УДК 347.74:339.187.44

# РЕСТРИКТИВНЕ ОДРЕДБЕ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

Љубица Пјевовић*

*Предмет разматрања у овом раду јесте правни третаман уговора о франшизингу који у себи садржи рестриктивне одредбе. Најпре, у раду су анализирана различита упоредноправна решења у вези са овим питањем. Имајући у виду да различити правни системи имају у потпуности другачије приступе приликом процене антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума, у раду је расправљано о томе да ли приликом процене предност треба дати rule of reason правилу или per se стандарду. Такође, отворено је питање критеријума које би суд и Комисија за заштиту конкуренције требало да имају у виду приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Напослетку, направљен је осврт и на домаћу регулативу овог питања, те је у складу са тим предочена идеја о посматрању франшизног пословања као двостраног тржишта.*

Кључне речи: *уговор о франшизингу, рестриктивне одредбе, rule of reason правило, per se стандард, двострана тржишта.*

## 1. Уводна разматрања

Франшизно пословање је систем трговања добрима, услугама или технологијом, а које је базирано на континуираној сарадњи

* Асистенткиња Економског факултета Универзитата у Београду, *ljubica.pjevovic@ekof.bg.ac.rs*.

између примаоца и даваоца франшизинга.[1] Дакле, франшизно пословање јесте посебан вид пословне сарадње, а који се заснива на уговору о франшизингу који закључују давалац франшизинга и прималац франшизинга. Иако постоје јаке економске везе између уговорних страна, битно је истаћи да су они ипак правно и финансијски одвојени и независни субјекти.[2] Франшизно пословање се успоставља у ситуацијама када давалац франшизинга има успостављен и тестиран систем пословања који жели да прошири на нова тржишта. Међутим, ширење пословања изискује велике финансијске трошкове, али и велику посвећеност оних који управљају тим пословањима. Стога, давалац франшизинга се одлучује да успостави систем франшизног пословања, те закључује уговор о франшизингу којим се обавезује да ће примаоцу франшизинга да уступи право на коришћење свог пословног имена, робног/услужног жига, посебних знања (*know how*), пословних и техничких метода, као и осталих права интелектуалне својине. Такође, давалац франшизинга се обавезује на пружање континуираних комерцијалних и техничких услуга примаоцу франшизинга. Са друге стране, прималац франшизинга дужан је да плаћа директну или индиректну накнаду даваоцу франшизинга.[3] Дакле, уговор о франшизингу је идеално решење будући да помоћу њега даваоци франшизинга могу да прошире своје пословање, при чему ће такво проширење бити финансирано од стране примаоца франшизинга. Поред тога, давалац франшизинга ће на тај начин повећати углед целокупног система пословања.[4] Са друге стране, примаоци франшизинга имају корист јер послују према провереном пословном моделу успостављеном од стране даваоца франшизинга. На тај начин примаоци франшизинга избегавају многе трошкове и проблеме са којима се сусрећу предузетници који су нови на тржишту (примера ради, истраживање тржишта, улагање капитала у маркетинг, утрошено време на стицање репутације).[5]

---

1 Франшизинг – најчешће постављена питања, Привредна комора Србије, 1, *https://api.pks.rs/storage/assets/Publikacija%20Fran%CF%84izing%20Naj%C6%92e%CF%84%C3%A5e%20postavljana%20pitanja.pdf*, последњи пут посећено 9.6.2024.

2 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 429.

3 European Franchise Federation, European Code of Ethics for Franchising, Art. 1.

4 Иванка Спасић, *Франшизинг посао*, Институт за упоредно право, Београд 1996, 26.

5 Tanya Woker, ,,Understanding the relationship between Franchising and Law of competition", *SA Mercantile Law Journal* 18(2)/2006, 109.

Не можемо са сигурношћу тврдити када и где су се први пут појавили први облици франшизног пословања.[6] Међутим, уговор о франшизингу је први пут обликован у америчкој пракси крајем 19. века. [7] На европском континенту уговор о франшизингу се први пут појавио у другој половини 20. века, када су познати амерички даваоци франшизе дошли на европско тржиште (*Coca Cola, Mc Donalds* и др.).[8] [9]

Уговор о франшизингу увек се закључује између трговаца, те несумњиво спада у категорију уговора у привреди. Како се правила из области права конкуренције примењују на све уговоре у привреди, ни уговор о франшизингу није изузет у том погледу. Због специфичног предмета уговора о франшизингу, одредбе које ограничавају конкуренцију (рестриктивне одредбе) су готово увек саставни део

6 Према неким подацима први облици франшизног пословања јавили су се у Великој Британији, када су власници пивара давали власницима крчми ексклузивно овлашћење да продају њихово пиво. Преузето из: Iain Murray, *The franchising handbook*, Kogan Page Limited, London 2006, 21.

7 Имајући у виду да је франшизинг у другој половини 20. века доживео експанзију на територији САД-а, убрзо се јавила потреба за регулисањем овог облика пословања. Први закон донесен је у Канади 1971. године, а недуго затим Федерална трговинска комисија (енгл. *Federal trade commission*) је донела тзв. *FTC Rule.* Међутим, и након доношења *FTC Rule* постојале су несугласице између савезних држава око дефинисања уговора о франшизингу. Након што је 2007. године дефиниција франшизинга у *FTC Rule* ревидирана, она је постала стандард савезним државама. Погледати детаљније у: Andrew C. Selden, Robin Caneff Gipson, Amanda B. Parker, *An Introduction To Franchising*, Minnesota Department of Employment and Economic Development Briggs and Morgan, P.A., 2008., 26; Mark Abell, „The regulation of franchising around the world", *International journal of franchising law* 9(3)/2011, 3–20. У већини савезних држава данас је прихваћено да франшизно пословање мора има три кључна елемента и то: лиценцу којом давалац франшизе овлашћује примаоца франшизе на коришћење његовог пословног имена и жига; франшизну накнаду; као и маркетиншке планове који морају бити креирани од стране даваоца франшизе. Детаљније погледати у: Susan A. Grueneberg, Jonathan C. Solish, „Franchising 101: Key Issues in the Law of Franchising", *Bussines Law Today* 2009, 11–15

8 Деша Мликотин – Томић, *Уговор о франшизингу*, Информатор, Загреб 1986, 10, 12.

9 На нивоу ЕУ не постоји јединствена регулатива франшизинга, међутим правни системи појединих земаља чланица познају и законом уређују уговор о франшизингу. Тако је, примера ради, уговор о франшизингу законом уређен у Белгији, Француској, Шпанији, Шведској и др. Преузето из: M. Abell, 17. Ипак, не можемо рећи да на комунитарном нивоу у потпуности изостају правила која регулишу уговор о франшизингу. Наиме, прописи из области права конкуренције дотакли су се дефиниције уговора о франшизингу.

ових уговора. Стога, у оквиру права конкуренције постоји сет правила који регулишу уговор о франшизингу.

Правила о заштити конкуренције уговор о франшизингу препознају као потенцијални рестриктивни споразум. Рестриктивни споразуми су споразуми закључени између учесника на тржишту, а који за циљ или последицу имају значајно ограничење, нарушавање или спречавање конкуренције.[10] У зависности од тога да ли рестриктивни споразум закључују учесници који послују на истом или различитом нивоу производње и промета, рестриктивне споразуме можемо класификовати на хоризонталне и вертикалне. Уговор о франшизингу закључују учесници на тржишту који послују на различитом нивоу ланца производње и промета. Стога, уговор о франшизингу ћемо у наставку рада посматрати у контексту вертикалних рестриктивних споразума. За разлику од хоризонталних рестриктивних споразума који су углавном забрањени,[11] вертикалани рестриктивни споразуми имају доста повољнији третман, те веома често могу бити изузети од забране. Међутим, то оставља доста простора за дебату о томе када и под којим условима ће вертикални рестриктивни споразум бити допуштени.

Ситуација постаје додатно комплексна када се узмеме у обзир специфична природа уговора о франшизингу. Имајући у виду да је предмет уговора о франшизингу уступање комплетног пословног формата једног привредног друштва, као и да се у оквиру уступљеног пословног формата неретко налазе поверљиве информације, давалац франшизинга је принуђен да у овакав уговор стави одредбе којима ће ограничити пословање примаоца франшизинга. Међутим, овакво ограничење повлачи за собом и ограничење конкуренције на тржишту.[12] Стога, можемо приметити да је интерес даваоца франшизинга, који се огледа у настојању да сачува своју пословну тајну, супростављен са интересом очувања конкуренције на тржишту. Давање предности било којем од супростављених интереса, у крајњем

10 Закон о заштити конкуренције – ЗКК, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 10.

11 Један од ретких изузетака односи се на споразуме спортских тимова о колективној продаји медијских права. Погледати детаљније: Бојан Ристић, Дејан Трифуновић, *Политика заштите конкуренције*, Издавачки центар Економског факултета у Београду, Београд 2023, 163–165.

12 Примера ради, како би се очувао квалитет *McDonald's* франшизе, потребно је да прималац уреди локал на одређени начин, што умањује могућности за конкуренцију унутар робне марке, јер то уређење захтева значајне трошкове.

исходу резултираће штетом коју ће претрпети потрошачи. Неспорно је да нарушавање конкуренције доводи до штете коју трпе потрошачи, а која се огледа у плаћању виших цена за мање квалитетне производе или услуге. Са друге стране, уколико давалац франшизинга нема на располагању механизам уз помоћ којег ће заштитити своју пословну тајну, реноме и интересе то може имати одвраћајући ефекат на њега да уопште успостави франшизни систем пословања. У том случају, давалац франшизинга неће проширити своје пословање, те ће понуда производа или услуга бити лимитирана, а услед чега ће и цена тог производа или услуге бити повећана. Стога, потребно је проценити у којој варијанти ће потрошачи претрпети мању штету, те на тај начин донети одлуку којем интересу дати предност. Као што можемо приметити, процена антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу у појединим ситуацијама није ни мало једноставан задатак.

## 2. УПОРЕДНОПРАВНИ ТРЕТМАН РЕСТРИКТИВНИХ ОДРЕДБИ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

### 2.1. Опште напомене

У упоредноправној пракси су се искристалисале одредбе уговора о франшизингу које могу бити проблематичне из перспективе права конкуренције. У наставку рада приказаћемо како су правни системи САД и ЕУ решили питање рестриктивних одредби уговора о франшизингу, а потом се осврнути и на домаћу регулативу овог питања.[13]

Међутим, пре него што се упустимо у анализу и поређење ових правних система, веома је значајно да се претходно упознамо са два правна стандарда који су од велике важности за процењивања антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума. Наиме, реч је *rule of reason* правилу и *per se* стандарду, који представљају незаобилазно оруђе приликом одмеравања штетних дејстава рестриктивних споразума. Примена *rule of reason* правила, подразумева

13 Имајући у виду да су САД и ЕУ два правна система која на у потпуности различите начине процењују антиконкурентске ефекте вертикалних споразума, аутор се одлучио да у односу на њих изврши поређење. Правни систем САД-а на веома базичан начин регулише прописима ову тему, те зато судска пракса представља главни извор права у овом правном систему. Са друге стране, правна регулатива ЕУ на веома подробан начин уређују ову област. Имајући у виду разлике које постоје, ови правни системи анализирани су на другачије начине.

анализу сваког појединачног случаја коришћењем правила разума. Овај правни стандард заснива се на мишљењу да обим и тежина последица које рестриктивни споразум производи зависе од особености сваког конкретног случаја, те суд приликом коришћења овог правила одмерава позитивне и негативне ефекте које је тај конкретан споразум произвео и у складу са тим доноси своју одлуку. Економски посматрано, суд процењује какве ефекте тај конкретни споразум има на укупно благостање.[14] Са друге стране, *per se* стандард је антипод *rule of reason* стандарду и он подразумева да је неопходно прецизно дефинисати прописима које су то пословне праксе које по правилу узрокују већу штету у односу на корист, те су као такве увек забрањене.

У судској пракси Сједињених Америчких Држава деценијама се полемисало о томе који од ова два стандарда је бољи, а као победник из те борбе изашао је *rule of reason* стандард.[15] Док су амерички судови, свесни комплексности овог питања, готово читав век посветили тражењу одговора, правни систем ЕУ се од самог почетка декларисао за *rule of reason* стандард. Међутим, да ли у пракси Европска комисија и Европски суд правде заиста и примењују *rule of reason правило*, сазнаћемо у наставку рада.

## 2.2. Правни третман рестриктивних одредби уговора о франшизингу у САД

Имајући у виду да су први прописи којима је регулисана област права конкуренције донесени на америчком континенту, колевком права конкуренције сматрају се управо Сједињене Америчке Државе. Тема заштите конкуренције постала је актуелна у Сједињеним Америчким Државама још у 19 веку. Први закон којим је регулисана ова област јесте Шерманов закон (*Sherman Antitrust Act*), а који је донесен у Вашингтону 1890. године. Овај закон посветио је пажњу теми рестриктивних споразума, и то у свом првом одељку.[16] Област рестриктивних

14 Б. Ристић, Д. Трифуновић, 40.

15 Драган Лончар, Филип Стојановић, Љубица Пјевовић, „Упоредна економско – правна анализа вертикалних рестриктивних споразума са фокусом на одређивање цена у даљој продаји“, *Ревија Копаоничке школе природног права* 1/2023, 2023, 30.

16 У складу са поменутом одредбом, забрањено је закључење било каквих споразума или завера, а које имају за циљ да ограниче трговину на територији САД. Ова одреба је и данас важећа и представља основу приликом процене

споразума додатно је уређена у законима који су касније уследили, као што су *Clayton Antitrust Act* (1914) и *Federal Trade Comission Rule* (1914). Међутим, ови прописи представљају само основу права конкуренције, а која је накнадно дограђивана интерпретацијама судова. Стога, у овом делу рада нећемо анализирати антиконкурентске прописе САД, већ ће у наставку бити извршена детаљна анализа судских одлука у вези са проценом антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Као што је раније и напоменуто амерички судови се приликом процене антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума руководе применом *rule of reason* стандарда. У складу са наведеним, кроз анализу америчке судске праксе, разматраћемо могућност постојања одступања од примене *rule of reason* правила.

Правни систем Сједињених Америчких Држава обилује одлукама у којима је Врховни суд САД-а разматрао питања у вези са рестриктивним одредбама уговора о франшизингу. Иако је за англосаксонско право карактеристично да једном донесена одлука у вези са неким питањем представља модел уз помоћ којег ће се у будућности решавати слични спорови, неретко се дешава да судови временом промене свој став у погледу одређеног питања, те да укажу на евентуалне недостатке одлука које су претходиле. Стога, уколико хронолошки посматрамо судску праксу САД-а, можемо уочити огромна размимоилажења у ставовима Врховног суда САД-а у вези са рестриктивним одредба уговора о франшизингу.

Један од првих случајева које је Врховни суд САД разматрао у вези са овим питањем датира из 1968. године. Случај *Perma life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.* покренут је тужбом коју су поднели трговци који су држали продавнице *Midas Muffler Shops.* Наиме, они су имали закључен уговор о франшизингу са туженим *Midas Inc.*, а на основу ког су добили право ексклузивне продаје *Midas* производа у својим продавницама. Поред тога, добили су дозволу да користе регистровану робну ознаку „*Midas*“ као и услужну ознаку „*Midas Mufflers Shop*“. Примаоци франшизинга нису имали обавезу да плаћају франшизну накнаду, али је давалац франшизинга за узврат тражио од њих да се уздрже од пословања са њиховим конкурентима. Чланови франшизне мреже су се удружили и заједнички поднели тужбу против свог даваоца франшизинга, *Midas Inc*, као и против његовог матичног друштва *International Parts Corp.* и његова два огранка, истичући постојање илегалне завере међу њима у циљу елиминисања

антиконкурентских ефеката споразума. Погледати: Sherman Antitrust Act, Sec. 1.

конкуренције. У тужбеном захтеву истакли су да уговор о франшизингу који су закључили са туженим *Midas Inc*, садржи у себи рестриктивне одредбе, те да је као такав у супротности са антимонополским прописима. У свом тужбеном захтеву детаљно су описали садржину предметног уговора, а као нарочито проблематичне одредбе истакли су одредбе које им забрањују да прибављају робу од других добављача, одредбе којима се фиксира цена у даљој продаји, као и одредбе које их територијално ограничавају, односно одредбе које им забрањују да продају робу ван уговором дефинисаним територија. Поред тога, истакли су да су у више наврата скретали пажњу туженом *Midas Inc* у вези са овим одредбама, као и да су том приликом тражили да ова ограничења више не буду саставни део уговора. Међутим, према тврдњама тужиоца, тужени *Midas Inc* је тај предлог одбио, под претњом да ће раскинути уговор уколико чланови франшизне мреже не буду поштовали рестриктивне одредбе.[17]

Окружни и апелациони суд оправдали су ове рестриктивне одредбе и понашање туженог *Midas Inc* позивајући се на доктрину „*para delicto*“.[18] Наиме, сматрали су да су подносиоци тужбе, упркос свим поменутим ограничењима, енормно профитирали од овог уговора о франшизингу, као и да су знајући за постојећа ограничења тражили додатне франшизе. Поред тога, ови судови су сматрали да тужени *Midas Inc* и његово матично друштво *International Parts Corp.* нису способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције, имајући у виду да се матично друштво и зависно друштво посматра као један пословни ентитет. Тужиоци су поднели жалбе на овакве одлуке Окружног и Апелационог суда, и овај случај стигао је пред Врховни суд САД-а.

Врховни Суд заузео је у потпуности другачије становиште, те је образложио да доктрина „*para delicto*“ никако не може бити оправдање за кршење антимонополских прописа. Поред тога, Врховни суд се такође није сложио са наводима нижих судова у погледу чињенице да матично друштво и зависно друштво нису способни да учине заверу у смислу чл. 1. Шермановог закона.[19]

17 *Perma Life Mufflers v. Int'l Parts Corp*., 392 U.S. 134 (1968).

18 Доктрина *in para delicto* јесте схватање према којем ни једно лице не може да захтева накнаду штете, која је проистекла његовим незаконитим деловањем. Преузето из: Lincoln Caylor, Martin S Kenney, „In Pari Delicto and Ex Turpi Causa: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US“, *Business Law International* 18/2017, 259.

19 „Чињеница заједничког власништва, не може ослободити матично и зависно друштво обавеза које имају као засебни ентитети.“ *Perma Life Mufflers v. Int'l Parts Corp*., 392 U.S. 134 (1968).

Као што можемо приметити судови различитих инстанци су поводом истог предмета, заузели у потпуности различите ставове. Међутим, оно што је нарочито занимљиво јесте чињеница да амерички судови приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу отварају као релевантна нека потпуно другачија питања у односу на Европски суд правде и Европску комисију. Питање способности матичног и зависног друштва да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције, од круцијалног је значаја за америчке судове, и управо од одговора на ово питање, зависи правна судбина уговора о франшизингу који у себи садржи рестриктивне одредбе. У предметној одлуци Врховни суд САД је на веома експлицитан начин заузео став о овом питању, међутим овај став Врховног суда САД-а није дуго опстао.

Огроман преокрет догодио се 1984. године када је Врховни суд САД-а донео своју одлуку у вези са случајем *Copperweld v. Independence Tube.*[20] Поменутом одлуком успостављена је тзв. *Copperweld* доктрина, према којој се матично и зависно друштво третирају као један пословни ентитет, те као такви нису способни да учине заверу у смислу члана 1. Шермановог закона. Иако предмет разматрања овог случаја није био уговор о франшизингу, ова одлука одиграла је кључну улогу у развоју америчке судске праксе у вези са проценом антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Наиме, недуго након доношења ове одлуке амерички судови су почели да је тумаче екстензивно, почевши да примењују *Copperweld* доктрину испрва на сличне ситуације, примера ради на могућност постојања завере између сестара друштава. Међутим, Врховни суд САД отишао је и корак

20 Наиме, друштво *Copperweld* откупило је друштво *Regal* од друштва *Lear Siglier*. Предметни уговор о продаји друштва *Regal* обавезивао је друштво *Lear Siglier* да се уздржи од конкурисања друштву *Regal* у периоду од 5 година. Запослени у друштву *Lear Siglier* основао је ново друштво *Independence Tube* у циљу конкурисања друштву *Regal*. Након што је новоосновано друштво почело да послује на релевантном тржишту, друштво Copperweld је почело да упозорава остале учеснике на тржишту о одредбама о забрани конкуренције, услед чега је велики број послова новооснованог друштва био отказан. Као реакција на то уследила је тужба коју је друштво *Independence Tube* поднело против друштва *Copperweld*. У тужбеном захтеву тужилац је истакао да су се матично друштво *Copperweld* и његово зависно друштво *Regal* у завери, те да им је циљ да елиминишу конкуренцију на тржишту. У овој одлуци Врховни суд САД-а променио је свој претходни став о овом питању и у свом образложењу истакао да матично и зависно друштво нису способни да буду у завери, имајући у виду да су у питању јединствени пословни ентитети. Преузето из: *Copperweld v. Independence Tube* 467 U.S. 752 (1984).

даље, те је у својој одлуци у предмету *Williams v. I.B. Fischer Nevada*[21] применио *Coperweld* доктрину и приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Иако се суд у овој одлуци ни у једном тренутку није позвао на предмет *Copperweld v. Independence Tube*, неспорно је да је одлука заснована управо на овој доктрини.[22] Наиме, у образложењу одлуке *Williams v. I.B. Fischer Nevada* суд је појаснио да се давалац франшизинга и прималац франшизинга третирају као један пословни ентитет, те да имају јединствене економске интересе, а услед чега нису способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције. Оваква пракса приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу до тада је била непозната, али убрзо након доношења ове одлуке уследио је читав низ одлука са истим образложењима.[23] Многи аутори критиковали су овај став Врховног суда САД-а истичући да Врховни суд мора бити опрезан приликом закључивања да давалац и прималац франшизинга нису способни да учине заверу у смислу чл. 1 Шерманового закона.[24]

У складу са наведеним, можемо приметити да оваква пракса америчких судова на први поглед делује као одступање од примене тзв. *rule of reason* стандарда, а закључак да давалац и прималац франшизинга нису способни да учине заверу у смислу чл. 1 Шерманового закона, имплицира да уговор о франшизингу никада не може бити штетан по конкуренцију, те да су такви уговори *per se* дозвољени. Међутим, ако се фокусирамо на судску аргументацију можемо уочити да се суд у својим одлукама ипак оградио и истакао да доношење закључка о неспособности даваоца франшизинга и примаоца франшизинга да учине заверу зависи од степена контроле који давалац франшизинга има над примаоцем франшизинга. Како природа односа између даваоца и примаоца франшизинга зависи од случаја до случаја, делује да судови ипак не одступају од *rule of reason* стандарда, те да суд у сваком конкретном случају мора претходно

21 *Williams v. I.B. Fischer Nevada,* 794 F. Supp. 1026 (D. Nev. 1992), aff'd, 999 F.2d 445 (9th Cir. 1993).

22 Suzane E. Wachsstock, Erika L. Amarante, „Antitrust and Franchising: Conspiracies Between Franchisors and Franchisees Under Section I", *Franchise Law Journal* 23(1)/2003, 5.

23 Погледати одлуке: *Siegel Transfer, Inc. v. Carrier Express, Inc.*, 54 F.3d 1125 (3rd Cir. 1995); *Hall v. Burger King Corp.*, 912 F. Supp. 1509 (S.D. Fla. 1995); *Search International, Inc. v. Snelling and Snelling, Inc.*, 168 F. Supp. 2d 621 (N.D. Tex. 2001); *Roberts v. C.R. England, Inc.*, 318 F. Supp. 2d 463 (E.D. Penn. 2004).

24 Stephen Calkins, „Copperweld in the Courts: The Road to Caribe", *Antitrust L.J.* 1995, 345.

испитати у којој мери давалац франшизинга има контролу над примаоцем франшизинга. Тек уколико се испостави да је поменути степен контроле висок, суд може да донесе закључак да прималац и давалац франшизинга нису способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције. У прилог овом закључку говоре одлуке које су се изнедриле у скоријој америчкој судској пракси, а у којима је заузет став да примаоци франшизе у конкретним предметима имају независне економске интересе у односу на даваоца франшизинга, те да су у складу са тим способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције.[25]

## 2.3. Правни третман рестриктивних одредби уговора о франшизингу у ЕУ

За разлику од САД-а које имају веома богату судску праксу из ове области, на нивоу ЕУ постоји свега неколико значајних одлука Европског суда правде и Европске комисије у вези са антиконкурентским ефектима уговора о франшизингу. Међутим, иако је америчко законодавство и судска пракса знатно развијенија у домену права конкуренције, не можемо да не приметимо да је у последњих пар деценија на нивоу ЕУ усвојен низ Уредби и Смерница које представљају огроман помак у развоју права конкуренције. У овом делу рада биће анализирани најзначајнији прописи ЕУ из области права конкуренције, а којим је регулисан правни третман уговора о франшизингу. Додатно, осврнућу се и на ставове Европског суда правде и Европске комисије у погледу одређених рестриктивних одредби уговора о франшизингу.

Имајући у виду да је уговор о франшизингу вертикални споразум чији саставни део могу бити одредбе које су штетне по конкуренцију, полазна тачка за анализу антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу јесте чл. 101. Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ). Поменутим чланом прописано је да је ништав сваки уговор који знатно ограничава трговину међу земљама чланицама, као и сваки уговор који има за циљ да на било који начин наруши конкуренцију на заједничком тржишту.[26] На овај начин предвиђена је дефиниција рестриктивних споразума која се односи како на хоризонталне, тако и на вертикалне рестриктивне споразуме,[27] који знатно ограничавају трговину међу

25 Погледати одлуке: *Butler v. Jimmy John's Franchise, LLC*; *Arrington v. Burger King Worldwide*, Inc., No. 20–13561 (11th Cir. Aug. 31, 2022).

26 Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, Art. 101.

27 Поменута одредба не примењује се на вертикалне рестриктивне споразуме који не могу знатно утицати на трговину међу земљама чланицама, као и

земљама чланицама или на било који начин нарушавају конкуренцију на заједничком тржишту.

Ипак, остављена је могућност изузећа од одредбе која предвиђа ништавост, те уколико споразум има позитиве економске ефекте и испуњава предвиђене услове, може бити изузет од забране.[28] Могућност да се неки рестриктивни споразум изузме од забране на овај начин у праву конкуренције назива се *појединачно изузеће.* Стога, како би се неки споразум изузео од забране на овај начин, неопходно је доказати да конкретан споразум испуњава све услове предвиђене чланом 101 ст. 3 УФЕУ. Како поступак доказивања позитивних економских ефеката конкретног споразума није ни мало лак задатак, институт појединачног изузећа се испрва веома уско тумачио.

У циљу да се компликовани поступак доказивања поједностави, 1999. године је донесена *Уредба Комисије 1999/2790*,[29] а којом је овакво рестриктивно тумачење знатно проширено. Поменутом Уредбом по први пут су успостављени тзв. *блокови (групна) изузећа* који су у великој мери поправили положај вертикалних рестриктивних споразума.[30] Уредба из 1999. године претеча је данашње *Уредба Комисије 2022/720 о примени члана 101. ст. 3 (Уредба)*,[31] а којом су предвиђене одређене категорије вертикалних споразума (енгл. *block examptions*) за које се унапред предпоставља да највероватније испуњавају све услове који су предиђени ставом 3 поменутог члана.[32] На тај начин је за одређене

---

на споразуме мале вредности. У вези са овим погледати: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), као и Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) (2014/C 291/01).

28 Како би се на неки рестриктивни споразум применила одредба о појединачном изузећу, такав споразум мора допринети побољшању производње или дистрибуције добара; технолошком или економском напретку, а истовремено мора омогућавати потрошачима праведан удео у користи. Надаље, споразум не сме наметати предузетницима ограничења која нису неопходна за постизање наведених циљева, нити се њиме сме у потпуности елиминисати конкуренција. Погледати: TFEU, Art. 101(3)

29 Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999.

30 Детаљније о овоме погледати у: Д. Лончар, Ф. Стојановић, Љ. Пјевовић, 35.

31 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

32 Веома је битно напоменути да је ова претпоставка оборива, што значи да уколико се докаже супрнотно, односно да конкретан споразум не испуњава

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.

рекламирање производа, то ће погодовати свим осталим члановима франшизне мреже који послују на тој територији. Такође, обука запослених који продају производ скопчана је са бројним трошковима, те члан франшизне мреже који уложи средства у едукацију запослених, мораће производ да продаје по вишој цени у односу на остале чланове франшизне мреже на тој територији. Стога, рационалан купац могао би се информисати у продавници која има стручно и љубазно особље, а потом отићи у другу продавницу и тамо купити производ по нижој цени. Све ово доводи до ситуације у којој ни један члан франшизне мреже није спреман да уложи у рекламирање, едукацију запослених, изнајмљивање пословних простора итд., већ очекују да ће то учинити остали чланови франшизне мреже који послују на тој територији.[50]

Из перспективе примаоца франшизинга овакво понашање је у потпуности економски оправдано, те је логично да ће они настојати да минимизирају своје трошкове. Међутим, овакво пасивно понашање чланова франшизне мреже делује на уштрб профита даваоца франшизинга. Стога, како би спречио ефекат слепог путника, давалац франшизинга настоји да уговори одредбу којом ће једном примаоцу франшизинга дати ексклузивно право да на одређеној територији користи његово пословно име и жиг.

Уговарањем овакве клаузуле постиже се позитиван ефекат који се огледа у томе да потрошачи добијају квалитетнију продајну услугу, те су спремни да плате вишу цену за одређени производ. Ипак, посматрано из угла права конкуренције оваква одредба може бити штетна по конкуренцију, а у крајњем исходу и по саме потрошаче. Наиме, територијална екслузивност такође резултира и стварањем монопола на тој територији. Постојање монопола, повлачи за собом и повећање цена, услед чега се потрошачев вишак смањује. Као што можемо приметити, и у једној и у другој ситуацији настала би штета коју би претрпели потрошачи. Стога, требало би пажљиво проценити која од поменутих ситуација би била повољнија по потрошаче, те да у складу са тим донети одлуку. Међутим, оваква анализа суда неоправдано је изостала, а што је у крајњем исходу резултирало чињеницом да су све потоње одлуке доношене на исти начин. Како ни Европски суд правде нити Европска комисија до данас никада нису по службеној дужности разматрали економске ефекте конкретних вертикалних споразума, такво понашање је обесхрабрило уговорне стране да уопште посегну за применом института појединачног изузећа, те да се упусте у доказивање позитивних економских ефеката конкретног вертикалног споразума.

50 Б. Ристић, Д.Трифуновић, 198–199.

Стога, имајући у виду чињеницу да институт појединачног изузећа представља мртво слово на папиру, основано можемо закључити да у правном систему ЕУ само привидно превладава *rule of reason* стандард. Иако се правни систем ЕУ формално залаже за примену *rule of reason* стандарда, суштински је правни поредак ЕУ у потпуности окренут ка ригидном *per se* правилу. Уз помоћ *Уредбе Комисије 2022/720 о примени члана 101. ст. 3.* креиран је нормативни оквир дозвољених вертикалних рестриктивних споразума, а чије доношење је имало за циљ да у се одређеним неспорним ситуацијама олакша рад Комисије. Међутим, овај нормативни оквир је у пракси имао у потпуности супротан ефекат. Европска комисија и Европски суд правде се приликом доношења одлука слепо придржавају нормативног оквира предвиђеног Уредбом. У прилог томе, иде и чињеница да се од 1986. године, када је донета одлука у случају *Pronumptia*, па до данас доносе идентичне одлуке у вези са рестриктивним одредбама уговора о франшизингу, при чему ни у једној није извршена детаљна анализа економских ефеката које конкретан споразум производи на тржишту.

Као што можемо приметити процена антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу у ЕУ се у потпуности разликује у односу на праксу САД-а. Наиме, Европски суд правде и Европска комисија приликом процене као релевантно отварају питање нужности неке одредбе за очување пословног модела и репутације, док се амерички судови баве питањем способности даваоца и примаоца франшизинга да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције. Поред тога, амерички судови испитују економски ефекат сваког појединачног споразума и сваког појединачног франшизног односа, док се Европски суд правде и Европска комисија не могу похвалити таквим поступањем.

## 3. Правна (не)регулатива у Републици Србији

За разлику од САД и Европске уније које обилују прописима и судском праксом у вези са рестриктивним одредбама уговора о франшизингу, Република Србија се не може похвалити оваквим богатим искуством. Напротив, питање процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу у Републици Србији није ни на помолу. Међутим, имајући у виду чињеницу да је током последње деценије област права конкуренције значајно заживела, као и да су огромни напори усмерени ка томе да се наш правни систем у што већој мери

хармонизује са правом ЕУ, оправдано можемо очекивати да ће у будућности ово питање постати актуелно и у нашој земљи.

У нашем правном систему уговор о франшизингу је неименован уговор, односно уговор који није уређен законом. У прошлости су постојала настојања да се овај уговор реглуше, међутим, Преднацрт Грађанског Законика Републике Србије који је предлагао уређење овог уговора никада није усвојен.[51] Ипак, правила о заштити конкуренције у обрисима су се дотакла уговора о франшизингу и на веома базичан начин регулисала питање рестриктивних одредби уговора о франшизингу. Ова тема је у нашем правном поретку регулисана по угледу на постојећа решења у ЕУ, међутим, за разлику од правног система ЕУ који на веома исцрпан и детаљан начин уређује ову област, наша регулатива је прилично оскудна.

Наиме, ова тема регулисана је у свега неколико чланова. Полазна одредба за процену антиконкурентски одредби уговора о франшизингу јесте чл. 10 *Закона о заштити конкуренције*, а којом су дефинисани рестриктивни споразуми и предвиђена њихова забрана.[52] Надаље, за ово питање је релевантна и *Уредба о споразумима учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или диструбуције који се изузимају од забране*,[53] а која предвиђа вертикалне рестриктивне споразуме који се изузимају од забране предвиђене чл. 10 Закона о заштити конкуренције.

Поменутом Уредбом предвиђено је да се на уговор о франшизингу може применити правило сигурне луке, само уколико су испуњени услови у погледу учешћа на релеватном тржишту, као и уколико такав уговор у себи не садрже тешка ограничења.[54] За разлику од законодавства ЕУ, наш правни систем предвиђа нижи проценат учешћа на релевантном тржишту. Стога, како би се на уговор о франшизингу применило правило сигурне луке, ни једна уговорна стране не сме имати преко 25% учешћа на релевантном тржишту.

51 Иванка Спасић, „Правна регулатива о франшизингу (Решења међународних унификацијских аката и Преднацрта ГЗ Србије)“, *Право и привреда* 48/2011, 781.

52 Рестриктивни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање, конкуренције на територији Републике Србије. ЗКК, чл. 10. ст. 1.

53 Уредба о споразумима учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или диструбуције који се изузимају од забране – Уредба, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010

54 Уредба, чл. 3(1), 4, 5, 7.

У вези са другим условом, законодавац је у Уредби прецизирао које се то одредбе сматрају тешким ограничењима, односно које су то одредбе које никако не смеју бити саставни део уговора о франшизингу.[55]

Међутим, за разлику од ЕУ која је у Смерницама појаснила да постојање тешких ограничења не мора нужно подразумевати ништавост споразума, у нашем правном систему је такво појашњење изостало. У вези са овим отвара се низ питања. Прво, да ли је ово појашњење случајно изостало или је намера законодавца била да *per se* забрани уговоре који у себи садрже тешка ограничења, те на тај начин искључи могућности примене појединачног изузећа на такве уговоре.[56] Друго, уколико је интенција законодавца била да *per se* забрани споразуме који у себи садрже тешка ограничења, да ли је такво решења оправдано имајући у виду основна начела права конкуренције.

Надаље, уочавамо да је неопходно да појам уговора о франшизингу буде прецизно дефинисан, како би постојећа регулатива из области права конкуренције уопште могла да се примени. Чини се да је Влада Републике Србије приликом доношења Уредбе препознала потребу за тим, те је стога у једној одредби предвиђена дефиниција уговора о франшизингу.[57] Разлагањем дефиниције уочавамо да је уговор о франшизингу споразум закључен између даваоца франшизинга и примаоца франшизинга, а који за предмет има уступање овлашћења коришћења права интелектуалне својине, као и овлашћења коришћења посебних знања (*know-how*). Циљ закључења овог уговора јесте производња или продаја производа. Овај уговор је теретан, с обзиром да прималац франшизинга плаћа накнаду за уступљена овлашћења. Међутим, поређењем наведене дефиниције са упоредноправним решењима, нужно се отвара питање свеобухватности ове дефиниције.

У наставку рада одговорићемо на отворена питања, те у склопу тога формулисати препоруку за нашег законодавца.

---

55 Погледати Уредбу, чл. 5.

56 Имајући у виду досадашњу праксу Комисије за заштиту конкуренције, делује да је законодавца ипак намеравао да *per se* забрани споразуме који у себи садрже тешка ограничења. Погледати одлуку: Комисија за заштиту конкуренције (2023), Решење бр. 4/0–02–243/2023–28 .

57 У складу са поменутом одредобом уговор о франшизингу је дефинисан као споразум којим давалац франшизинга уз накнаду преноси право коришћења права интелектуалне својине и посебних знања (*know-how*) примаоцу франшизинга, ради производње и/или продаје уговореног производа. Погледати Уредбу, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010, чл. 3 ст. 1 тач. 7.

## 4. Препорука уместо закључка

Упоредна анализа правног третмана уговора о франшизингу који у себи садржи рестриктивне одредбе, показала нам је да не постоји јединствени став о овом питању. Док је пракса САД-а базирана на примени *rule of reason* стандарда, правни систем ЕУ само формално познаје ову могућност. Чини се да је наш законодавац следио прописе и праксу ЕУ, међутим, таква пракса је у потпуности погрешна.

Приликом процене антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума, неопходно је имати на уму да је крајњи циљ права конкуренције да заштити економско благостање, а нарочито благостање потрошача. Ригидни *per se* стандард, иако је неспорно лакши за примену, неретко може нарушити овај циљ. Стога, приликом процене антиконкурентских ефеката исправно би било примењивати *rule of reason* стандард, при чему у наставку предлажемо у потпуности другачији поглед на систем франшизног пословања у односу на онај који постоји у САД.

Наиме, франшизни систем пословања би требало посматрати као двострано тржиште (платформу)[58] и то према следећем моделу: једну страну тржишта чинили би примаоци франшизинга, другу страну тржишта чинили би потрошачи, а сама франшиза представљала би везу између ова два тржишта, односно економску платформа.[59]

Посматрање франшизног система пословања на овај начин, у потпуности би променило концепцију Комисије за заштиту конкуренције приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о

58 Двострана тржишта омогућавају интеракцију између две групе корисника, при чему корисност једне групе корисника, зависи од броја корисника који се налазе на другој страни тржишта. Преузето из: Дејан Трифуновић, „A few thoughts about competition policy in two – sided markets“, *Анали Правног факултет у Београду* 2/2022, 400.

59 Дакле, да би франшизни систем пословања могао бити посматран као двострано тржиште, неопходно је да буду испуњена два услова. Прво, да постоје две групе корисника (две стране тржишта) које су међусобно повезана, као и да корисност једне групе корисника, зависи од броја корисника који се налазе на другој страни тржишта. Како бисмо испитали испуњеност ових услова, разматраћемо пример једне од највећих и најпознатијих франшизних мрежа *McDonald's*. Са једне стране имамо тржиште које чине примаоци франшизинга (ресторани), са друге стране имамо тржиште потрошача. Што је већи број ресторана који могу производити храну по *McDonald's* рецептури, то је већа корисност за потрошаче. Са друге стране, што има више потрошача који желе да користе услуге *McDonald's* ресторана, то утиче на пораст корисности ресторана (примаоца франшизинга).

франшизингу. Ако се присетимо раније наведеног примера у којем смо анализирали економске ефекте уговора о франшизингу који у себи садржи одредбу о територијалној ексклузивности, закључили смо да таква одредба неспорно штети примаоцима франшизинга. Ипак, из угла потрошача таква одредба не мора нужно бити лоша. Стога, уколико би Комисија посматрала франшизни систем пословања као двострано тржиште, Комисија би морала пажљиво, од случаја до случаја, да процењује како је конкретна рестриктивна одредба утицала на укупно благостање. Прецизније, Комисија би требало да одмери негативне и позитивне ефекте одредбе, те да утврди да ли је проузрокована штета на једној страни тржишта (тржишту примаоца франшизинга) већа од користи која је проузрокована на другој страни тржишту (тржишту потрошача).

Приликом одмеравања, Комисија би нарочито требало да води рачуна о томе да ли је нека рестриктивна одредба нужна за очување пословне методе и реномеа даваоца франшизинга, као и у којој мери је пренос конкретног пословног модела важан за заједницу. Уколико је пренос конкретног пословног модела важан за заједницу, вероватније је да ће позитивни ефекати таквог рестриктивног споразума превагнути у односу на негативне. Додатно, Комисија би требало да има на уму да што је удео учесника споразума на релевантном тржишту већи, то је већа вероватноћа да ће негативни ефекти овакве одредбе превагнути у односу на позитивне.

У вези дефинисања појма уговора о франшизингу, примећујемо да постојећа дефиниција није довољно прецизна, и то нарочито у погледу дефинисања предмета уговора. Према постојећој дефиницији предмет уговора о франшизингу јесте уступање овлашћења коришћења права интелектуалне својине и овлашћења коришћења посебних знања *(know-how)*. Ипак, потребно је имати у виду да давалац франшизинга не уступа примаоцу франшизинга само наведена овлашћења, већ му уступа свој целокупни пословни формат, те му се у оквиру тога обавезује и на пружање одговарајуће технике и комерцијалне подршке.

Напослетку, закључујемо да је у циљу развоја права конкуренције, неопходно схватити значај економске анализе сваког конкретног рестриктивног уговора. У супротном, право конкуренције неће моћи да оствари своје основне циљеве.

# RESTRICTIVE PROVISIONS IN FRANCHISING CONTRACT

Ljubica Pjevović*

*This paper examines the legal treatment of franchising contracts that include restrictive provisions. It begins with an analysis of various comparative legal approaches to this issue. Recognizing that different legal systems adopt divergent methodologies for assessing the anti-competitive effects of restrictive agreements, the paper evaluates whether the rule of reason or the per se standard should be preferred in such assessments. Additionally, it addresses the criteria that courts and the Commission for the Protection of Competition should consider when evaluating the anti-competitive effects of franchising contracts. The paper concludes with a review of domestic regulations on this matter and introduces the concept of viewing franchise business as a two-sided market.*

Key words: *franchising contracts; restrictive provisions; rule of reason; per se standard; two-sided market.*

## Литература

Andrew C. Selden, Robin Caneff Gipson, Amanda B. Parker, *An Introduction To Franchising*, Minnesota Department of Employment and Economic Development Briggs and Morgan, P.A., 2008

Dennis W. Carlton, Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Addison Wesley, 1999

Iain Murray, *The franchising handbook*, Kogan Page Limited, London 2006

Lincoln Caylor, Martin S Kenney, ,,In Pari Delicto and Ex Turpi Causa: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US", *Business law international* 18/2017

* Assistant at the Faculty of Economics University of Belgrade, *ljubica.pjevovic@ekof.bg.ac.rs*.

*Mark Abell*, „The regulation of franchising around the world“, *International journal of franchising law* 9(3)/2011

Mark Abell, „The regulation of franchising in EU member states“, *International Journal of Franchising Law* 10/2012

Stephen Calkins, „Copperweld in the Courts: The Road to Caribe“, *Antitrust L.J. 345*, 1995

Susan A. Grueneberg, Jonathan C. Solish, „Franchising 101: Key Issues in the Law of Franchising“, *Bussines Law Today,* 2009

Suzane E. Wachsstock, Erika L. Amarante, „Antitrust and Franchising: Conspiracies Between Franchisors and Franchisees Under Section I“, *Franchise Law Journal* 23(1)/2003

Tanya Woker, „Understanding the relationship between Franchising and Law of competition“, *SA Mercantile Law Journal* 18(2)/2006

Бојан Ристић, Душан Поповић, Борис Беоговић, *Глосаријум права конкуренције*, Београд 2021

Дејан Трифуновић, „A few thoughts about competition policy in two – sided markets“, *Анали Правног факултет у Београду* 2/2022

Деша Мликотин-Томић, *Уговор о франшизингу*, Информатор, Загреб, 1986

Драган Лончар, Филип Стојановић, Љубица Пјевовић, „Упоредна економско – правна анализа вертикалних рестриктивних споразума са фокусом на одређивање цена у даљој продаји“, *Ревија Копаониче школе природног права* 1/2023

Иванка Спасић, „Правна регулатива о франшизингу (Решења међународних унификацијских аката и Преднацрта ГЗ Србије)“, *Право и привреда* 48/2011

Иванка Спасић, *Франшизинг посао*, Институт за упоредно право, Београд, 1996;

Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023