

Dr. sc. Nina Širola,
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

UGOVOR O SAVJETOVANJU IZMEĐU ČLANA NADZORNOG ODBORA I DIONIČKOG DRUŠTVA ČIJE POSLOVANJE NADZIRE

UDK: (347) (497.5)

Pregledni rad

Primljeno: 1. XII. 2014.

U radu se analizira savjetodavna djelatnost članova nadzornih odbora dioničkih društava u društvima čije poslovanje nadziru. Nakon uvodne analize ugovora o savjetovanju sklopljenog između društva i člana njegova nadzornog odbora, naročita se pozornost posvećuje doseg i ispravnom tumačenju posebnog pravnog režima koji se primjenjuje na navedene ugovore s obzirom na smisao i cilj čl. 270. ZTD-a. Analiza savjetodavnih ugovora prezentirata se u komparaciji s njemačkim pravom društava koje te ugovore u osnovi podudarno normativno određuje.

Autor najprije razmatra koji ugovori u sadržajnom smislu potpadaju pod doseg odredbe čl. 270. ZTD-a. Potom analizira na koji je način odredbu čl. 270. ZTD-a potrebno tumačiti. Na kraju objašnjava kada se i iz kojih razloga čl. 270. ZTD-a primjenjuje na ugovore koje ne sklapaju neposredno član nadzornog odbora i društvo čije poslovanje nadzire. Temeljem provedene analize, autor zaključuje da je savjetodavna djelatnost članova nadzornog odbora u domaćem pravu odgovarajuće regulirana.

Cljučne riječi: *ugovor o savjetovanju, nadzorni odbor, suglasnost, odobrenje, privola, sukob interesa*

1. UVOD

Sklapanje ugovora o pružanju savjetodavnih usluga između društva i članova njegova nadzornog odbora nije neuobičajeno. Članovi nadzornog odbora su mahom stručnjaci za određena područja koja su od interesa društvu. Dopušteno im je društvo savjetovati o svim pitanjima koja ne potpadaju pod redovne dužnosti djelovanja u nadzornom odboru i koja ne zadiru u nadležnost uprave.¹ Istovremeno, savjetničko djelovanje članove nadzornog odbora izlaže sukobu interesa. Unatoč tome, ono je opravdano, potrebno i povezano s transparentnim korporativnim upravljanjem.²

¹ Članovima nadzornog odbora zabranjeno je društvo savjetovati o poslovdstvenim pitanjima jer je to nespojivo s poslom koji obavljaju u nadzornom odboru. Ta zabrana proizlazi i iz izričite odredbe čl. 255, st. 2, t. 1. Zakona o trgovačkim društvima (dalje: ZTD), NN 111/1993, 34/1999, 121/1999, 52/2000, 118/2003, 107/, 146/2008, 137/2009, 111/2012, 125/2011, 68/2013. V. i Barbić, J., *Pravo društava*, Knjiga druga, *Društva kapitala*, Svezak 1., „Dioničko društvo“, 6. izm. i dop. izd., Zagreb, 2013., str. 921.

² Slučajevi u kojima članovi nadzornog odbora jednog trgovačkog društva rade kao savjetnici drugog trgovačkog društva koje posluje s društvom u čijem se nadzornom odboru nalaze ili su blisko povezani s trgovačkim društvom koje posluje s društvom koje nadziru, poznati su domaćoj poslovnoj praksi (HEP d.d. i Deloitte d.o.o.).

Izloženost sukobu interesa popratna je pojava članstva u nadzornom odboru. Članovi nadzornog odbora nerijetko su izloženi sukobu interesa jer je djelovanje u nadzornom odboru njihovo sporedno djelovanje.³ ZTD, propisujući tko ne može biti član nadzornog odbora (čl. 255, st. 2. ZTD-a), svjesno dopušta članovima nadzornih odbora da istovremeno obavljaju funkcije u organima drugih društava.⁴ Propisivanjem posebnog pravnog režima za ugovore o savjetovanju između članova nadzornog odbora i društva čije poslovanje nadziru, ZTD prepoznaje i pristaje na sukob interesa koji se pritom javlja u osobi člana nadzornog odbora. Unatoč tome što sklapanje ugovora o savjetovanju članu nadzornog odbora može otežati obavljanje nepristranog nadzora, ono nije zabranjeno već je valjanost takvih ugovora vezana uz suglasnost nadzornog odbora.

Ovaj rad nudi praktičnu i pravnu analizu ugovaranja savjetodavne djelatnosti u okviru pravnog režima određenog čl. 270. ZTD-a. Pruža odgovore na pitanja o dopuštenom predmetu ugovora o savjetovanju, primjerenom honoraru, suglasnosti nadzornog odbora kao pretpostavci valjanosti ugovora i o području primjene posebnog pravnog režima propisanog za ugovore između društva i članova njegova nadzornog odbora.

2. UGOVOR O PRUŽANJU SAVJETODAVNIH USLUGA

Djelovanje članova nadzornog odbora kao vanjskih savjetnika društva s jedne strane narušava težnju trgovačkog društva za potpuno neovisnim članovima nadzornog odbora, a s druge strane odgovara na potrebu društva za profesionalnim savjetom.⁵ ZTD uviđa da samostalna savjetodavna djelatnost članova nadzornog

³ Članovi nadzornog odbora koji se nađu u sukobu interesa dužni su tu okolnost prepoznati i sukob interes riješiti na korist interesa društva (suzdržavanjem od korištenja pravom glasa ili ostavkom). Detaljno o dužnoj pozornosti i odgovornosti članova nadzornog odbora v. u Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 965 i dalje. Za usporedbu njemačko pravo v. primjerice Spindler, G. u Spindler, G., Stilz, E, *Aktiengesetz*, 2. izd., 2010., § 116, rbr 66, 67, 70. § 116 njemačkog Zakona o dionicama (*Aktiengesetz*, dalje: AktG) u bitnome odgovara odredbi čl. 272. ZTD-a.

⁴ ZTD ne brani istovremenu djelatnost člana nadzornog odbora u organima konkurirajućih društava, zbog čega je zabranjena analogna primjena čl. 255, st. 2. ZTD-a. Isto je shvaćanje prihvaćeno u njemačkoj pravnoj književnosti, v. primjerice Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 116, rbr 66, 69, pozivanjem na odredbu § 100 AktG kojoj odgovara odredba čl. 255. ZTD-a.

⁵ Posljednjih godina Njemačka bilježi porast broja sudskih postupaka koji za predmet imaju savjetodavne ugovore s članovima nadzornog odbora. V. primjerice BGH, presuda od 3. 7. 2006. – II ZR 151/04 (OLG Köln), NZG 2006., str. 712, u kojoj je njemački Vrhovni sud (*Bundesgerichtshof*, BGH) zaključio da savjetodavni ugovori s članom nadzornog odbora mogu biti odobreni samo ako nadzorni odbor iz njihova sadržaja može zaključiti potpada li ugovoreni savjet u okvir dužnosti koje nadzorni odbor redovito obavlja i kolika je ugovorena naknada. U presudi BGH-a od 20. 11. 2006. – II ZR 279/05, (Frankfurt a.M.), WM 2007/2, str. 75, sud je istaknuo da se odredbe § 113 i 114 AktG (čl. 269. i 270. ZTD-a) primjenjuju na savjetodavne ugovore koje dioničko društvo sklapa s drugim društvom u kojem udjele ili dionice drži član nadzornog odbora (bez obzira na to je li većinski član ili nije), osim kada se radi o ugovorima na osnovi kojih se isplaćuje beznačajna naknada ili naknada koja je zanemariva u usporedbi s naknadom koju član nadzornog odbora prima za rad u nadzornom odboru. U presudi OLG Frankfurt a.M., od 21. 9. 2005. – I U 14/05, NZG 2006, str. 29, potvrđeno je shvaćanje Vrhovnog suda prema kojem je za valjanost ugovora o savjetovanju koji sklapaju d.d. i d.o.o., u kojemu član nadzornog odbora nije samo marginalan udjelničar, potrebna privola nadzornog odbora. U presudi „Fresenius“ od 10. 7. 2012. – II ZR 48/11 (OLG Frankfurt a. M.) njemački je Vrhovni sud zaključio da je isplata honorara prethodno privoli

odbora može narušiti njihovu neovisnost no takvu djelatnost ne brani, nego je podvrgava posebnom pravnom režimu. Valjanost svakog ugovora o pružanju savjetodavnih usluga što ga društvo sklapa s članom vlastitog nadzornog odbora determinirana je sa suglasnosti nadzornog odbora (čl. 270. ZTD-a).

Člankom 270, st. 1. ZTD-a propisano je da je za sve ugovore koje član nadzornog odbora sklapa s društvom izvan obavljanja poslova člana toga odbora potrebna suglasnost nadzornog odbora. Navedena se zakonska odredba u prvome redu odnosi na ugovore o pružanju savjetodavnih usluga i na slične ugovore o djelu koji člana nadzornog odbora obvezuju na pružanje usluge koja prelazi dužnosti kojima je vezan u okviru rada u nadzornom odboru⁶ i koja se temelji na njegovim posebnim znanjima.^{7 8} Savjetodavni ugovori koje član nadzornog odbora sklapa s društvom opravdano su podvrgnuti posebnom pravnom režimu budući da se radi o ugovorima koji su redovito povezani s plaćanjem značajnih honorara za činidbu koja nije konkretno mjerljiva. Iz tog je razloga potencijalan nerazmjer između ugovorenih činidbe i protučinidbe objektivno teško prepoznatljiv i provjerljiv.⁹ Prilikom procjene ugovora koji podliježu suglasnosti iz čl. 270. ZTD-a, nadzorni odbor stoga mora vagati između interesa što nezavisnijeg provođenja nadzora i interesa korištenja posebnih znanja člana nadzornog odbora.

nadzornog odbora protupravna čak i ako je ugovor naknadno odobren, odnosno da se na osnovi pendentnih ugovora o savjetovanju ne smiju isplaćivati ugovorene naknade. Sud se pritom pozvao na cilj odredbe § 114 AktG (čl. 270. ZTD-a) da nadzornome odboru omogući preventivnu provjeru sadržaja ugovora o savjetovanju kako bi se izbjeglo savjetovanje o pitanjima iz redovne nadležnosti nadzornog odbora. Takvo preventivno ispitivanje trebalo bi također spriječiti isplate previsokih naknada. Sud je naglasio da isplate naknade prije naknadnog odobrenja ugovora predstavljaju protupravno ponašanje uprave i nadzornog odbora. Kritički o navedenom shvaćanju suda v. *infra*.

U njemačkoj pravnoj književnosti pitanjem savjetničkih ugovora bavili su se između ostalih Peltzer, M., *Beratungsverträge der Gesellschaft mit Aufsichtsratsmitgliedern: Ist das gute Corporate Governance?,* *Zugleich Besprechung BGH v. 20. 11. 2006 – II ZR 279/05, ZIP, 2007, str. 305;* Tophoven, A., *Sind Rahmen-Beratungsvereinbarungen mit Aufsichtsratsmitgliedern (doch) noch zu retten?* *BB 2007/45, str. 2413;* Bosse, C., „*Rechtliche Anforderungen an Verträge mit Aufsichtsratsmitgliedern und die Zustimmung des Aufsichtsrats nach § 114 AktG*“, *NZG 2007., str. 172;* Spindler, G., „*Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern – Vorabzustimmung oder nachträgliche Genehmigung?*“, *NZG 2011., str. 335;* Bicker, E. T., „*Zulässigkeit von Vorstandszahlungen an Aufsichtsratsmitglieder*“ – *Besprechung von OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 25. 2. 2011., 5 U 30/10, BeckRS 2011., 03434 („Fresenius“), DStR 2011., str. 2155.* U austrijskoj pravnoj književnosti savjetničkim ugovorima između člana nadzornog odbora i društva koje nadzire bavili su se primjerice Hügel, H. F., *Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder*, *GesRZ, 1996., str. 213* i dalje; Kalss, S., *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. izd., München, 2008., § 113, rbr 68.

⁶ Čl. 270. ZTD-a odnosi se isključivo na ugovore kojima je ugovorena činidba koja izlazi iz okvira djelatnosti na koju je član nadzornog odbora obavezan zbog svog položaja u nadzornom odboru.

⁷ Opisana posebna znanja imat će, primjerice, pravni i porezni savjetnici.

⁸ Različito od odredbe čl. 270, st. 1. ZTD-a, § 114 AktG izrijekom se odnosi samo na ugovore u odjelu na temelju kojih se ne zasniva radni odnos i na ugovore o radu kojima se preuzima obveza obavljanja posebnih poslova (...*Dienstvertrag, durch den ein Arbeitsverhältnis nicht begründet wird, oder durch einen Werkvertrag gegenüber der Gesellschaft zu einer Tätigkeit höherer Art...*). V. § 114 AktG; Hambloch-Gesinn, S., *Gesinn, F. J. u Hölters, W., Aktiengesetz*, 1. izd., München, 2011., § 114, rbr 1; Hüffer, U., *Aktiengesetz*, 10. izd., München, 2012, § 114, rbr 1; Henssler, M. u Henssler, M., Strohn, L., *Gesellschaftsrecht*, 1. izd., München, 2011., § 114, rbr 1, 2.

⁹ Isto stajalište u usporedivom njemačkom pravu iznosi Henssler, M., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 2.

Čl. 270. ZTD-a, osim što valjanost pravnog posla između društva i člana njegova nadzornog odbora vezuje uz suglasnost nadzornog odbora, predstavlja i pravilo kako se članovi nadzornog odbora moraju ponašati žele li postupati u skladu s dužnosti urednog i savjesnog gospodarstvenika (čl. 272. u vezi s čl. 252, st. 1. ZTD-a). Od člana nadzornog odbora se u tom smislu očekuje da kritički preispita nudi li mu uprava sklapanje ugovora o savjetovanju zbog njegovih znanja i poslovne reputacije ili zbog činjenice da je član nadzornog odbora, te da na temelju donesenog zaključka odluči hoće li s društvom stupiti u ugovorni odnos.¹⁰

Cilj odredbe čl. 270. ZTD-a jest osigurati uredan nadzor i transparentnost korporativnog upravljanja.¹¹ Odredba čl. 270. ZTD-a, zajedno s odredbom čl. 269. ZTD-a kojom su propisani uvjeti nagrađivanja članova nadzornih odbora za njihov rad, tvori pravni sistem nagrađivanja članova nadzornog odbora propisan s ciljem osiguranja nepristranog nadzora nad poslovanjem društva. Odredbama čl. 269. i čl. 270. ZTD-a spriječena je mogućnost da član nadzornog odbora zaobilaznim putem od uprave stekne posebne koristi uz naknadu za posao koji obavlja u nadzornom odboru i kroz to izgubi neovisnost koja mu je potrebna za obavljanje nadzora nad poslovanjem društva.¹²

Kad valjanost ugovora s članovima nadzornog odbora ne bi ovisila o suglasnosti nadzornog odbora, uprava bi kroz ugovorne odnose s članovima nadzornog odbora mogla utjecati na članove tog organa. To bi bio nepoželjan rezultat koji je potrebno izbjeći.¹³ Zakonodavac opisani utjecaj pokušava spriječiti ne samo propisivanjem obveze pribavljanja suglasnosti nadzornog odbora glede ugovora koje društvo sklapa s članom nadzornog odbora, već i kroz odredbu o odgovornosti člana uprave za protuzakonite isplate članovima nadzornog odbora (čl. 252, st. 3, t. 7. ZTD-a). Na nadzornom je odboru da prilikom donošenja zaključka o davanju suglasnosti na ugovor o savjetovanju ocijeni postoje li u konkretnom slučaju uzajamna davanja između člana i društva koja opravdavaju plaćanje posebne naknade za stručan savjet. Na taj je način osiguran nepristran nadzor nad vođenjem poslova društva, društvu je omogućeno da od vlastitog člana nadzornog odbora pribavi stručan savjet i osigurano je da se članu nadzornog odbora takav dodatni posao primjereno financijski nadoknadi.

Savjetodavna djelatnost članova nadzornog odbora koja se posebno ugovara i plaća te koja podliježe pretpostavci valjanosti određenoj u čl. 270. ZTD-a samo je ona koja predstavlja djelatnost izvan nadležnosti člana nadzornog odbora za koju član nadzornog odbora prima značajnu naknadu.¹⁴ Iz tog je razloga

¹⁰ Tako za usporedivo njemačko pravo Habersack, M. u Goette, W., Habersack, M., Klass, S., *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. izd., München, 2008., § 114, rbr 2.

¹¹ V. i t. 4.2. – 4.11. Kodeksa korporativnog upravljanja HANFA-e i Zagrebačke burze.

¹² Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 875.

¹³ O tom nespornom shvaćanju u njemačkoj pravnoj književnosti v. primjerice Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 335; Bosse, C., op. cit. u bilj. 5, str. 172.

¹⁴ O tome v. *infra*.

potrebno razlikovati savjetodavnu djelatnost koja podliježe suglasnosti od one koja ne podliježe suglasnosti nadzornog odbora. Ta potreba pred upravu i člana nadzornog odbora stavlja zahtjev dostatne konkretizacije sadržaja ugovora o savjetovanju i honorara koji će član nadzornog odbora primiti za ugovorene radnje.¹⁵ Iz sklopljenog ugovora mora biti moguće nedvojbeno zaključiti leži li ugovoren savjet izvan okvira redovnih dužnosti nadzornog odbora i je li naknada članu nadzornog odbora primjerene visine.¹⁶

2. 1. Razgraničenje između savjetodavne djelatnosti koja podliježe suglasnosti nadzornog odbora i redovnih dužnosti nadzornog odbora

Osnovna je dužnost nadzornog odbora obavljanje nadzora nad vođenjem poslova društva.¹⁷ Dužnost obavljanja nadzora u najvećoj se mjeri odnosi na razmatranje onoga što je uprava već poduzela, dakle na ponašanje uprave koje prethodi vremenu nadzora. Međutim, nije ograničena na naknadni nadzor. Nadzorni je odbor dužan upravu savjetovati kako postupiti u određenim pitanjima budućeg vođenja poslova društva. Takvo davanje savjeta smatra se preventivnim djelovanjem pri nadzoru.¹⁸ Nadzor obuhvaća ispitivanje mjera koje uprava planira poduzeti u budućnosti kako bi se prevladale prepoznate manjkavosti ili problemi i kako bi se utjecalo na upravu da poslove društva vodi pravodobno, uredno i svrhovito u interesu društva, s ciljem postizanja trajne rentabilnosti poslovanja.¹⁹ Dužnost je nadzornog odbora da upravu savjetuje o temeljnim pitanjima budućeg vođenja poslova te o mjerama koje se trebaju poduzeti kako bi se ispravile manjkavosti u poslovanju.²⁰ Članovima nadzornog odbora je, dakako, zabranjeno društvo savjetovati na način koji je izjednačiv s obavljanjem djelatnosti operativnog vođenja poslova društva budući da je na vođenje poslova društva ovlaštena samo uprava (čl. 240, st. 1. ZTD-a). Članovi nadzornog odbora o pitanjima operativnog vođenja poslova društvo ne mogu savjetovati ni u okviru rada u nadzornom odboru niti u okviru samostalne savjetničke djelatnosti.²¹

Činjenica je da je društvu u određenim situacijama potreban savjet koji prelazi okvire savjetodavne dužnosti nadzornog odbora. Određena pitanja pravne ili

¹⁵ Bicker, E. T., op. cit. u bilj. 5, str. 2155; Bosse, C., op. cit. u bilj. 5, str. 173.

¹⁶ Takvo je stajalište potvrđeno u njemačkoj sudskoj praksi i književnosti; v. BGH, presuda od 2. 4. 2007. – II ZR 325/05 (OLG Koblenz), NZG 2007., 516; Bosse, C., op. cit. u bilj. 5, str. 173; Tophoven, A., op. cit. u bilj. 5, str. 2413.

¹⁷ V. čl. 182, st. 1; 220., st. 3; 240., st. ; 244, 247; 249. st. 1; 263, st. 2; 263, st. 3; 263, st. 4. itd.

¹⁸ Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 929; za usporedivo njemačko pravo v. Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 17.

¹⁹ Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 929, 930; isto stajalište u njemačkoj pravnoj književnosti iznose Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 5; Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 17.

²⁰ V. i čl. 250, st. 1. ZTD-a.

²¹ U dioničkim društvima s monističkim ustrojem organa također je isključena mogućnost ugovaranja savjeta o pojedinim pitanjima iz domene operativnog vođenja poslova, no ne iz razloga nenadležnosti već zbog toga što se radi o redovnoj dužnosti neizvršnih direktora kao članova upravnog odbora (čl. 272.h, st. 1. ZTD-a). V. i Barbić, Jakša, op. cit. u bilj. 1, str. 1054 i dalje.

tehničke prirode koja se ne odnose na operativno vođenje poslova ne mogu se i ne trebaju se smatrati pitanjima na koja članovi nadzornog odbora moraju dati odgovor iza kojeg stoje pod prijeljnom obveznopravne odgovornosti (čl. 272, st. 1. u vezi s čl. 252, st. 2. ZTD-a).²² U takvim situacijama društvo ima pravo od člana nadzornog odbora zatražiti poseban savjet i takav savjet odgovarajuće honorirati.²³

Odluka o tome radi li se u konkretnom slučaju o savjetu na koji je član nadzornog odbora dužan s obzirom na svoju funkciju u društvu, uvijek počiva na razmatranju predmeta ugovora o savjetovanju.²⁴ Predmet ugovora o savjetovanju koji se sklapaju s članovima nadzornog odbora može biti isključivo savjet koji ne potpada pod redovne dužnosti nadzornog odbora. Iz tog razloga savjetodavna djelatnost koja se posebno ugovara mora biti dostatno određena. Kad sadržaj ugovora nije dostatno određen, nadzorni odbor ne može procijeniti ugovara li se savjet glede postojećih dužnosti članova nadzornog odbora ili glede posebnih savjetodavnih dužnosti koje su izvan obavljanja poslova člana toga odbora (čl. 270. ZTD-a), odnosno ne može zaključiti radi li se o ugovoru koji je opravdano sklopiti. Iz tog je razloga zabranjeno davanje suglasnosti na okvirni ugovor o savjetovanju čiji predmet nije jasno određen, na ugovor koji samo primjerično nabraja pitanja glede kojih se ugovora savjetovanje ili na ugovor u kojem nije naveden iznos naknade koja će se članu nadzornog odbora isplatiti za obavljeno savjetovanje.²⁵

Potrebno je naglasiti da poduzetničke odluke o kojima nadzorni odbor ima pravo i dužnost savjetovati društvo, a koje sadrže kompleksna tehnička, financijska ili pravna pitanja, uvijek potpadaju pod opseg redovnih dužnosti nadzornog odbora. Bez obzira na to što se radi o pitanjima o kojima savjet nerijetko ovisi o posebnim znanjima člana nadzornog odbora, on za takav savjet od društva ne smije primati posebnu naknadu s naslova ugovora o savjetovanju.²⁶ Razgraničenje dopuštenog prema nedopuštenom predmetu ugovora o savjetovanju također ne ovisi o tome prelazi li volumen posla uobičajene zahtjeve koje savjetovanje stavlja pred članove ili pred predsjednika nadzornog odbora. Kad savjet sadržajno odgovara redovnim dužnostima nadzornog odbora, čl. 270. ZTD-a nije primjenjiv i sklopljeni je ugovor ništetan s naslova čl. 269. ZTD-a u vezi s čl. 322. ZOO-a. Sklapanje ugovora o savjetovanju s članovima nadzornog odbora zabranjeno je i u slučajevima savjetovanja o nizu pitanja od kojih samo neka potpadaju pod redovne dužnosti nadzornog odbora.²⁷ Ako je ugovoren savjet čiji je predmet

²² V. Spindler, G., op. cit u bilj. 3, § 114, rbr 18.

²³ Ugovori kojima je ugovoren savjet na koji je član nadzornog odbora dužan u okviru svoje djelatnosti u nadzornom odboru protivni su odredbi čl. 269. ZTD-a i stoga ništetni (čl. 322. ZOO-a).

²⁴ Tako i vodeća njemačka pravna književnost. V. primjerice Hüffler, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 5; Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 308.

²⁵ Dovoljno je da je u ugovoru naveden okvirni iznos honorara ili skala. U tom smjeru za njemačko pravo v. Hüffler, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 6; Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 337.

²⁶ V. Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 306.

²⁷ Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 306.

toliko kompleksan da praktično onemogućava razgraničenje redovnih od posebnih savjetodavnih dužnosti nadzornog odbora, radi se o ništetnom ugovoru koji ne potpada pod doseg čl. 270. ZTD-a. Društvo je u opisanim situacijama primorano savjet zatražiti od vanjskog stručnjaka.²⁸

Da bi nadzorni odbor mogao odlučiti radi li se o valjanom ugovoru o savjetovanju, ugovor mora biti sklopljen u pisanoj formi i predmet ugovora mora biti dostatno konkretiziran. Nadzorni odbor ne može dati suglasnost na okvirni ugovor u kojemu činidba i naknada nisu dostatno sadržajno određene. Zahtjev konkretizacije sadržaja ugovora otvara pitanje može li se predmet ugovora koji je nedostatno konkretiziran naknadno dodatno konkretizirati i, ako može, u kojem vremenskom roku.²⁹ Radi se o pitanju koje će se u praksi javiti samo kada obje ugovorne strane žele ispunjenje ugovora čiji je predmet savjet koji ne potpada pod redovne dužnosti nadzornog odbora ili koji samo dijelom zahvaća u pitanja redovne nadležnosti, a manjkavost ugovora je prepoznata tek na sjednici nadzornog odbora na kojoj se odlučuje o ugovoru. Navedene oblike nedostatno konkretiziranih ugovora dopušteno je naknadno konkretizirati ako član nadzornog odbora nije djelomično ili u cijelosti ispunio ugovor.³⁰ U pravilu se pitanje naknadne konkretizacije neće postaviti jer će se nedostatno konkretiziran ugovor ocijeniti ništetnim i dovest će do zahtjeva društva za povrat honorara. Opisana posljedica rezultat je analogne primjene čl. 270, st. 2. ZTD-a. Unatoč tome što je ugovor o savjetovanju u opisanim slučajevima ništetan, društvo ima pravo zahtijevati povrat isplaćenog honorara jer član nadzornog odbora koji je primio naknadu protivno čl. 269. ZTD-a ne smije biti u boljem položaju od člana nadzornog odbora na čiji je ugovor o savjetovanju nadzorni odbor uskratio privolu.³¹

2. 2. Određenost ili odredivost ugovorenog honorara

Honorar koji se prema ugovoru treba isplatiti članu nadzornog odbora za uslugu savjetovanja mora biti određen ili odrediv, kako bi nadzorni odbor mogao odlučiti o primjerenosti naknade. To znači da društvo mora moći na tržištu za usporedivu naknadu ugovoriti istu činidbu. Moguće ga je odrediti na temelju zakonskih tarifa ili na temelju radnih sati potrebnih za obavljanje ugovorenog posla.³²

U ugovoru o savjetovanju ne treba se odrediti fiksni iznos honorara već samo navesti okvirni iznos ili skalu na temelju koje se iznos honorara može provjerljivo

²⁸ U opisanom bi slučaju članu nadzornog odbora naknada mogla pripasti samo ako glavna skupština na zahtjev uprave odobri isplatu posebnog honorara (čl. 269, st. 1. ZTD-a).

²⁹ U njemačkoj pravnoj književnosti zauzeto je stajalište da nadzorni odbor ne može odlučivati o tzv. okvirnim ugovorima o savjetovanju čiji predmet u cijelosti nije dostatno konkretiziran. V. Habersack, M., op. cit. u bilj. 10, § 114, rbr 25; Bosse, C., op. cit. u bilj. 5, str. 173.

³⁰ Tako i Habersack, M., op. cit. u bilj. 10, § 114, rbr 25; Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 308.

³¹ Zahtjev društva za povrat zastaruje po proteku pet godina, računavši od prvog dana nakon dana isplate naknade (čl. 225, 215. ZOO-a).

³² Za njemačko pravo Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 308; Bosse, C., op. cit. u bilj. 5, str. 173.

izračunati.³³ Odredi li se u ugovoru honorar po radnome satu, potrebno je odrediti najveći broj radnih sati ili sličnu gornju granicu. Na taj se način nadzornom odboru omogućava donošenje informirane odluke o suglasnosti s obzirom na najveće moguće financijsko opterećenje društva te naknadna provjera (prilikom donošenja odluke o naknadnoj suglasnosti za ugovor) primjerenosti isplaćene svote umnošku radnih sati i ugovorenoj naknadi za radni sat.³⁴

2. 3. Bagatelni ugovori o pružanju savjetodavnih usluga

Poseban pravni režim propisan za ugovore koje član nadzornog odbora sklapa s društvom čije poslovanje nadzire propisan je s ciljem nadopune pravila o nagrađivanju članova nadzornog odbora (čl. 269. ZTD-a). Zakonodavac je na taj način pokušao spriječiti zaobilaženje pravila o nagrađivanju članova nadzornog odbora, odnosno neobjektivan utjecaj uprave na člana nadzornog odbora i sklapanje fiktivnih pravnih poslova, te tako zaštititi neovisnost članova nadzornog odbora prema upravi.³⁵ Iz opisanog cilja propisivanja posebnog pravnog režima za ugovore između članova nadzornog odbora i društva te troškova i vremena koje taj pravni režim podrazumijeva, proizlazi da se odredba čl. 270. ZTD-a ne primjenjuje beziznimno na sve ugovore o savjetovanju koje član nadzornog odbora ima pravo sklopiti s društvom.

Budući da je zakonodavac odredbom čl. 270. ZTD-a htio postići uredan i neovisan nadzor nad poslovanjem društva, odnosno spriječiti sukob interesa člana nadzornog odbora koji se javlja kao posljedica primanja naknade od društva, opravdano je zaključiti da pod pravni doseg odredbe čl. 270. ZTD-a potpadaju samo ugovori na temelju kojih član nadzornog odbora prima značajnu naknadu jer samo značajna naknada može utjecati na neovisnost člana nadzornog odbora.³⁶

Kritičan prag koji opravdava bojazan od sukoba interesa i dovodi do primjene čl. 270. ZTD-a potrebno je odrediti s obzirom na nagradu koju član nadzornog odbora prima za svoj rad u tom organu (čl. 269. ZTD-a).³⁷ Nagrada za rad predstavlja primjeren temelj procjene jer je cilj odredbe čl. 270. ZTD-a očuvati nepristranost člana nadzornog odbora.³⁸ Potonji zaključak ostavlja otvorenim

³³ Hüffer, U., op. cit. u bilj. 6, § 114, rbr 6; Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 337.

³⁴ Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 308.

³⁵ Hambloch-Gesinn, S., Gesinn, F. J., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 1; Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 1.

³⁶ Isto se stajalište zastupa u njemačkoj pravnoj književnosti. V. Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 2a; Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 334; Bicker, E. T., op. cit. u bilj. 5, str. 334; Peltzer, M., op. cit. u bilj. 5, str. 306.

³⁷ Tako i Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 336.

³⁸ Drugačije, njemački sud u predmetu Fresenuis (BGH, presuda od 10. srpnja 2012. – II ZR 48/11 – OLG Frankfurt am Main LG Frankfurt am Main, BeckRS 2012., str. 18750) radikalno odstupa od navedenog kriterija i navodi da se značaj financijske koristi koju član nadzornog odbora prima na temelju ugovora s društvom procjenjuje, ne samo u odnosu prema plaći, već i prema tome je li ugovoren posao značajan za člana nadzornog odbora, odnosno za društvo čiji je član i za njegov ugled i položaj u tom društvu.

Prihvatanje takvog širokog i neodređenog načina procjene prelazilo bi okvire čl. 270. ZTD-a budući da zakonodavac druge općenite sukobe interesa tolerira (primjerice kada je član nadzornog odbora

daljnje pitanje koji su iznosi beznačajni u odnosu prema naknadi koju prima član nadzornog odbora, na koje su dužni odgovoriti nadzorni odbor i sud.

2. 4. Suglasnost nadzornog odbora na ugovor o pružanju savjetodavnih usluga

U praksi često nije moguće unaprijed detaljno konkretizirati savjetodavnu djelatnost koja se ugovara. Kad bi se uzelo da su valjani samo oni ugovori o savjetovanju na koje je nadzorni odbor dao prethodnu suglasnost, ugovaranje savjetodavne djelatnosti s članovima nadzornog odbora bio bi praktično nemoguće. U slučajevima u kojima savjetodavnu djelatnost nije moguće dostatno konkretizirati prije sklapanja i ispunjenja ugovora, uprava ne može od nadzornog odbora tražiti suglasnost u smislu prethodne privole. Budući da čl. 270. ZTD-a valjanost ugovora koji član nadzornog odbora sklapa s društvom vezuje uz suglasnost nadzornog odbora, a da pojam suglasnosti prema čl. 250. Zakona o obveznim odnosima³⁹ podrazumijeva prethodnu privolu, potrebno je dodatno razmotriti smatra li zakonodavac da se nadzorni odbor o navedenim ugovorima mora izjasniti prethodno njihovu sklapanju.

Propisivanjem suglasnosti nadzornog odbora kao pretpostavke valjanosti ugovora koje društvo sklapa s članovima nadzornog odbora (čl. 270, st. 1. ZTD-a) na prvi se pogled može zaključiti da je zakonodavac valjanost navedenih ugovora vezao isključivo uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora. Na takav zaključak upućuje odredba čl. 250. ZOO-a, kojom je propisano da je suglasnost prethodna privola koja se daje prije sklapanja ugovora, dok je odobrenje naknadna privola na sklopljeni ugovor. Mada tekst odredbe čl. 250. ZOO-a na prvi pogled ne ostavlja mjesta drugačijem tumačenju pojma suglasnosti iz odredbe čl. 270, st. 1. ZTD-a, posljedice navedenog tumačenja po savjetodavnu djelatnost članova nadzornog odbora te izbor riječi zakonodavca u čl. 270, st. 2. ZTD-a⁴⁰ nalažu usvajanje drugačijeg zaključka. Termini privole, suglasnosti i odobrenja, kako su određeni u ZOO-u, ne poštuju se dosljedno, kako u domaćem, tako i u komparativnim zakonodavstvima. Iz tog se razloga pravna pravila koja sadrže navedene termine moraju istumačiti kako bi se zaključilo radi li se u konkretnom slučaju o privoli, o suglasnosti ili o odobrenju.

Kad bi se suglasnost propisana u čl. 270, st. 1. ZTD-a tumačila kao isključivo prethodna privola, članovi nadzornog odbora u velikom broju slučajeva ne bi mogli savjetovati društvo o pitanjima izvan nadležnosti nadzornog odbora. Također, savjetnici društva ne bi mogli biti birani na funkcije u nadzornom

zastupnik kupca ili dobavljača društva). Iz tog razloga ga nije opravdano slijediti. Iz sistematske veze odredaba čl. 269. ZTD-a i čl. 270. ZTD-a proizlazi da je jedini opravdani kriterij procjene naknada koju član nadzornog odbora stječe za rad u tom organu.

³⁹ Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO), NN 35/2005, 41/2008, 125/2011.

⁴⁰ Zakonodavac u čl. 270, st. 2. određuje da je član nadzornog odbora koji sklopi ugovor s društvom, a da za to ne dobije suglasnost toga odbora, dužan društvu vratiti sve ono što je na temelju toga od njega primio, osim ako nadzorni odbor kasnije ne dađe suglasnost za takav ugovor.

odboru. Takvo bi shvaćanje onemogućilo osobi da istovremeno djeluje u svojstvu člana nadzornog odbora i u svojstvu vanjskog savjetnika društva. Uprava često ne može od nadzornog odbora zatražiti prethodnu suglasnost na sklapanje ugovora o savjetovanju jer nije u mogućnosti dostatno konkretizirati savjetodavnu djelatnost koja se ugovara i troškove za tu djelatnost.⁴¹ K tome, u praksi se često događa da je društvu potreban hitan savjet o određenom pitanju. Hitnost u kombinaciji s nužnom prethodnom suglasnošću faktično onemogućava članovima nadzornog odbora da istovremeno djeluju kao savjetnici društva jer se nadzorni odbori sastaju u pravilu samo 4 puta godišnje (čl. 265, st. 3. ZTD-a).⁴²

Mada ostavljanje osobi na izbor da za društvo djeluje ili u svojstvu vanjskog savjetnika društva ili u svojstvu člana nadzornog odbora na prvi pogled nije problematično, kada se sagleda na primjeru znanstvenika ili stručnjaka koji djeluje kao samostalni savjetnik društva, a čija bi znanja bila izuzetno korisna nadzornom odboru, nameće se zaključak da je za društvo korisno takvu osobu imenovati članom nadzornog odbora i istovremeno je zadržati kao vanjskog savjetnika.^{43 44}

Izneseni razlozi ukazuju na to da sklapanje ugovara o savjetovanju s članovima nadzornog odbora nije praktično vezati uz prethodnu suglasnost nadzornog odbora. Isto je shvaćanje usvojio i zakonodavac, određivši u čl. 270, st. 2. ZTD-a da je član nadzornog odbora koji je sklopio ugovor s društvom, a za to nije dobio suglasnost toga odbora, dužan društvu vratiti ono što je na temelju ugovora primio, osim ako nadzorni odbor kasnije ne dade suglasnost za takav ugovor. Navođenjem mogućnosti davanja naknadne suglasnosti za ugovor, čl. 270, st. 2. ZTD-a ukazuje na to da zakonodavac suglasnost nadzornog odbora ne vidi kao isključivo prethodnu privolu već se tim pojmom služi i kada govori o naknadnoj privoli na sklopljeni ugovor. Iz tog je razloga suglasnost iz čl. 270. ZTD-a opravdano sustavno tumačiti kao privolu u smislu čl. 250. ZOO-a, odnosno kao prethodnu suglasnost ili naknadno odobrenje unatoč definiciji suglasnosti kako je određuje čl. 250. ZOO-a.⁴⁵

Usporedivu logiku zakonodavac primjenjuje glede odredaba o kreditiranju članova nadzornih odbora i članova uprava koje su sistematski bliske čl. 270. ZTD-a. Savjetodavni ugovori koji potpadaju pod čl. 270. ZTD-a s ugovorima o kreditiranju dijele pretpostavku valjanosti, a to je privola nadzornog odbora. Zakonodavac u čl. 271. ZTD-a izrijeком određuje da je za dodjelu kredita

⁴¹ O tom praktičnom problemu opširnije Drygala, T., nota uz objavu presude u predmetu Fresenius (BGH, presuda od 10. 7. 2012. – II ZR 48/11 (OLG Frankfurt a. M.), ŽIP 2001., str. 425, 428.

⁴² Isti argument u njemačkoj pravnoj književnosti iznosi Pietzke, R., op. cit. u bilj. 38, str. 662.

⁴³ O savjetodavnoj ulozi nadzornog odbora v. Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 929, 930.

⁴⁴ V. i t. 4.2. Kodeksa korporativnog upravljanja Zagrebačke burze i HANFA-e.

⁴⁵ Suglasnošću u smislu čl. 250. ZOO-a treba smatrati svaku privolu koja prethodi sklapanju pravnog posla i privolu koja je dana istovremeno sa sklapanjem pravnog posla. Privola kao viši pojam obuhvaća suglasnost i odobrenje. Tako suglasnost (*Einwilligung; vorherige Zustimmung*) u njemačkoj pravnoj književnosti određuju Gursky, H. K. u Staudinger, J., BGB – Neubearbeitung 2009., § 183, rbr 1; Bayreuther, F. u Säcker, F. J., Rixecker, R., *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. izd., München, 2012., § 183, rbr 1.

članovima nadzornog odbora potrebno odobrenje, a ne suglasnost tog odbora. Čl. 250. ZOO-a odobrenje određuje kao naknadnu privolu, dakle privolu koja se daje tek po sklapanju ugovora.⁴⁶ Budući da je cilj odredbe čl. 271. ZTD-a, jednako kao i cilj čl. 270. ZTD-a, sprečavanje nedozvoljenog utjecaja uprave na članove nadzornog odbora,⁴⁷ činjenica da zakonodavac u čl. 271. ZTD-a navodi odobrenje kao pretpostavku valjanosti ugovora o kreditu, dodatno podržava zaključak da je suglasnost iz čl. 270. ZTD-a opravdano tumačiti kao privolu u smislu čl. 250. ZOO-a, odnosno kao prethodnu suglasnost ili naknadno odobrenje.⁴⁸

Teleološko tumačenje pojma suglasnosti iz čl. 270. ZTD-a također podržava zaključak prema kojem je opravdano odstupiti od definicije pojma suglasnosti određene čl. 250. ZOO-a i suglasnost propisanu čl. 270. ZTD-a tumačiti ekstenzivno, kao privolu u smislu čl. 250. ZOO-a koja obuhvaća i prethodnu suglasnost i naknadno odobrenje. Teleološko tumačenje čl. 270. ZTD-a polazi od cilja kojem navedena pravna norma služi. Zakonodavac je valjanost ugovora sklopljenog između društva i člana njegova nadzornog odbora vezao uz suglasnost nadzornog odbora kako bi osigurao uredan nadzor uprave i transparentno korporativno upravljanje, odnosno kako bi spriječio neobjektivnost člana nadzornog odbora u provođenju nadzora nad radnjama i propustima uprave.⁴⁹ Na taj je način osigurao neovisnost članova nadzornog odbora i efikasno provođenje nadzora te detaljno informiranje nadzornog odbora o postojanju i sadržaju ugovora o savjetovanju.⁵⁰ Budući da je suglasnost nadzornog odbora na ugovore o savjetovanju propisana kako bi se osigurao nepristran nadzor, ključno pitanje za ispravno tumačenje suglasnosti iz čl. 270. ZTD-a jest postaje li član nadzornog odbora neobjektivan kad sklopi i ispuní ugovor o savjetovanju prije no što nadzorni odbor dade naknadnu suglasnost (odobrenje) za ugovor. Budući da se transparentnost sklopljenog ugovora može ustanoviti i kroz naknadno informiranje nadzornog odbora o konkretnom poslu, prethodna suglasnost nije praktično jedini način postizanja cilja pravnog pravila iz čl. 270. ZTD-a.

Jednako kao što sklapanje ugovora o savjetodavnoj djelatnosti prije suglasnosti (odobrenja) nadzornog odbora ne narušava uredan nadzor nad upravom i transparentno korporativno upravljanje, uredan nadzor ne narušava ni ispunjenje ugovora od strane društva prije no što je ugovor odobren, odnosno prije no što je nadzorni odbor naknadno dao suglasnost za takav ugovor.⁵¹ Nepristranost člana

⁴⁶ O pendentnosti ugovora v. *infra*.

⁴⁷ V. i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 921-923.

⁴⁸ Različito od čl. 271. ZTD-a, odgovarajuća odredba njemačkog prava (§ 115 AktG) zahtijeva prethodnu suglasnost (*Einwilligung*) nadzornog odbora za valjanost ugovora o kreditu. Habersack, M., op. cit. u bilj. 10, §115, rbr 16; Hambloch-Gesinn, S., Gesinn, F. J., op. cit. u bilj. 8, § 115, rbr 4.

⁴⁹ Spindler, G. op. cit. u bilj. 5, str. 335.

⁵⁰ Habersack, M., op. cit. u bilj. 10, § 114, rbr 2.

⁵¹ Usporedivo široko prihvaćeno shvaćanje u njemačkoj pravnoj književnosti zastupaju primjerice Mertens, H. J., Cahn, A., *Koelner Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. izdanje, 2013., § 114, rbr 31; Henssler, M., Strohn, L., *Gesellschaftsrecht*, 2. izdanje, 2014., § 114, rbr 20. Suprotno shvaćanje u njemačkoj pravnoj književnosti iznose Koch, J. u Hüffer, U., *Aktiengesetz*, 11. izdanje, 2014., § 114, rbr 8, 9; Ihrig, H. C., „Vergütungszahlungen auf einen Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied vor Zustimmung des

nadzornog odbora na usporediv način može biti umanjena zbog isplate koju je primio po osnovi valjanog ugovora na koji je nadzorni odbor prethodno dao svoju suglasnost i zbog isplate na temelju pendentnog ugovora koji nadzorni odbor još nije odobrio. Činjenica je da isplatom ugovorenog honorara prije odobrenja ugovora član nadzornog odbora i uprava na sebe preuzimaju rizik povrata primljenog, odnosno rizik odgovornosti za štetu. Uskrati li nadzorni odbor naknadnu suglasnost (odobrenje), društvo ima pravo zahtijevati povrat honorara na temelju pravnih pravila o stjecanju bez osnove (čl. 271, st. 2. ZTD-a, čl. 1111. ZOO-a) a članovima uprave prijeti osobna odgovornost za štetu (čl. 252, st. 2, 3, t. 7. ZTD-a). Unatoč tome, stanje neizvjesnosti do trenutka naknadne suglasnosti (odobrenja) ne pojačava opasnost od utjecaja na obavljanje nadzora u usporedbi sa situacijom koja bi postojala da je na ugovor suglasnost dana prije no što je sklopljen. Okolnost plaćanja honorara prije no što je ugovor odobren u nekim će situacijama dovesti do sukoba interesa člana nadzornog odbora, a u nekima neće.

Nadalje, pravovremena prezentacija ugovora o savjetovanju nadzornom odboru u interesu je uprave i člana nadzornog odbora s kojim je ugovor sklopljen. Odredba čl. 270. ZTD-a ne određuje samo pravno pravilo za sklapanje ugovora između člana nadzornog odbora i društva čije poslovanje nadzire već i pravilo kako se uprava mora ponašati želi li postupiti u skladu s dužnosti urednog i savjesnog gospodarstvenika. Ako članovi uprave žele postupiti u skladu s dužnosti urednog i savjesnog gospodarstvenika i izbjeći rizik osobne odgovornosti za štetu s naslova čl. 252, st. 2. ZTD-a, ugovor sklopljen s članom nadzornog odbora moraju nadzornom odboru podnijeti na odobrenje u primjerenom roku.⁵² Činjenica da zakonodavac nije propisao rok unutar kojeg su uprava i član nadzornog odbora dužni zatražiti od nadzornog odbora naknadnu suglasnost (odobrenje) za sklopljeni ugovor o savjetodavnoj djelatnosti, ne otvara ni dodatan prostor sukobu interesa i onemogućavanju dužnosti nezavisnog nadzora niti omogućava upravi da u nedogled odugovlači s traženjem odobrenja od nadzornog odbora. Primjerenost roka procjenjivat će se od slučaja do slučaja no opravdanim se ne bi trebalo smatrati rok dulji od vremena koje je prošlo između dvije sjednice nadzornog odbora. Okolnost da su ugovore o savjetovanju sklapali podređeni odjeli društva upravu ne oslobađa od odgovornosti. U onim društvima koja uredno vode računovodstvo i poslovne knjige na kraju poslovne godine bit će jasno da je članu nadzornog odbora isplaćen honorar na temelju nevaljanog ugovora i da je potrebno podignuti tužbu na povrat stečenog bez osnove te o tome obavijestiti nadzorni odbor.⁵³ Iz navedenih razloga tumačenje pojma suglasnosti iz čl. 270. ZTD-a kao privole u smislu čl. 250. ZOO-a ne dovodi do situacija u kojima se ugovor sklopljen s članom nadzornog odbora retroaktivno odobrava tek niz godina nakon što je

Aufsichtsrats“, ZGR 2013., str. 417, 425 i dalje, pozivajući se u prvome redu na to da se plaćanjem za trajanja pendentnosti ugovora prejudicira odluka nadzornog odbora.

⁵² Pietzke, R., op. cit. u bilj. 38, str. 662.

⁵³ U onim dioničkim društvima dionice kojih kotiraju na burzi, honorar isplaćen članu nadzornog odbora dio je izjave o primjeni kodeksa korporativnog upravljanja ili u istom dokumentu mora biti dana izjava o odstupanju od kodeksa (čl. 272.p ZTD-a).

posao savjetovanja obavljen, bez obzira na to što nije propisan rok unutar kojeg je uprava dužna od nadzornog odbora zatražiti privolu na ugovor. Utjecaj uprave na člana nadzornog odbora u vremenu koje prethodi retroaktivnom odobrenju ugovora usporediv je s utjecajem pod kojim bi ista osoba bila da nadzorni odbor na ugovor daje prethodnu suglasnost. Iz tog razloga opisani utjecaji ne zavređuju različit pravni tretman.

Konačno, potrebno je istaknuti da odlučivanje o valjanosti ugovora koji je sklopljen i ispunjen nije pretegotno za nadzorni odbor unatoč tome što članove tog organa stavlja u poziciju da odlučuju o tome je li njihov kolega za društvo obavio besplatnu uslugu.⁵⁴ Načelno, psihološki pritisak i kolegijalnost između članova nadzornog odbora mogu utjecati na odluku nadzornog odbora i kada taj organ odlučuje o prethodnoj suglasnosti na ugovor. Postoji li opravdan razlog za uskratu privole, za očekivati je da će članovi nadzornog odbora biti sposobni ispuniti svoje dužnosti bez obzira na to radi li se o ugovoru koji je sklopljen i ispunjen ili o ugovoru koji se tek ima sklopiti.⁵⁵

Iz svega iznesenoga proizlazi da utjecaj na neovisnost člana nadzornog odbora koja se želi izbjeći nije posljedica okolnosti naknadne suglasnosti (odobrenja) ili plaćanja honorara na temelju pendentnog ugovora, već je posljedica ugovora o savjetovanju kao takvog. Radi se o riziku koji se ne mijenja ovisno o tome je li za ugovore o savjetovanju propisana prethodna suglasnost ili naknadno odobrenje.⁵⁶

Prihvaćanjem opisanog shvaćanja ne nastaju problemi u vezi s odnosom odredbe čl. 270. ZTD-a i čl. 252, st. 3, t. 7. ZTD-a.⁵⁷ Iz potonje odredbe koja se odnosi na plaćanja obavljena protivno zakonskim propisima na prvi bi se pogled moglo zaključiti da se suglasnost iz čl. 270, st. 1. ZTD-a treba tumačiti kao isključivo prethodna privola jer bi u suprotnom bilo dozvoljeno sklopiti i ispuniti nevaljan ugovor o savjetovanju, odnosno obaviti protupravno plaćanje.⁵⁸ Međutim, budući da je suglasnost propisana u čl. 270, st. 1. ZTD-a potrebno tumačiti kao privolu u smislu čl. 250. ZOO-a, odnosno kao pojam koji obuhvaća i prethodnu suglasnost na ugovor koji se tek ima sklopiti i naknadno odobrenje sklopljenog (i ispunjenog) ugovora, postupanje koje je dopušteno na temelju čl. 270. ZTD-a ne može se ocijeniti kao nedopušteno s naslova čl. 252, st. 3, t. 7. ZTD-a.

⁵⁴ Tako i Drygala, T., op. cit. u bilj. 41, str. 428; Pietzke, R., op. cit. u bilj. 38, str. 661.

⁵⁵ Pietzke, R., op. cit. u bilj. 38, str. 661.

⁵⁶ Bicker, E. T., op. cit. u bilj. 5, str. 2157.

⁵⁷ Člankom 252, st. 3, t. 7. ZTD-a propisano je da su članovi uprave naročito odgovorni za štetu ako suprotno ZTD-u dadu naknadu članovima nadzornog odbora.

⁵⁸ Takvo stajalište u njemačkoj pravnoj književnosti iznosi Drygala, T., op. cit. u bilj. 41, str. 429.

2. 5. Posljedice mogućnosti davanja prethodne suglasnosti i naknadne suglasnosti (odobrenja) na ugovore s članovima nadzornog odbora

2. 5. 1. Donošenje odluke o suglasnosti

Uprava i član nadzornog odbora dužni su obavijestiti nadzorni odbor o ugovoru o savjetovanju i od nadzornog odbora zatražiti privolu na taj ugovor. Kao što je objašnjeno u prethodnom poglavlju, privola na ugovor o savjetovanju može biti dodijeljena kao prethodna ili naknadna suglasnost (odobrenje). Nadzorni odbor je daje u obliku formalnog zaključka.

Osim nadzornog odbora, privolu na ugovor o savjetovanju koje društvo sklapa s članom vlastitog nadzornog odbora može dati i glavna skupština. Navedeno pravo glavne skupštine rezultat je posebnog pravnog režima za ugovore o savjetovanju koji je propisan kako bi se spriječilo zaobilaženje odredbe čl. 269. ZTD-a o nagrađivanju članova nadzornog odbora. O nagradama za rad članova nadzornog odbora odluku donosi glavna skupština.⁵⁹ Kao što je prethodno objašnjeno, nadzorni odbor privolu na ugovor o savjetovanju može dati samo ako su mu poznati sadržaj i predmet ugovora. Kad to nije slučaj, nadzorni odbor ne može procijeniti treba li dati privolu na ugovor budući da ne zna ugovara li se savjetovanje iz domene redovnih dužnosti nadzornog odbora. U slučajevima u kojima zbog nejasnog sadržaja nije jasno ugovara li se savjet o pitanju izvan nadležnosti nadzornog odbora ugovor je potrebno podvrgnuti čl. 269. ZTD-a. Člankom 269. ZTD-a određeno je da se članovima nadzornog odbora naknada može isplatiti na temelju odredbe statuta ili na temelju odobrenja glavne skupštine. Iz tog je razloga ugovor spornog sadržaja potrebno ocijeniti ništetnim (čl. 322. ZOO-a u vezi s čl. 269. ZTD-a), osim ako ga glavna skupština naknadno ne odobri. Pritom se mora voditi računa o načelu jednakog tretmana članova nadzornog odbora.⁶⁰ Odobrenje glavne skupštine ugovor čini valjanim budući da je zajednički cilj odredaba čl. 269. i 270. ZTD-a spriječiti da član nadzornog odbora zaobilaznim putem od uprave stekne posebne koristi uz naknadu za posao koji obavlja u nadzornom odboru i kroz to izgubi neovisnost koja mu je potrebna za obavljanje nadzora nad poslovanjem društva.⁶¹

U Njemačkoj se iz praktičnih razloga ustalila praksa prema kojoj je davanje naknadnog odobrenja na sklopljene ugovore o savjetovanju drugi od dva koraka u odlučivanju nadzornog odbora u okviru § 114 njemačkog Zakona o dionicama.⁶²

⁵⁹ Opširnije o nagrađivanju članova nadzornog odbora v. u Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 917 i dalje.

⁶⁰ Detaljnije o nedopuštenosti isplaćivanja različitih naknada za isti obavljeni posao Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 919.

⁶¹ U njemačkoj pravnoj književnosti isto shvaćanje iznose Bosse, C., op. cit. u bilj. 5, str. 172, 174; Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 22.

⁶² Njemački zakonodavac u odredbi § 114 AktG, koja odgovara čl. 270. ZTD-a, odluku nadzornog odbora o kojoj ovisi valjanost ugovora s članom nadzornog odbora naziva privolom (*Zustimmung*), a ne suglasnošću (*Einwilligung*). Privola ne mora biti dana kao prethodna suglasnost već može biti dana i kao naknadno odobrenje (*Genehmigung*) s retroaktivnim djelovanjem temeljem § 184 njemačkog Građanskog zakonika. Opisano tumačenje odgovara pojmu privole kako je određen § 182 Građanskog zakonika (čl.

Radi se o rješenju koje nadzornom odboru omogućava donošenje informirane odluke o ugovoru o savjetovanju na temelju konkretnog opsega obavljenog savjetovanja i konkretnih troškova savjetodavne djelatnosti. Prethodna suglasnost to ne omogućava. Prije no što je ugovor sklopljen i ispunjen od strane člana nadzornog odbora redovito nije moguće dostatno detaljno odrediti o kakvoj će se savjetničkoj djelatnosti raditi i s kojim će konkretnim troškovima biti povezana. Prihvatanjem rješenja prema kojem je dopušteno i naknadno odobrenje nadzornom se odboru omogućava da ispita zbog čega su određene savjetničke djelatnosti obavljene i plaćene i do kojeg su rezultata dovele, te da na temelju dobivenih informacija donese informiranu odluku.

2. 5. 2. *Pravni status ugovora o savjetovanju u vremenu između njegova sklapanja i odobrenja*

Ugovori o savjetovanju koji su sklopljeni prije no što je nadzorni odbor izjavio da je s njima suglasan nisu valjani osim ako nadzorni odbor naknadno ne donese odluku kojom daje suglasnost (odobrenje) na sklopljeni pravni posao savjetovanja (čl. 270, st. 2. ZTD-a).⁶³ Suglasnost nadzornog odbora propisana čl. 270. ZTD-a predstavlja pravni uvjet (*condicio iuris*), odnosno pretpostavku valjanosti sklopljenog ugovora o savjetovanju. Suglasnost nadzornog odbora (odobrenje) nije, stoga, uvjet u pravnotehničkom smislu. Uvjetom se smatraju samo odredbe koje pravnom poslu dodaju ugovorne strane, čineći učinke ugovora na taj način ovisnima o nekoj budućoj i neizvjesnoj okolnosti (čl. 297, st. 1. ZOO-a).⁶⁴ Kad zakon valjanost pravnog posla vezuje uz određenu buduću i neizvjesnu okolnost, ne radi se o uvjetu već o zakonskoj pretpostavci valjanosti (*condicio iuris*).⁶⁵

Budući da je naknadna suglasnost (odobrenje) nadzornog odbora zakonom propisana pretpostavka valjanosti sklopljenog ugovora (*condicio iuris*), ugovor se prethodno pribavljanju suglasnosti ne može ocijeniti valjanim. Ugovor nije valjan sve do naknadne suglasnosti (odobrenja) jer je zakonodavac konačno pravo odluke o valjanosti ugovora dao nadzornome odboru a ne ugovornim stranama. Budući da ga je dopušteno sklopiti prethodno pribavljanju suglasnosti nadzornog odbora, opravdano je ocijeniti da je u vremenu između sklapanja i pribavljanja ili

250. ZOO-a). Iz tog je razloga jasan i opravdan stav njemačkog prava prema kojem se privola nadzornog odbora na ugovor o savjetovanju koji se sklapa s članom tog organa može dati kao prethodna suglasnost ili kao naknadno odobrenje. V. primjerice Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114 rbr. 6.

⁶³ Domaće pravo predviđa brojne slučajeve u kojima je valjanost ugovora vezana uz privolu trećih osoba. V. čl. 276-278; čl. 311; čl. 312; čl. 1129; čl. 928. ZOO-a itd.

⁶⁴ Općenito o uvjetu u domaćem pravu v. Klarić, P., Vedriš, M., *Građansko pravo*, Zagreb, 2006., str. 115; v. i Perović, S., Stojanović, D., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Zagreb, 1978., str. 296.

⁶⁵ Vedriš, M., Klarić, P., op. cit. u bilj. 65, na str. 118. pravni uvjet (*condicio iuris*) određuju kao jednu od pretpostavaka potrebnih po propisu za postanak nekog pravnog odnosa. Razlikovanje uvjeta u smislu čl. 297, st. 1. ZOO-a i pravnih uvjeta (*condicio iuris*) poznato je još od rimskog prava. Perović, S., Stojanović, D., op. cit. u bilj. 65, str. 297, te Bork, R. u Staudinger, BGB, 2010., Vorbemerkungen zu §§ 158-163, rbr 22, pozivaju se na definiciju Oertmanna (Oertmann, P., *Die Rechtsbedingung*, Leipzig, 1924.), prema kojoj *condicio iuris* predstavlja nadoknadivu zakonsku pretpostavku valjanosti pravnog posla koja nije ispunjena prilikom njegova sklapanja.

odbijanja naknadne suglasnosti (odobrenja) ugovor pendentan.⁶⁶ Pendentno stanje postoji jer je nastupanje pravnog uvjeta (*condicio iuris*) neizvjesno.⁶⁷

Zaključak da ugovor o savjetovanju u vremenu između njegova sklapanja i pribavljanja naknadne suglasnosti (odobrenja) nije valjan, zahtijeva da se pobliže razmotri teorijska pozadina ocjene o njegovoj pendentnosti. ZOO ne definira izričito pojam nevaljanosti ugovora, ali determinira njegov sadržaj kroz odredbe o dvama oblicima nevaljanosti, odnosno kroz odredbe o ništetnosti (čl. 322. – 329. ZOO-a) i poboynosti (čl. 330. – 335. ZOO-a). Ništetnim ugovorima ZOO smatra one koji imaju nedostatke u bitnim pretpostavkama za sklapanje ugovora koji čine povredu javnog ili općeg interesa, a poboynim one koji imaju određene nedostatke blaže prirode. Navedena dvodioba temelji se na različitoj prirodi pravnih posljedica koje su predviđene za pojedine vrste nevaljanosti. Pravna posljedica ništetnosti jest potpuni izostanak pravnog učinka ugovora,⁶⁸ dok je kod poboynih pravnih poslova pravna posljedica blaža; poboyni ugovori pod određenim okolnostima mogu proizvoditi pravne učinke (čl. 331. ZOO-a).

Ugovor o savjetovanju u vremenu između sklapanja i pribavljanja naknadne suglasnosti (odobrenja) nije, međutim, opravdano ocijeniti ni ništetnim ni poboynim. Pravna posljedica ništetnosti ne odgovara ni prirodi nedostatka ispunjenja pravnog uvjeta (*condicio iuris*) ni načelnim razlozima zbog kojih je ugovore koji su u suprotnosti s javnim interesom izraženim kroz prisilne zakonske odredbe i moralne norme opravdano ocijeniti ništetnima. Unatoč načelnoj odredbi ZOO-a prema kojoj je ugovor koji je suprotan prisilnim propisima ništetan (čl. 322, st. 1. ZOO-a), čl. 270. ZTD-a jasno određuje da je ugovor o savjetovanju moguće sklopiti prethodno pribavljanju suglasnosti i da takav ugovor može konvalidirati, odnosno postati valjan. Pravna posljedica poboynosti nije opravdana jer ugovor o savjetovanju nije moguće ocijeniti kao ugovor koji od trenutka sklapanja proizvodi pravne učinke kao da je valjan budući da su njegovi pravni učinci vezani uz ispunjenja pravnog uvjeta (*condicio iuris*). Logika vezivanja valjanosti ugovora o savjetovanju uz naknadnu suglasnost (odobrenje) obrnuta je

⁶⁶ Takvo je shvaćanje općeprihvaćeno u relevantnoj njemačkoj pravnoj književnosti, v. primjerice Koch, J., op. cit. u bilj. 51, § 114, rbr 9; Mertens, H. J., Cahn, A., § 114, op. cit. u bilj. 51, rbr 30.

⁶⁷ U njemačkoj pravnoj književnosti ustalila se doktrina tzv. pendentne nevaljanosti ugovora (*schwebende Unwirksamkeit*). Pendentnom nevaljanošću opisuju se stanje pravnog posla različito od ništetnosti, odnosno posebno stanje nevaljanosti pravnog posla. Stav je autora da je ugovor zavaravajuće određiti kao pendentno nevaljan jer se na taj način stvara utisak kao da ugovoru prvo prijete nevaljanost. Ispravnije je reći da je u vremenu između sklapanja i pribavljanja ili odbijanja naknadne suglasnosti (odobrenja) ugovor pendentan. Čini se da isto načelno shvaćanje dijeli domaća pravna književnost budući da se autori ne koriste sintagmom „pendentne nevaljanosti“, već isključivo pojmom pendentnosti pravnog posla. V. primjerice Slakoper, Z. u Gorenc, V. *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005., str. 453, 455; Perović, S., Stojanović, D., op. cit. u bilj. 65, str. 326, komentirajući ugovore sklopljene u prekoračenju granica ovlaštenja (čl. 311. ZOO-a; čl. 87. Zakona o obligacionim obvezama) i ugovore koje je sklopila neovlaštena osoba (čl. 312. ZOO-a; čl. 88. Zakona o obligacionim obvezama). Za njemačko pravo o konceptu pendentne nevaljanosti v. primjerice Lorenz, S., „Schwebende Unwirksamkeit und Präklusion im Zwangsvollstreckungsrecht“, NJW 1995., str. 2258, 2260; Koch, J., op. cit. u bilj. 51, § 114, rbr 8; Kroppenberg, I., „Die so genannten Vorwirkungen von schwebend unwirksamen Verpflichtungsverträgen“, WM 2001, Heft 17, str. 822 i dalje.

⁶⁸ Za iznimku v. čl. 322. st. 1. ZOO-a.

od logike poboynih ugovora; zakonodavac ne ide za time da se stranke ugovora mogu pozivati na izostanak suglasnosti kako bi opravdali poništaj ugovora, da po proteku određenog vremena takvi ugovori konvalidiraju ili da se konvalidacija ugovora može pripisati dobrovoljnom izvršenju ugovora unatoč spoznaji o neispunjenu pravnog uvjeta (*condicio iuris*), već određuje da sklopljeni ugovor konvalidira nakon što ga odobri nadzorni odbor. Tek ako nadzorni odbor odbije dati naknadnu suglasnost (odobrenje), smatra se da ugovor nije bio ni sklopljen. Pravna posljedica (privremenog) izostanka suglasnosti nadzornog odbora stoga ne može biti ni ništetnost ugovora u smislu njegova nepostojanja ni poimanje ugovora kao pravnog posla koji se prema svojim učincima ne razlikuje od valjanog. U vremenu između sklapanja ugovora o savjetovanju i pribavljanja naknadne suglasnosti (odobrenja), zapravo se radi o privremenom stanju neizvjesnosti o valjanosti ugovora koje za svoga trajanja ne dopušta donošenje suda o tome je li ugovor valjan⁶⁹ i koje može rezultirati valjanošću ili ništetošću ugovora o savjetovanju. Usporediva situacija postoji i glede ugovora koje je zastupnik sklopio prekoračivši pritom granice ovlaštenja (čl. 311. ZOO-a) i ugovora koje je sklopila osoba koja na to nije ovlaštena (čl. 312. ZOO-a). U oba je navedena slučaja sklopljeni ugovor pendentan i ne obvezuje neovlašteno zastupanu osobu ako ona taj ugovor naknadno ne odobri.⁷⁰

Okolnost da su član nadzornog odbora i društvo sklopili ugovor o savjetovanju i da su sklopljeni ugovor dužni podnijeti nadzornome odboru na suglasnost, ne opravdava zaključak da ih ugovor za trajanja pendentnog stanja pravno obvezuje. Za trajanja pendentnosti ugovor ne proizvodi učinke kao da je valjan. Ugovorne strane mogu se osloboditi njegovih učinaka nepodnošenjem ugovora na naknadnu suglasnost (odobrenje) nadzornom odboru ili, primjerice, pozivanjem na promijenjene okolnosti ili višu silu. Pendentnom ugovoru stoga nije opravdano priznati pravni učinak za vrijeme pendencije.⁷¹

⁶⁹ Tako u njemačkoj pravnoj književnosti, govoreći općenito o pendentnim ugovorima, Kroppenber, I., op. cit. u bilj. 67, str. 822, 851.

⁷⁰ O pendentnosti ugovora koji je zastupnik sklopio prekoračivši granice ovlaštenja (čl. 311. ZOO-a) i ugovora sklopljenog od strane neovlaštene osobe (čl. 312. ZOO-a) v. Šlakoper, Z. u Gorenc, V., *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Zagreb, 2005., str. 453, 455. Mada su u opisanim slučajevima prilike slične kao kod ugovora koji je sklopio maloljetnik (a ne radi se o ugovoru koji maloljetnik može sklopiti po zakonu) ili druga osoba s ograničenom poslovnom sposobnošću bez odobrenja zakonskog zastupnika, za takve ugovore ZOO propisuje da ih je zbog nedostatka poslovne sposobnosti moguće pobijati (čl. 276, st. 3. ZOO-a). Kritički o zakonskom rješenju prema kojem su pravni poslovi maloljetnika poboyni, zalazući se za usvajanje rješenja o njihovoj ništetnosti Radolović, A., „Prirodna poslovna nesposobnost kao razlog nevaljanosti pravnog posla“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991.) v. 30, br. 1, 2009., str. 168.

⁷¹ U njemačkoj je pravnoj književnosti prisutno drugačije shvaćanje prema kojem „pendentno nevaljani“ ugovori u ograničenoj mjeri uživaju pravni učinak za trajanja pendencije. Na određen ih se način reinterpretera kao da su pendentno valjani. Različito od ništetnog ugovora, pendentno nevaljan ugovor može konvalidirati. Tehnički bi se radilo o stanju usporedivom s poboynošću, u kojem ugovor po sklapanju proizvodi pravne učinke kao da je valjan ali se može naknadno poništiti. Takav stav zastupa primjerice Lorenz, S., op. cit. u bilj. 67, str. 2260. Suprotno shvaćanje, prema kojem ugovori za trajanja pendencije ne proizvode pravne učinke, zastupa primjerice Kroppenber, I., op. cit. u bilj. 67, str. 822 i dalje.

Naknadna suglasnost (odobrenje) nadzornog odbora ima učinak konvalidacije ugovora i djeluje retroaktivno. Ugovor se smatra valjano sklopljenim od samog trenutka njegova sklapanja.⁷² Ne postoji pravni interes da se ugovor ocijeni ništetnim u vremenu koje je prethodilo danoj naknadnoj suglasnosti (odobrenju), odnosno da se naknadnoj suglasnosti (odobrenju) prizna učinak *ex nunc*. Retroaktivni učinak naknadne suglasnosti (odobrenja) u skladu je sa smislom i ciljem odredbe čl. 270. ZTD-a koja dopušta sklapanje ugovora o savjetovanju prethodno suglasnosti (odobrenju) nadzornog odbora. Podržava ga i odredba čl. 275. ZOO-a, kojom je propisano da naknadna suglasnost tijela pravne osobe za ugovore koje sklapa njezin zastupnik ima povratni učinak ako drukčije nije ugovoreno. Zbog retroaktivnog učinka naknadna suglasnost (odobrenje) ima obilježja suspenzivnog uvjeta u odnosu na ugovor (čl. 297, st. 2. ZOO-a). Nadzorni odbor davanjem naknadne suglasnosti (odobrenja) ugovor naknadno osnažuje i takav naknadno osnaženi ugovor vrijedi *ex tunc*, od trenutka kad je sklopljen. Tek ako nadzorni odbor odbije dati naknadnu suglasnost (odobrenje), smatra se da ugovor nije ni sklopljen.^{73 74}

Shvaćanje da je ugovor o savjetovanju pendentan i da naknadna suglasnost (odobrenje) ima retroaktivni učinak ne dovodi do stanja pravne nesigurnosti koje je načelno povezano s ugovorima koji bi se ocijenili pendentnima do trenutka odobrenja ili odbijanja odobrenja, nakon čega bi im se priznalo retroaktivno djelovanje.⁷⁵ Kao što je prethodno objašnjeno, kod ugovora s članovima nadzornog odbora faktično ne postoji rizik nepodnošenja ugovora na naknadnu suglasnost (odobrenje) nadzornome odboru jer je pravodobno predočenje ugovora nadzornom odboru u interesu uprave i člana nadzornog odbora s kojim je ugovor sklopljen. Odredba čl. 270. ZTD-a ne određuje samo pravno pravilo za sklapanje ugovora između člana nadzornog odbora i društva čije poslovanje nadzire već i pravilo kako se uprava mora ponašati želi li postupiti u skladu s dužnom pozornošću. Želi li postupiti u skladu s dužnosti vođenja poslova s pozornošću urednog i savjesnog gospodarstvenika i izbjeći rizik osobne odgovornosti za štetu s naslova čl. 252, st. 2. ZTD-a, ugovor sklopljen s članom nadzornog odbora mora nadzornom odboru podnijeti na odobrenje u primjerenom roku. Iz tog razloga nije opravdano poći od

⁷² Perović, S., Stojanović, D., op. cit. u bilj. 65, na str. 193, 194, 275 u komentaru čl. 29. Zakona o obligacionim odnosima (čl. 250. ZOO-a) iznose načelno shvaćanje prema kojem odobrenje uvijek ima retroaktivni učinak. Razlika između čl. 29. Zakona o obligacionim odnosima i čl. 250. ZOO-a postoji samo glede korištene terminologije; u Zakonu o obligacionim odnosima vrijedilo je da se suglasnost može dati prije zaključenja ugovora, kao dozvola, ili nakon zaključenja ugovora, kao odobrenje. ZOO se koristi pojmom privole koja može biti dana prije sklapanja ugovora, kao suglasnost, ili poslije njegova sklapanja, kao odobrenje (čl. 250, st. 1. ZOO-a). U njemačkom pravu retroaktivno djelovanje odobrenja proizlazi iz izričite zakonske odredbe § 184/1 BGB.

⁷³ Potonji je zaključak točan samo ako ugovor ne pati od daljnjih manjkavosti koje ga same po sebi čine ništetnim.

⁷⁴ Ako je ugovor o savjetovanju sklopljen, a član nadzornog odbora neće uistinu savjetovati društvo, radi se o prividnom pravnom poslu koji je ništetan s naslova čl. 285, st. 1. ZOO-a.

⁷⁵ Kritički o konceptu pendentne nevaljanosti ugovora u njemačkom obveznom pravu Lorenz, B., „Die Rückwirkung der Genehmigung von schwebend unwirksamen Verträgen“ (§ 184 BGB), ZRP 2009., str. 214, 215 i dalje.

shvaćanja da će se u praksi redovito javljati situacije u kojima se ugovor sklopljen s članom nadzornog odbora retroaktivno odobrava tek niz godina nakon njegova ispunjenja. Također, stanje neizvjesnosti do trenutka naknadnog odobrenja ne pojačava opasnost od utjecaja na obavljanje nadzora u usporedbi sa situacijom koja bi postojala da je suglasnost za ugovor dana prije no što je sklopljen.

U slučajevima u kojima je ugovoreno savjetovanje o većem broju pitanja od kojih neka potpadaju pod redovne dužnosti nadzornog odbora a neka podliježu suglasnosti nadzornog odbora, sklopljen ugovor o savjetovanju bit će djelomično ništetan. Ništetnost će u toj situaciji nastupiti isključivo glede područja savjetovanja koje je zabranjeno zasebno ugovarati i honorirati. Ako je ugovoreno složeno savjetovanje koje ne omogućava nadzornom odboru da razabere radi li se o predmetu ugovora za koji je opravdano članu nadzornog odbora isplatiti poseban honorar, ugovor će se smatrati ništetnim jer je protivan čl. 269, st. 1. ZTD-a (čl. 322, st. 1. ZOO-a).

2. 5. 3. Ispunjenje ništetnog ugovora o savjetovanju

Ugovor o savjetovanju koji je sklopljen bez suglasnosti nadzornog odbora jest ništetan. Iz tog razloga, u opisanim situacijama član nadzornog odbora mora vratiti naknadu koju je primio, osim ako nadzorni odbor naknadno ne dade suglasnost (odobrenje) za ugovor (čl. 270, st. 2. ZTD-a, čl. 322, st. 1. ZOO-a).

Potrebno je razlikovati dva slučaja ispunjenja ugovora koja predstavljaju povredu čl. 270. ZTD-a. Prvi se slučaj odnosi na ugovore čiji predmet sadržajno potpada pod redovnu nadležnost nadzornog odbora. Drugi se slučaj odnosi na ugovore kojima je ugovorena činidba izvan nadležnosti nadzornog odbora. U prvome slučaju je ugovor ništetan s naslova čl. 322, st. 1. ZOO-a jer je protivan prisilnome propisu. Davanje naknade za djelovanje koje potpada pod redovne dužnosti člana nadzornog odbora nije dopušteno osim ako se radi o naknadi koja je utvrđena statutom ili odobrena od strane glavne skupštine (čl. 269, st. 1, r. 2. ZTD-a). U drugom slučaju ugovor je pendentan. Ništetan postaje tek kad nadzorni odbor odbije dati suglasnost (odobrenje). U oba opisana slučaja naknada isplaćena članu nadzornog odbora podliježe posebnoj dužnosti povrata utvrđenoj u čl. 270, st. 2. ZTD-a. U prvome slučaju načelno je moguće povrat isplaćenog potraživati i pozivanjem na pravila ZOO-a o stjecanju bez osnove (čl. 1111. ZOO-a), no za to nema potrebe.⁷⁶ Odredbom čl. 270, st. 2. ZTD-a određen je poseban zahtjev za povrat u korist dioničkog društva kojim je određeno da se sve ono što je na temelju ništetnog ugovora primljeno od društva mora bez odgađanja vratiti društvu.⁷⁷ Plaćanje na temelju ugovora o savjetovanju koji nadzorni odbor nije

⁷⁶ Tako u njemačkoj pravnoj književnosti Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 7, s obzirom na odredbu § 114 AktG i 134 BGB koje u bitnome odgovaraju odredbama hrvatskog prava navedenima u tekstu.

⁷⁷ Radi se o zahtjevu različitom od zahtjeva za povrat stečenog bez osnove, uređenog čl. 1111. ZOO-a. Iz čl. 270, st. 2. ZTD-a slijedi da isplaćena naknada mora biti vraćena odmah i bez obzira na posebitosti stjecanja bez osnove (v. čl. 1112. i čl. 1155. ZOO-a). Zahtjev za povratom postaje neiskoristiv tek nakon što nadzorni odbor izjavi privolu na ugovor. Članovi uprave dužni su zahtijevati od člana nadzornog

odobrio obavljeno je bez pravne osnove budući da je uslijedilo na temelju ugovora koji nije valjan. Glede takvog ispunjenja, član nadzornog odbora mora računati s tim da će ga potencijalno morati vratiti.

Slijedom iznesenoga, jasno je da obveza povrata primljenog s naslova čl. 270, st. 2. ZTD-a za člana nadzornog odbora nastupa u dva slučaja. Prvi se slučaj odnosi na povrat honorara isplaćenog na temelju ugovora o savjetovanju čiji predmet predstavlja redovnu dužnost člana nadzornog odbora i koji stoga ne potpada pod doseg čl. 270. ZTD-a. Taj je ugovor protivan čl. 269. ZTD-a i stoga ništetan, zbog čega je član nadzornog odbora dužan vratiti sve što je od društva na temelju tog pravnog posla primio (čl. 323. ZOO-a). Drugi se slučaj odnosi na povrat naknade primljene na temelju ugovora o savjetovanju koji podliježe suglasnosti nadzornog odbora iz čl. 270, st. 1. ZTD-a no za koji nadzorni odbor nije naknadno dao suglasnost (odobrenje). Do trenutka naknadne suglasnosti (odobrenja) takvi će ugovori biti pendentni, a ako naknadno odobrenje izostane, bit će ništetni (čl. 270, st. 2. ZTD-a).

Osim odgovornosti za povrat, član nadzornog odbora potencijalno je izložen i odgovornosti za štetu s naslova čl. 272.k u vezi s čl. 252, st. 3, t. 7. ZTD-a. Odgovornost za štetu prijeti mu ako svojim postupcima vezanima uz ugovaranje i ispunjenje ugovora o savjetovanju vrijeđa dužnost primjene pozornosti urednog i savjesnog člana nadzornog odbora.

Ispuni li član nadzornog odbora ugovor o savjetovanju čiji predmet izlazi iz okvira redovnog djelovanja u svojstvu člana nadzornog odbora, a na koji nadzorni odbor naknadno uskrati suglasnost (odobrenje), načelno ima pravo od društva zahtijevati povrat koristi koju je društvo imalo od savjeta pozivanjem na pravnu osnovu stjecanja bez osnove (čl. 1111. ZOO-a). Međutim, u pravilu se neće moći pozivati na pravila o stjecanju bez osnove jer je znao da je valjanost ugovora o savjetovanju vezana uz suglasnost (odobrenje) nadzornog odbora (čl. 1112, st. 1. ZOO-a).

3. PODRUČJE PRIMJENE ČL. 270. ZTD-A

Budući da je cilj odredbe čl. 270. ZTD-a izbjegavanje utjecaja uprave na člana nadzornog odbora, navedena se odredba primjenjuje i na društva u koncernu, glede ugovora o savjetovanju koje sklapaju član nadzornog odbora vladajućeg društva i ovisno društvo. Ugovori koje član nadzornog odbora vladajućeg društva sklapa s ovisnim društvom potpadaju pod doseg čl. 270. ZTD-a, jer okolnost plaća li naknadu članu nadzornog odbora neposredno uprava ovisnog društva koje nadzire ili uprava vladajućeg društva, nije bitna, sve dokle se radi o savjetu koji je na usporediv način mogao biti ugovoren i između člana nadzornog odbora

odbora povrat primljenog na temelju ništetnog ugovora sklopljenog s društvom. Ako to ne učine, izlažu se odgovornosti za štetu (čl. 252, st. 1, 2. ZTD-a). Neovisno o tome, izloženi su riziku naknade štete s naslova čl. 252, st. 3, t. 7. ZTD-a.

i vladajućeg društva.⁷⁸ Drugačije, u koncernu koji čine društva među kojima nema odnosa ovisnosti nije potrebno proširiti područje primjene čl. 270. ZTD-a na savjetodavne ugovore koje sklapaju član nadzornog odbora jednog društva s drugim društvom koncerna. Ono stoga nije dopušteno. U pravilu isto vrijedi i za ugovore o savjetovanju koje član nadzornog odbora ovisnog društva sklapa s vladajućim društvom. Takvi su ugovori u pravilu dopušteni jer uprava ovisnog društva nema utjecaja na poslove vladajućeg društva.⁷⁹

Iz cilja odredbe čl. 270. ZTD-a proizlazi i da se primjenjuje na ugovore koje društvo ne sklapa s članom vlastitog nadzornog odbora već s drugim društvom čiji je član nadzornog odbora član.⁸⁰ Od primjene čl. 270. ZTD-a bit će izuzeti samo ugovori na temelju kojih članu nadzornog odbora pripada značajna naknada. Privola nadzornog odbora kao pretpostavka valjanosti stoga ne vrijedi samo glede ugovora s društvima u kojima je član nadzornog odbora jedini ili većinski član već i glede ugovora s društvima u kojima je član nadzornog odbora manjinski član, ako na temelju sklopljenog ugovora prima naknadu koja se ne može ocijeniti kao značajna ili zanemariva u odnosu prema naknadi koju prima na temelju odluke glavne skupštine. Posredna plaćanja od strane dioničkog društva čije poslovanje nadzire utječu na člana nadzornog odbora na jednak način kao i neposredna te na usporediv način narušavaju zaštitni cilj čl. 270. ZTD-a. Iz istog se razloga odredba čl. 270. ZTD-a primjenjuje i na ugovore o savjetovanju koje društvo sklapa s osobama koje su bliske članu nadzornog odbora, kao što su primjerice braćni drugovi, životni partneri i sl.⁸¹

Konačno, iz cilja odredbe čl. 270. ZTD-a proizlazi da se navedeno pravno pravilo primjenjuje i na ugovore koje neposredno sklapaju član uprave i član nadzornog odbora istog društva. Područje primjene čl. 270. ZTD-a širi se na navedene ugovore kada se odnose na poduzeće koje stranke koje ih sklapaju vode, odnosno nadziru, ako bi mogli biti sklopljeni između društva i člana nadzornog odbora.⁸² Opasnost od sukoba interesa u tim slučajevima usporediva je s opasnosti koja prijete kad ugovor o savjetovanju sklapaju društvo i član nadzornog odbora. Unatoč tome što dužnost nadzora postoji u pogledu uprave kao organa a ne glede pojedinih članova tog organa, neovisna djelatnost nadzora mora postojati glede svakog člana uprave. Iz tog je razloga sukob interesa u kojem se član nadzornog odbora nalazi naspram jednog člana uprave po djelatnost neovisnog nadzora jednako štetan kao i sukob interesa koji postoji prema upravi kao organu.

⁷⁸ Tako Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 7; Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 336; Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 2a.

⁷⁹ Budući da u faktičnom koncernu član nadzornog odbora ovisnog društva mora štiti interese ovisnog a ne vladajućeg društva, sukob interesa nije nužno isključen zbog čega se čl. 270. ZTD-a načelno može primijeniti i na takve ugovore o savjetovanju. Za usporedivo njemačko pravo v. Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 7.

⁸⁰ Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 335; Hüffer, U., op. cit. u bilj. 8, § 114, rbr 2a.

⁸¹ U njemačkom pravu navedeno stajalište zastupaju Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 9; Pietzke, R., op. cit. u bilj. 38, str. 659; Spindler, G., op. cit. u bilj. 5, str. 335.

⁸² Spindler, G., op. cit. u bilj. 3, § 114, rbr 11.

4. ZAKLJUČAK

Sukob interesa članova nadzornog odbora nepoželjan je no često neizbježan. Članovi nadzornog odbora nisu i ne trebaju biti bitno ograničeni u ostalim područjima svog profesionalnog djelovanja. Iz tog im je razloga dozvoljeno u privatnom svojstvu ulaziti u ugovorne odnose s društvom koje nadziru. Zakonodavac ne brani niti jedan oblik poslovne suradnje društva i člana nadzornog odbora, no za ugovore koje sklapaju propisuje poseban pravni režim.

Poseban pravni režim kojem su podvrgnuti ugovori između društva i članova njegova nadzornog odbora propisan je zbog posljedica koje takvi ugovori mogu imati po korporativno upravljanje. Mnogi ugovori, a prije svega ugovori o savjetovanju, s jedne su strane povezani s isplatama značajnih honorara za činidbu koju je problematično detaljno odrediti, a s druge strane člana nadzornog odbora stavljaju u specifičan položaj prema upravi koju je dužan nepristrano nadzirati.

Činjenica je, doduše, da se članovi nadzornih odbora dioničkih društava nerijetko nalaze u sukobu interesa. Djelovanje pod pritiskom sukobljenih interesa za brojne je članove nadzornih organa redovno stanje stvari. Predstavnici radnika u nadzornom odboru neizbježno su izloženi sukobu interesa prilikom donošenja odluka o smanjenju broja radnih mjesta, premještanju pogona ili o savjetu glede kupnje ili prodaje poduzeća. Sukobu interesa izloženi su i članovi nadzornih odbora koji istovremeno obnašaju funkciju člana uprave drugog trgovačkog društva koje posluje s društvom čije poslovanje nadziru. Zakonodavac navedenu činjenicu prepoznaje i dopušta, određujući samo način na koji je član nadzornog odbora dužan razriješiti sukob interesa. Ne polazi od stava da su ugovori o savjetovanju sredstvo kojim se uprava služi kako bi korumpirala članove nadzornog odbora no uvažava činjenicu da se radi o ugovorima na temelju kojih je moguć utjecaj uprave na člana nadzornog odbora. Od člana nadzornog odbora očekuje se da sam kritički preispita nudi li mu se sklapanje ugovora o savjetovanju zbog stručnosti i poslovne reputacije ili zbog činjenice da je član nadzornog odbora, te da na temelju donesenog zaključka odluči hoće li s društvom stupiti u ugovorni odnos.

Cilj koji je zakonodavac htio postići propisivanjem posebnog pravnog režima za ugovore o savjetovanju i slične ugovore koji se sklapaju s članovima nadzornog odbora određuje područje primjene i ispravnu interpretaciju odredbe čl. 270. ZTD-a. Budući da se radi o odredbi kojom se želi spriječiti neobjektivan nadzor nad poslovanjem društva i osigurati transparentno korporativno upravljanje, njezina je primjena opravdana samo na one ugovore o savjetovanju kojima se ugovara stručan savjet različit od redovne savjetodavne dužnosti nadzornog odbora, za koji član nadzornog odbora prima značajnu financijsku naknadu. Iz cilja čl. 270. ZTD-a proizlazi i zaključak da se radi o odredbi koja se primjenjuje ne samo na ugovore koje neposredno sklapaju društvo i član njegova nadzornog odbora već i na ugovore koje društvo sklapa s drugim društvom čiji je član nadzornog odbora član i na ugovore koje s članom nadzornog odbora sklapa ovisno društvo.

Iz cilja odredbe o ugovorima s članovima nadzornog odbora proizlazi i

njezino ispravno tumačenje. Radi se o odredbi koja ne određuje samo pretpostavku valjanosti ugovora o savjetovanju već i dužnosti uprave i člana nadzornog odbora kako postupati prilikom sklapanja ugovora o savjetovanju i prilikom njegova ispunjenja. Ispravna interpretacija čl. 270. ZTD-a članovima nadzornog odbora omogućava da uz članstvo u nadzornom odboru društvo istovremeno savjetuju kao vanjski konzultanti za primjerenu naknadu te nadzornom odboru omogućava da odluku o davanju privole na ugovor o savjetovanju donese na temelju odgovarajućih informacija o ugovoru.

CONSULTANCY AGREEMENT BETWEEN SUPERVISORY BOARD MEMBERS AND THE COMPANY WHOSE ACTIVITIES THEY SUPERVISE

The paper analyzes consultancy agreements between public limited company and its supervisory board members. After the introductory analysis of the consultancy agreement between public limited company and its supervisory board member, special attention is given to the scope and correct interpretation of the specific legal regime that is applied to these contracts, taking into consideration the meaning and purpose of Art. 270. Companies act.

The author elaborates which contracts fall under the scope of Art. 270. Companies act and what prerequisites must be met in order for the supervisory board to be able to reach a decision on approval of the contract. After that, the author analyses the correct interpretation of Art. 270. Companies act. Furthermore, the author explains and elaborates the consequences of extensive teleological interpretation of the supervisory boards' decision concerning the consultancy agreement, the legal status of the agreement in the period before the ratification and the implications of performance of the agreement before the ratification.

Finally, the author explains when and why Art. 270. Companies act must be implemented on consultancy agreements between a supervisory board member and a dependent company, a supervisory board member and a member of the board of managers and on contracts between the company whose supervisory board member is a member and the public limited company they supervise. The research concludes that the domestic law has appropriately regulated consulting activity of supervisory board members.

Key words: *consulting agreement, supervisory board, public limited company, consent, ratification, approval, conflict of interest*