категорије споразума утврђено тзв. правило сигурне луке (енгл. *safe harbor*). У складу са поменутом Уредбом, претпоставља се да се од забране изузимају вертикални споразуме о куповини и продаји робе или услуга, уколико такви споразуми у себи не садрже тешка ограничења (енгл. *hard core restricitions*),[33] као и уколико тржишни удели уговорних страна нису већи од 30% на релевантном тржишту.[34] Поред тога, од забране се изузимају и они споразуми који у себи садрже одредбе о уступању или коришћењу права интелектуалне својине, под условом да такве одредбе нису примарни циљ закључења споразума, већ да су повезане са продајом/куповином робе или услуга.[35]

Како уговор о франшизингу експлицитно није споменут у Уредби, отвара се питање да ли се уопште на уговор о франшизингу може применити правило сигурне луке. Имајући у виду да је франшизинг вертикални споразум којим се тргује добрима, услугама или технологијом, неспорно је да се правило сигурне луке може применити и на ову врсту уговора.[36] Међутим, то не значи да ће се на сваки уговор о франшизингу применити правило сигурне луке, те да ће на

услове предвиђене чл. 101 ст. 3 УФЕУ, такав споразум неће бити изузет од забране.

33 Тешка или црна ограничења јесу ограничења, која се виде као изузетно штетна и која, по правилу, немају никаквих корисних дејстава. Погледати више у: Бојан Ристић, Душан Поповић, Борис Беоговић, *Глосаријум права конкуренције*, Београд 2021, 72. Примера ради, Према ЕУ регулативи тешким ограничењима се сматрају следеће одредбе: одредбе којима се одређују цене у даљој продаји (енгл. *resale price maintenance*), одредбе којима се успостављају територијална ограничења, одредбе којима се ограничавају чланови селективног дистрибутивног система да активно или пасивно продају уговорени производ дистрибутерима који нису чланови тог дистрибутивног система; одредбе којима се ограничавају чланови селективног дистрибутивног система да се међусобно снадбевају уговореним производима и др. Погледати детаљније: Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (EU) 2022/720, Art. 4.

34 „Релевантно тржиште је тржиште на коме се осећа конкуренција, тј. унутар кога учесници на тржишту осећају притисак других конкурената, односно реч је о тржишту на ком се може употребити тржишна моћ.“ Преузето из: Б. Ристић, Д. Трифуновић, 91.

35 Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (EU) 2022/720, Art 2(2).

36 У прилог томе иде и чињеница да је Смерница о вертикалним ограничењима (енгл. *Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01)*) која прати поменуту Уредбу на детаљан начин регулисала уговор о франшизингу.

тај начин сваки уговор о франшизингу бити изузет од забране. Правило сигурне луке примењује се само на оне уговоре о франшизингу који испуњавају и преостала два услова, односно само на оне уговоре који у себи не садрже тешка ограничења, као и уколико уговорне стране не поседују више од 30% на својим релевантним тржиштима.

Правни третман уговора о франшизингу детаљније је уређен Смерницама о вертикалним ограничењима.[37] Анализирајући одредбе Смерница, чини се да је Европска Комисија уочила проблем у вези са дефинисањем уговора о франшизингу. Имајући у виду да у многим земљама чланицама франшизинг није регулисан, Смерницама је пре свега дефинисан појам уговора о франшизингу и то тако што су истакнуте најбитније карактеристике овог уговора. Франшизинг је Смерницама дефинисан као уговор којим давалац франшизинга лиценцира примаоцу франшизинга нека права интелектуалне својине (најчешће се уступају право на коришћење пословног имена и жига и/или тзв. *know-how* у вези са дистрибуцијом добара и услуга). Поред тога, давалац франшизинга се обавезује да ће током трајања уговора о франшизингу континуирано пружати примаоцу франшизинга техничку и комерцијалну подршку. За узврат прималац франшизинга плаћаће накнаду даваоцу франшизинга. Такође, даваоцу франшизинга ће франшизно пословање омогућити да уз минимална улагања креира јединствену мрежу за дистрибуирање својих производа. Најзад, скренута је пажња на чињеницу да су различите комбинације вертикалних ограничења неретко саставни део уговора о франшизингу (примера ради одредбе о селективној дистрибуцији или клаузула о забрани конкуренције).[38] Међутим, појашњено је да су такве рестриктивне одредбе иманентне природи уговора у франшизингу, те да у многим случајевима могу бити неопходне за очување реномеа мреже франшизног пословања.

Анализом поменутих чланова закључујемо да уколико уговор о франшизингу не садржи тешка ограничења, као и уколико је испуњен услов у погледу дозвољеног процента учешћа уговорних страна на релевантном тржишту, правни третман уговора о франшизингу није упитан. Међутим, уколико поменути услови нису испуњени, ситуација је спорна. Да ли уговор о франшизингу који не испуњава поменуте услове ипак може бити изузет од забране, и ако може на који начин?

Читањем поменутих Уредби и Смерница можемо уочити две ствари. Пре свега, Уредба о категоријама вертикалних споразума нигде

37 Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01).

38 Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01), Art. 165.

није на експлицитан начин прописала да су вертикални рестриктивни споразуми који не испуњавају поменуте услове ништави. Такође, Смерницама о вертикалним ограничењима је додатно појашњено, да чињеница постојања тешког ограничења у неком споразуму, не повлачи за собом аутоматску ништавост тог уговора, већ да постојање такве одредбе у споразму имплицира да такав споразум највероватније неће испунити услове за појединачно изузеће предвиђене чл. 101 ст. 3, те да ће као такав највероватније бити ништав.[39] То значи да уговорне стране ипак имају на располагању могућност да докажу постојање економске оправданости конкретног споразума, те да га на тај начин изузму од забране предвиђене чланом 101 ст. 1 УФЕУ. Међутим, имајући у виду да терет доказивања пада на уговорне стране, као и да је доказивање економске оправданости изузетно комплексан задатак, чини се да институт појединачног изузећа рестриктивних споразума фигурира само као формална могућност.

Стога, целисходно је направити кратак историјски осврт како бисмо увидели на који начин је пракса Европског суда правде и Европске Комисије утицала на обликовање данашње регулативе уговора о франшизингу. Такође, детаљна анализа судских одлука, као одлука Европске Комисије, помоћи ће нам да схватимо смисао одредби које регулишу франшизинг, као и да дамо одговоре на постављена питања.

Случај који је у највећој мери утицао на обликовање данашње регулативе уговора о франшизингу датира из 1986. године.[40] Ова

39 EU Commission, Guidelines on vertical restraints 2022, para. (180).

40 Тужилац, *Pronumptia de Paris Gmbh*, било је немачко зависно друштво водећег светског бренда пореклом из Француске, а који је био познат по производњи венчаница. Тужилац је дистрибуирао венчанице и остале аксесоаре за венчање под пословним именом „*Pronumptia de Paris*“. Тужилац је закључио са туженим (*Pronuptia de Paris Irmgard Schiligalis)* уговор о франшизингу, на основу којег му је уступио право да користи његов пословни жиг на територији Хамбурга, Олденбурга и Хановера, и обавезао се да ће му пружати континуирану техничку и комерцијалну подршку, док се прималац франшизинга обавезао да ће за узврат плаћати франшизну накнаду. Проблем у пословању тужиоца и туженог настао је због неплаћања франшизних накнада. Наиме, давалац франшизе тужио је свог примаоца франшизе истичући да му франшизне накнаде нису уредно исплаћиване, те је тражио од суда да обавеже туженог да му исплати новац у висини преосталих неисплаћених накнада. Тужени се од навода тужиоца бранио, те је истицао да је тужилац први повредио своју уговорну обавезу, односно да му није уредно пружао техничку и комерцијалну подршку, а услед чега је тужени престао да исплаћује франшизну накнаду. Првостепени суд у

одлука Европског суда правде од великог је значаја зато што је Европски суд правде анализирао засебно сваку одредбу уговора о франшизингу која би могла бити проблематична из аспекта права конкуренције, те је на тај начин дефинисао оквире дозвољених рестриктивних одредби уговора о франшизингу. Такође, ова одлука је била темељ за доношење каснијих одлука Европске комисије,[41] као и Уредбе о примени члана 85 УФЕУ на уговор о франшизингу.[42] [43]

Пре свега суд је запазио да давалац франшизинга уступа примаоцу франшизинга право на коришћење свог *know-how*-а, те да стога мора да се постара да такве поверљиве информације, вештине и методе пословања не дођу у руке његових конкурената. Стога, одредба којом давалац франшизинга забрањује примаоцу франшизинга да уступи права и обавеза из уговора трећем лицу без његове сагласности је оправдана. Такође, према мишљењу суда оправдана је и одредба која забрањује примаоцу франшизинга да (током трајања уговора и у разумном периоду након његовог истека) отвара продавнице исте или сличне природе на подручију на којем би се могло конкурисати члановима франшизне мреже.[44] Према становишту Европског суда

Немачкој усвојио је тужбени захтев и обавезао туженог да исплати тужиоцу износ од 158.502,00 немачких марака на конто неисплаћених франшизних накнада. Тужени се обратио апелационом суду инсистирајући да је предметни уговор у супротности са чланом 85 ст. 1 УФЕУ (данашњим чл. 101 ст. 1), те да је као такав штетан по конкуренцију. Апелациони суд заузео је став да је предметни уговор у супротности са одредбом члана 85 ст. 1 УФЕУ, као и да предметни уговор није обухваћен блоком изузећа предвиђеним Уредбом 67/67. Незадовољан одлуком Апелационог суда, тужилац подноси захтев Европском суду, а којим захтева од суда да изнесе свој став у вези са антиконкурентским ефектима конкретног уговора о франшизингу. Погледати: Case 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis* (1986), 375–379.

41 Decision 87/14/EEC, Yves Rocher, of 17 December 1986 (*OJ* EEC L 8/49 of 10 January 1987); Decision 87/407, Computerland, of 13 July 1987 (*OJ* EEC L 222/12 of 10 August 1987); Decision 88/604, ServiceMaster, of 20 August 1988 (*OJ* EEC L 332/38 of 3 December 1988) and Decision 89/94/EEC, Charles Jourdan, of 2 December 1988 (*OJ* EEC L 35/31 of 7 January 1989).

42 Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchise agreements (OJ EEC L 359/46 of 28 December 1988). Ова Уредба је значајна зато што је она претеча данашње Уредбе о категоријама вертикалних споразума који се изузимају од примене чл. 101. УФЕУ.

43 The European Union and Franchising, доступно на: *https://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/country/eu.pdf*, 22.2.2024.

44 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (16).

ове одредбе су од есенцијалног значаја за очување поверљивог пословног модела пословања даваоца франшизинга, те се на њих никако не може применити чл. 85 УФЕУ.

Надаље, суд је нарочито разматрао питање заштите идентитета и репутације даваоца франшизинга Ово питање било је од круцијалног значаја за експанзију франшизног пословања, јер сама помисао на губитак репутације имала би одвраћајући карактер на трговце да уопште прибегну коришћењу франшизног пословања. Сходно томе, суд је заузео став да давалац франшизинга мора да има на располагању одређене механизме уз помоћ којих би успео да заштити свој реноме. Самим тим, оправдана је одредба којом се прималац франшизинга обавезује да примењује пословне методе даваоца франшизинга. Такође, локација и ентеријер продавнице у којој ће се роба продавати могу бити од великог значаја за очување репутације даваоца франшизинга.[45] Стога, рестриктивне одредбе које се односи на ове факторе, биће изузете од примене члана 85 ст. 1 УФЕУ.[46]

Суд се осврнуо и на одредбу која обавезује примаоца франшизинга да 80% робу набавља од даваоца франшизинга. Имајући у виду да се у конкретном случају ради о дистрибуцији модних артикала, суд је сматрао да је прописивање спецификације квалитета у овом случају непрактично. Како је квалитет робе која ће се продавати под пословним именом даваоца франшизинга од круцијалног значаја за очување његове репутације, суд је оправдао постојање и ове одредбе. Међутим, суд је нарочито скренуо пажњу да се примаоцу франшизинга не сме забрањивати да робу прибавља од осталих чланова франшизне мреже.[47]

Дакле, суд се приликом процене рестриктивних одредби уговора о франшизингу руководио питањем: да ли је конкретна рестриктивна одредба нужна за очување пословног угледа и модела пословања даваоца франшизе? Ово питање је данас постало стандард, који је правно уобличен чланом 165. Смерница, те је неспорно да је предметна одлука у огромној мери утицала на данашњу регулативу уговора о франшизингу.

Међутим, у предметном уговору постојале су и рестриктивне одредбе које према ставновишту ЕУ суда нису биле нужне за очување

45 Слично становиште заузела је Европска Комисија у предмету Yves Rocher. Детаљније погледати у: Decision 87/14/EEC, Yves Rocher, of 17 December 1986.

46 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (19).

47 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (21).

know-how-а и реномеа даваоца франшизинга. У вези са тим, Европски суд правде је нарочито скренуо пажњу националним судовима на одредбу којом се давалац франшизе обавезао да ће обезбедити примаоцу франшизе право искључивог коришћења пословног имена и ознаке на уговором одређеним територијама. Оваква одредба класичан је пример споразума о територијалној ексклузивности, а испуњење овакве одредбе подразумева не само да давалац франшизе не отвара продавнице на уговореним територијама, већ и да свим осталим члановима франшизне мреже забрани отварање продавница на тим територијама.[48] Према актуелним прописима поменута одредба несумњиво представља тзв. тешко ограничење конкуренције, те се данас на један овакав уговор никако не би могло применити правило сигурне луке.

Теоретски посматрано такав споразум би евентуално могао бити предмет разматрања појединачног изузећа, под условом да странке успеју да докажу позитивне економске ефекете таквог споразума. Међутим, у конкретном предмету Европски суд правде је без икакве анализе изнео свој негативан став према одредби о територијалној ексклузивности, истичући да таква одредба није нужна за очување *know-how*-а и пословног угледа даваоца франшизинга, те да је као таква забрањена. Одлука у погледу ове одредбе заснована је на крајње паушалној процени Европског суда правде, који ни у једном тренутку није настојао да загребе испод површине и детаљније анализира економске разлоге због којег уговорне стране прибегавају закључењу оваквих одредби. Разумевање узрока омогућило би суду да схвати и последице које би наступиле за даваоца франшизинга уколико уговор не би садржао такву одредбу. Тек након тога, суд би на правилан начин могао да процени антиконкурентске ефекте овог уговора. Како бисмо увидели у којој мери је појединачна процена одредбе битна, целисходно је у наставку рада извршити кратку економску анализу конкретне одредбе о територијалној екслузивности.

Наиме, уколико би на истој територији постојало више примаоца франшизинга, то би резултирало појавом одређених екстерних ефеката међу њима. Класични примери ових екстерналија биле би екстерналије у рекламирању, као и екстерналије продајних услуга итд.[49] Дакле, уколико један члан франшизне мреже уложи средства у

48 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (24).

49 О различитим видовима екстерналија детаљније погледати у: Dennis W. Carlton, Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization,* Addison Wesley, 1999, chapter 12.