

MEĐUNARODNI PRAVNI PROMET I UPOTREBA UGOVORA O FRANŠIZINGU I FAKTORINGU

REZIME: Franšizing nudi velike poslovne mogućnosti ali ima i mnogo mogućnosti za prevaru, kršenje zakona i zloupotrebu. Većina zemalja nema zakon o franšizingu i ne postoje zaštitne norme, zato su mnoge stavke dvosmislene i implicitne, koje takođe daju više mogućnosti za zloupotrebu.

Ključne reči: franšizing, prevara, kršenje zakona, faktoring

Uvod

Prve primere franšize srećemo u srednjem veku kada je franšiza bila privilegija ili pravo. Sa razvojem društva i privrede razvijao se i koncept franšizinga na međunarodnom planu.

Kao specifičan metod poslovne saradnje (kooperacije) franšizing poslovi se zasnivaju na ugovoru kao pravnom aktu. Pošto je u praksi našao široku primenu, odnosno postoje više vrsta i oblika ovog posla kao i više model-ugovora posredstvom kojih se realizuje, dosta je teško pravno odrediti tj. normirati ovaj posao kako na nacionalnom tako i na međunarodnom planu. Franšizing poslovi su veoma složeni, sačinjeni od različitih komponenti koje su brojne i specifične i najčešće ih je nemoguće obuhvatiti određenim pravnim propisom.¹

* Docent na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad

** Saradnik u nastavi na Pravnom fakultetu za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad

¹ Ivanka Spasić, *Normativno uređenje franšizing poslova – međunarodni aspekt*, Strani pravni život 2010, br.2, str. 271–292.

Franšizing kao poslovni koncept razvio se u SAD a kasnije je našao primenu u Engleskoj i drugim zemljama Evrope gde je našao komercijalnu primenu. Reč franšiza potiče iz staro-francuskog, a znači posebno pravo, privilegiju ili slobodu.

Zbog složenosti i brojnosti poslova koji se uređuju ugovorom o franšizingu kao i veoma velikog značaja u praksi se, bez obzira na veliku rasprostranjenost i prihvatljivost elektronske trgovine i u elektronskoj formi sačinjenih ugovora i prednosti koje oni donose u vidu brzine, tačnosti i sigurnosti prenošenja informacije, uvođenja novih načina plaćanja kreditnom karticom i elektronskim novcem i brisanjem geografskih granica, ovaj ugovor najčešće zaključuje u pismenoj formi mada zbog specifičnosti poslova i pojedinačnih situacija dozvoljeno je da se ugovor o franšizingu može zaključiti i usmeno.

Prenošenje znanja i iskustva mora imati svrhu postojanja, odnosno primalac treba da ima interes da upotrebljava ugovorom definisane veštine koje u ovom slučaju ne moraju biti zakonom zaštićene. Znanja i veštine definisani kao poslovna tajna mogu se duži vremenski period primenjivati u franšizing poslu od pronalaska koji je zaštićen patentom i čija je upotreba vremenski ograničena. Tuđa znanja i iskustva ne prenose se samo ugovorom o franšizingu nego i, kod nas poznatim, ugovorom o kooperaciji, zatim ugovorima o ulaganju stranog kapitala, ugovorima o licenci, inženjeringu i dr.

Značaj ugovora o *know-how* posmatrano sa nacionalnog i spoljnotrgovinskog aspekta je veliki tim više što zakonska regulativa u većini slučajeva uređuje opšte pojave, odnosno slučajeve a na ovaj način sačinjeni ugovori kao izvor prava koriste adhezione i tipske ugovore i opšte uslove poslovanja.

Svoje mesto u međunarodnoj razmeni franšizing poslovi pronašli su u poslovanju sa malim i srednjim trgovinskim i uslužnim oblicima organizovanja pošto ih je davalac franšizinga činio sposobnijim i konkurentnijim u odnosu na velike trgovinske organizacije na međunarodnom nivou. Ugovorom o franšizingu se ne prenosi samo specifično znanje i iskustvo koje može biti zaštićeno patentom ili ne, nego se širenjem poslovne mreže nudi standardni proizvod, usluga i sistematizovana prilagođena znanja za korišćenje i upotrebu.

U zavisnosti od kriterijuma podele franšizing ugovori se mogu podeliti na robni i poslovni franšizing.

Posredstvom robnih franšizing ugovora vrši se prodaja standardizovane robe u skladu sa definisanim odredbama ugovora i često stiče isključivo pravo prodaje ugovorom definisanih proizvoda na određenom mestu ili imenovanom tržištu.

Ugovorom o poslovnom franšizingu akcenat se stavlja na primenu standardizovanog načina poslovanja uz primenu brojnih kontrolnih odredaba ugovora prilikom pružanja standardizovanih usluga.

Teorija asimetričnih informacija i ugovor o franšizingu

Ugovor o franšizingu, kao i svaki drugi ugovor bez obzira koliko je pravno valjan i uređen u skladu sa pozitivnom zakonskom regulativom moguće je zloupotребiti. Neupućeni primaoci franšize² ne poseduju znanja da davalac nije stvarni vlasnik prava koja sadrži franšiza, odnosno know-how ne sadrži primenljive ili sadržajne veštine, znanja i iskustvo i dr. Sa pravnog stanovišta davalac franšizing posla poseduje isuviše veliko ovlašćenje da po svom nahođenju raskine sklopljen ugovor.³ Jedna od negativnih osobina ugovora o franšizingu je nemogućnost obnove ugovora.

Na nepovoljnost ugovora o franšizingu utiču i nesrazmerno veliki troškovi obuke, odnosno obuku izvodi povezano lice davaoca franšize po neekonomskoj ceni.

Negativna osobina ugovora o franšizingu je mogućnost postojanja prikrivenih osobina proizvoda, odnosno prikrivenih informacija.

Kako bi se omogućila što uspešnija prodaja proizvoda u skladu sa odredbama ugovora o franšizing poslu za primaoca franšize je bitno da bude upućen, odnosno da poseduje privilegovane informacije kao segment ukupnog izveštavanja.

U odnosima kupca i prodavca i van franšizing poslova problemi nastaju kod posedovanja privilegovanih informacija obično prodavca koji je u mogućnosti da o skrivenim karakteristikama proizvoda ne obavesti kupca, odnosno može da utiče na cenu proizvoda ili da ne pruži obaveštenja kupcu o nekim skrivenim osobinama proizvoda koji se prodaje. Učesnici na tržištu koji poseduju određene, drugima nepoznate informacije o određenim cenama i proizvodima ili njihovim proizvođačima ili uvoznici, koje drugim učesnicima na tržištima nisu dostupne, odnosno oni ih ne poseduju, u velikoj su prednosti.

Privilegovane informacije uopšte su poverljivog ili internog karaktera. Posedovanje ovih informacija može znatno da utiče prilikom prodaje većih količina proizvoda ili HoV, na ostvarivanje neopravdanog dobitka ili sprečavanja u redovnom poslovanju iskazivanja gubitka.

U razvijenim tržišnim ekonomijama posedovanje izvora i pribavljanje privilegovanih informacija se sankcioniše. U našoj zemlji pitanje pribavljanja privilegovanih informacija uređeno je odredbama Zakona o tržištu hartija od vrednosti.

Zakonskim odredbama je propisano⁴ da niko ne može da stiče, kupuje, prodaje ili na drugi način raspolaže hartijama od vrednosti upotrebom privilegovanih informacija.

Zabrana korišćenja privilegovanih informacija odnosi se na sva lica koja znaju ili su morala znati da u posedu imaju privilegovanu informaciju, a posebno

² Tamara Milenković Kerković, Zamke za neupućene, E-kapija, februar 2008.

³ Primer: R. Dayan vs McDonalds

⁴ Član 71. Zakona o tržištu hartija od vrednosti, Sl. gl. RS, br. 47/06, a primenjuje se od 11.12. 2006.

na lica koja u izvršavanju svojih poslovnih aktivnosti, svoje profesije ili funkcije došla su u posed privilegovanih informacija. Zabrana se odnosi na zaposlene kod izdavaoca; članove upravnog i nadzornog odbora; revizora; portfolio menadžera; investicionog savetnika, brokera, finansijskog analitičara, računovođu, advokata, aktuara, procenjivača, veštaka ili sudiju.

Osim navedenih lica, zabrana korišćenja privilegovanih informacija odnosi se i na sva lica koja imaju učešće u kapitalu izdavaoca od najmanje 10%, zatim zabranu ima i zavisno društvo izdavaoca kao i sva lica koja su stekla privilegovanu informaciju a znaju, odnosno mogla su znati da su je stekla od lica navedenih u ovom članu zakona. Zakon dalje definiše da su sva napred nabrojana lica dužna da kao poslovnu tajnu čuvaju podatke o privilegovanim informacijama i ne smeju ih saopštavati drugim licima, niti na osnovu njih preporučivati drugima da stiču, kupuju i prodaju hartije od vrednosti ili na drugi način raspolazu tim hartijama. Istovremeno sa zabranama i dužnostima uređena je obaveza navedenih lica da o svakoj izvršenoj kupovini ili prodaji hartija od vrednosti obaveste izdavaoca, Komisiju za hartije od vrednosti i organizatora tržišta na kome se obavlja trgovina. Saopštavanje privilegovanih informacija predstavlja krivično delo. Ako neko u nameri da sebi ili drugom licu pribavi protivpravnu imovinsku korist, drugom licu saopšti privilegovane informacije ili ko u nameri obmanjivanja investitora, u prospektu ili drugom obliku javnog oglašavanja objavi neistinite podatke ili činjenice kazniće se u skladu sa odredbama zakona.⁵

Prvi radovi u kojima se pominjala teorija asimetričnih informacija pojavili su se u sjedinjenim Američkim Državama. Američki naučnik Džordž Akerlof je u svom članku objavljenom 1970. godine izneo osnovne ideje i načine funkcionisanja teorije asimetričnih informacija. Nobelovom nagradom za ekonomiju nagrađeni su 2001. godine Džordž Akerlof, Džozef Stiglic i Majkl Spens.

Značaj koji teorija asimetričnih informacija ima za nauku istakao je nobelovac Kenet Erou i nazvao je ovu teoriju „najmoćnijim sredstvom ekonomske analize“⁶ stavljajući je ispred svih ekonomskih teorija dvadesetog veka. Dodela ove prestižne nagrade doprinela je većem interesovanju naučnih i stručnih krugova za teoriju asimetričnih informacija u svetu a nakon toga i u istočnim zemljama (Rusiji) što je izazvalo povećano interesovanje naučnih radnika i u Srbiji.

Uz ostale pogodnosti u okruženju pod dejstvom informacione asimetrije za veoma kratko vreme na tržištu se mogu postići znatne ekonomske koristi.

Izučavajući franšizing poslove razmotrićemo i probleme informacione asimetrije koja umanjuje efikasnost tržišnog mehanizma a katkad je i uzrok koristi ili šteta koje pogađaju pojedine učesnike u tržišnim transakcijama. Tržišni meha-

⁵ Član 85. i 86. Zakona o investicionim fondovima, Sl. gl. RS, broj 46/06.

⁶ Šolak, Zdravko: *Informaciona asimetrija u tržišnim odnosima-odraz na efikasnost i pravičnost*, Pravni Život 2005, br. 11.

nizam svojim delovanjem ne doprinosi pravičnosti raspodele ostvarenih prihoda pa ponekad izostanu i očekivani prinosi nedovoljno informisanih učesnika.

Teorija asimetričnih informacija ima izuzetan značaj za mnoge discipline kao: finansije i finansijska tržišta, oblast osiguranja, ekonomiku rada, istraživanje tržišta, ponašanje investitora a puno dodira ima sa disciplinama iz oblasti međunarodnog privrednog prava.

Asimetrična informisanost na međunarodnim tržištima javlja se u vidu različite informisanosti učesnika, prodavaca u kupaca, emitenata i ulagača. Sam čin kupovine i prodaje na tržištu mogu da prate velike razlike u obaveštenosti učesnika. Često prodavac poseduje više informacija, odnosno zna više o predmetu kupoprodaje tj. ima informacije o njegovim dobrim i lošim osobinama kao i skrivenim karakteristikama (ukoliko je od lošijih sirovina proizveden).

Mnoge sklopljene ugovore u oblasti međunarodne trgovine pogađa ovaj problem, češće kupca nego prodavca, odnosno obojicu pošto se odredbama svakog ugovora, pa i ugovora o franšizingu definiše buduće činjenično stanje koga se obe strane potpisnice ugovora moraju pridržavati.

Skrivena karakteristika u ugovoru može biti činjenica, podatak, zaključak ili neka druga odmah neuočljiva osobina, sa kojom je jedna strana upoznata a druga nije.

Na međunarodnom nivou privilegovane informacije, kao segment ukupnog izveštavanja akcionarskih javnih društava, mogu doneti veliku ekonomsku korist onome ko ih poseduje ili štetu onome ko iz bilo kojih razloga nije bio upoznat sa njima.

Problem informacione asimetrije može zahvatiti različite oblasti. Pojedine grupe učesnika koji su bliži izvorima informisanja (insajderi) mogu zloupotребiti dostupne im informacije u smislu ostvarivanja velike dobiti. Zadatak usvojene zakonske i podzakonske regulative na međunarodnom nivou je da spreči i sankcioniše takva ponašanja.

Ovakve pojave na međunarodnim finansijskim tržištima su česte i za njih se koristi naziv „insider trading“, odnosno trgovanje ili pružanje usluga na bazi poverljivih informacija. U Sjedinjenim Američkim Državama sprovode se rigorozne kazne putem:

- povraćaja celokupnog ostvarenog profita nastalog u spornoj transakciji;
- plaćanje tri puta većih penala od iznosa ostvarenog profita;
- pokretanje utvrđivanja krivične odgovornosti (kazne zatvora i do deset godina) i
- automatska zaplena ukupno obuhvaćene imovine do okončanja postupka suđenja.

Pošto se većina odredbi teorije asimetričnih informacija odnosi i na franšizing poslove što potvrđuje činjenično stanje da ugovor o franšizingu ne sadrži odredbe zaštitinih dispozitivnih normi, odnosno u većini zemalja ugovor o

franšizingu je neimenovan ugovor. Jedan deo pružaoca usluga uskraćuje tj. prikriva informacije značajne za otpočinjanje posla, odnosno podržava prikrivanje budućih obaveza davaoca franšizing posla (kupovine robe tj. usluga od određenih snabdevača koji su u vezi sa davaocem).

Negativne odredbe franšizing ugovora odnose se na cene, prikrivanje prošlih ili aktuelnih sudskih ili arbitražnih sporova koje davalac vodi sa nekadašnjim korisnicima, neplaćanje za unapređenje franšize nakon isteka ugovora, postojanje isuviše dugog perioda nakon isteka ugovora u kome nekadašnji korisnik ne može da konkuriše davaocu franšizinga postojanje tzv. post-ugovorne konkurencije.

Jedna od poteškoća na međunarodnom nivou može da bude i sačinjavanje teksta ugovora na jeziku koji ne poznaje ili slabo poznaje korisnik franšizinga, zatim postojanje zabrane da se franšiza prenese na treće lice, nepoštovanje pravila o pismenoj formi i službenom jeziku na kome je sačinjen ugovor i druge bitne osobine ugovora.

Kao jedan od čestih načina zloupotrebe je i primena MLM (multi level marketinga), koji kombinuje poslovni model s franšizom, ali takvi oblici zarade najčešće uključuju određene naknade koje se plaćaju unapred i predstavljaju klasične prevarne radnje prodavaca nad naivnim korisnicima.

Brojne zloupotrebe i prevarna delovanja do kojih je dolazilo u toku izvršavanja ugovora o franšizingu, izraz su korišćenja ekonomske nadmoći davalaca franšizinga, koji precenjivanjem vrednosti franšize, zloupotrebom prava na pre vremena raskid ugovora, i neplaćanjem nadoknade za uvećani *goodwill*, raskidom ugovora nanosili su štetu ekonomski slabijem partneru - primaocu franšizinga. Sa pravnog stanovišta posmatrano, istorija američke regulative ugovora o franšizingu pokazuje da su se davaoci franšizinga, preko svojih asocijacija otvoreno suprotstavljali svakom pokušaju zakonodavca da imperativnim pravilima reguliše obligaciono-pravne efekte ovog ugovora, prepuštajući franšizing ugovor autonomiji volje ugovornih strana, namećući korisnicima svoje uslove, u vidu unapred odštampanih (adhezionih) ugovora, tako da su svi predlozi zakona o franšizingu nailazili na neuspehe.⁷

U okviru Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT)⁸ izvršeno je usvajanje pravne regulative pod nazivom Načela međunarodnih trgovinskih ugovora, odnosno opštih pravila postupka iz oblasti ugovora o franšizingu. Model zakon o predugovornom obaveštavanju kod ugovora o franšizingu je instrument, koji putem usvajanja od strane nacionalnih zakonodavstava treba da omogući unifikaciju pravila pomoću kojih se u fazu zaključenja ugovora unosi transparentnost i tako štiti primalac franšizinga od zloupotreba i prevarnog delovanja ekonomski snažnijeg partnera. Iskustva uporednog zakono-

⁷ Milenković-Kerković Tamara D. Ugovor o franšizingu – zakon ili ne, pitanje je sad? Ekonomske teme 2005, vol. 43, br. 3, str. 97

⁸ UNIDROIT – *International Institute for Unification of Private Law*

davstva ukazuju na potrebu da se i u domaćem pravu uredi oblast predugovornog obaveštavanja prilikom zaključenja ugovora o franšizingu, pre svega sa ciljem zaštite domaćih subjekata – primalaca franšizinga, dok oblast obligaciono-pravnih dejstava treba prepustiti autonomiji volje ugovornih strana uz oslanjanje na opšta načela obligacionog prava.⁹

Franšizing poslove je teško urediti sa pravnog stanovišta pre svega zbog nerešenog pitanja njegove pravne prirode, kompleksnog predmeta ugovora, usled velikog broja pravnih disciplina sa kojima je franšizing povezan ali i zbog protivljenja davalaca franšizinga - ekonomski snažnijih partnera velikih multinacionalnih korporacija, da se regulativom franšizinga u ovaj ugovorni odnos unese ekvivalencija.

Postojanje pravne regulative na međunarodnom nivou doprinelo je razvoju franšizing poslova. Ugovori o franšizingu spadaju u oblast autonomnog međunarodnog trgovinskog prava. Pravne izvore značajne u oblasti međunarodne prodaje robe čine tipski ugovori i opšti uslovi Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu (Ženevski opšti uslovi) kao i Inkoterms-i, odnosno međunarodna pravila za tumačenje trgovinskih termina.

Franšizing i faktoring poslovi

Factoring poslovi se mogu definisati kao prodaja kratkoročnih potraživanja, odnosno jedan od oblika alternativnog kratkoročnog finansiranja koji prodajom kratkoročne imovine –prvenstveno prodajom potraživanja od kupaca ili dužnika, ustupa svoje potraživanje specijalizovanoj finansijskoj organizaciji koja se naziva faktoring društvo.

Osnovni predmet sačinjavanja ugovora o faktoringu je cesija, odnosno ustupanje potraživanja uz naplatu. Asignacija, kompenzacija i cesija predstavljaju bezgotovinske načine plaćanja, odnosno način izmirivanja obaveza između dužnika i poverioca, kada između njih postoje dve ili više obligacija. Cesija predstavlja ustupanje, odustajanje jednog od učesnika prenošenja obligacije sa dotadašnjeg na novog poverioca, pri čemu se dužnik i predmet obligacije ne menjaju. Sačinjavanjem ugovora o cesiji stari poverilac istupa iz obaveze, stvara novi obligacioni odnos sa novim poveriocem kome odgovara za naplativost potraživanja. Prenos obligacija cesijom se može vršiti na osnovu sačinjenog ugovora između novog poverioca koji prima potraživanje, i starog poverioca koji ustupa potraživanje, pri čemu pristanak dužnika nije potreban ili po osnovu sudske odluke.

Ugovorom o cesiji prodavac ustupa (cedira) faktoring društvu nedospela potraživanja koja su predmet ugovora, prema kupcima – dužnicima. Faktoring društvo u skladu sa odredbama ugovora na sebe preuzima rizik poslovanja za naplatu potraživanja od dužnika u budućnosti.

⁹ Milenković-Kerković Tamara D. Ugovor o franšizingu – zakon ili ne, pitanje je sad? Ekonomske teme 2005, vol. 43, br. 3, str. 95

Zajedničko i za faktoring i za franšizing poslove je da su posebno pogodni za mala i srednja preduzeća kao i za preduzetnike.

Finansiranje putem faktoringa je povoljnije u odnosu na finansiranje putem kredita u banci. Realizacijom faktoring ugovora dolazi se brže do slobodnih novčanih sredstava pošto se sredstva po prodaji potraživanja naplate neposredno po potpisivanju ugovora. Sačinjavanjem ugovora o faktoringu preduzeće dobija mogućnost transformacije sopstvene kratkotrajne imovine iz potraživanja u novac, čime se dolazi do potrebne količine likvidnih sredstava neophodnih za redovno poslovanje.

Faktoring ugovorima se najčešće regulišu kupovina potraživanja koja potiču od prodate robe i usluga na domaćem i stranom tržištu. Kao i kod franšizing poslova i faktoring poslovi nisu pravno uređeni, odnosno prodaja potraživanja se obavlja u skladu sa odredbama Zakona o obligacionim odnosima¹⁰ kao i na osnovu posebnih pravila za pojedine ugovore sačinjene od različitih elementa i spojene u ugovor o ovom veoma složenom mešovitom pravnom poslu. Pravna regulativa o faktoring poslovima u našoj zemlji bi trebalo da bude upotpunjena usvajanjem nacrta Zakona o faktoringu.

Na međunarodnom nivou ugovor o faktoringu pravno je uređen Konvencijom UNIDROIT-a o međunarodnom faktoringu iz 1988. godine.

Zaključak

Model zakon o predugovornom obaveštavanju kod ugovora o franšizingu je instrument, koji (usvajanjem od strane nacionalnih zakonodavstava) omogućava unifikaciju pravila koja u fazu zaključenja ugovora uvode transparentnost i na taj način štite primaoca franšizinga od eventualnih zloupotreba i prevara ekonomski snažnijeg partnera.

¹⁰ Sl. List SFRJ, broj 29/78, 39/85, 57/89 i Sl. Glasnik SRJ, broj 31/93.

Assist. Prof. Radica Šipovac, Ph.D.

Faculty of Law, University of Business Academy, Novi Sad

Borislav Bojić, MA

Assistent on the Faculty of Law, University of Business Academy, Novi Sad

***International Transaction and the use
of franchising and factoring***

A b s t r a c t

Franchising offers great business opportunities, but there are a lot of possibilities of frauds, law violations and malpractice. The majority of countries do not have a separate franchising law, and there are no protective norms – a lot of things are ambiguous and implicit, which also gives more opportunities for misuse. The possibilities for misuses and frauds are numerous. Potential franchisees (and potential fraud victims) should take steps to prevent frauds.

Key words: franchising, frauds, law violations, factoring

Literatura

1. American Association of Justice, Binding mandatory arbitration victim Deborah Williams and others to testify at hearing on Arbitration Fairness Act of 2007 October 24, 2007
2. Milenković-Kerković Tamara, Zamke za neupućene, E-kapija, februar 2008
3. Milenković-Kerković Tamara D. Ugovor o franšizingu – zakon ili ne, pitanje je sad? Ekonomske teme 2005, vol. 43, br. 3, str. 93-109
4. Stephanie Mencimer, Franchise Fraud: Wake and smell fine print, Motner Jones, Feb 2009
5. Mlikotin-Tomić, D. Ugovor o franšizingu, Zagreb, 1986.
6. www.justice.org
7. www.franchisebusiness.com.au/c/optimum-assurance-group
8. www.michaelwebster.net
9. www.pks.rs