

УДК: 347.74:339.187 ; 347.447.62

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_22303A

др *Страхинја* Д. МИЉКОВИЋ*

ванредни професор Универзитета у Приштини – Правног факултета са привременим седиштем у Косовској Митровици, Србија

РАЗРЕШЕЊЕ НЕДОУМИЦА О ТОМЕ ШТА ЈЕ GOODWILL И ДА ЛИ ПРИМАЛАЦ ФРАНШИЗЕ ИМА ПРАВА ПОВОДОМ GOODWILL-А

Сажетак

Франшизини као специфичан метод уговорној инвестиционој пословања у савременим тржишним околностима све више добија на значају. Правни систем Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише уговор о франшизини. Све до тренутка усвајања Нацрта грађанског законика позитивно законодавство Србије не регулише уговор о франшизини, па самим тим не познаје институти goodwill-а као један од битних елемената уговора о франшизини. Goodwill представља благодат и корист од доброј имена и репутације; то је привлачна сила која доноси кунце. Goodwill је од значаја за успешно пословање даваоца франшизе и франшизини мреже и представља један од разлога зашто пошеницијални прималац франшизе приступа франшизини мрежи. Пружањем одговора на питања шта је goodwill; да ли су goodwill и репутација синоними; које су врсте goodwill-а и која су права примаоца франшизе поводом goodwill-а, верујемо да ћемо успети

* Електронска адреса аутора: strahinja.miljkovic@pr.ac.rs.

да разјаснимо њихову нејасноћу њоводом овој институцији које ће бити од значаја будућој судској и њословној пракси у Србији.

Кључне речи: *Goodwill*. – Уговор о франшизингу. – Давалац франшизе. – Прималац франшизе.

I Увод

1. Појам франшизинга

Франшизинг као специфичан метод уговорног инвестиционог пословања у савременим тржишним околностима све више добија на значају. Франшизинг не представља ништа друго до дистрибутивну технику који уговором интегрише дистрибутивни систем уместо ланцем власништва, а којим се управља из једног центра.¹ Уговором о франшизингу једна уговорна страна (давалац франшизе) на одређено време и на одређеној територији уступа право да послује под његовом фирмом коришћења франшизног пакета права (*franchise package*)² уз обавезу обуке и пружања административних и маркетиншких услуга другој уговорној страни, примаоцу франшизе који се обавезује да ће у пословању своје франшизинг јединице користити уступљени франшизни пакет права и за то плаћати континуалну франшизну накнаду (*continuing franchise fee*).³ Разлози који се могу идентификовати, а значајно утичу на експанзију франшизинг пословања јесу: а) потреба за

1 Robert W. Emerson, „Franchising and the Collective Rights of Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43, Nr. 5/1990, 1503, 1508.

2 Под пакетом права подразумевају се: право коришћења заштићеног имена даваоца франшизе за производ или услугу, *know-how*, пословни и технолошки методи, процедурални систем и друга права на производно и интелектуално власништво – „...*trade name, and/or trade mark and/or service mark, know-how, business and technical methods, procedural system, and other industrial and/or intellectual property rights*...“ Вид. Европски кодекс етике за франшизинг (*European Code of Ethics for Franchising*), доступно на адреси: <https://eff-franchise.com/code-of-ethics/>, 3. 4. 2022, чл. 1.

3 Континуална франшизна накнада у себи обухвата накнаду за коришћење: 1) брэнда; 2) визуелног идентитета; 3) пратеће подршке и 4) *know-how*-а даваоца франшизе. Континуална франшизна накнада најчешће се наплаћује на месечном нивоу, с тим да није непозната ни пракса плаћања на недељном нивоу. Један од најприхваћенијих, а истовремено и најефикаснијих начина обрачуна висине континуалне франшизне накнаде је путем „методе процента бруто прихода“ (*royalties fee*). Као основица за процентуално утврђивање узима се у обзир бруто приход (*gross revenue*) који прималац франшизе остварује током пословања своје франшизинг јединице у текућој пословној години. Укупан просечан износ континуалних франшизних накнада креће се у распону од 5 до 7% оствареног бруто прихода примаоца франшизе.

растом успешних пословних операција и б) способност постизања таквог раста повезивањем са другима који поседују капитал и радну снагу.⁴

Франшизинг као пословни концепт, а самим тим и уговор о франшизингу, прошао је у еволуцијском развоју кроз две фазе, и то: а) фазу традиционалног концепта и б) фазу интегралног концепта.⁵ Интегрални концепт почива на текућој пословној сарадњи даваоца франшизе и примаоца франшизе, која се поред услуга, производа, знакова разликовања, односи на целокупно пословање, маркетинг (*advertising*) стратегије и планове, права интелектуалне својине, контролу, *know-how*, *goodwill* и методе пословања.

Даваоцу франшизе, франшизинг као метод уговорног инвестиционог пословања пружа могућност да уз минимална инвестициона улагања и минималне инвестиционе ризике прошири своје пословање на циљаном тржишту чинећи то на трошак примаоца франшизе, уједно пребацујући на њега ризик неуспеха развоја франшизинг *network*-а. Примаоцу франшизе закључењем уговора омогућава се приступ развијеној франшизинг мрежи – *franchising network*-у. Приступањем франшизинг мрежи прималац франшизе користи све предности развијеног, и у пракси провереног и успешног, система пословања даваоца франшизе који је од стране потенцијалних потрошача препознат као пословање које одликује изграђен *image* и *brand*. Коришћење успешног метода пословања, смањени инвестициони ризици и самосталност пословања приликом вођења сопствене франшизинг јединице, представљају опредељујуће разлоге да потенцијални прималац франшизе приступи франшизинг мрежи.

2. Позитивноправна регулатива уговора о франшизингу и Нацрт грађанског законика Републике Србије

Правни систем Републике Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише уговор о франшизингу, па самим тим припада категорији неименованих уговора. Тренутно, франшизинг уговорни односи се регулишу општим правним начелима Закона о облигационим односима и одредбама о трајању, престанку уговора и правилима о општим условима формуларних уговора.⁶ Неопходно је истаћи да је, из

4 Martin Mendelsohn, *Franchising Law*, 2nd edition, Richmond, 2004, 1.

5 Миле Јовић, „*Franchising* у пракси, истине и заблуде: Кооперација (франшизинг) услов опстанка малих привредника и велике кооперације“, *Зборник радова са сабора малих њивредника*, Врњачка Бања, 1990, 4.

6 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99,

разлога сличности уговора о франшизингу са уговором о лиценци и уговором о трговинском заступању, могућа аналогна примена неких од одредби које се односе на ове уговоре.⁷

Рад на доношењу Грађанског законика Републике Србије одликује се увођењем нових правних института, чиме се по први пут покушавају регулисати правни послови који спадају у категорију неименованих.⁸ Предвиђање уговора о франшизингу у једном правном акту, па чак био он и у форми Нацрта, представља прекретницу у погледу правног нормирања овог уговора. Ипак, и поред најбоље намере редактора да законски регулише послове аутономног трговинског права, често се прибегава правним трансплантима. Један од правних транспланата који своје извориште налази у англо-америчкој пословној и судској пракси, а који предвиђа Нацрт грађанског законика је институт *goodwill*-а.

Питања на која је неопходно одговорити, а којим би се решиле потенцијалне недоумице у судској и пословној пракси су: а) шта је *goodwill*; б) да ли прималац франшизе има право својине на *goodwill*-у; и в) која су права примаоца франшизе поводом *goodwill*-а у тренутку престанка (раскида) уговора о франшизингу. Пружањем одговора на ова питања покушаћемо да разјаснимо дилеме поводом и у вези са институтом *goodwill*-а.

II Недоумице о појмовном одређењу *goodwill*-а

1. Појам и врсте *goodwill*-а

Goodwill као нематеријално право, односно право интелектуалне својине које се везује за пословање давоца франшизе и франшизинг мрежу, је сила која привлачи купце, чинећи препознатљивим и дистинктивним производ или услугу од осталих или сличних приоизвода или услуга на циљаном тржишту.

У правној теорији *goodwill* се дефинише као „благодет и корист из доброг имена, репутације, и повезаности неког пословања. То је оно што разликује раније успостављено пословање од новог пословања на

Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

7 Аналогна примена одредаба којима се регулишу уговор о лиценци и уговор о трговинском заступању оправдава се ставом о правној природи уговора о франшизингу. Заступа се став да је могућа натегнута асимилација уговора о франшизингу са уговором о лиценци. Више о томе вид. Deša Mlikotin–Tomić, *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986, 155.

8 Нацрт грађанског законика Републике Србије – НГЗРС, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 5. 4. 2022.

самом почетку. *Goodwill* неког пословања мора потећи из одређеног центра или извора. Без обзира на то колико проширен или раштркан може бити његов утицај, *goodwill* нема никакав утицај ако нема довољно моћи привлачења да усмери купце ка извору из ког настаје.⁹ Изводи се закључак да је *goodwill* отелотворен у: 1) трговачком имену; 2) логоу; 3) изгледу и 4) пословном простору.

Такође, *goodwill* се дефинише као „очекивање континуиране јавне подршке. То значи сваку позитивну предност коју је власник стекао у обављању свог посла, било да је у вези са простором у којем се обавља посао, било са именом под којим се њиме управља, или са било којом другом ствари која са собом носи корист пословања.“¹⁰

За рачуноводствене сврхе, *goodwill* представља разлику између набавне цене и вредности стечене имовине представљајући економску предност која произлази из репутације мреже и очекивања да ће стални корисници/потрошачи наставити да је подржавају и да привлаче нове клијенте.¹¹ Из овога произлази да се *goodwill* састоји од два елемента: а) репутације конкретног бизниса који већ постоји и б) очекивања да таква репутација настави да привлачи клијенте.¹²

У погледу врсте постоји: 1) *goodwill* даваоца франшизе и 2) *goodwill* примаоца франшизе. *Goodwill* даваоца франшизе је заједнички за франшизинг мрежу у целини, а настаје из робних марки, трговачких имена, система итд. Карактеристика овог *goodwill*-а је у томе да он представља суштину права, односно он представља једно у низу лиценцираних права у оквиру франшизног пакета права (*franchise package*) која давалац франшизе уступа примаоцу франшизе. Управо због *goodwill*-а примаоца франшизе приступа франшизинг мрежи, самим тим то је оно у чему он учествује током трајања уступљене франшизе, и оно што губи престанком франшизе.¹³ За разлику од *goodwill*-а даваоца франшизе, *goodwill* примаоца франшизе у основи рефлектује вредност његовог пословања, које остварује током свог самосталног пословања вођењем франшизинг

9 М. Mendelsohn, 210.

10 Henry Campbell Black, Joseph R. Nolan, Jacqueline M. Nolan-Haley, *Black's Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th Edition, West Publishing, St. Paul, 1990, 694.

11 Phillip A. Beutel, Bryan Ray, „Grasping the Value of Intangible Assets“, *International Tax Journal*, Vol. 30, Nr. 1/2004, 35–45; Milena Kavarić, „Goodwill compensation in franchising and distribution contract in European law and bases for an analogous application of the compensation rules applicable to commercial agents“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, Nr. 2/2020, 2.

12 Ronald Dore, „Goodwill and the Spirit of Market Capitalism“, *The British Journal of Sociology*, Vol. 34, Nr. 4/1983, 459–482.

13 М. Mendelshon, 212.

јединице у оквиру франшизинг мреже. Треба истаћи да самосталним пословањем, улажући конкретне напоре и ресурсе да освоји тржиште, привуче клијенте, повећа углед мреже итд., прималац франшизе није пасивна страна.¹⁴ Својим успешним управљањем прималац франшизе може унапредити пословни систем, проширити клијентелу на уговореном тржишту, повећати вредност производа и услуга, а самим тим и пословну репутацију целог система и вредност саме франшизе.¹⁵

2. Разлика између *goodwill*-а и репутације

У пословној пракси и правној теорији често се *goodwill* и репутација (*reputation*) коју ужива давалац франшизе – франшизинг мрежа сматрају синонимима. Иако се наизглед ради о појмовима који су слични, *goodwill* и репутација (*reputation*) нису синонимима.¹⁶ Репутација је важна у том смислу да јавност, или довољан део јавности, препознаје пословање на које се *goodwill* односи.¹⁷

Значајног удела у одређивању дистинкције између *goodwill*-а и репутације имала је судска пракса. Од значаја је пресуда у случају *Anhesuer– BuSch. Inc v Budejovicky Budvar* (1984) FSR 413.¹⁸ Суд констатује да је степен развијености пословања, односно да је производ или услуга

14 Наведени став треба узети са резервом, и то посебно у околностима када се уступа развијено франшизинг пословање које одликује изграђен *brand*, где је улога примаоца франшизе минимизирана и своди се на одржавање пословања активним, а то из разлога јер је познатост *brand*-а сама по себи довољна за позиционирање на тржишту у домену привлачења потрошача. Проактивна улога примаоца франшизе може бити од значаја ако се ради о франшизинг пословању које је у развоју, где проактивно учествује у промоцији *brand-a* и развијању пословања.

15 М. Kavarić, 3.

16 Soumya Banerjee, „Trans border Reputation“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 11, Nr. 4/2006, 274–279.

17 М. Mendelshon, 211.

18 Тужилац пиваре (*Budweiser*), покушао је да ограничи продају пива у Енглеској, направљеног у пивари туженог у тадашњој Чехословачкој (чак иако је име пива потицало одатле). У време подношења тужбе пиво тужиоца је било познато у Енглеској, а све захваљујући рекламирању на телевизији, с тим да је пиво било доступно једино у америчким војним базама, тј. и поред рекламирања и познатости није било доступно у слободној продаји. Суд закључује да иако је пиво тужиоца познато и има репутацију, с обзиром на то да није доступно јавности, никакав *goodwill* није настао да би као такав могао бити заштићен од плагирања. На основу пресуде долази се до закључка да без обзира на то што производ даваоца франшизе ужива репутацију, тј. франшизинг мрежа ужива значајну репутацију, мале су шансе да ће доћи до заштите *goodwill*-а све док се не успостави пословање на основу кога ће производ или услуга бити доступни широј јавности. Више детаља о случају доступно на адреси: <https://swarb.co.uk/anheuser-busch-v-budejovicky-budvar-ca-1984/>, 6. 4. 2022.

позната широј јавности на циљаном тржишту, услов настанка *goodwill*-а. У случају да је степен пословања слабо развијен или да је у припремној фази, то није довољно да би се развио *goodwill*.

Репутација која је толико садржински различита од *goodwill*-а утиче на могућност да давалац франшизе ужива правну заштиту од плагирања. Што је виши степен репутације пословања даваоца франшизе и франшизинг мреже (глобално или регионално), то може бити нижи степен развијености пословања на циљаном тржишту који је неопходан да би суд закључио да постоји *goodwill* који може уживати правну заштиту.¹⁹ У супротном, што је нижи степен пословне репутације даваоца франшизе и франшизинг мреже, степен развијености пословања унутар одређеног тржишта представља репер за утврђивање од стране суда да ли постоји *goodwill* и да ли може уживати правну заштиту.

III Права примаоца франшизе поводом *goodwill*-а

Како настаје на основу одређених права интелектуалне својине, а да не би дошло до произвољног тумачења, уговорним клаузулама се предвиђа да *goodwill* као нематеријално право припада даваоцу франшизе.²⁰ Иако је неспорно да *goodwill* припада даваоцу франшизе, једно од најдискутабилнијих питања које тражи одговор је да ли прималац франшизе има право на и поводом *goodwill*-а у тренутку престанка уговора? Дати одговор на ово питање је од значаја, а то превасходно из разлога јер давалац франшизе и по престанку уговора наставља да извучи економске користи од базе клијената и популарности франшизног система који је делом развијан заслугом примаоца франшизе.²¹

1. Решења предвиђена Нацртом грађанског законика Републике Србије и *Principles, definitions and model rules of European private law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*

Одредбе Нацрта грађанског законика Републике Србије предвиђају да без обзира на разлог престанка уговора о франшизингу, осим услед раскида због неиспуњења обавеза, прималац франшизе који је својим пословањем допринео значајном повећању обима пословања

19 M. Mendelshon, 212.

20 Већина уговора о франшизингу садржи клаузуле у којима се давалац франшизе наводи да је развио *goodwill* у корист франшизног система на тај начин означавајући контролу над понашањем примаоца франшизе као неопходну за заштиту *goodwill*-а. Више о томе вид. Robert W. Emerson, „Franchise Contract Interpretation: A Two-Standard Approach“, *Michigan State Law Review*, Nr. 3/2013, 661.

21 M. Kavarić, 3–4.

даваоца франшизе, подигао вредност и углед пословне мреже и ако давалац франшизе и након раскида уговора наставља да остварује значајне користи од тог пословања, прималац франшизе има право на накнаду за увећани *goodwill*.²² Читајући наведену одредбу стиче се утисак да редактор полази од принципа да прималац франшизе активно учествује у подизању вредности и угледа франшизинг мреже. Значај наведене одредбе је у томе да се покушава ићи у корак са савременим тенденцијама да прималац франшизе има право на накнаду за увећани *goodwill*.²³

За разлику од Нацрта грађанског законика, одредбе DCFR-а су концизније, предвиђајући и образлажући у коментарима под којим условима прималац франшизе остварује право на накнаду за *goodwill*. Према одредбама DCFR-а, ако уговорни однос престане из било ког разлога (укључујући раскид било које стране због суштинског неиспуњења), једна страна има право на обештећење друге стране за *goodwill* ако и у мери у којој је прва страна значајно повећала обим пословања друге стране, а друга страна наставља да извлачи значајне користи од тог посла; док исплата одштете мора бити разумна.²⁴ Идеја водиља овако предвиђеног решења је у томе да без обзира на то да ли је уговор био на неодређено или одређено време, и без обзира на начин на који је уговор окончан (било због суштинског неизвршења или не), сама чињеница да је уговорни однос престао може довести до преноса *goodwill*-а на даваоца франшизе. Да би остварио право на накнаду, прималац франшизе мора доказати да *goodwill* који преноси на другу страну – даваоца франшизе настаје као резултат раскида уговорног односа. Прималац франшизе захтевајући право на накнаду за пренос *goodwill*-а²⁵ мора да докаже да је значајно повећао обим пословања, односно да је играо

22 НГЗ, чл. 1294 ст. 4.

23 Редактор не полази од става, а и не узима у обзир да прималац франшизе најчешће приступа франшизинг пословању које је на глобалном или регионалном нивоу препознато код потрошача по свом *brand*-у. Управо ова околност, а нарочито када се узме у обзир величина тржишта Републике Србије и познатост *brand*-а који се уступа франшизингом, доводи у питање колико то прималац франшизе може повећати вредност *goodwill*-а глобално или регионално препознатог франшизинг пословања.

24 Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles, definitions and model rules of European private law – PDMREPL*, доступно на адреси: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf, 6. 4. 2022, IV. E.-2:305: Indemnity for goodwill.

25 Најтипичнији пример преноса *goodwill*-а је када давалац франшизе има приступ листама клијената и другим сличним подацима, било зато што је прималац франшизе предао такве листе након раскида уговора, било зато што давалац

активну улогу у повећању обима пословања даваоца франшизе. Као страна која тражи накнаду, прималац франшизе мора доказати да створени *goodwill* остаје (или је пренет) даваоцу франшизе и да је значајан.²⁶ Прималац франшизе мора доказати да је накнада коју тражи разумна у датим околностима, односно критеријум разумности неопходно је објективно утврдити.²⁷ Право на накнаду за *goodwill* не спречава примаоца франшизе да тражи накнаду штете због једностраног раскида уговора (кумулација захтева). Приликом утврђивања да ли је накнада за *goodwill* разумна, треба узети у обзир право оштећеног на накнаду штете због једностраног раскида, с тим да се исти губитак не може надокнадити два пута, и то једном као губитак користи (штета у износу очекиване добити) и једном као губитак *goodwill*-а (одштета за пренос *goodwill*-а).

2. Решења земаља са развијеним франшизинг пословањем

За извођење правилног закључка да ли је прималац франшизе власник једног дела *goodwill*-а, и која му права на основу њега припадају по престанку уговора о франшизингу, неопходно је узети у обзир решења (законска и судску праксу) земаља са развијеним франшизинг пословањем.

а) САД

Питање ко је власник *goodwill*-а након раскида уговора о франшизингу решава се на начин да давалац франшизе обезбеђује жигове²⁸ које клијенти локације препознају, док напори примаоца франшизе су такви да је успео да побољша *goodwill brand*-а и можда чак развио *goodwill* који је јединствен за ту специфичну локацију.²⁹ Наведеном дистинкцијом ко

франшизе има приступ тим подацима из разлога јер му их је прималац франшизе редовно прослеђивао током уговорног односа.

26 Треба истаћи да се користи које давалац франшизе остварује на основу уступљеног *goodwill*-а постепено смањују током времена (ово се мора узети у обзир), с тим да се увек полази од претпоставке да ће давалац франшизе и даље извучити значајне користи од генерисаног *goodwill*-а, чак и ако прода своје пословање или листу (базу) клијената трећој страни.

27 PDMREPL, IV. E. – Ch. 3 sec.

28 Скоро сви уговори о франшизи садрже клаузуле које разграничавају власништво даваоца франшизе над жигом и пратећа ограничења на коришћење жига од стране примаоца франшизе. Robert W. Emerson, „Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill after Franchise Termination“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 20, Nr. 2/2018, 331–332.

29 Clay A. Tillack, Mark E. Ashton, „Who Takes What: The Parties’ Rights to Franchise Materials at the Relationship’s End“, *Franchise Law Journal*, Vol. 28, Nr. 2/2008, 124–125.

је власник које врсте *goodwill*-а не оставља се простора произвољном тумачењу уговорних страна о томе да је само давалац франшизе власник *goodwill*-а, односно да није било примаоца франшизе *goodwill* и пословање на циљаном тржишту остало би неразвијено. На федералном нивоу заузет је став да *goodwill* повезан са жигом припада даваоцу франшизе.³⁰

У погледу плаћања накнаде за *goodwill* законски акти разликују се од државе до државе, па неки предвиђају да је давалац франшизе у обавези да плати примаоцу франшизе за локални *goodwill* створен током трајања уговорног односа, док други захтевају накнаду за губитак *goodwill*-а у случају једностраног раскида уговора.³¹

Прва група закона (Хаваји, Илиноис, Вашингтон) полази од става да давалац франшизе мора платити примаоцу франшизе за локални *goodwill* који је прималац франшизе помогао да се створи током уговорног односа. Наведени закони генерално захтевају надокнаду за *goodwill* када давалац франшизе има користи од *goodwill*-а примаоца франшизе или када је прималац франшизе онемогућен да има користи од његовог *goodwill*-а због применљиве клаузуле о неконкурентности претходног примаоца франшизе. Ипак, законски акти нису јасни у погледу тога да ли локални *goodwill* користи франшизинг систему на националном нивоу, остављајући разрешење ове дилеме судовима.³² У случају *LaGuardia Assocs. v. Holiday Hosp. Franchising, Inc.*, суд је става да, улажући своје време, труд и капитал, прималац франшизе ствара локални *goodwill* јачајући репутацију производа или услуге на националном нивоу.³³ Наведена пресуда је од значаја јер суд признаје да локални *goodwill* нужно успоставља свест јавности према одређеном послу на одређеној локацији. С друге стране су законски акти (Делавер, Индијана, Минесота, Мисисипи, Мисури, Небраска, Њу Џерсији и Вирџинија) који не захтевају поновни откуп *goodwill*-а од стране даваоца франшизе по раскиду уговора, изузев ако је давалац франшизе прекршио одредбе релевантних закона о франшизингу.³⁴ У околностима када је поновна куповина *goodwill*-а неопходна, накнада за *goodwill* је укључена у одштету примаоца франшизе.³⁵

30 Kerry L. Bundy, Robert M. Einhorn, „Franchise Relationship Laws“, *Fundamentals of Franchising* (eds. Rupert M. Barkoff, Joseph J. Fittante, Ronald K. Gardner, Jr., Andrew Selden), 4th ed, Chicago, 2015, 216.

31 C. A. Tillack, M. E. Ashton, 124–125.

32 K. L. Bundy, R. M. Einhorn, 216.

33 *LaGuardia Assocs. v. Holiday Hosp. Franchising, Inc.*, 92 F. Supp. 2d 119, 125 (E.D.N.Y. 2000), доступно на адреси: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/92/119/2529576/>, 8. 4. 2022.

34 K. L. Bundy, R. M. Einhorn, 216.

35 Кодекс закона Сједињених Америчких Држава (*United States Code*), чл. 1117а.

Прецедентно право, односно ставови судова по питању накнаде за *goodwill* у тренутку престанка уговора нису јединствена, тј. заузета су различита и супротстављена становишта на федералном нивоу. Од посебног значаја на федералном нивоу су два прецедента, и то: а) *Lee v. Exxon Co. USA*.³⁶ и б) и *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*. У случају *Lee v. Exxon Co. USA*, суд је утврдио да је *goodwill* део продаје између даваоца франшизе и примаоца франшизе. Након што је *Exxon Co.* одлучио да не обнови уговор о франшизингу, понудио је да поново прода франшизу *Lee* по истој цени или највишој понуђеној цени на тржишту. Тужећи *Exxon Co.*, *Lee* је тврдио да цена укључује *goodwill* који је он изградио током периода трајања уговора и стога одређена цена је била превисока. Треба истаћи да суд није нашао да је ово валидан и оправдан захтев тужиоца (*Lee*), заузимајући став да раскид или необнављање уговора не обавезује (може да се деси) даваоца франшизе да сноси било какву одговорност према примаоцу франшизе, укључујући било коју исплату за губитак наводног *goodwill*-а.

С друге стране, у случају *Atlantic Richfield Co. v. Razumic* суд је пресудио у супротном смеру, заузимајући став да прималац франшизе ствара *goodwill* за франшизу.³⁷ Суд наводи да за разлику од закупца који тражи свој интерес док заузима имовину станодавца, прималац франшизе као што је *Razumic* гради *goodwill* како свог сопственог пословања, тако и даваоца франшизе. Заузима се став да прималац франшизе „може оправдано очекивати да његово време, труд и друга улагања која промовишу *goodwill* неће бити уништени“ престанком уговора.³⁸

б) Француска

Француски правни систем дужи временски период је био на становишту да је *goodwill* власништво даваоца франшизе, осим ако не постоје уговорне одредбе којима је наведено да сва технологија, *know-how* и друга права индустријске својине остају власништво даваоца франшизе након раскида уговора. Пузећи, током 2000. године судови почињу да доносе пресуде које одступају од правила да је *goodwill* искључиво власништво даваоца франшизе. У случају *Sarl Nicogli Le Gan Vie SA (2000)* Апелациони суд у Паризу заузима став да *goodwill* такође

36 *Lee v. Exxon Co., U.S.A.*, 867 F. Supp. 365, 366 (D.S.C. 1994), доступно на адреси: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/867/365/1456279/>, 8. 4. 2022.

37 Robert W. Emerson, „Franchise Goodwill: Take a Sad Song and Make it Better“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 46, Nr. 2/2013, 363–364.

38 *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*, 390 A.2d 736, 742 (Pa. 1978), доступно на адреси: <https://law.justia.com/cases/pennsylvania/supreme-court/1988/373-pa-super-572-1.html>, 8. 4. 2022.

припада и примаоцу франшизне, и да је независан од *goodwill*-а даваоца франшизе. Суд наведени став правда чињеницом да је прималац франшизе страна која би претрпела знатан финансијски губитак губитком *goodwill*-а. Наведени став суда указује на то да *goodwill* не припада само даваоцу франшизе, већ и примаоцу, с тим да *goodwill* даваоца франшизе обухвата регионални, национални или међународни ниво, док примаоцу франшизе припада *goodwill* на локалном нивоу. До 2002. године се идеја да *goodwill* није само власништво даваоца франшизе укоренила.³⁹

Прекретница у погледу питања власништва над *goodwill*-ом дешава се 2002. године када Касациони суд одлучује у случају необнављања уговора о франшизингу, а из разлога што прималац франшизе није навео да је имао своју клијентелу.⁴⁰ Касациони суд заузима став да давалац франшизе има право на клијентелу на националном нивоу, а прималац франшизе има право на локалну клијентелу.⁴¹ Тачније, суд је одлучио, с једне стране, да ако се клијентела на националном нивоу везује за славу трговачког имена даваоца франшизе, онда, с друге стране, локална клијентела постоји само захваљујући планирању и напорима примаоца франшизе. Прималац франшизе поседује и контролише локалне елементе *goodwill*-а, па је клијентела примаоца франшизе део његовог *goodwill*-а, јер чак и ако не поседује жиг и трговачко име које је користио приликом закључења и извршавања уговора о франшизингу, својом активношћу је створио *goodwill*, па према томе је власник *goodwill*-а на локалном нивоу.⁴²

Концепт да је прималац франшизе власник локалног *goodwill*-а довео је до промена, и то у делу да се примаоцу франшизе омогућава право преноса локалног *goodwill*-а другој заинтересованој страни. Као резултат тога, већина уговора о франшизингу укључује преференцијалну клаузулу, са којом се прималац франшизе слаже на право прече куповине даваоца франшизе ако и када одлучи да прода *goodwill*, с тим да ако давалац франшизе одбије да га купи, прималац франшизе право на *goodwill* слободно може пренети на свако заинтересовано лице. Треба истаћи да се давалац франшизе може уговорно заштитити и од ове ситуације.⁴³ Иако давалац франшизе и даље има право прече куповине локалног *goodwill*-а примаоца франшизе, он има ексклузивно право да уговором предвиди трећу страну на коју се локални *goodwill* преноси.⁴⁴

39 Robert W. Emerson, „Franchise Contracts and Territoriality: A French Comparison“, *Entrepreneurial Business Law Journal*, Vol. 3, Nr. 2/2009, 344.

40 *Ibid.*, 345.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*, 346.

43 *Ibid.*, 346–347.

44 Више о преференцијалним клаузулама вид. François-Luc Simon, „Le contrat de franchise: un an d’actualité“, *Petites Affiches*, Nr. 224/2006, 31–34.

в) Немачка

На основу одредби немачког Трговачког законика, примаоцу франшизе (на примаоца франшизе се аналогно примењују правна правила која се односе на агента) признаје се право на накнаду за *goodwill* након раскида уговора о франшизингу.⁴⁵ У складу са чланом 896 прималац франшизе може тражити разумну накнаду за *goodwill* од даваоца франшизе након престанка уговорног односа ако и мери у којој докаже да: (1) давалац франшизе ужива значајну корист од клијентеле (другим речима *goodwill*) коју је он акумулирао чак и након раскида уговора; (2) је изгубио право на провизију за будуће продаје или оне недавно обављене због раскида уговора и (3) да је исплата правична.

Питање да ли прималац франшизе има одговарајуће потраживање по раскиду уговора потврђено је од стране Регионалног суда (*Landgericht*) и Вишег регионалног суда (*Oberlandesgericht*) у Целеу, с тим да у овом контексту треба узети у обзир одлуке Регионалног суда у Франкфурту на Мајни, Регионалног суда у Ханау и Регионалног суда у Берлину, који у пресудама потврђују право на накнаду, а у складу са аналогном применом чл. 896.⁴⁶ Предуслови аналогне примене чл. 896 су да је прималац франшизе: (1) интегрисан у организацију даваоца франшизе на начин сличан комерцијалном агенту и (2) да дозволи даваоцу франшизе да користи његову успостављену клијентелу након раскида уговорних односа (обавеза пренеса базе клијената).⁴⁷ Како већина уговора о франшизингу садржи клаузулу ексклузивности или клаузулу неконкуренције, а често и обе клаузуле,⁴⁸ неспорна је чињеница да је прималац франшизе интегрисан у пословни систем даваоца франшизе, чиме је испуњен први услов примене члана 896.⁴⁹ Што се тиче другог предуслова, прималац франшизе обавезан је да своју успостављену базу клијентеле пренесе на даваоца франшизе у тренутку раскида уговора. Овај предуслов је испуњен када се уговором изричито предвиди да се подаци о клијентели редовно прослеђују током трајања уговора. Обавештавање о подацима клијената на добровољној основи, односно не на основу уговорне обавезе, не оправдава аналогну примену чл. 896, па самим тим и обавеза

45 Немачки Трговачки законик (*Handelsgesetzbuch*), доступно на адреси: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BjNR002190897.html?msckid=7ca5bbd4c00c11ecbbff0e3ba0c6b5ae>, 10. 4. 2022.

46 Karsten Metzloff, „Germany – Franchisee’s Claim for Compensation upon Termination“, *International Journal of Franchising Law*, Vol. 5, Nr. 4/2007, 7.

47 *Ibid.*, 8.

48 Клаузула неконкуренције и клаузула ексклузивности представљају клаузуле интеграције примаоца франшизе у дистрибутивни систем даваоца франшизе.

49 K. Metzloff, 8.

примаоца франшизе да редовно обавештава даваоца франшизе о активностима и развоју тржишта није довољна за остваривање права на накнаде за *goodwill*. Сходно томе, право на исплату накнаде за *goodwill* је искључено ако прималац франшизе нема обавезу да даваоцу франшизе открије имена својих клијената. Најзначајнија препрека примени овог предуслова је то што већина уговора о франшизингу не предвиђа клаузулу према којој је прималац франшизе дужан да своју успостављену клијентелу пренесе даваоцу франшизе по раскиду уговора, те самим тим и исплате накнаде за *goodwill* су релативно ретке у пракси.⁵⁰ Регионални суд у Менхенгладбаху одбацио је тужбу примаоца франшизе за *goodwill* накнаду након раскида уговора о франшизингу. Доношењем пресуде суд је стао на изричитом становишту да прималац франшизе нема право на накнаду за *goodwill*, изузев ако се уговором изричито не захтева пренос базе купаца.⁵¹

IV Закључак

Иако франшизинг данас представља један од најзначајнијих метода уговорног инвестирања, који по потенцијалног примаоца франшизе има низ предности, треба истаћи да у правним системима као што је правни систем Републике Србије он и даље остаје добрим делом непознаница. Иако правни систем Републике Србије не познаје правни акт којим се непосредно регулише, а упитно је и да ли је посредна правна регулатива адекватна с обзиром на сложеност и специфичност франшизинг уговорног односа, предвиђање у Нацрту грађанског законика представља значајан искорак у овој области. Ипак, као и већина земаља посткомунистичко економско-правног поднебља које теже отварању тржишта веома често се у законским актима предвиђају институти непознати пословној и судској пракси који најчешће представљају продукт савремене америчке пословне праксе. Један такав институт који је уско везан, а може се истаћи и предствала есенцију франшизинг пословања је *goodwill*. *Goodwill* као нематеријално право, односно право интелектуалне својине се везује за пословање даваоца франшизе и франшизинг мрежу. У раду се акценат ставља на одређивање шта је *goodwill* и да ли прималац франшизе има право на њега и поводом њега. Управо из разлога да прималац франшизе може унапредити франшизни пословни систем, проширити клијентелу на уговореном тржишту, повећати вред-

50 *Ibid.*, 9.

51 Fieldfisher, Compensation upon termination, Germany: Agency Compensation denied, доступно на адреси: <https://www.fieldfisher.com/en/insights/franflash-compensation-upon-termination>, 10. 4. 2022.

ност производа и услуга, а самим тим и пословну репутацију целог система и вредност саме франшизе, треба истаћи да има право на и поводом *goodwill*-а. Иако има право на *goodwill* редактор Нацрта грађанског законика не предвиђа на коју врсту *goodwill*-а прималац франшизе има право. У раду су дата решења која потичу из економија са развијеним франшизним пословањем (САД, Француска и Немачка). Право САД (Хаваји, Илиноис, Вашингтон) полази од става да давалац франшизе мора платити примаоцу франшизе за локални *goodwill* који је прималац франшизе помогао да се створи током уговорног односа. У Француском праву, тј. судској пракси полази се од става да давалац франшизе има право на клијентелу на националном нивоу, а прималац франшизе има право на локалну клијентелу признајући на тај начин примаоцу франшизе право на локални *goodwill*. Указујући у раду на право да прималац франшизе има право на локални *goodwill* надамо се да смо отклонили потенцијалну недоумицу која се односи на то како одредити висину накнаде за *goodwill* коју давалац франшизе треба да исплати примаоцу франшизе у тренутку престанка уговорног односа. Ипак, питање које ће остати отворено, а које у будућности може у домаћој судској пракси изазивати дилему је да ли и колико прималац франшизе може утицати на повећање угледа *goodwill*-а развијених франшизних система, и то посебно у околностима када се уступа развијено франшизинг пословање које одликује изграђен *brand*, где је улога примаоца франшизе минимизирана и своди се на одржавање пословања активним, а то из разлога јер познатост *brand*-а сама по себи је довољна за позиционирање на тржишту у домену привлачења потрошача. Управо ово код аутора оставља утисак да прималац франшизе неће остварити право на накнаду за увећани *goodwill*, већ да би с обзиром на степен уложеног труда требало тражити пропорционално смањење износа франшизне накнаде.

Коришћена литература

- Banerjee Soumya, „Trans border Reputation“, *Journal of Intellectual Property Rights*, Vol. 11, Nr. 4/2006.
- Beutel Phillip A., Ray Bryan, „Grasping the Value of Intangible Assets“, *International Tax Journal*, Vol. 30, Nr. 1/2004.
- Bundy Kerry L., Einhorn Robert M., „Franchise Relationship Laws“, *Fundamentals of Franchising* (eds. Rupert M. Barkoff, Joseph J. Fittante, Ronald K. Gardner, Jr., Andrew Selden), 4th ed, Chicago, 2015.
- Dore Ronald, „Goodwill and the Spirit of Market Capitalism“, *The British Journal of Sociology*, Vol. 34, Nr. 4/1983.

- Emerson Robert W., „Franchise Contract Interpretation: A Two-Standard Approach“, *Michigan State Law Review*, Nr. 3/2013.
- Emerson Robert W., „Franchise Contracts and Territoriality: A French Comparison“, *Entrepreneurial Business Law Journal*, Vol. 3, Nr. 2/2009.
- Emerson Robert W., „Franchise Goodwill: Take a Sad Song and Make it Better“, *University of Michigan Journal of Law Reform*, Vol. 46, Nr. 2/2013.
- Emerson Robert W., „Franchising and the Collective Rights of Franchisees“, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 43, Nr. 5/1990.
- Emerson Robert W., „Thanks for the Memories: Compensating Franchisee Goodwill after Franchise Termination“, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, Vol. 20, Nr. 2/2018.
- Јовић Миле, „Franchising у пракси, истине и заблуде: Кооперација (франшизинг) услов опстанка малих привредника и велике кооперације“, *Зборник радова са сабора малих њпривредника, Врњачка Бања*, 1990. (Jović Mile, „Franchising u praksi, istine i zablude: Кооперација (franšizing) uslov opstanka malih privrednika i velike кооперације“, *Zbornik radova sa sabora malih privrednika, Vrnjačka Banja*, 1990)
- Kavarić Milena, „Goodwill compensation in franchising and distribution contract in European law and bases for an analogous application of the compensation rules applicable to commercial agents“, *Iustinianus Primus Law Review*, Vol. 11, Nr. 2/2020.
- Mendelsohn Martin, *Franchising Law*, Second edition, Richmond, 2004.
- Metzlaff Karsten, „Germany – Franchisee’s Claim for Compensation upon Termination“, *International Journal of Franchising Law*, Vol. 5, Nr. 4/2007.
- Mlikotin–Tomić Deša, *Ugovor o franchisingu*, Zagreb, 1986.
- Simon François-Luc, „Le contrat de franchise: un an d’actualité“, *Petites Affiches*, Nr. 224/2006.
- Tillack Clay A., Ashton Mark E., „Who Takes What: The Parties’ Rights to Franchise Materials at the Relationship’s End“, *Franchise Law Journal*, Vol. 28, Nr. 2/2008.
- Campbell Black Henry, Nolan Joseph R., Nolan-Haley Jacqueline M., *Black’s Law Dictionary, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern*, 6th Edition, West Publishing, St. Paul, 1990.

Strahinja D. MILJKOVIĆ, PhD

Associate Professor at the University of Priština Faculty of Law in
Kosovska Mitrovica, Serbia

RESOLUTION OF UNCONSCIOUS WHAT GOODWILL IS AND WHETHER THE FRANCHISE RECEIVER HAS THE RIGHTS TO OCCASION OF GOODWILL

Summary

Franchising as a specific method of contractual investment business has become increasingly important. The legal system of the Republic of Serbia does not directly regulate franchising agreement. Until the publication of the Draft Civil Code, legislation didn't mention the franchising agreement, and therefore does not know the institute of goodwill as one of the essential elements of the franchising agreement. Goodwill represents a boon and a benefit from a good name and reputation, it is an attractive force that brings customers. Goodwill is important for successful operation of franchisor and the franchising network. By providing answers to the questions: what goodwill is; whether goodwill and reputation are synonymous; what are the types of goodwill and what are the rights of the franchisee regarding goodwill, we believe that we will be able to clarify potential ambiguities regarding this institute that will be relevant to future judicial and business practice in Serbia.

Key words: *Goodwill. – Franchise Agreement. – Franchisor. – Franchisee.*

Датум пријема рада: 20. 4. 2022.

Датум исправке рада: 11. 7. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 8. 2022.