу) и узајамне односе које креира овај мулти-уговорни аранжман. Регулисана је и обавеза чувања поверљивих података, као и обавеза даваоца на предуговорно обавештавање и садржина документа са предуговорним обавештењима. Овај документ је давалац дужан да преда кориснику франшизе најмање 20 дана пре закључења уговора или пре плаћања било какве накнаде која се односи на пренета права или извршене услуге. Документ са предуговорним обавештењима састоји из два дела, и то из извода предложеног уговора о франшизингу и из документа са пословним обавештењима који садржи податке о привредном субјекту (корпоративне податке о) даваоцу франшизе, о пословном систему франшизинга и о франшизној мрежи. Последица пропуштања ове обавезе је право на поништај уговора или конкретне уговорне обавезе на страни корисника франшизе у објективном року од две године од дана закључења уговора, као и право на накнаду штете причињене пропуштањем ове обавезе на страни даваоца франшизе. Модел регулативе садржи права и обавезе уговорних страна, сагласно појму овог уговора и његовим битним елементима, као што садржи и рестриктивне клаузуле, у облику територијалних ограничења, забране уговорне и пост-уговорне конкуренције, као и ограничења у продаји робе, пружању услуга и коришћења преузетих права интелектуалне својине на страни корисника франшизе. Регулисана су и питања трајања, могућност обнове и престанка уговора о франшизингу, као и последице престанка уговора, а које се односе, пре свега, на забрану пост-уговорне конкуренције корисника франшизе, као и његове обавезе у погледу престанка коришћења права интелектуалне својине и враћања опреме даваоцу франшизе након истека уговора.

Три су основна разлога за овакав начин регулативе уговора о франшизингу:

1. *сйваранье йоверења йржишних учесника йрема овом концеййу йословања – market confidence,*
2. *омоућавање безбедности у йоку йрейовора – йрегуйоворна фаза – pre-contractual hygiene,*

3. *увођење императивних одредаба које треба да смање инхерентну уговорну асиметрију код уговора о франшизингу – mandatory taxonomy on the rights and obligations in the franchising realtionship.*²³

XI Закључак – циљеви регулисања уговора о франшизингу у Србији

Описани тип хибридне регулативе франшизинга у Србији треба да омогући следеће:

- *промоцију концепција франшизног пословања и адекватну информисаност тржишних учесника* (појам франшизе као предмета уговора – битни елементи франшизе – врсте уговора о франшизингу),
- *усмеравање послојерне пословне праксе* (битни елементи уговора о франшизингу, одредбе о предуговорном обавештавању, садржина документа са предуговорним обавештењима, одредбе о обавезној писменој форми, регистрацији уговора, одредбе о трајању уговора, одредбе о трајању пост-уговорне конкуренције и др.),
- *защитна економски инфериорније парћнера – корисника франшизе* (предуговорно обавештавање, трајање уговора, пост-уговорна конкуренција, саветодавна помоћ и обука корисника, надзор и контрола у пословању као обавезе даваоца),
- *одређење комплексног предмета уговора* (искључива и неискључива права интелектуалне својине, know-how, услуге које се пружају кориснику током читавог уговора),
- *правила о уговорној и посћ-уговорној конкуренцији* (обавеза, трајање, могућност накнаде штете коју трпи корисник након престанка уговора услед истека рока на који је закључен),
- *смањење ризика и „моралног хазарда“ у франшизном пословању* (увођење императивних правила),
- *остварење принципа еквивалентности уговорних обавеза и принципа равноправности уговорних страна*,
- *креирање диспозитивних правила* – решење проблема правне природе уговора и примене адекватних правила,
- *реулаћива предугворне обавезе обавештавања корисника франшизе ради доношења економски ућемљене одлуке о уласку у по-*

23 М. Abell, *нав. дело*, стр. 87–97.

словни сисџем франшизинџа (овај сегмент има двоструку улогу – са једне стране могућност да се обе потенцијалне уговорне стране информишу о будућем дугогодишењем уговорном партнеру, да будући корисник франшизе буде упознат са комплексним предметом уговора, са самим уговором, са даваоцем франшизе и осталим субјектима у франшизној мрежи, док са друге стране одредбе о предуговорном обавештавању треба да створе предуговорну дисциплину и едукују будуће даваоце о подацима и документима које пре уласка у уговор морају да презентују будућим корисницима франшизе. У супротном, франшиза се претвара у „мачку у џаку“),

- уређење проблема односа између уговора о мастер франшизингу и уговора о под-франшизингу (трајање, последице престанка уговора о мастер франшизингу на уговор о суб-франшизингу, и др.),
- трајање уговора – обезбеђење правне сигурности и омогућавање амортизације уложених средстава корисника франшизе,
- престанак уговора – право на обнову уговора, пренос права из уговора, отказ, раскид, правила о пост-уговорној конкуренцији, престанак услед смрти и губитка пословне способности,
- одговорности даваоца франшизе за постојање, квалитет и заштитиу пренетих права – пре свега кроз одредбе о викарној одговорности даваоца мастер франшизе, и одговорности даваоца франшизе у случају пропуста у вршењу обавезе надзора и контроле над пословањем корисника и очувањем пословног концепта,
- рестриктивне клаузуле – забрана рестрикција у погледу одређивања цене и потрошача,
- заштитна пошршача – викарна одговорност даваоца франшизе и даваоца мастер франшизе у случају недостатка адекватне контроле, солидарна одговорност даваоца за робу коју сам производи или чије снабдеваче одређује и супсидијерна одговорност даваоца за квалитет производа услед пропуста у надзору над пословањем корисника франшизе.

Три су дакле, основна циља ових решења:

1. промоција франшизној концепцији и његових елемената,
2. обезбеђење предуговорне фазе, као најкритичније за настанак уговора,
3. увођење минимума империјативних правила којима се регулишу односи између уговорних страна са циљем успостављања еквивалентности и уношења уговорне симетрије.

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

WHY AND HOW IS IT NECESSARY TO REGULATE FRANCHISING AGREEMENT IN SERBIA?

Summary

Following the devastation of the existing franchise systems during the nineties, franchise business in Serbia has received considerable momentum since 2007 thanks to favorable economic developments, but the education and the creation of first institutions in this area in Serbia are of no lesser importance. During the last three years franchising has shared the fate of the entire Serbian economy, not only because of the lack of money to import foreign and develop domestic franchise systems and or the enormous burdens on the economy, but the stagnation of franchise activities is a consequence of the reluctance of the banking sector to offer specific and more favorable financing to this activity, as well as of the absence of any vision and activities of the State in promoting and developing the franchise business. This paper sets out the arguments in support of the view of the necessity of regulating franchising in the future Serbian codification, as well as an explanation of solutions presented in the Pre-draft of the Civil Code of Serbia, which is based on a combined approach of obligations and legal norms which include the obligation of precontractual disclosure before entering into a contractual franchising relationship.

Key words: *franchising agreement, precontractual disclosure, the Pre-draft of the Civil Code.*

Додатак – табела упоредно-правне регулативе уговора о франшизингу

Елементи прегледа регулативе по земљама – земље које регулишу франшизинг, врста правног акта, врста регулативе (облигационо-правне норме, регистрација, предуговорно обавештавање) и година регулативе.

Великим болдираним словима су обележене европске земље које имају регулисану обавезу предуговорног обавештавања.

	Грађански законик	Други закон	LEX SPECIALIS	Подзак. Акта	Облиг. правне норме	DISCLOSURE	Регистрација	Година
АЛБАНИЈА	#				#	# (само предвиђа обавезу без регулисања садржине документа са обавештењима)		1994.
Аустралија					#	#		2006.
Белорусија	#				#		#	1999. рев. 2005.
БЕЛГИЈА	# (Трговински законик од 2014)		# (до 2014)			#		2006. <i>Dislosure law</i> допуњен 2014
Бразил			#		#	#		1994.
Канада – Алберта			#		#	#		1995.
Канада-Онтарио			#		#	#		2000.
Канада-Пр. Едвард Iceland			#		#	#		2007.
Хрватска	Само помиње франшизинг	#						1999.
Естонија		#			#			2002.

	Грађански законик	Други закон	LEX SPECIALIS	Подзак. Акта	Облиг. правне норме	DISCLOSURE	Регистрација	Година
ФРАНЦУСКА	# унето у Трговински законик чл. Л.330-1		#			#		1989.
Грузија	#				#			1997.
Индонезија				#	#	#	#	1997...2006
ИТАЛИЈА			#		#	#		2004.
Јапан		#				#		2002.
Казахстан			#					2002.
Литва	#				#			2000.
Малезија			#			#	#	1998.
Молдавија			#		#		#	1997.
Мексико		#			#	#	#	2006.
Молдавија	#		#		#		#	2003. 1997 л.с.
НР Кина				#	#			2004.
Р Кореја		#			#	#		2002.
РУМУНИЈА			#		#	#		1998.

	Грађански законик	Други закон	LEX SPECIALIS	Подзак. Акта	Облиг. правне норме	DISCLOSURE	Регистрација	Година
Руска Федерација	#				#		#	1996.
ШПАНИЈА		#				#	#	1998.
ШВЕДСКА			#			#		2006.
Украјина	#				#		#	2004.
САД			#			#		1979.
Вијетнам				#		#		2006.