

Маша МИШКОВИЋ*

НАКНАДА КОД УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ**

Резиме

У овом раду аутор разматра различите врсте накнада код уговора о франшизингу: почетну/ иницијалну накнаду, трајну/ периодичну накнаду и такозвану накнаду за клијентелу. Посебно се разматра накнада за клијентелу, имајући у виду да на њу прималац франшизе нема право, ако није предвиђена уговором. Анализирају се разлози за и против ове накнаде да би се дошло до закључка да ли је оправдано предвидети накнаду за клијентелу законом, конкретно, будућим Грађанским закоником Републике Србије. Аутор сматра да ова накнада, ипак, не би требало да буде регулисана законом, имајући у виду да клијентела припада даваоцу, не примаоцу франшизе. Довољан облик заштите примаоца франшизе као слабије уговорне стране код уговора о франшизингу било би регулисање будућим Грађанским закоником права пречег продужења уговора. Овај институт би довео до успостављања равноправности уговорних страна код уговора о франшизингу - принципа, који је од самог почетка нарушен, имајући у виду да је давалац франшизе знатно јача уговорна страна, која намеће своје услове пословања примаоцу франшизе.

Кључне речи: *уговор о франшизингу, почетна накнада, трајна накнада, накнада за клијентелу, право пречег продужења уговора.*

I Увод

Уговор о франшизингу представља неименовани уговор трговинског права, па се у одсуству законског појма овај уговор дефинише у правној теорији. Постоје различите дефиниције уговора о франшизингу, али се оне не разликују суштински. Тако, уговор о франшизингу се може

* Мастер права, сарадник у настави Правног факултета Универзитета у Београду

** Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду “Идентитетски преображај Србије”, (2018) из области “Реформа грађанског права”.

дефинисати као уговор код кога једна уговорна страна (давалац франшизе)¹ уступа ексклузивно право продаје робе или вршења услуга другој уговорној страни (примаоцу франшизе),² омогућавајући му да наступа под његовим заштићеним именом уз коришћење његових лиценци, жига и других знакова разликовања, техничких и комерцијалних метода пословања (*know-how*), маркетинга и оглашавања. Поред тога, давалац франшизе пружа примаоцу франшизе стручну помоћ и обучава кадрове. Прималац франшизе, послујући у своје име, за свој рачун и на свој ризик у саставу франшизног система за уступљена права и извршене услуге плаћа одговарајућу накнаду.³ Истиче се и да је франшизинг једна форма вертикалне интеграције,⁴ односно организациона форма у којој једно привредно друштво даје другом “право пословања” (*right to do business*).⁵

У Нацрту Грађанског законика Републике Србије⁶ уговор о франшизингу је дефинисан као уговор којим се успоставља однос трајне сарадње између правно самосталних привредних субјеката, којим се једна уговорна страна (давалац франшизе) обавезује да као носилац франшизне пословне мреже другој уговорној страни (кориснику франшизе)⁷ пренесе права и врши услуге ради укључивања корисника франшизе у пословни систем даваоца франшизе, а корисник франшизе се обавезује да за то плаћа посредну и непосредну накнаду.⁸

- 1 Чини се исправним став у правној теорији да је предмет уговора о франшизингу “франшиза”, те да лице које на основу уговора уступа предмет треба називати “давалац франшизе”, а не “давалац франшизинга”. Вид. Страхиња Миљковић, “Значај закона бр. 129/2004 Републике Италије у области правног нормирања уговора о франшизингу”, *Право и привреда*, бр. 1-3/2015, 103 фн. 2.
- 2 “Прималац франшизе” је, такође, исправнији термин од термина “корисник франшизе”, имајући у виду да се као “корисник” јавља крајњи корисник услуга и потрошач производа, док је “прималац франшизе” лице које се налази у правном односу како према даваоцу франшизе, тако и према крајњем потрошачу. Вид. С. Миљковић (2015), 103 фн. 3.
- 3 Иванка Спасић, “Пословни систем франшизинга – шанса за привреднике у Србији”, *Право и привреда*, бр. 7-9/2016, 14.
- 4 Robert E. Martin, “Franchising and Risk Management”, *The American Economic Review*, Vol. 78, No. 5, 1988, 954.
- 5 Balasubramanian Elango, Vance H. Fried, “Franchising Research: A Literature Review and Synthesis”, *Journal of Small Business Management*, 1998, 68.
- 6 Нацрт Грађанског законика Републике Србије, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 20.04.2018.
- 7 Нацрт Грађанског законика ипак користи термин “корисник франшизе”. Вид. супротно мишљење у фн. 2 овог рада.
- 8 Нацрт Грађанског законика, чл. 1260 ст. 1.

Пословање у оквиру франшизинг система има велике користи и за примаоца и за даваоца франшизе, о којима ће се детаљније говорити на појединим местима у овом раду. Суштина франшизинга је, дакле, да давалац нуди примаоцу франшизе свој “опробани систем пословања”, робни или услужни знак, приручнике, обуку, услуге подршке, док примаоца франшизе даваоцу плаћа одређену накнаду за коришћење заштићеног имена, односно знака и начина пословања.

II Врсте накнаде код уговора о франшизингу

Плаћање накнаде је основна обавеза примаоца франшизе. При том, специфичност уговора о франшизингу је што се не плаћа једна накнада, већ постоји почетна накнада (*entry/ initial fee*), трајна накнада (*royalties*) и евентуално тзв. накнада за клијентелу.

1. Почетна/ иницијална накнада (*entry/ initial fee*)

Почетна накнада представља “цену уласка” у франшизинг мрежу, на шта упућује и енглески термин “*entry*”. Стога се плаћа на самом почетку франшизинг односа и служи за организацију отпочињања пословања. Неки аутори ову накнаду називају “уписнином у систем”,⁹ а среће се и термин “приступнина”.¹⁰ Питање је да ли се почетна накнада плаћа пре закључења уговора о франшизингу или одмах по његовом закључењу. Има мишљења да је почетна накнада најчешће *услов отпочињања преговора* за закључење уговора о франшизингу.¹¹ Међутим, овакво схватање не би требало прихватити, имајући у виду да накнаду не би требало плаћати да би се приступило преговорима, јер преговори не обавезују, па самим тим, нема оправдања за било какве накнаде као услова за њихово отпочињање. Накнада би се могла плаћати пре самог закључења уговора (односно пре његовог потписивања), када су се стране већ споразумеле о битним елементима будућег уговора или одмах по његовом закључењу.

Не постоји правило по коме се одређује висина почетне накнаде. Она је свакако резултат преговора, а критеријуми који утичу на утврђивање висине почетне накнаде могу бити различити: трошкови даваоца франшизе око преноса франшизе: на пример, проналажење и закуп пословног простора (ако је то обавеза даваоца франшизе), обука и оспо-

9 Вид. Војислав Кандић, *Франшизинг*, Београд, 1995, 73.

10 Милан Париводић, *Уговор о франшизингу*, докторска дисертација, Београд, 2002, 88.

11 Страхиња Миљковић (2015), 106 фн. 18.

собљавање примаоца франшизе за рад у оквиру франшизинг система, углед франшизе на тржишту примаоца франшизе и слично.

Један од оправданих разлога за постојање почетне накнаде као “цене приступа” или “цене уласка” у франшизинг систем је вредност чланства. Наиме, чланство у франшизинг систему може имати велику вредност по себи, у зависности од угледа/ укупне репутације (*goodwill*) франшизе, односно даваоца франшизе. Што је већа репутација даваоца франшизе, већа је вредност чланства.¹² У сваком случају, почетна накнада најчешће износи 5-10% од укупне почетне инвестиције примаоца франшизе и што су инвестиције веће, проценат ће бити мањи (ближи 5%) и обрнуто – што су инвестиције мање, проценат ће бити ближи 10%.¹³ Према подацима Привредне коморе Србије – Центра за франшизинг почетна франшизна накнада код већине давалаца франшизе се креће између 20.000 и 28.000 евра.¹⁴

2. Трајна/ периодична накнада (*royalties*)

Трајна или периодична накнада¹⁵ представља накнаду коју примаоца франшизе плаћа даваоцу франшизе током трајања уговора о франшизингу.

Периодична накнада представља најважнији извор прихода за даваоца франшизе, који добија чак и када је пасиван током трајања уговорног односа – то је приход од уступања коришћења франшизе. Како се у литератури истиче, трајна накнада одговара накнади код уговора о лиценци, с тим што се не ради само о пасивном приходу (као вредности лиценце) на страни даваоца франшизе, већ најчешће представља и цену за читав низ услуга, које давалац франшизе пружа примаоцу франшизе.¹⁶

Основ за израчунавање трајне накнаде је бруто обрт, односно приход примаоца франшизе и обрачунава се у одређеном проценту од укупних прихода. У теорији се истиче да је то најчешће 5-10%.¹⁷ Овакав

12 М. Париводић, 90.

13 М. Париводић, 91.

14 Привредна комора Србије - Центар за франшизинг, *Франшизинг - најчешће постављана питања*, доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Frans%20brosura.pdf>, 2.04.2018.

15 Има аутора који ову накнаду називају “убичајеном накнадом” или “накнадом у правом смислу речи”. Вид. Иванка Спасић, 20.

16 М. Париводић, 91.

17 Трајна накнада се може уговорити у одређеном проценту од укупног промета, што представља варијабилни део накнаде, али делом може бити и фиксна (накнада за уговорене посебне услуге). Вид. М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2016, 336.

начин обрачуна трајне накнаде може бити неповољан за примаоца франшизе, јер постојање прихода не значи и постојање профита. Могуће је да постоје увећани приходи, али истовремено и увећани трошкови производње, па да због тога профита нема или да је стопа профита умањена. У том случају давалац франшизе добија накнаду у одређеном проценту од (увећаних) прихода, а прималац франшизе може остати потпуно без профита или са незнатним профитом. Дакле, без обзира на успех франшизе, давалац франшизе свакако има користи у виду трајне накнаде, чиме је у предности у односу на примаоца франшизе.

Могуће је уговорити неки други начин обрачуна трајне накнаде: на пример, проценат од профита, накнада по продатом производу од стране примаоца франшизе, паушална (фиксна) накнада и слично. Чини се да би најбољи и најправичнији начин обрачуна трајне накнаде био управо одређени проценат од профита, јер профит рефлектује успешност пословања, па би и накнада коју прима давалац франшизе требало да зависи од те успешности, посебно што знак и репутација, који припадају даваоцу франшизе, у великој мери утичу на успешност франшизе.

Ако се посматра однос почетне и трајне накнаде, најбоље би било да почетна накнада не буде висока, јер прималац франшизе има доста улагања и трошкова поводом отпочињања пословања. “Постоје мишљења да почетна накнада треба да буде што нижа да би се умањили франшизатови¹⁸ трошкови отпочињања операције, извршила селекција међу већим бројем кандидата, а да ће се зарадити на трајним накнадама. Други, мислећи и на актуелни финансијски прилив, сматрају да треба наплатити све трошкове [...] и нешто зарадити приде. Ови трошкови односе се на укупне трошкове проналажења, процене, обуке и отпочињања пословања, укључујући и цену проналажења одговарајуће локације, правне и рачуноводствене трошкове”.¹⁹

3. Накнада за клијентелу (*indemnity/ compensation*)

Такозвана накнада за клијентелу представља посебну једнократну накнаду која припада трговинском заступнику у случају престанка уговора о трговинском заступању. По српском Закону о облигационим одно-

18 Уместо термина давалац и прималац франшизе могу се користити термини франшизер и франшизат.

19 М. Париводић, 90.

сима²⁰ трговински заступник нема право да захтева тзв. накнаду за клијентелу, већ само може да истиче захтеве који проистичу из општих института облигационог права: на пример, стицање без основа, проузроковање штете и сл.²¹ Насупрот томе, накнада за клијентелу представља законом признато право у државама чланицама Европске уније, што је од држава чланица захтевала Директива 86/653/ЕЕЗ о усклађивању права држава чланица у вези са samozапосленим трговинским заступницима.²²

Примена општих института облигационог права (на пример, стицања без основа) би тешко била могућа код уговора о франшизингу, јер оно што је давалац франшизе стекао током трајања уговора није без основа – успешност и све користи од франшизе директно зависе од марке, односно знака и укупне репутације даваоца франшизе, тако да давалац франшизе није неосновано обогашен након престанка уговора о франшизингу. Дакле, оправдавање накнаде за клијентелу које важи код уговора о трговинском заступању (спречавање принципала да по престанку трговинског заступања неосновано задржи користи од активности трговинског заступника током трајања уговора)²³ не важи за оправдање накнаде за клијентелу код уговора о франшизингу, јер давалац франшизе оправдано задржава користи након престанка уговора о франшизингу.

У правној теорији се истиче да потреба за регулисањем накнаде за клијентелу не постоји код трговинских уговора који почивају на налогу, ако нема “трајности”, односно ако се не ради на трајном унапређењу пословања принципала (на пример, комисионар не ради на трајном унапређењу пословања налогодавца, па нема ни потребе за прописивањем накнаде за клијентелу).²⁴ Код уговора о франшизингу се, свакако, као карактеристика појављује трајност²⁵ (у питању је уговор са трајним пре-

20 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

21 Мирјана Радовић, “Право трговинског заступника на посебну накнаду због престанка уговора о трговинском заступању (тзв. накнада за клијентелу)”, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније* (ур. Вук Радовић), Београд, 2016, 355.

22 Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents – Commercial Agents Directive, *Official Journal L 382*, 31.12.1986.

23 М. Радовић, 359.

24 М. Радовић, 358.

25 Трајност као обележје уговора о франшизингу вид. у: Тамара Миленковић Керковић, *Аутономни уговори трговинског права*, Ниш, 2008, 146. Нацрт Грађанског законика такође дефинише уговор о франшизингу као уговор којим се успостаља однос трајне сарадње између даваоца и примаоца франшизе. Вид. чл. 1260 ст. 1 Нацрта Грађанског законика.

стацијама),²⁶ па је оправдано предвидети право на накнаду за клијентелу, имајући у виду да прималац франшизе током трајања уговора трајно унапређује пословање даваоца франшизе, а након престанка уговора се налази у незавидном положају, јер престаје да остварује било какве приходе које је имао током франшизног пословања.

Прималац франшизе током трајања уговора о франшизингу или стиче нове клијенте или увећава обим пословања са постојећим клијентима (ствара или увећава клијентелу), што постаје део имовине даваоца франшизе након престанка уговора, па би било правично предвидети право примаоца франшизе на накнаду након престанка уговора о франшизингу. У даљем излагању биће речи о оправданости, односно неоправданости предвиђања у закону права примаоца франшизе на накнаду за клијентелу. Закључак о (не)оправданости законског предвиђања накнаде за клијентелу донеће се на основу анализе разлога за и против ове накнаде.

III (Не)оправданост предвиђања накнаде за клијентелу

Важно питање за примаоца франшизе је питање накнаде на коју би имао право након престанка уговора, односно питање накнаде за клијентелу. Пре свега, треба истаћи да то није накнада, која би примаоцу франшизе припала у случају једностраног раскида уговора о франшизингу од стране даваоца франшизе пре истека времена на које је уговор закључен. У том случају би се радило о (класичном) праву примаоца франшизе на накнаду штете по општим правилима облигационог права. Најчешће би прималац франшизе захтевао измаклу корист (од момента отказа уговора до истека периода на који је уговор закључен), али би свакако могла настати и стварна штета за примаоца франшизе због једностраног раскида уговора од стране даваоца франшизе. На пример, прималац франшизе је уложио сопствена материјална средства у куповину/набавку опреме, машина, материјала за обављање делатности, набавку залиха, при чему након отказа уговора од стране даваоца франшизе више није могуће да купљену опрему и машине искористи. Закон о облигационим односима предвиђа да се уговор о лиценци не може отказати током прве године важења.²⁷ Логика овог правила би требало да важи и за уговор о франшизингу, имајући у виду да уговор о франшизингу садржи елементе уговора о лиценци.

26 М. Васиљевић, 334.

27 ЗОО, чл. 710 ст. 2.

Насупрот накнади штете (стварне штете и измакле користи), у случају отказа уговора од стране даваоца франшизе²⁸ прималац франшизе након истека времена на које је уговор о франшизингу закључен нема право ни на какву накнаду, ако то није предвиђено уговором о франшизингу. Поставља се питање да ли је овакав третман примаоца франшизе оправдан, односно да ли би му ипак требало признати право на накнаду за клијентелу.

1. Разлози “против” накнаде за клијентелу

а) Коме припада клијентела

Неспорно је да код успешних франшиза долази до увећања клијентеле даваоца франшизе, па би, *prima facie*, било оправдано “наградити” примаоца франшизе накнадом за клијентелу након престанка уговора. Међутим, спорно је коме припада клијентела – примаоцу или даваоцу франшизе. Када се у уговору предвиди да клијентела припада даваоцу франшизе (што се редовно чини), неспорно је да прималац франшизе нема право на накнаду за клијентелу. Међутим, ако уговор пропусти да уреди ово питање, намеће се питање да ли се, ипак, може тврдити да клијентела (бар једним делом) припада примаоцу франшизе. Тешко се може прихватити становиште да клијентела припада примаоцу франшизе, имајући у виду да се *goodwill* као укупност репутације одређеног произвођача везује за трговинску марку на почетку, односно за *знак* којим је обележена роба или услуга на тржишту.²⁵ Купци реагују на познати знак и његова вредност се заснива на препознавању купаца,³⁰ те је ширење/повећање клијентеле на (новом) тржишту резултат реакције купца на знак (марку) и укупну репутацију која припада даваоцу франшизе. Када би *goodwill* припадао примаоцу франшизе, он би могао након престанка уговора да настави са његовим коришћењем, што није дозвољено. “У очима потрошача *goodwill* франшизног ланца делује корпоративно јединствен, и клијентела је везана за франшизу, а не за појединог власника локала”.³¹ То значи да потрошачи не праве разлику између примаоца и

28 Одређена истраживања показују да је, на пример, у Аустралији отказ уговора у 50% случајева разлог за престанак франшизе. Велики број отказа уговора о франшизингу је честа појава и у САД. Нав. према: В. Кандић, 144.

29 Слободан Марковић, *Право интелектуалне својине и информационо друштво*, Београд, 2014, 179.

30 Stephanie Chi, “The role of mediation in trademark disputes”, *American Journal of Mediation*, Vol. 2, 2008, 110.

31 М. Париводић, 347.

даваоца франшизе,³² већ сматрају да је у питању један привредни субјект, који на тражишту послује преко своје филијале.³³

б) Искоришћавање познатог знака

Прималац франшизе се, и без предвиђања накнаде за клијентелу, налази у повољном положају, с обзиром на то да, захваљујући привиду идентитета који се ствара између примаоца и даваоца франшизе,³⁴ као и познатом знаку и репутацији даваоца франшизе, стиче приходе током трајања франшизе. Прималац франшизе има могућност стицања профита захваљујући познатом знаку и развијеној репутацији даваоца франшизе, а не захваљујући свом сопственом знаку и репутацији, које би морао да развија годинама уз ризик да ли ће уопште успети на тражишту. Прималац франшизе би, евентуално, могао да током трајања уговора уз име даваоца франшизе употребљава и своје пословно име, јер је он самосталан трговац, који послује у своје име и за свој рачун. Тиме би прималац франшизе истовремено развијао и свој *goodwill* током трајања уговора о франшизингу.

в) Проблем квантификације

Ако би се законом предвидело право примаоца франшизинга на накнаду за клијентелу, отворио би се проблем квантификације: на који начин утврдити колико је прималац франшизе допринео (ако уопште јесте) ширењу клијентеле и колика накнада, сходно томе, треба да му припадне. С обзиром на то да би било готово немогуће егзактно утврдити допринос примаоца франшизе прибављању и повећању клијентеле, требало би усвојити одређени критеријум по коме би се обрачунавала таква накнада. Више о критеријуму обрачунавања накнаде за клијентелу биће речи у даљем излагању.

2. Разлози “за” накнаду за клијентелу

У делу III (1.) овог рада наведени су разлози због којих по самом закону не би требало дозволити примаоцу франшизе да након престанка уговора о франшизингу истеком времена на које је закључен потражује тзв. накнаду за клијентелу. У овом делу ће бити наведени разлози због

32 Јелена Вукадиновић, “Неке карактеристике уговора о франшизингу у упоредном праву и у Преднацрту Српског грађанског законика”, *Правни живот*, бр. 11/2012, 380; С. Миљковић, “Да ли је Србији потребан нови Закон о франшизингу”, *Правни живот*, бр. 11/2014, 220.

33 С. Миљковић (2014), 220.

34 Тамара Миленковић Керковић, *Уговор о франшизингу-тајна успеха*, Ниш, 1998, 107.

којих би накнаду за клијентелу (или неки други облик накнаде) ипак требало дозволити примаоцу франшизе.

а) Улагање и допринос примаоца франшизе

Иако *goodwill*, стриктно гледано, припада даваоцу франшизе, не може се потпуно занемарити допринос примаоца франшизе (даљем) развоју пословања даваоца франшизе.

Прво, прималац франшизе има одређена улагања како би започео са франшизинг пословањем (ако уговором није предвиђено да улагања чини давалац франшизе), а то значи да купује опрему, машине, материјале, односно средства за обављање делатности (било од самог даваоца франшизе, било од неког трећег лица), изнајмљује пословни простор, ангажује потребан број запослених, набавља неопходне залихе итд.³⁵ Уговором се може предвидети да ће давалац франшизе бити у обавези да након престанка уговора откупи опрему или њен део и/или залихе, што би било од значаја за примаоца франшизе, који не наставља обављање франшизне делатности. У супротном, прималац франшизе би имао трошкове улагања, на чију накнаду не би имао право, па би му као једина могућност остао захтев за накнаду штете од даваоца франшизе.

Друго, прималац франшизе не избегава у потпуности ризик неуспеха на тржишту самим коришћењем знака и репутације даваоца франшизе. Дакле, уз почетна улагања носи и класичан ризик пословања.

Треће, прималац франшизе током трајања уговора све време развија пословање, обавља франшизинг посао са циљем стицања профита, односно повећања прихода уопште. Тачно је да он то ради у свом сопственом интересу, али и давалац франшизе од тога свакако има користи – већи износ трајне накнаде (*royalties*), имајући у виду да се накнада у виду *royalties* плаћа, по правилу, у одређеном проценту од укупних прихода. На повећање прихода прималац франшизе може утицати, на пример, формирањем асортимана робе која ће се продавати на конкретном тржишту, имајући у виду да је прималац франшизе тај који познаје конкретно тржиште и боље је упућен у преференције потрошача на том

35 Почетна улагања у области хотелијерства износе 4-6 милиона долара, из области ресторана 700.000-3,5 милиона долара, у области брзе хране 250.000-1 милион долара. У Србији су почетна финансијска улагања мања: на пример, у области хране, ресторана и барова потребно улагање је од 15.000 до 200.000 евра. Нав. према: С. Миљковић, “Предности и могућности пословања у оквиру развијеног франшизинг пословног система у Р. Србији”, *Право и привреда*, бр. 7-9/2017, 133-134.

тржишту. Дакле, тачно је да знак којим се обележава роба и/или услуге, као и укупна репутација (*goodwill*) припадају даваоцу франшизе, али се мора узети у обзир и укупни допринос примаоца франшизе развоју франшизне делатности,³⁶ посебно због користи које и давалац франшизе има током трајања уговора. Поред тога, не треба искључити могућност да прималац франшизе унесе у франшизно пословање и свој сопствени пословни углед и контакте које је раније стекао.

б) Разлог правичности и успостављање равноправности уговорних страна

Давалац франшизе има већи број користи након уступања франшизе – како на почетку, тако и током трајања франшизног односа, па и након престанка уговора о франшизингу.

Прво, давалац франшизе на самом почетку франшизног односа добија *почетну накнаду (entry/ initial fee)*, као цену приступа, односно уласка у франшизинг систем. Давалац франшизе добија ову накнаду, иако се на почетку уопште не зна да ли ће и колико бити успешно франшизно пословање.

Друго, давалац франшизе све време током трајања уговора добија *трајну накнаду (royalties)*, при чему се она плаћа у одређеном проценту од укупних прихода. С обзиром на то да постојање прихода не подразумева постојање профита, давалац франшизе је у великој предности у односу на примаоца франшизе, јер ће примати трајну накнаду чак и када прималац франшизе послује са губитком.

Треће, тачно је да давалац франшизе уступа свој (познати) знак и репутацију примаоцу франшизе. Међутим, и давалац франшизе од тога има користи (поред права на почетну и трајну накнаду). Давалац франшизе тиме *много мање инвестира и ризикује* у пробијању на конкретно тржиште него када би самостално улагао и покушавао ширење на конкретном тржишту.

Коначно, након престанка уговора о франшизингу, давалац франшизе *добија развијено/разгранато пословање на конкретном тржишту*, иако је током трајања уговора могао бити релативно пасиван у односу на ангажовање примаоца франшизе. Дакле, иако *goodwill* у начелу припада

³⁶ У правној теорији се истиче да се прималац франшизе током трајања уговора стара о побољшању целокупног пословног формата даваоца франшизе. Вид. Јелена Вукадиновић, 376.

даваоцу франшизе, извршавањем уговорних обавеза прималац франшизе је, ипак, допринео (даљем) развоју *goodwill*-а даваоца франшизе.

Иако давалац франшизе има све наведене користи, уговор о франшизингу је најчешће типски уговор или уговор по приступу, који не предвиђа право примаоца франшизе на накнаду за клијентелу. Дакле, прималац франшизе добија само знак и репутацију даваоца франшизе на коришћење, и као последицу тога *могућност* стицања профита (евентуални неуспех сноси прималац франшизе),³⁷ док му после престанка уговора о франшизингу једино преостаје покушај да сам почне да обавља посао под новим пословним именом и да на тај начин покуша да се пробије на тржишту. Често то неће бити могуће, јер се у уговоре о франшизингу убацује клаузула забране конкуренције - (*post-term non-competition clause*, чиме прималац франшизе остаје ускраћен чак и за покушај да самостално започне обављање делатности након престанка уговора о франшизингу.³⁸ Нацрт Грађанског законика Републике Србије регулише и уговорну и пост-уговорну забрану конкуренције, предвиђајући да корисник франшизе не може од трећих лица да прима права и услуге које одговарају онима које прима на основу уговора о франшизингу, нити се може годину дана након престанка уговора ни посредно ни непосредно бавити делатношћу, коју обавља на основу уговора о франшизингу, а којом би конкурисао даваоцу франшизе и осталим корисницима франшизе.³⁹ Дакле, клаузулом забране конкуренције се ограничава привредна делатност примаоца франшизе након престанка уговора, па би требало размотрити увођење одређене разумне накнаде за примаоца франшизе након престанка уговора о франшизингу са клаузулом забране конкуренције. Чак и да уговор о франшизингу не садржи клаузулу забра-

37 Без обзира на то колико је одређени франшизни концепт добро функционисао на неком географском подручју или тржишту, свако тржиште има своје специфичности, које се морају истражити, да би се размотрило да ли ће моћи успешно да функционише и на новом тржишту. Вид. Привредна комора Србије – Центар за франшизинг, Франшизинг – најчешће постављана питања, доступно на адреси: <http://www.pks.rs/SADRZAJ/Files/Frans%20brosura.pdf>, 2.04.2018.

38 У случају *Pontaprint PLC v. Landon Litho Ltd.* (1987), где је *Pontaprint* франшизни систем фотокопирница, у уговору о франшизингу је постојала клаузула забране конкуренције, према којој је прималац франшизе било забрањено да се у случају престанка уговора по било ком основу бави истом делатношћу у радијусу од пола миље од тадашњег објекта. Енглески суд је то нашао као разумно, чиме је потврдио право даваоца франшизе да намеће забрану конкуренције, ако тиме штити своје легитимне интересе. Нав. према, В. Кандић, 145.

39 Нацрт Грађанског законика, чл. 1286.

не конкуренције, франшиза може бити веома специфична, тако да након престанка уговора не би било могуће самостално пословање.

Из наведеног поређења користи које има давалац франшизе и могућности које има прималац франшизе, види се да је прималац франшизе у неравноправном положају:⁴⁰ давалац франшизе му кроз уговор по приступу или типски уговор намеће услове под којима ће пословати (тешко је замисливо да ће прималац франшизе убедити даваоца франшизе да промени свој типски уговор) и остварује вишеструку корист, док прималац франшизе на себе преузима целокупни ризик пословања и плаћа даваоцу две врсте накнаде независно од успеха у послу. Како би се успоставила равноправност уговорних страна (што је основно облигационоправно начело из члана 11 Закона о облигационим односима), чини се да би требало предвидети право примаоца франшизе на неки облик накнаде – право на правичну или разумну накнаду.

У делу III (1.)(в) овог рада наведен је као разлог против оваквог типа накнаде проблем квантификације, односно питање колико је прималац франшизе допринео ширењу клијетеле, и сходно томе, колико би требало да износи таква правична/ разумна накнада.

Поставља се питање на који начин би се обрачунала таква накнада. Према Директиви о трговинским заступницима, накнада вредности користи не може да буде већа од износа накнаде за једну годину, која се обрачунава на основу просечне годишње накнаде трговинског заступника током претходних пет година, односно на основу просечне годишње накнаде у целокупном претходном периоду, ако је уговор трајао краће од пет година.⁴¹

Критеријум по коме би се обрачунавала таква накнада би могао бити остварени профит, па би се правична/ разумна накнада утврђивала у одређеном проценту од оствареног профита. Овде треба скренути пажњу да би, у сваком случају, основу за обрачун накнаде представљао профит, а не приход, имајући у виду да приход не значи да истовремено постоји профит, док је постојање профита објективни показатељ успе-

40 У највећем броју случајева давалац франшизе је економски јача уговорна страна, али не треба у сваком случају даваоца франшизе *a priori* проглашавати економски јачом уговорном страном само због тога што располаже познатом робом и/или услугом. Вид. Ј. Вукадиновић, 383; С. Миљковић (2014), 221.

41 Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents - Commercial Agents Directive, Art. 17(2)(b).

шности пословања и доприноса развоју пословања. Правична накнада не би представљала новину у нашем праву, имајући у виду да се појављује као институт код неких других уговора (на пример, код уговора о налогу, ако ништа друго није уговорено, налогодавац дугује налогопримцу накнаду у уобичајеној висини, а ако о томе нема обичаја, онда правичну накнаду;⁴² у случају раскида уговора о грађењу наручилац је дужан исплатити извођачу одговарајући део цене за већ извршене радове, као и правичну накнаду за учињене неопходне трошкове;⁴³ ако је организатор путовања одустао од уговора у време његовог извршења, има право на правичну накнаду за остварене уговорене услуге итд.).⁴⁴ Стога би оваква накнада могла бити уведена и код уговора о франшизингу.

IV Алтернатива накнади за клијентелу

Накнада за клијентелу у облику правичне/ разумне накнаде представља решење које би позитивно утицало на “однос снага” код уговора о франшизингу, односно на успостављање равноправности уговорних страна. Ипак, и поред свих разлога за увођење права на правичну/ разумну накнаду (посебно разлог доприноса примаоца франшизе и разлог правичности), као главни аргумент против увођења ове накнаде остаје становиште да клијентела у потпуности припада даваоцу франшизе, јер купци производа и/или примаоци услуга реагују на марку и репутацију, који постоје пре закључења уговора о франшизингу. Због тога би тешко могло да се прихвати предвиђање накнаде за клијентелу законом, већ би требало пронаћи неку алтернативу, која би остварила исти циљ – “награда” примаоцу франшизе за допринос пословању и истовремено успостављање равноправности уговорних страна. Дакле, требало би предвидети одређени инструмент за заштиту примаоца франшизе као слабије уговорне стране у уговорном односу. Чини се да би остварењу циља најбоље послужио институт *пречег продужења уговора*. Као што институт права прече куповине подразумева првенство сувласника непокретности у односу на друга заинтересована лица у случају да неки од сувласника продаје свој сувласнички део,⁴⁵ тако би и право пречег закључења уговора код уговора о франшизингу подразумевало првенство примаоца

42 ЗОО, чл. 761.

43 ЗОО, чл. 634 ст. 4.

44 ЗОО, чл. 878 ст. 4.

45 Закон о основама својинскоправних односа - ЗОСПО, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, чл. 14 ст. 3; Закон о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015, чл. 5.

франшизе код поновног закључења, односно продужења уговора о франшизингу у односу на друга заинтересована лица – потенцијалне примаоце франшизе.

Нацрт Грађанског законика Републике Србије предвидео је право примаоца франшизе на “обнову уговора”: након истека уговора који је закључен на одређено време, корисник франшизе, који је уредно извршавао своје уговорне обавезе, имао би право да закључи уговор на нови рок под истим условима. Уколико би давалац франшизе то одбио, корисник франшизе би имао право на накнаду за увећање вредности и пословног угледа франшизног система – накнада за увећани *goodwill* - ако је корисник франшизе током трајања уговора допринео значајном повећању обима пословања даваоца франшизе и пословног угледа франшизне мреже.⁴⁶

Право пречег продужења уговора омогућава продужење уговора након истека рока на који је уговор закључен уместо престанка уговора и уступања франшизе неком новом примаоцу. Ово право би било од великог значаја за примаоца франшизе, с обзиром на то да се често може десити да период на који је уговор о франшизингу закључен (на пример, три године, пет година и сл.) није довољан да прималац франшизе постигне већи успех у пословању, а већ би дошло време за излазак из франшизног односа. Наиме, Мартин Менделсон (Martin Mendelsohn) истиче да је потребно најмање три године од почетка франшизинг операције да би систем постао профитабилан, односно уопште у пословању је потребно да прође најчешће три до пет година до момента када се може очекивати одређени профит.⁴⁷ Када се не би дозволило право пречег продужења уговора примаоца франшизе, то би значило да је прималац франшизе све време током трајања уговора вршио улагање, развијао пословање, али није постао профитабилан до момента престанка уговора, те у коначном исходу излази из франшизинг система без икаквих користи. Дакле, признавањем права пречег продужења уговора омогућило би се примаоцу франшизе да још неко време остане у франшизинг систему и оствари одређене користи.

Овде се поставља питање доказивања поштовања услова код уступања франшизе новом примаоцу франшизе: како утврдити да ли је давалац франшизе поштовао право пречег продужења уговора о франшизингу или је франшизу уступио новом примаоцу под повољнијим

46 Нацрт Грађанског законика, чл. 1289.

47 Нав. према М. Париводић, 88.

условима. Ради се о класичном доказивању – утврђивање поштовања услова код права пречег продужења уговора врши се на исти начин као код права прече куповине. Наиме, у случају да је непокретност продата под условима повољнијим од услова из понуде, ималац права прече куповине може тужбом у року од 30 дана, рачунајући од дана када је ималац права прече куповине сазнао за продају те непокретности, а најкасније у року од две године од дана закључења уговора о продаји непокретности, да захтева да се уговор о продаји непокретности огласи без дејства према њему и да се непокретност њему прода и преда под истим условима.⁴⁸ Дакле, у питању је класични доказни поступак, односно на располагању су сва дозвољена доказна средства, која би могла бити коришћена и за доказивање (не)поштовања услова код права пречег продужења уговора.

Нацрт Грађанског законика Републике Србије предвиђа да се уговор о франшизингу, као и његове измене, допуне, обнова и престанак региструју у регистру Завода за интелектуалну својину Републике Србије⁴⁹, па се поставља питање да ли је регистрација погодан институт за доказивање поштовања услова права пречег продужења уговора. Чини се да регистрација франшизинга није најбоље решење из два разлога. Прво, регистрација и објављивање франшизинга (и доступност уговора о франшизингу јавности) се често не би могла спровести због поверљивости информација, односно пословне тајне, којој прималац франшизе има приступ, али се његова права и обавезе у вези са поверљивим информацијама могу унапред регулисати уговором о поверљивости података (*non-disclosure agreement*),⁵⁰ што би било неприменљиво за Завод за интелектуалну својину. Друго, ако би се предвидела регистрација франшизинга у Заводу за интелектуалну својину (и самим тим, доступност уговора јавности) уговорне стране би вероватно сачињавале “скраћене” верзије уговора за потребе регистрације (као што се то сада у пракси чини када је потребно достављање уговора за потребе регистрације у Агенцији за привредне регистре), како се не би објавиле поверљиве информације и уопште, информације о пословању и садржини уговора које закључују. Из наведеног разлога не би било могуће

48 Закон о промету непокретности, чл. 10.

49 Нацрт Грађанског законика, чл. 1262 ст. 2.

50 У Нацрту Грађанског законика предвиђена је обавеза примаоца франшизе да током трајања уговора о франшизингу, а и разумно време након његовог престанка, не открива трећим лицима поверљива обавештења и документа, која је добио од даваоца франшизе. Вид. чл. 1277 ст. 2 Нацрта.

доказивање поштовања услова права пречег продужења уговора увидом у уговор о франшизингу са новим примаоцем франшизе, већ би се доказивање вршило на исти начин као код права прече куповине.

Право пречег продужења уговора може да се примени, ако давалац франшизе жели да уступи франшизу новом примаоцу франшизе. Међутим, поставља се питање шта ће се десити, ако давалац франшизе не намерава да уступи франшизу новом примаоцу франшизе, већ да сам настави пословање након престанка уговора о франшизингу. У том случају се не би могло применити право пречег продужења уговора, па би једина могућност била правична накнада за уложени труд примаоца франшизе.

V Закључак

Неспорно је да се код уговора о франшизингу начело равноправности уговорних страна из члана 11 Закона о облигационим односима доводи у питање, имајући у виду да је давалац франшизе економски много јача уговорна страна од примаоца франшизе, па, самим тим, може наметати своје услове пословања примаоцу, који ће врло ретко бити у могућности да утиче на даваоца франшизе да се у уговору предвиде и одређена права примаоца, која искључиво њега штите. Тако, прималац има право на накнаду за клијентелу само ако је она предвиђена уговором, док у противном нема никаква права након престанка уговора о франшизингу. Ипак, накнада за клијентелу као законско право које би у одређеној мери заштитило примаоца франшизе и представљало награду за његов рад, није погодно, јер стриктно гледано, клијентела припада даваоцу франшизе, тако да је логично да ће он уживати све користи након престанка уговора о франшизингу. Међутим, право које би утицало на успостављање равноправности уговорних страна је право пречег продужења уговора на страни примаоца франшизе. Ово право би представљало заштиту примаоца франшизе, који би имао могућност да настави са обављањем франшизног пословања након истека рока на који је (првобитни) уговор о франшизингу закључен. Регулисањем овог права будућим Грађанским закоником Републике Србије би се у великој мери утицало на избегавање финансијски неповољних ситуација за примаоца франшизе, које могу настати након престанка уговора о франшизингу.

Maša MIŠKOVIĆ, M.A.

Junior faculty member at the Faculty of Law University of Belgrade

FRANCHISE FEES

Summary

In this paper, the author analyzes the various types of fees in franchise agreement: initial / entry fee, royalties, and so-called indemnity/ compensation. Special consideration is given to the indemnity/ compensation, bearing in mind that the franchisee is not entitled to it if it is not included into the contract. The reasons for and against this compensation are analyzed in order to come to a conclusion whether it is justifiable to regulate this tupe of fee by the Law, in particular, by the future Civil Code of the Republic of Serbia. The author is of the opinion that, however, this fee should not be included into the Law, given the fact that franchisor (not the franchisee) owns goodwill. Therefore, the sufficient form of protection of the franchisee as a weaker party in the franchise agreement, is the right of priority in contract extension, which should be included into the future Civil Code of Republic of Serbia. This institute would lead to the equity of contracting parties in the franchise agreement – the principle which initially does not exist, given that the franchisor is considerably stronger contracting party than franchisee, imposing its terms of business on the franchisee.

Keywords: *franchise agreement, initial fee, royalties, indemnity/ compensation, right of priority in contract extension*