

**Almir Gagula\***

## UGOVORNO UREĐENJE ODNOSA OSNIVAČA U DRUŠTVU SA OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

### Sažetak

Ugovorno uređenje međusobnih odnosa osnivača javlja se kao pitanje od izuzetnog praktičnog značaja. Imajući u vidu evidentnu podreguliranost oblasti poslovnog statusnog prava po pitanju internih odnosa osnivača postavlja se pitanje mogućnosti prevazilaženja evidentnih problema koji se javljaju u praksi. Autor se zalaže za akceptiranje dejstva slobode ugovaranja u oblasti statusnog poslovnog prava i predlaže konkretne primjere na kojima bi takva primjena bila korisna. Zalaže se ugovornu mogućnost uređenja pitanja kao što je uređenje načina prestanka pravnog lica, primjena prava pridruživanja i povlačenja, kao i rješavanja pitanja blokada u odlučivanju u društvu i korištenja tzv. Call opcije.

**Ključne riječi:** Ugovor o osnivanju d.o.o., mogućnost ugovaranja pojedinih pitanja, načini prestanka pravnog lica, Tag-along, Drag-along, rješavanje blokada, Call opcija.

### Ugovor o osnivanju društva sa ograničenom odgovornošću

Društvo sa ograničenom odgovornošću u pravu BiH osniva se osnivačkim aktom koji se kod jednočlanih društava naziva odlukom o osnivanju, a kod višečlanih društava ugovorom o osnivanju<sup>1</sup>. Riječ je o osnivačkom aktu društva kojim se inicira stvaranje novog društva sa ograničenom odgovornošću. Upravo na području sadržaja osnivačkog akta, a posebno ugovora o osnivanju, dolaze do izražaja potencijalni pozitivni efekti slobode ugovaranja kao instrumenta prevazilaženja inertnosti i nekompetentnosti zakonodavca u određenim pitanjima. Implementacija progresivnih instituta, koji bi potencijalno mogli rezultirati izbjegavanjem sporova<sup>2</sup> između osnivača društva, u velikoj

---

\* Dr.sc., advokat, Advokatski ured Gagula, Sarajevo.

<sup>1</sup> Čl. 304. Zakona o privrednim društvima (ZPD – Službene novine FBiH br. 29/15): “(1) Društvo s ograničenom odgovornošću osniva se ugovorom u pismenoj formi koji zaključuju osnivači, čiji se potpisi ovjeravaju sukladno zakonu. (2) Kada društvo s ograničenom odgovornošću osniva samo jedan osnivač, osnivački akt je odluka o osnivanju”. U kontekstu pitanja otvorenih odlukom Ustavnog suda FBiH br. U-15/10 od 02.12.2015.g. otvara se i pitanje nije li novi ZPD kao *lex posterior* i sam ukinuo obavezu notarske obrade osnivačkih akata d.o.o. Imajući u vidu da je tom odlukom utvrđeno da čl. 73. Zakona o notarima, a koji je predviđao notarsku obradu osnivačkih akata, nije u skladu sa Ustavom FBiH, kao i uvažavajući to da je Zakon o registraciji poslovnih subjekata u FBiH (Službene Novine FBiH br. 27/05, 68/05, 43/09, 63/14) *lex priori* u odnosu na ZPD – mišljenja smo da već samim stupanjem na snagu novog ZPD, čak i ne uzimajući u obzir pitanja otvorena odlukom Ustavnog suda FBiH - više ne postoji obaveza notarske obrade osnivačkih akata d.o.o.

<sup>2</sup> S. Moses et al. u Joint Ventures & Shareholders Agreements – Third Edition, West Sussex, 2009, 275.

mjeri ovisi o tome da li nad sadržajem osnivačkog ugovora dominiraju dispozitivni ili imperativni elementi. Drugim riječima, da li je sadržaj istog predefiniran imperativnim normama ili su ugovarači slobodni urediti sadržaj istog na način koji je adekvatan datim, konkretnim okolnostima.

Stim u vezi u radu će biti riječi o sadržaju osnivačkog ugovora, mogućnosti posebnog ugovaranja određenih pitanja, kao i o pojedinim praktičnim rješenjima koja bi mogla biti implementirana u našoj pravnoj praksi i u našoj legislativi.

### **Sadržaj osnivačkog ugovora**

Zakon o privrednim društvima FBiH propisuje minimalan sadržaj ugovora o osnivanju privrednog društva eksplicitno normirajući da isti obavezno sadrži<sup>3</sup>: a) ime i prezime i adresu prebivališta ili tvrtku i sjedište osnivača; b) tvrtku, sjedište i djelatnost društva; c) iznos temeljnog kapitala društva, iznos uloga u novcu, opis i vrijednost uloga u stvarima i pravima, broj i visinu udjela članova; d) prava i obveze članova društva; e) postupak u slučaju kada netko od osnivača ne uplati svoj ulog do ugovorenog roka ili ne ispunji drugu obvezu; f) iznos troškova osnivanja, odnosno procijenjeni iznos svih troškova plaćenih od društva; g) način izmirenja troškova osnivanja društva; h) imenovanje osoba ovlaštenih za vođenje poslovanja i zastupanje društva i prijavu za upis osnivanja društva u registar društava; i) posljedice neuspjelog osnivanja; j) posebnu odredbu ako se društvo osniva na određeno vrijeme.

Primjećujemo da se među navedenim mogu izdvojiti elementi koji se tiču ličnosti samih ugovarača – osnivača (lični podaci), elementi koji se tiču društva (firma, sjedište, djelatnost, kapital, trajanje društva, lica ovlaštena za zastupanje), kao i elementi koji sadržavaju prava i obaveze ugovarača (uključujući i izmirenje troškova osnivanja i posljedice neuspjelog osnivanja društva).

Zakonodavac ne zahtijeva da osnivački ugovor sadrži i neke druge odredbe kojima bi se npr. rješavalo pitanje blokada u radu društva, preciziralo pitanje prava povlačenja ili pridruživanja kod prodaje udjela u društvu, obavezne uzajamne prodaje-kupovine udjela i sl. Određena pitanja su prepustena autonomnoj regulaciji kroz statut društva (npr. pitanje prestanka društva<sup>4</sup>).

Za razliku od prava Federacije BiH – u pravu Republike Srpske prisutna su modernija rješenja koja u značajnijoj mjeri akcentiraju načelo slobode ugovaranja u interosnivačkim odnosima. Tako se pored osnivačkog akta, u višečlanim društvima sa ograničenom odgovornošću, osnivačima ostavlja mogućnost da zaključe i tzv. ugovor članova društva<sup>5</sup>. Mogućnost da osnivači zaključe poseban ugovor kojim će, pored onog što su ugovorili osnivačkim aktom, urediti međusobna prava i obaveze, rezultat je akceptiranja slobode

---

<sup>3</sup> Čl. 306. ZPD FBiH.

<sup>4</sup> Čl. 310. st. 3. tč. I) ZPD FBiH.

<sup>5</sup> Čl. 7. st. 5. ZPD RS: “Pored osnivačkog akta, ortačko i komanditno društvo mogu imati i ugovor ortaka društva, društvo sa ograničenom odgovornošću može imati i ugovor članova društva ili statut, a akcionarsko društvo i statut”.

ugovaranja kao osnovnog načela i u okvirima statusnog poslovnog prava. Zakonodavac je očito opredjeljenja da se osnivačima mora dati mogućnost da na ugovornoj osnovi urede određena pitanja značajna za njihove međusobne odnose.

Zakon o privrednim društvima RS takvo što eksplisitno određuje u čl. 100. koji glasi: Članovi društva sa ograničenom odgovornošću svoje međusobne odnose u društvu, kao i odnose sa društvom, uređuju slobodno ako ovim zakonom nije drugačije uređeno.

Nesporno je dakle riječ o načelu slobode ugovaranja u poslovnom statusnom pravu. No pri tome vrijedi spomenuti da naprijed navedena odredba ne predstavlja u potpunosti ostvarenje načela slobode ugovaranja u svemu na način kako to predviđa Zakon o obligacionim odnosima i to iz dva razloga. Najprije, izgleda da se članom 100. ZPD RS zapravo ugovaračima daje šira sloboda ugovaranja nego Zakonom o obligacionim odnosima. Takav zaključak bi proizašao iz toga što odredba ne ograničava slobodu ugovaranja osnivača ustavom/javnim poretkom, prinudnim propisima i moralom – nego samo ostalim odredbama ZPD RS. Prihvatanje takvog stava bi međutim bilo pogrešno utoliko što je načelo slobode ugovaranja, odnosno ako šire gledamo načelo autonomije volje - opće načelo građanskog prava, koje je jednako tako općenito u pravilu ograničeno korektivnim dejstvom ustava, imperativnih propisa i morala društva. Stoga bi odredbu čl. 100. ZPD RS valjalo tumačiti kao slobodu ugovaranja u okviru općih ograničenja slobode ugovaranja koja su kao takva propisana Zakonom o obligacionim odnosima.

S druge strane, na zaključak da čl. 100. ZPD RS ne predstavlja emanaciju čl. 10. ZOO, upućuje i to što čl. 102. ZPD RS propisuje šta može sadržavati ugovor članova društva. Tako isti u pisanoj formi sadrži odredbe o:

- a) obavezama članova društva na dodatne uloge pored osnovnih uloga, kao i o posebnim naknadama i posljedicama u slučaju neispunjerenja takvih obaveza,
- b) posebnim uslovima i načinu prenosa udjela članova društva koji se razlikuje od načina uređenog ovim zakonom,
- v) načinu za ostvarivanje prava glasa članova društva ili prava na dividendu (jednako pravo, pravo u skladu sa udjelom u osnovnom kapitalu društva ili pravo utvrđeno na neki drugi način) i
- g) postupku odlučivanja, uključujući i postupak za odlučivanje u slučaju blokade odlučivanja među članovima društva.

Za razliku od formulacije upotrebljene u čl. 101. st. 2. ZPD RS<sup>6</sup> a koja omogućava osnivačima da u osnivački ugovor unesu i dodatne odredbe pored zakonom zahtijevanih – zakon kada je u pitanju ugovor osnivača ne daje izričito mogućnost takve ekstenzije sadržaja. Iz toga bi slijedio zaključak da ugovor osnivača, za razliku od osnivačkog ugovora, ne može sadržavati dodatne odredbe, a koje se ne bi ticale gore pobrojana četiri pitanja. Držimo da se radi o nomotehničkom propustu. Ovo posebno iz razloga što se u čl. 101. st. 2. ZPD RS daje mogućnost osnivačima da u osnivački ugovor unesu odredbe koje vrijede za ugovor osnivača,

---

<sup>6</sup> “Osnivački akt društva sa ograničenom odgovornošću može sadržati i druge odredbe, uključujući i odredbe koje može sadržati i ugovor članova društva”.

one koje zakon zahtjeva – ali druge odredbe, bez ograničavanja kroz *numerus clausus*. Zbog toga sloboda ugovaranja na primjeru ugovora osnivača izgleda limitiranom u odnosu na osnovni koncept slobode ugovaranja iz Zakona o obligacionim odnosima. Držimo da se ispravnim tumačenjem odredbi čl. 100-102. ZPD RS treba zauzeti stav po kojem ugovor osnivača – kao i osnivački ugovor – sve dok je to u okvirima granica slobode ugovaranja – može sadržavati i neke druge odredbe.

Unatoč gore izraženim dilemama – nema nikakve sumnje da pravo dano članom 100. i 102. ZPD RS – predstavlja dodatno, normativno, ali i efektivno ostvarenje slobode ugovaranja u okvirima poslovnog statusnog prava. Tako prihvaćeni koncept osnivačima omogućava da na ugovornoj osnovi urede određena pitanja koja zakonodavac nije ili nije mogao *in abstracto* anticipirati za većinu životnih situacija. Čak i ako bi se prihvatile restriktivnije tumačenje čl. 102. ZPD RS, tj. ista odredba prihvatiла као *numerus clausus*, nema nikakve dileme da je riječ o znatno naprednjem i kvalitetnijem rješenju nego onom prisutnom u ZPD FBiH.

U nastavku ćemo prikazati kako neka od mogućih kontraktualnih rješenja u okviru slobode ugovaranja mogu olakšati uređivanje diferenciranih pravnih situacija u odnosima između osnivača jednog društva sa ograničenom odgovornošću.

### **Mogućnost posebnog ugovaranja pojedinih pitanja**

Ako je jasno da zakonodavac propisuje minimalan sadržaj odredbi osnivačkog ugovora postavlja se pitanje da li ugovarači imaju mogućnost vršiti ekstenziju sadržaja ugovara na način što će određena pitanja koja se tiču funkcionalnosti samog društva, ali i interosnivačka pitanja – regulirati:a) posebnim odredbama ili b) na drugačiji način u odnosu na zakonski režim.

Najprije treba odgovoriti na pitanje o tome kakva je priroda, a potom i domaćaj odredbe čl. 306. ZPD FBiH. Nema nikakve sumnje da je odredba Zakona o privrednim društvima FBiH kojom je uređen sadržaj osnivačkog ugovora norma imperativne prirode. To bi nadalje značilo da bi postupanje protivno normi bilo nezakonito i sankcionisano ništavnošću. Takvo što bi vrijedilo dakako samo ako je odredba ugovora *contra legem*, dakle izričito protivna odredbi čl. 306. ZPD FBiH ili koje druge vezane odredbe. Nadalje, postupanje protivno imperativnoj normi bi vodilo nultetu osnivačkog ugovora u cijelosti samo ukoliko nije moguće primijeniti institut djelimične ništavosti ugovora<sup>7</sup>.

Unatoč takvoj nesumnjivoj prirodi predmetne odredbe, vrijedi primjetiti da odredba ipak supstancialno ne propisuje odredbe osnivačkog akta. Osnivački akt, odnosno ugovor, mora regulisati minimum tamo nabrojanih pitanja, ali sama odredba ne uređuje sadržaj odredbi kojima će se regulisati ta pitanja. Odredba čl. 306. ZPD FBiH obavezno traži da se ugovorom moraju regulisati prava i obaveze članova društva, ali ne određuje koja su to prava i obaveze i na koji način se sadržajno ista mogu odnosno moraju urediti.

Također vrijedi primjetiti da leksičkim tumačenjem ove odredbe proizilazi da tamo nabrojanih 10 vrsta odredbi koje osnivački ugovor mora sadržavati – nisu i jedine odredbe koje osnivački ugovor može sadržavati. Prvi dio pomenute odredbe glasi:

---

<sup>7</sup> Čl. 105. ZOO.

*Osnivački akt društva s ograničenom odgovornošću obavezno sadrži...*

Odrednicu "obavezno" možemo dvojako tumačiti:

Prvo, na način da deset navedenih pitanja u odredbi zapravo jesu jedina pitanja koja bi osnivački ugovor mogao sadržavati (dakle da ista čine *numerus clausus*), što bi potom značilo da bi bilo koja odredba koja bi uređivala bilo kakvo drugo pitanje, a koje ne spada u krug direktno označenih pitanja – zapravo bila ništava.

Drugi način tumačenja pomenute odrednice bi imao biti takav da se deset pitanja koja pominje čl. 306. ZPD FBiH – odnose na pitanja koja se ugovorom obligatorno moraju stipulirati, ali da to ne znači da ugovarači u okviru ostalih imperativnih odredbi Zakona o privrednim društvima i Zakona o obligacionim odnosima – nemaju slobodu da pojedina ostala pitanja također urede osnivačkim ugovorom<sup>8</sup>. To bi jednako vrijedilo ne samo za uređenje pitanja upravljanja privrednim društvom, nego i za ugovorne odnose samih osnivača – članova društva.

Uzimajući u obzir kompleksnost odnosa u koje osnivači ulaze osnivačkim ugovorom, kao i način upotrebe termina "obavezno" u predmetnoj odredbi, skloni smo prihvatići drugo tumačenje<sup>9</sup>.

Prihvatanje takve polazne ideje daje odgovor samo na pitanje da li osnivači imaju slobodu uređivati širi krug pitanja nego što je unaprijed određeni minimalni krug pitanja iz čl. 306. ZPD. Međutim takva pomoćna hipoteza ne daje odgovor na druga dva suštinska pitanja:

- a) šta je to što osnivači mogu dodatno urediti, i
- b) koje su granice slobode takvog uređivanja.

Odgovor na oba pitanja suštinski je povezan sa tendencijom primjetnom u ugovornom pravu u svijetu. Sloboda kretanja kapitala, roba i usluga, sve šira internacionalizacija trgovine, utiče i na pojačanu razmjenu iskustava u oblasti obligacionog i korporativnog prava. Pojedina komparativna legislativna i praktična rješenja su često prihvatanja u domicilnom legislativnom i praktičnom životu. Otud i potreba za komparativno-pravnim metodom u naučno-istraživačkom radu u oblasti prava. Takvu tendenciju možemo primjetiti kroz intenzivan rad na određenim praktičnim i specifičnim rješenjima (Načela Evropskog ugovornog prava - PECL, Nacrt zajedničkog referentnog okvira - DCFR).

Tendencija približavanja i prenošenja određenih razrađenih rješenja prisutna je i u pravnoj praksi. U njemačkoj korporativnoj praksi npr. je primjetno sve veće korištenje anglo-američkog stila u ugovornim transakcijama<sup>10</sup>. Slična tendencija je već odavno prisutna u EU,

---

<sup>8</sup> J. Barbić, Pravo društava, Knjiga druga, Društva kapitala, Svezak II, Zagreb, 2013, 17.

<sup>9</sup> Š. Čović, Poslovno pravo, Sarajevo, 2003, 297: "Međutim, pored obaveznih elemenata, osnivači mogu u osnivačkim aktima predviđjeti i autohtono (samostalno) regulisati neka pitanja... Samostalno regulisanje pitanja u osnivačkom aktu ne može biti u suprotnosti sa prinudnim normama zakona jer ima za posljedicu ništavost osnivačkog akta".

<sup>10</sup> C. Hill et al., How do German Contracts do as much with fewer words?, Chicago-Kent Law Review, Vol. 79., 891.

pogotovo kada je u pitanju zaštita potrošača<sup>11</sup>. Približavanje različitih pravnih poredaka (harmonizacija, ako već ne unifikacija), pa i onih koji pripadaju potpuno različitim pravnim tradicijama, nije nova tendencija. Stoga se čini uputnim razmotriti mogućnost da se u pravu BiH na ugovornoj bazi primjene određena rješenja već od ranije prisutna u praksi korporativnog ugovaranja u svijetu.

Ugovorne klauzule koje uvode takva rješenja sve od reda imaju za cilj reguliranje određenih potencijalno spornih situacija koje mogu nastati u toku postojanja privrednog društva odnosno tokom trajanja ugovora o osnivanju, a koje nisu uređene postojećim legislativnim rješenjima. Korištenjem specifičnih i detaljno razrađenih klauzula na ugovornoj bazi se postižu diferencirani pozitivni efekti koji se sumarno mogu svesti na slijedeći zaključak: prevazilazi se inertnost zakonodavca u prepoznavanju određenih problema u odnosima osnivača, a osnivačima se omogućuje da svoje ugovorne odnose urede na način koji najviše ugovora prirodi njihovih odnosa, ali i prirodi poslovanja date kompanije.

Ne treba pri tome izgubiti iz vida još jedan dodatan cilj koji se na veoma efikasan način postiže ugovaranjem specifičnih klauzula. Društva sa ograničenom odgovornošću su zasnovana na dobrom uzajamnim odnosima članova društva, a takvi odnosi su najčešće preduslov za uspješan život privrednog društva. Tamo gdje se odnosi osnivača poremete do te mjere da je funkcionisanje društva otežano, pa čak i do te mjere da nastupi potpuna blokada u donošenju upravljačkih odluka, nužno je iznaći način za rješavanje blokada i omogućiti osnivačima da bez ili uz što manje štete po njihove interese razvrgnu svoj partnerski odnos na unaprijed ugovoren način<sup>12</sup>.

Ukoliko bi naša sudska praksa pokazala inertnost ili čak i negativan odnos prema inkorporaciji ovakvih instituta u međuosnivačke odnose, tada bi se kao efikasan put njihovog ostvarenja bez ikakve sumnje mogla koristiti arbitraža<sup>13</sup>. Naime, sporovi između osnivača jesu arbitriljni, jer važećim propisima nije predviđena isključiva nadležnost suda za njihovo rješavanje. Stoga bi se povjeravanjem arbitraži sporova koji nastanu prilikom izvršenja ovakvih specifičnih rješenja – mogla izbjegći negativna percepcija sudova u odnosu na iste klauzule<sup>14</sup>.

## **Uređenje načina prestanka pravnog lica**

Iz odredbe čl. 306. ZPD FBiH proizilazi da zakonodavac nije predvidio kao mandatoran element osnivačkog ugovora uređenje eventualnog načina prestanka pravnog lica. Moguće je da je takvo što posljedica percepcije zakonodavca da načini prestanka pravnog lica moraju biti uređeni imperativnim normama. Ako je tome tako onda nema prostora da se prepusta članovima društva da uređuju uslove i način prestanka pravnog lica.

---

<sup>11</sup> Vidi npr. Direktivu EU 2011/83/EU od 25.10.2011.g..

<sup>12</sup> K. U. Schmolke, Expulsion and Valuation Clauses - Freedom of Contract vs. Legal Paternalism in German Partnership and Close Corporation Law (January 17, 2012), 9. Dostupno na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1986799> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986799>.

<sup>13</sup> S. K. Ripken, The Provisional Director Remedy for Corporate Deadlock: A Proposed Model Statute. Washington and Lee Law Review, Vol. 60, No. 1, pp. 111, Winter 2003, 127. Dostupno na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=925938>

<sup>14</sup> M. Lasić, Arbitražno pravo, Mostar, 2013, 54-61.

Na vjerovatnost ovakvog opredjeljenja zakonodavca upućuje slijedeće. Odredbom čl. 73. ZPD FBiH nabrojani su razlozi odnosno slučajevi prestanka društva<sup>15</sup>. Ako se ostave po strani ostali načini prestanka društva proizilazi da su jedini oblici koji dovode do prestanka društva, a koji su u autonomnoj sferi članova društva, oni koji se tiču promjena spajanja, pripajanja i podjele kao i prestanka društva odlukom skupštine društva. Za sve ove oblike prestanka društva nužno je obezbijediti određene oblike većine u skupštini društva. Odredba kao takva ne upućuje na mogućnost članova društva da *ex contractu* urede one situacije u kojima će doći do prestanka društva, a koje nisu obuhvaćene navedenom odredbom Zakona o privrednim društvima FBiH.

Zakonsko rješenje prisutno u Republici Srpskoj je naprednije. Jednako kao što to generalno vrijedi za slobodu ugavaranja u pogledu sadržaja osnivačkog ugovora, tako se i u pogledu osnova prestanka društva sa ograničenom odgovornošću daje mogućnost osnivačima da osnove prestanka urede na kontraktualnoj osnovi<sup>16</sup>.

Bitna razlika između Zakona o privrednim društvima FBiH i RS je dakle u tome što ovaj potonji daje članovima društva puno veću slobodu u uređivanju ne samo pitanja od značaja za osnivanje i rad društva, rješavanje eventualnih blokada – nego i pitanje samog prestanka društva. Takvo opredjeljenje je ispravno iz razloga zbog kojih inače treba članovima društva dati širu slobodu ali i zbog činjenice da je rješenje po kojem o prestanku društva skupština društva odlučuje po standardnom modelu odlučivanja suviše kruto. Moguće je naime da se za prestanak društva iz određenih razloga ne može pronaći adekvatna većina, a da operativne okolnosti ipak zahtijevaju prestanak društva.

Stoga smatramo da bi članovima društva trebalo biti omogućeno da, u granicama načela slobode ugavaranja, urede *ex ante* razloge za prestanak društva, kao i način rješenja njihovih odnosa u slučaju prestanka društva. Način na koji će se urediti uslovi za prestanak društva i posljedice njegova prestanka bi stoga trebali biti prepušteni članovima društva.

Na liniji tog razmišljanja članovi društva bi mogli prihvatiti da jedan od uslova, koji bi pokrenuo postupak automatskog prestanka društva, bude nastupanje takvih okolnosti kao što su operativne poteškoće, nemogućnost pravovremenog plaćanja dospjelih obaveza, rizik nastajanja negativne aktive društva i dolaska društva u stečaj i sl. Za takav slučaj bi članovi društva normirali automatsko iniciranje saniranja stanja ili pokretanja likvidacionog postupka bez potrebe da se postiže odgovarajuća većina.

U anglo-američkoj korporativnoj praksi se u prednje navedenim situacijama npr. određuje da članovi društva imaju mogućnost samo da izaberu jednu od više ponuđenih alternativa (smanjenje kapitala za pokriće gubitka i povećanje kapitala; prodaja društva

---

<sup>15</sup> Čl. 73. ZPD FBiH: “Društvo prestaje u slučaju: a) isteka razdoblja za koje je utemeljeno; b) spajanja, pripajanja i podjele; c) okončanja stečajnog postupka ili odbijanja zahtjeva za otvaranje stečajnog postupka uslijed nedostatka imovine; d) prestankom na temelju odluke suda; e) odlukom skupštine društva”.

<sup>16</sup> Čl. 176. ZPD RS: “Društvo sa ograničenom odgovornošću prestaje: a) istekom vremena određenog u osnivačkom aktu, b) odlukom skupštine članova, v) statusnim promjenama koje za posljedicu imaju prestanak društva, g) pravosnažnom sudskom odlukom kojom se utvrđuje da je registracija društva bila ništava i određuje brisanje društva iz sudskog registra i d) nastupanjem događaja određenog osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva“.

nezavisnom trećem licu; pokretanje stečajnog ili likvidacionog postupka<sup>17</sup>), a ako ne uspiju postići većinu oko jedne od alternativa onda se jedna od njih određuje kao preferirana i automatski usvojena.

Ovakve i slične klauzule koje određuju uslove i načine prestanka društva kao modalitet prevazilaženja operativnih problema bi trebalo prihvati kao klauzule koje osnivači u našem pravu mogu kontrahirati. Klauzule o prestanku društva ili prestanku članstva svih članova društva mogu se kombinirati sa klauzulama kojima se procjenjuje ili određuje vrijednost udjela članova društva prilikom prodaje trećem licu ili prilikom diobe preostale aktive.

## **Tag-along i drag-along**

Na ovom mjestu ćemo se pozabaviti dvjema klauzulama osnivačkih ugovora koje svoje porijeklo imaju u anglo-američkoj korporativnoj praksi i koje praktično predstavljaju ponešto modificirano pravo preče kupnje. Prva klauzula zapravo predstavlja pravo preče kupnje u ogledalu (pravo srazmjerne prodaje). Druga klauzula kombinira pravo preče kupnje i predugovor o prodaji prava u korist trećeg inicijalno nepoznatog lica.

### *a) Tag-Along*

U korporativnoj praksi se pod terminom klauzule “Tag-Along” podrazumjeva pravo ugovorenog za manjinske vlasnike udjela kojim isti stiču pravo da se, u slučaju prodaje većinskog udjela od strane većinskog vlasnika trećem licu, “pridruže” transakciji i prodaju svoj udio trećem licu. Time se omogućava manjinskim vlasnicima da iskoriste situaciju u kojoj većinski vlasnik udjela prodaje svoj udio, na način što će im se omogućiti da i oni prodaju svoj udio u cijelosti ili srazmjerno njihovom učeštu u kapitalu društva<sup>18</sup>. Cilj ovakvih klauzula je također se da se izbjegne situacija u kojoj bi manjinski osnivači mogli biti dovedeni u situaciju da većinski udio u društvu stekne njima nepoznato lice<sup>19</sup>.

Primjer Tag-Along klauzule je slijedeći:

*U slučaju obavijesti jednog člana (“prodavac”) o prodaji udjela trećim nepovezanim licima, drugi članovi (“ne-prodavci”) stiču pravo da prodaju proporcionalan dio udjela (Tag-Along – “pravo pridruživanja”) po istoj cijeni i drugim uslovima kao i za člana koji prodaje udio i to tako da ukupan udio koji se prodaje je jednak udjelu navedenom u obavještenju o prodaji.*

*“Ne-prodavci” će u roku od 20 dana odlučiti da li će koristiti to pravo i o tome će obavijestiti Prodavca. Obavještenje će istovremeno biti poslano svim ostalim vlasnicima udjela. Ako član odluči da ne koristi svoje pravo, to pravo će biti srazmjerno podijeljeno između ostalih članova koji se odluče koristiti to pravo.*

---

<sup>17</sup> C. M. Landeoet. al., Shotguns and Deadlocks (August 14, 2013), 14. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2258966>

<sup>18</sup> G.Chemlaet. al., An Analysis of Shareholder Agreements (July 2004). NYU, Ctr for Law and Business Research Paper No. 02-01; RICAFE Working Paper No. 006, 3. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=299420> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.299420>.

<sup>19</sup> C. Wilkinson et. al., Joint Ventures & Shareholders Agreements – Third Edition, West Sussex, 2009., 252.

*“Ne-prodavci” mogu umjesto “prava pridruživanja” koristiti pravo preče kupovine.*

Jasno slijedi da se kroz “Tag-Along” klauzulu, odnosno “pravo pridruživanja”, omogućava ostalim članovima društva da u slučaju da jedan član prodaje svoj udio trećem licu - i oni pod istim uslovima prodaju proporcionalan dio svojih udjela<sup>20</sup>. Pojednostavljeni, ako član društva A koji drži 20% udjela želi prodati kompletan svoj udio trećem licu C, onda i član društva B koji drži 80% udjela, ima pravo da se proporcionalno pridruži takvoj transakciji. U takvoj situaciji, od ukupnih 20% udjela koji će se prodati trećem licu, lice A i B će prodati srazmjeran dio svojih udjela i to srazmjerno njihovom udjelu u ukupnom kapitalu društva.

Tako će lice A imati pravo da proda 20% od svog udjela (20% od 20%, tj. ukupno 4%) a lice B će također imati pravo da trećem licu proda 20% od svog udjela (20% od 80% tj. ukupno 16%). Time će treće lice C steći ukupno 20% udjela na način što će i lice A i lice B prodati licu C odgovarajući dio svojih udjela, a ne samo na način da lice A proda licu C kompletan udio.

Transakcija 20% udjela se u navedenom primjeru ima realizirati na sljedeći način:

Član	Udio prije transakcije	Učešće u prodaji licu C	Udio nakon transakcije
A	20 %	(20% od 20%) 4 %	16 %
B	80 %	(20% od 80%) 16 %	64 %
C			20 %
<b>Ukupno</b>	<b>100%</b>	<b>20%</b>	<b>100%</b>

### b) Drag-Along

Pod “Drag-Along” klauzulom se podrazumjeva pravo člana društva<sup>21</sup> da u slučaju nezavisne ponude trećeg lica, koje insistira na kupovini svih udjela društva<sup>22</sup>, “povuče” u transakciju sa sobom i manjinske članove društva pod istim uslovima koji vrijede za većinskog člana. Obično se u cilju zaštite manjinskih članova od zloupotrebe “Drag-Along” klauzule predviđa i da cijena po udjelu neće biti manja od nezavisne revizorske procjene izvršene u skladu sa odredbama osnivačkog ugovora.

Primjer “Drag-Along” klauzule je sljedeći:

*U slučaju da, bilo koji većinski član ili više njih koji zajedno drže najmanje 70% udjela, prima bona fide ponudu treće nezavisne strane za preuzimanje svih udjela društva, takav član ili članovi će imati pravo da pozove sve, ali ne manje od svih članova da prodaju udjele pod identičnim uslovima kakvi su ponuđeni od strane nezavisnog trećeg lica (“Drag-Along” - “pravo povlačenja”).*

---

<sup>20</sup> L Sasso, Corporate Governance and the Role of Hybrid Financial Instruments in the UK and US (September 27, 2011). Corporate Finance and Capital Markets Law Review, 2011, 11. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1934276>

<sup>21</sup> G. Chemla et. al. op. cit., 3.

<sup>22</sup> A. Arabjanov, Use of English Law in Uzbek Corporate Transactions (April 24, 2014), 16. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2461205> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2461205.ZPD>

*Član koji želi da koristi svoje pravo povlačenja mora obavijestiti ostale članove o namjeri korištenja takvog prava u roku od 10 dana od prijema ponude trećeg lica, a 20 dana nakon toga ostali članovi će biti u obavezi da prodaju svoje udjele trećem licu pod istim uslovima koji su ponuđeni članu koji koristi pravo povlačenja, osim u slučaju da žele koristiti pravo preče kupovine svih udjela Člana koji koristi pravo povlačenja.*

Kod primjene prava povlačenja manjinski članovi imaju dakle dvije opcije:

1. da zajedno sa većinskim članom prodaju trećem licu svoje udjele na način da treće lice stekne 100% vlasništvo udjela, ili
2. da se koriste pravom preče kupovine i sami steknu udjele većinskog člana koji namjerava prodati svoje i njihove udjele korištenjem prava povlačenja.

#### **1. Dopusťenosť**

S obzirom da je bez sumnje riječ o specifičnim klauzulama koje nisu uobičajene u našoj korporativnoj praksi ostaju otvorena dva pitanja: a) zakonitosti klauzula i b) načinu prinudne realizacije predmetnih klauzula.

Prednje zauzeti stav - po kojem osnivači društva sa ograničenom odgovornošću mogu u osnivački akt ili u statut inkorporirati i druge elemente, a ne samo one osnovne kao takve navedene u zakonu<sup>23</sup> - ne daje odmah odgovor na prвopostavljeno pitanje.

Mišljenja smo da niti jedna od prezentiranih klauzula osnivačkog ugovora nije takve vrste da bismo je imali označiti nišavom. Zakon o privrednim društvima FBiH ne uređuje pitanje nišavosti osnivačkog akta društava sa ograničenom odgovornošću. Zakon govori o nišavosti registracije osnivanja privrednog društva i tačno navodi slučajevе u kojima je registracija nišava<sup>24</sup>. Niti jedna od navedenih klauzula ne bi mogla dovesti do nišavosti registracije društva kada se ima u vidu čl. 62. ZPD.

Stoga nema drugog rješenja nego na konkretnе, a tako i ostale specifične klauzule - primjeniti opća načela obligacionog prava. Čini se da klauzule najjednostavnije prolaze test Ustava. Ne bi se moglo zamisliti zbog čega bi ugоварanje Tag-Along ili Drag-Along prava bilo protivno bilo kojoj odredbi Ustava BiH, ustavima entiteta ili kojeg od kantona<sup>25</sup>. Riječ je

---

<sup>23</sup> J. Barbić, op. cit., 24: "Kao primjeri sporednih sporazuma mogu se navesti preuzimanje obaveze dodatne uplate, davanja kredita, unošenja u društvo stvari i prava... preuzimanje obveza ustupanja poslovnog udjela pod određenim pretpostavkama, obveze kako će se glasovati u skupštini društva, davanje prava za predlaganje izbora članova organa društva uz obvezu drugih članova da to prihvate, preuzimanje obveze društva da članu osigura mirovinu".

<sup>24</sup> Čl. 62. st. 1. ZPD: "Ukoliko nije drugačije utvrđeno Zakonom o registraciji poslovnih subjekata u Federaciji Bosne i Hercegovine, registracija osnivanja privrednog društva nišava je ako: a) broj osnivača manji je od broja utvrđenog ovim zakonom; b) ne postoji pravna i poslovna sposobnost svih osnivača; c) osnivački akt nije sastavljen u propisanoj formi; d) osnivački akt ne sadrži podatke o poslovnom imenu društva, vrijednosti i vrsti uloga svakog osnivača ili iznosa osnovnog kapitala koji je propisan ovim zakonom ili o djelatnosti društva; e) minimalni iznos uloga nije uplaćen u skladu sa ovim zakonom; f) djelatnost društva nezakonita je ili suprotna javnom interesu; g) osnivač ili jedan od osnivača društva član je postojećeg društva sa neograničenom solidarnom odgovornošću ili komplementar u komanditnom društvu; h) osnivač ili jedan od osnivača društva jedini je član društva sa ograničenom odgovornošću nad kojim je pokrenut postupak stečaja ili likvidacije ili je protiv tog društva podignuta tužba iz člana 359. stav (1) tačka a) ovog zakona".

<sup>25</sup> Čl. 103. ZOO.

o ugovornim klauzulama koje ne samo da ne ograničavaju kretanje kapitala<sup>26</sup>, nego ga olakšavaju na način što obezbjeđuju nesmetano prometovanje udjelima uz određene pogodnosti za postojeće članove društva koje se baziraju na prostoj ekonomskoj logici.

Kod Tag-Along prava, vlasnici koji inicijalno ne prodaju udio stiču mogućnost da pod jednakim uslovima proporcionalno prodaju svoje udjele, kao i vlasnik koji se prvi odlučio na prodaju. Kod Drag-Along prava kretanje kapitala se dodatno pojednostavljuje time što se potencijalnom kupcu omogućava da stekne cjelokupan udio u jednom društvu u onim situacijama kada istom ne odgovara da u društvu ostanu manjinski vlasnici kapitala.

Vrijedi napomenuti da se na ustavnoj osnovi ovakvim klauzulama ne vrijedaju prava vlasnika udjela<sup>27</sup>, jer vlasnici udjela dobrovoljno, *ex ante*, pristaju na ograničenje svog vlasništva. Primjenom ovakvih klauzula se na iste ne stavlja pretjeran teret jer kod Tag-Along klauzula nemaju nikakvih obaveza, nego samo prava, a kod Drag-Along klauzula ukoliko se ne žele pridružiti prodaji imaju mogućnost da pod istim uslovima kupe udio većinskog vlasnika. Time se ujedno sprječavaju eventualne špekulativne akcije većinskih vlasnika.

Mišljenja smo da također ne postoje odredbe zakona zbog kojih bi se predmetne klauzule smatrale ništavim zbog toga što su protivne zakonskim imperativnim propisima. Kao što se može primijetiti - klauzule funkcionalno u primjeni podrazumijevaju i opcionalno korištenje prava preče kupnje<sup>28</sup> kao zaštitnog mehanizma kojim se može koristiti drugi član kao odgovor na akcije prvog člana. Kod Tag-Along klauzule tako može umjesto pridruživanja iskoristiti pravo preče kupnje pod istim uslovima, a kod Drag-Along klauzule može spriječiti povlačenje i prodaju vlastitog udjela na način što će pod istim uslovima kupiti udio člana koji je inicirao korištenje klauzule.

Dakle, makar u jednom segmentu ove klauzule nisu ni strane ni nove kada je u pitanju naše pravo. Pravo preče kupnje je sastavni dio našeg korporativnog prava, jer je kao pravo dato članovima društva i to *ex lege*, a ne samo na kontraktualnoj osnovi<sup>29</sup>. Ne treba posebno ni spominjati da pravo preče kupnje kod nas egzistira i u kontraktualnom obliku. Osim ove inkorporiranosti prava preče kupnje kao instrumenta priznatog i poznatog u našem pravu, niti jedna od predmetnih klauzula svojim postavkama ne zadire u neke druge imperativne institute ili rješenja pozitivnog prava.

---

<sup>26</sup> Čl. 1.4. Ustava BiH: "Postoji sloboda kretanja širom Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina i entiteti neće ometati punu slobodu kretanja, lica, roba, usluga i kapitala širom Bosne i Hercegovine. Nijedan entitet neće provoditi bilo kakvu kontrolu na granici između entiteta".

<sup>27</sup> Koja bi u smislu zaštite ljudskih prava imala biti zaštićena kroz mehanizme ne samo Ustava nego i EKLJP (čl. 1. Protokol 1.).

<sup>28</sup> Čl. 527. ZOO: "Ugovornom odredbom o pravu prvakupa obvezuje se kupac da izvijesti prodavaoca o namjeravanoj prodaji stvari određenoj osobi, a i o uvjetima te prodaje, i da mu ponudi da on stvar kupi za istu cijenu".

<sup>29</sup> Čl. 321. ZPD: "(1) Članovi društva imaju pravo preče kupnje udjela. (2) Član društva koji prodaje udio dužan je u pisanoj formi putem uprave društva obavijestiti ostale članove o cijeni i drugim uvjetima prodaje. (3) Ako niko od članova u pisanoj formi putem uprave društva ne prihvati ponudu za kupovinu, ili izjavи interes a posao ne bude zaključen u roku 30 dana, član može svoj udio prodati trećim licima pod uvjetima koji ne mogu biti povoljniji od ponude iz stava (2) ovog člana. (4) Kada više članova društva izjavи interes za kupovinu, a ne postignu sporazum ko će preuzeti udio ili u kojim omjerima će više njih preuzeti udio, ili saglasno izjave da se ne žele međusobno nadmetati u pogledu cijene, udio će otkupiti tako što će ga podijeliti srazmjerno međusobnom odnosu njihovih uplaćenih uloga".

Predmet ovakvih ugovornih klauzula je moguć, dopušten i određen<sup>30</sup>.

Držimo da ne postoje nikakvi prijepori oko postojanja *causae* ovakvih klauzula jer je ona jasna već iz same odredbe<sup>31</sup>. Svi afirmativni razlozi kojima se obrazlažu pozitivni efekti inkorporiranja ovakvih klauzula istovremeno daju odgovor na pitanje šta je to osnova koju su članovi društva prilikom kontrahiranja imali u vidu. Kod Tag-Along klauzule s obzirom na potpunu operativnu jednakost u primjeni (klauzula je bezlična, nije namijenjena upotrebi samo određenih kategorija članova), svi članovi društva imaju posve identičnu *causu* u vidu. Kod Drag-Along klauzule situacija je nešto drugačija jer je inicijalna upotreba klauzule povjerena jednoj kategoriji članova društva (većinskoj). Članovi mogu imati diferencirane *causae* u vidu – većinski član klauzulu ugovara kako bi bez opstrukcija manjinskih članova mogao prodati kompletno društvo i time postići veću cijenu za vlastiti udio – a manjinski članovi odredbu ugovaraju imajući u vidu značajan ekonomski doprinos većinskog člana društva (pa stoga uzimaju u obzir njegove pojačane ekonomske interese), ali i zaštitu vlastitih prava na otkup udjela većinskog člana jednom kada se isti odluči na korištenje predmetne klauzule.

Ostavljajući na ovom mjestu po strani sve druge imperativne odredbe i mehanizme kojima ovakve klauzule nisu suprotstavljene – spomenuti ćemo odnos ovakvih klauzula sa određenim načelima obligacionog prava koja bi mogla biti primjenjiva na konkretni slučaj.

Najprije, klauzulama se ne krši ravnopravnost sudionika u obligacionim odnosima<sup>32</sup>. Kod Tag-Along klauzula takvo što je nepobitno, jer pravo pridruživanja transakciji jednog od članova društva imaju svi ostali članovi društva i to proporcionalno udjelu koji imaju u društvu. Moglo bi se postaviti pitanje da li bi ravnopravnost u korištenju bila ostvarena samo kod potpune jednakosti položaja osnivača – bez obzira na učešće u kapitalu. Zahtijevati i tvrditi takvo što bi predstavljalо zadiranje u već prihvачene koncepte zaštite subjektivnih prava u korporativnim oblicima udruživanja (pa čak i kontraktualnim) gdje stepen uživanja prava ovisi o stepenu učešća u subjektivnom pravu.

Na ovom mjestu također ne možemo pronaći razloge zbog kojih bi ugovaranje predmetnih klauzula bilo suprotno načelu savjesnosti i poštenja u segmentu zasnivanja obligacionog odnosa. Priroda i sadržaj predmetnih klauzula je najprije takva da se istima preveniraju određena stanja ili zastoji u funkcioniranju pravnog lica uslijed kojih bi moglo doći do situacija u izvršavanju osnivačkog akta koje bi se mogle podvesti pod kršenja načela savjesnosti i poštenja. Tamo gdje partnerski odnosi u životu jednog pravnog lica ne daju rezultate koje su osnivači inicijalno imali u vidu – nema ništa poštenije nego omogućiti razriješenje partnerstva kroz poštivanje i zaštitu ekonomskih interesa i jedne i druge strane. Operacionaliziranjem ovakvih klauzula se sprečavaju zastoji u razvoju privrednog društva i na najbolji način zaštićuje ne samo individualni, nego i opći, društveni interes, koji se u sadašnjem socijalno-ekonomskom sistemu upravo ostvaruje kroz stvaranje viška vrijednosti uspješnim radom pravnih lica različite veličine i ekonomske snage.

Tag-Along i Drag-Along klauzule same po sebi ne dovode do zloupotrebe prava. Ugovaranje ovakvih klauzula *ipso facto* neće inicirati zloupotrebu prava, jer se njihovim kontrahiranjem pravo ne zloupotrebljava nego upotrebljava.

---

<sup>30</sup> Čl. 47. ZOO.

<sup>31</sup> Čl. 51. ZOO.

<sup>32</sup> Čl. 11. ZOO.

Istina jeste da nije potpuno isključena mogućnost da jedan od ugovarača u operacionalizaciji ovih klauzula postupa na način koji bi u datim okolnostima mogao potpasti pod udar načela zabrane zloupotrebe prava, bilo u užem ili najširem obliku<sup>33</sup>. Klasičan oblik zloupotrebe Tag-Along klauzule bi se pojavio u onoj situaciji u kojoj inicijator njene primjene postupa u saradnji sa trećim licima nastojeći npr. da ili prisili drugog osnivača da koristi pravo preče kupovine pod nepovoljnim uslovima ili da stekne razmjeran dio njegovih udjela koristeći iste okolnosti, a da zapravo treće lice djeluje kao agent prvog osnivača koji na taj način zloupotrebjava Tag-Along klauzulu. Ovakvo što bi još izražajnije došlo na vidjelo kod eventualne zloupotrebe Drag-Along klauzule. Koristeći pravo koje mu proizilazi iz takve klauzule većinski vlasnik udjela može istisnuti manjinskog vlasnika kroz fingiranje transakcije vlastitog udjela koji bi obligatorno morao pratiti i manjinski vlasnik. Zloupotreba bi se dešavala u onom segmentu konzumacije tog prava u kojem bi većinski osnivač djelovao u dogovoru sa trećim licem koje bi bilo fiktivni kupac cjelokupnog udjela.

No čini se da ipak ovakve klauzule nisu ništa manje ili ništa više podložne zloupotrebi prava nego što to vrijedi za zloupotrebu ostalih subjektivnih građanskih prava. Pa ipak, jedan momentum, koji proizilazi iz njihove specifične aplikacije u praksi, predstavlja dodatnu zaštitu obično manjinskom vlasniku udjela. Uobičajeno se naime kontrahira zaštitni dio klauzule prema kojem vrijednost udjela s kojom se operira tokom same transakcije ne smije biti manja od vrijednosti procijenjene od strane nezavisnog, a često i renomiranog, vanjskog revizora. Time se polje moguće zloupotrebe ovakvih klauzula dodatno sužava.

Zakon o privrednim društvima ne sadrži eksplicitnu odredbu kojom bi se omogućavalo ugovaranje ovakvih klauzula u osnivačkim aktima društava sa ograničenom odgovornošću. Imajući ipak u vidu odredbu čl. 306. ZPD FBiH proizilazi da takva mogućnost postoji iz najmanje dva razloga. Najprije, predmetnom odredbom se određuje minimum, a ne maksimum, sadržaja osnivačkog akta. To bi jasno imalo značiti da ugovarači mogu u osnivački akt unijeti i dodatne odredbe, pored onih koje zakon imperativno zahtjeva. No i pored toga, t.c. d) čl. 306. ZPD FBiH<sup>34</sup> omogućava kontrahiranje prava i obaveza osnivača, pa bi se ugovaranje ovakvih klauzula u osnivačkom aktu moglo vršiti i pozivom na ovaj osnov.

### c) *Način realizacije*

U slučaju da jedan ili više osnivača koje obavezuje ove klauzule odbije postupiti po istima postavlja se pitanje načina obezbjeđenja pravne zaštite odnosno prisilnog ostvarivanja prava. Put pravne zaštite je različit. Ovlaštenik koji ostvaruje prava iz "Tag-Along" klauzule bi mogao kombinacijom deklaratorne i kondemnatorne presude protiv prodavca i trećeg nepovezanog lica zahtijevati isplatu cijene za proporcionalni dio vlastitog udjela, ali protiv potonjeg samo u slučaju njegove nesavjesnosti, tj. ako ovaj ne bi znao ili mogao znati za postojanje takvog prava. Protiv prodavca zahtjev bi se mogao bazirati na nepoštivanju ugovorne obaveze o obavještavanju o prodaji trećem licu što bi, primjenom općih pravila, povlačilo za sobom i pravo na naknadu štete<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> C. Bienzet. al., Venture Capital Exit Rights (February 1, 2010), 6. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1140128> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1140128>.

<sup>34</sup> "Osnivački akt društva s ograničenom odgovornošću obavezno sadrži:... d) prava i obaveze članova društva;"

<sup>35</sup> Čl. 262. ZOO.

Kod ovlaštenja koje potiče iz “Drag-Along” klauzule – većinski član može, na bazi učinjenog poziva manjinskim osnivačima, tražiti donošenje deklaratorne presude kojom bi se konstatovao učinak obavještenja u smislu utvrđenja prijenosa udjela na trećeg nezavisnog kupca. Takav većinski član bi također mogao zahtijevati naknadu štete zbog neizvršavanja obaveza iz ovakve klauzule.

U oba slučaja arbitraža se nameće kao dobra alternativa sudskom postupku zbog svih razloga koji se ističu u korist iste u odnosu na sudsko rješavanje ovakve vrste sporova<sup>36</sup>, iako su određena zakonodavstva i dalje sklona zadržavati isključivu nadležnost redovnih sudova<sup>37</sup> po ovom pitanju<sup>38</sup>.

## Rješavanje pitanja blokada

U toku dinamičnog života privrednog društva moguće je da se pojave određeni problemi ili nesuglasice između osnivača koje bi se manifestirale kroz nemogućnost skupštine društva da donosi odluke značajne za poslovanje društva. Skupština društva sa ograničenom odgovornošću odlučuje o nekim od najznačajnijih pitanja<sup>39</sup>. Pravilo je da se o većini pitanja odlučuje natpolovičnom većinom na skupštini prisutnih udjela<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> P. D.Weitzel, The End of Shareholder Litigation? Allowing Shareholders to Customize Enforcement through Arbitration Provisions in Charters and Bylaws (November 22, 2011). 2013 BYU L. Rev. 65 (2013), 65 idalje. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1963498> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1963498>.

<sup>37</sup> U Njemačkoj je napravljen određeni kvalitativan iskorak u pravcu podražavanja arbitražnih klauzula za sporove unutar društva sa ograničenom odgovornošću (GmBH) dok se za poništanje odluka skupštine dioničkog društva (AG) i dalje predviđa isključiva nadležnost redovnih sudova. Vidi detaljnije: L. A.Market, Arbitrating Corporate Disputes – German Approaches and International Solutions to Reconcile Conflicting Principles (May 29, 2015). Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 8, No. 1, 29-60, May 2015, 44. Dostupno na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2612404>.

<sup>38</sup> S. V. Strembelevet. al., Arbitrability of Corporate Disputes in Russia: To Be or Not to Be (January 23, 2014). CIS Arbitration Forum Working Paper 1/2014; Journal "Zakon", April 2013, No. 4, 108-118. Dostupnona SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2383736> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2383736>.

<sup>39</sup> Prema čl. 3303. st.1. ZPD FBiH shodno se primjenjuje odredba čl. 234. ZPD FBiH prema kojoj skupština društva odlučuje o slijedećim pitanjima: a) povećanju i smanjenju osnovnog kapitala; b) emisiji novih dionica postojeće ili nove klase i emisiji obveznica i drugih dužničkih vrijednosnih papira; c) ograničenju ili isključenju prava preće kupnje novih dionica u okviru odluke o emisiji novih dionica postojeće ili nove klase; d) usvajanju godišnjeg izvještaja o poslovanju društva koji uključuje finansijski izvještaj i izvještaje revizora, nadzornog odbora i odbora za reviziju; e) rasporedu dobiti i isplati dividende; f) načinu pokrića gubitka; g) spajanju sa drugim društvima i pripajanju drugih društava dioničkom društvu ili dioničkog društva drugom društvu; h) promjeni oblika i podjeli dioničkog društva; i) prestanku dioničkog društva sa provođenjem likvidacije i o odobravanju početnog likvidacionog bilansa i završnog računa po okončanju postupka likvidacije; j) kupovini, prodaji, zamjeni, uzimanju ili davanju u lizing, uzimanju ili davanju kredita i drugim transakcijama imovinom, direktno ili posredstvom supsidijarnih društava u toku poslovne godine u obimu većem od 33% knjigovodstvene vrijednosti imovine dioničkog društva po bilansu stanja na kraju prethodne godine, na prijedlog uprave i nadzornog odbora; k) izboru i razrješenju članova nadzornog odbora pojedinačno; l) izboru vanjskog revizora; m) izboru i razrješenju članova odbora za reviziju pojedinačno; n) osnivanju, reorganizaciji i likvidaciji supsidijarnih društava i odobravanju njihovih statuta; o) naknadama članova nadzornog odbora i odbora za reviziju; p) izmjenama i dopunama odredaba statuta koje se ne odnose na pitanja iz tač. a), b), g) i h) ovog člana ili druga pitanja o kojima, u skladu sa zakonom ili statutom društva, skupština donosi posebne odluke čiji pravni učinak uključuje izmjenu odgovarajućih odredaba statuta društva; r) izuzimanju stalnih sredstava u privrednim društvima; s) drugim pitanjima bitnim za poslovanje dioničkog društva, u skladu sa zakonom i statutom dioničkog društva.

<sup>40</sup> Čl. 236. st. 1. ZPD.

Moguće je da u praksi zbog omjera udjela u društvu, članovi društva nisu u stanju donijeti neku od bitnih odluka. Takva situacija se može pojaviti tamo gdje nije moguće postići većinu glasova oko određene odluke, a pogotovo u onim situacijama u kojima članovi društva imaju podjednake udjele (npr. 2 člana sa 50% udjela)<sup>41</sup>, a nisu u stanju postići kompromisno rješenje<sup>42</sup>. U takvim situacijama bilo bi korisno da osnivački ugovor sadrži odredbe ugovornog karaktera koje bi se primjenjivali za razriješenje takvih oblika blokada.

S tim u vezi pod *Klauzulom za razriješenje blokada* podrazumijevamo ugovornu klauzulu ili konstrukciju ugovornih klauzula, sadržanu u osnivačkom ugovoru, kojima se uređuje i rješava pitanje blokada. Cilj je ovakvih klauzula da se na jednostavan, brz i što je moguće jeftiniji način razvrgne narušen i disfunkcionalan odnos između članova društva<sup>43</sup>.

Kao i u prethodnom slučaju možemo primijetiti da Zakon o privrednim društvima FBiH niti na koji način ne tangira pitanje rješenja hipotetički mogućih blokada na nivou skupštine društva. Osim generalno postavljenog pravila da skupština društva u većini slučajeva odlučuje većinom glasova – ne postoje odredbe kojima bi se omogućio izlaz iz tako nepoželjne situacije kao što je upravljačka blokada društva.

Sa istim argumentima kojima smo opravdavali mogućnost korištenja Tag-Along i Drag-Along klauzula, držimo da bi članovi društva u okviru slobode ugovaranja mogli urediti pitanje rješenja blokada, na način koji bi bio adekvatan okolnostima datog društva i drugim specifičnostima koje krase odnose između članova, a koji bi istovremeno neutralno i u najboljoj mogućoj mjeri štitio ekonomski interes članova društva.

Oblici takvih klauzula su različiti. Takva klauzula bi najprije trebala identificirati bitna pitanja odnosno oko kojih bi članovi društva morali postići adekvatnu saglasnost. Ukoliko se saglasnost oko ključnih pitanja ne postigne tj. ukoliko skupština društva ne bude u stanju donijeti makar kakvu odluku o određenim pitanjima – tada bi se aktivirao mehanizam rješenja blokade. Sasvim je jasno da jednak značaj za poslovanje društva nema izbor članova nadzornog odbora ili uprave društva kao što ima npr. uređivanje pitanje naknada članovima nadzornog odbora ili odbora za reviziju. Klauzula za rješenje blokada bi morala biti aplikativna samo i jedino kod ključnih pitanja upravljanja društvom, a ne i kod manje bitnih pitanja.

Jednom kada nastupi okolnost koja je klauzulom određena kao uslov njene primjene, tj. kada skupština društva ne može donijeti odluku o određenom bitnom pitanju, od suštinskog značaja je dati način rješenja takve blokade. Načini rješenja prihvaćeni u korporativnoj praksi mogu biti zaista različiti, od umjerenih do ekstremnih načina rješenja blokade. Umještost kreatora klauzula i opredjeljenje osnivača mogu otvoriti brojne načine izlaska iz krizne situacije onda kada se ne može postići adekvatno rješenje kojim bi se obezbijedio uspješan rad društva. Neki od mogućih načina rješenja blokade u društvu su:

---

<sup>41</sup> S. K.Ripken, op. cit., 120.

<sup>42</sup> Npr. zbog nemogućnosti postizanja većine glasova skupština ne može odobriti značajnije investicije, rasporediti dobit, izvršiti pokriće gubitka ili npr. izabrati nadzorni odbor uslijed čega je moguće da nastupi potpuna upravljačka blokada društva na nivou nadzornog odbora ili uprave društva.

<sup>43</sup> K. U.Schmolke, op. cit., 389.

1. Jedna strana šalje drugoj strani fiksnu ponudu po kojoj je spremna prodati svoj udio<sup>44</sup>. Ukoliko druga strana ne želi kupiti udio po ponuđenoj cijeni – ima obavezu prodati vlastiti udio po istoj cijeni. Klauzula se naziva i “Ruskim ruletom”. Njena prednost je u praksi najčešće u tome što se izbjegava procjena od strane trećeg lica i sa procjenom povezani troškovi<sup>45</sup>.

2. Članovi društva angažiraju neku od renomiranih revizorskih kuća koja će dati neovisnu i profesionalnu procjenu vrijednosti udjela tj. cijelog društva<sup>46</sup>. Društvo se zatim stavlja na prodaju nepovezanom trećem licu. Pojavljuju se i takve kombinacije u kojima strana koja je inicirala procjenu ima obavezu prodati vlastiti udio po procijenjenoj vrijednosti drugoj strani.

3. Članovi društva šalju neovisnom trećem licu (notaru i sl.) zapečaćene ponude u kojem ističu cijenu koju nude za udio drugog lica. Koji god od članova da veću ponudu ima pravo da kupi udio drugog člana po ponuđenom iznosu. Ovakva klauzula se u praksi naziva “Texas shoot out” (teksaško pucanje ili ispučavanje) ili “Dutch auction” (holandska aukcija).

4. Članovi društva likvidiraju društvo kao način rješavanja blokade<sup>47</sup>.

Jednako kao i u slučaju Tag-Along i Drag-Along klauzula moramo odgovoriti na pitanje da li su ovakve klauzule za razriješenje blokada u radu društva zakonite i kako ih postići prinudnim putem u slučaju da obveznik ne želi dobrovoljno ispuniti obavezu koja mu je nametnuta ugovorom.

Iako je nemoguće dati načelan odgovor za sve moguće oblike klauzula, mišljenja smo, općenito govoreći, da klauzule kojima bi se rješavalo pitanje blokada na ugovornoj osnovi nisu nezakonite odnosno ništave klauzule. Držimo da ne postoji razlog za percipiranje ovakvih klauzula ništavim zbog njihove suprotnosti Ustavu BiH, ustavima entiteta ili kantona<sup>48</sup>. Svi razlozi koje smo naveli po pitanju prihvatljivosti klauzula Tag-Along i Drag-Along iz konteksta ustavno-pravnih ograničenja mogu se primjeniti i na klauzule za rješenje blokada u društвima.

Klauzule za rješavanje pitanja blokada nisu ništave zbog njihove neusklađenosti sa imperativnim propisima. Predmet ovakvih ugovornih klauzula je moguć, dopušten i određen<sup>49</sup>. Osnov predmetnih klauzula je jasan<sup>50</sup> a kao takav nije protivan ustavu, imperativnim propisima ili moralu društva. Imajući u vidu da se klauzule, u zavisnosti od njihove konstrukcije, jednak primjenjuju na sve osnivače s ciljem rješenja nastalih blokada, to svi članovi društva prilikom ugovaranja imaju istu osnovu u vidu.

---

<sup>44</sup> C. Landeoet. al. op. cit., 17.

<sup>45</sup> C. Wilkinson et. al., op. cit., 220.

<sup>46</sup> C. Landeo et. al., op. cit., 29.

<sup>47</sup> C. Landeoet. al., op. cit., 14.

<sup>48</sup> Čl. 103. ZOO.

<sup>49</sup> Čl. 47. ZOO.

<sup>50</sup> Čl. 51. ZOO.

Klauzulama za rješavanje blokada se načelno govoreći ne krši ravnopravnost sudionika u obligacionim odnosima<sup>51</sup> ukoliko je klauzula formulisana na takav način koji podrazumijeva mogućnost korištenja klauzule pod jednakim uslovima i potencijalno jednaka prava i obaveze ugovarača u slučaju aktivacije klauzule. Ostali argumenti navedeni naprijed kod Tag-Along o Drag-Along klauzula i njihova odnosa sa načelom ravnopravnosti – vrijede i za ove klauzule. Jednako vrijedi i za odnos ovakvih klauzula sa načelom savjesnosti i poštenja.

Nešto je suptilniji odnos ovih klauzula sa načelom zabrane zloupotrebe prava. Iako klauzule u vidu imaju razriješenje blokada pri odlučivanju o bitnim pitanjima za život i funkcioniranje privrednog društva – nije isključeno da se jedan od ugovarača odluči zloupotrijebiti svoje pravo na glasanje o determiniranim bitnim pitanjima – upravo kako bi ostvario njihovo aktiviranje. No ocjena o tome da li je jedan ugovarač prouzrokovao blokadu kako bi aktivirao predmetnu klauzulu na način koji predstavlja zloupotrebu a ne korištenje prava – je više faktičko, a manje pravno pitanje. Na sudu je da u svakom konkretnom slučaju utvrdi da li je u datom slučaju riječ o pravno dopuštenom ili pravno nedopuštenom korištenju glasačkih prava.

U zavisnosti od izabrane konstrukcije klauzule zloupotreba prava bi se ipak mogla pojaviti u onim situacijama koje su slične mogućim situacijama kod Tag-Along i Drag-Along klauzula. Ako bi se klauzula rješavanja blokada vršila na način gore prezentiran pod a) – tada bi se zloupotreba prava mogla javiti pri korištenju klauzule ukoliko bi jedan ugovarač imao saznanje da drugi ugovarač neće biti spremna prihvati ni razmjerno nisku ponudu (npr. zbog izvanrednih životnih ili ekonomskih okolnosti) što će onda dovesti do obaveze te druge strane da proda vlastiti udio prvoj strani po takvoj niskoj cijeni.

Zaštitni mehanizam, kao i u drugim situacijama, bi bio ostvaren ugovaranjem procjene minimalne cijene od strane nezavisnih i renomiranih revizorskih kuća. Za procjenu vrijednosti udjela mogu se koristiti različiti metodi. U najčešće primjenjive metode ubrajaju se sljedeći metodi: zarada; gotovinski tok; prinos od dividendi; neto imovina; metode zasnovane na troškovima i metod prometa<sup>52</sup>.

Mehanizam prinudne realizacije ovisi od izabranog koncepta i specifičnosti same klauzule. Načelno govoreći mišljenja smo da bi se zaštita prava povjerioca iz ovakvih klauzula ostvarivala deklaratornom i kondemnatornom presudom. Deklaratornom bi se primjerice moglo utvrditi da je druga strana trpjeli da se prva strana upiše kao vlasnik udjela (primjer a); deklaratorna tužba trećeg lica kojom se postavlja jednak zahtjev za utvrđenje (primjer b); deklaratorna i kondemnatorna tužba ugovarača koji je dao manju ponudu (primjer c).

---

<sup>51</sup> Čl. 11. ZOO.

<sup>52</sup> R. Matyszcyk et al. u Joint Ventures & Shareholders Agreements – 3rd ed., West Sussex, 2009, 265-271.

## Call opcija (buy-out)

Jedan od mogućih načina rješavanja pitanja odnosa između članova društva jeste i tzv. Call opcija ili Buy-Out opcija. Pojednostavljeni rečeno riječ je o obavezujućoj ponudi jednog (ili više) članova društva učinjenoj jednom (ili više) ostalih članova društva za kupovinu udjela ponuđenog<sup>53</sup>. Ponuđeni u ugovorenom roku ima obavezu da se izjasni na način da ponudu prihvata ili da istu odbija.

Ukoliko ponuđeni prihvati ponudu ponuđača – tada se pristupa zaključenju ugovora o prijenosu udjela pod uslovima iz ponude. U suprotnom, ako ponuđeni odbije ponudu, imati će obavezu kupiti cijeli udio ponuđača pod istim uslovima koje je ponuđač nudio za kupovinu udjela ponuđenog.

Primjer Call opcije bi bio sljedeći:

*U slučaju da bilo koji član ili više njih (Ponuđač) da drugom članu ili više njih (Ponuđeni) ponudu za kupnju udjela Ponuđenog – Ponuđeni imaju obavezu odgovoriti na takvu ponudu u roku od 20 dana, prihvatanjem iste ili odbijanjem. Šutnja Ponuđenog će se smatrati odbijanjem ponude.*

*Ukoliko Ponuđeni odbije ponudu time nastaje njegova obaveza da kupi udio Ponuđača pod istim uslovima kakvi su navedeni u ponudi Ponuđača upućenoj Ponuđenom<sup>54</sup>.*

Očigledno je da se pravni značaj Call opcije može objasniti institutima poznatim našem obligacionom pravu. Najprije nema nikakve sumnje da prvi dio Call opcije, onaj koji se tiče obavezujuće ponude Ponuđača upućene Ponuđenom – po svemu predstavlja obavezujuću ponudu za zaključenje ugovora o prodaji i prijenosu udjela u društvu sa ograničenom odgovornošću. U tom smislu ne postoje nikakve dileme da li bi taj dio Call opcije bio dopušten prema važećim propisima. Ponudom i prihvatom ponude se zaključuje ugovor<sup>55</sup>. Call opcija u ovom dijelu svakako predstavlja i jedan od kontraktualnih oblika ostvarenja prava preće kupnje koje ostali vlasnici udjela ionako imaju.

Međutim drugi dio klauzule jeste specifičan. Ukoliko Ponuđeni ne prihvati ponudu ili samo šuti – time nastaje njegova obaveza da od Ponuđača kupi njegov udio po istim uslovima koji su dati u inicijalnoj ponudi Ponuđača. Kontrahiranjem ovakve klauzule u Call opciji članovi društva *ex ante* preuzimaju obavezu kupnje udjela drugog člana (ili više njih). U tom smislu ne vidimo da bi bilo kakvi prigovori mogli dovesti u pitanje valjanost ovako preuzete obaveze.

Kao što je naprijed rečeno vezano za druge klauzule - članovi društva sa ograničenom odgovornošću mogu osnivačkim aktom ili docnjim ugovorom ugovoriti širi obim prava i obaveza od onih koje su kao minimalne predviđene Zakonom o privrednim društvima.

---

<sup>53</sup> A. Arabjanov, op. cit., 13.

<sup>54</sup> Npr. lice A koje ima 40% udjela nudi licu B koje ima 60% udjela da kupi udjele lica A po cijeni od 1 milion KM dakle za 25 hiljada KM po 1% udjela. Ukoliko lice B odbije kupiti udio lica A onda ima obavezu da proda svoj udio licu A po istoj cijeni (25 hiljada KM po 1% udjela, tj. ukupno 1,5 miliona KM za 60% udjela).

<sup>55</sup> Čl. 31. i 32. ZOO.

U tom kontekstu ugovor članova društva načelno može sadržavati dodatne klauzule u koje spada i Call opcija. Ugovaranje buduće kupovine ili buduće prodaje nije zabranjeno. Obaveza ugovarača koncipirana na ovakav način nije protivna ustavu, prinudnim propisima ili moralu društva. Obaveza je odrediva, a u dijelu cijene za udio koji se prenosi će biti određena onog momenta kada ponuđač da ponudu. Ponuđač će istina dati ponudu u smislu cijene za udio ponuđenog ali već tom ponudom će biti formirano dovoljno elemenata za određivanje cijene za udio ponuđača za slučaj da ponuđeni ne prihvati njegovu ponudu.

Call opcija nije protivna ni načelu jednake vrijednosti davanja<sup>56</sup> a njen osnovna ideja bazira se na potpunoj ravnopravnosti ponuđača i ponuđenog – jer su isti ravnopravnii u ključnom bitnom elementu cijele transakcije – tj. cijeni udjela. Cijena udjela u bilo kojem pravcu (Ponuđač->Ponuđeni ili Ponuđeni->Ponuđač) je potpuno jednaka odnosno preciznije rečeno potpuno je procentualno jednaka na način da bez obzira koja strana stekla udio druge strane – cijena za 1% udjela će biti identična.

Dakle, ugovornom transakcijom se ne krši ni načelo ravnopravnosti sudionika u obaveznom odnosu<sup>57</sup> jer obje strane imaju isto pravo iz klauzule a finansijski efekti klauzule su direktno proporcionalni njihovom udjelu u društvu. U slučaju da se jedna strana ogluši na obaveze predviđene Call opcijom držimo da bi se ostvarenje prava, analogno navedenom kod ostalih klauzula, mogla ostvariti kombinacijom deklaratornih i kondemnatornih zahtjeva.

### Zaključna razmatranja

Ugovor o osnivanju društva sa ograničenom odgovornošću je takav osnivački akt čiji je sadržaj jednim dijelom određen imperativnim normama, a u preostalom dijelu daje dosta široku slobodu ugovaračima da pojedina pitanja urede na način na koji im to u datom slučaju najbolje odgovara. Autonomija volje osnivača je ono što između ostalog karakteriše d.o.o. u odnosu na d.d. Koristeći mogućnost posebnog ugovaranja određenih pitanja osnivači mogu unaprijed rješiti određene probleme koji se mogu pojaviti tokom života društva. *Ex-ante* regulacija od strane ugovarača, dakle na način koji podrazumijeva anticipiranje budućeg problema, a ne rješavanje već nastalog problema, predstavlja svakako poželjan pristup osnivača jednog društva. Na taj način oni unaprijed mogu rješiti pitanje prestanka pravnog lica na različite načine. Osim toga, korištenjem vrlo praktičnih ugovornih klauzula mogu postići zaštitu prava članova društva u slučajevima u kojim se drugi član ili članovi odluče na prodaju udjela tako što će im se pridružiti (Tag-Along). U slučaju pak kad treći kupac želi kupiti cijelo društvo – ugovornom klauzulom se može predvidjeti obaveza svih članova društva da prodaju svoje udjele (Drag-Along). Blokade u radu društva, posebno tamo gdje je isključena mogućnost preglasavanja (ravnomjerni vlasnički udjeli) mogu se preduprijediti i riješiti ugovornim klauzulama koje će rješavati upravo takve situacije. Više je nego korisno da postoji mehanizam koji predstavlja već gotovo rješenje blokada u radu društva, jednom i ako one nastupe. Konačno, kao jedan od primjera implementacije slobode ugovaranja javlja se i tzv. Call opcija u kojoj se unaprijed daje osnivačima mogućnost da riješe potencijalne ili postojeće konflikte korištenjem mehanizma koji će dovesti do toga da će u društvu ostati samo jedan član društva, dok će drugi član za svoj udio dobiti adekvatnu isplatu u novcu.

---

<sup>56</sup> Čl. 15. ZOO.

<sup>57</sup> Čl. 11. ZOO.

Dva su moguća načina implementacije ovakvih klauzula. Jedan put bi bila legislativna intervencija kojom bi se izričito normirale ovakve klauzule odnosno mogućnost njihovog ugovaranja. Drugi, držimo i adekvatniji put je njihova implementacija kroz ugovornu praksu uz nužno otvaranje drugačije perspektive sudova u odnosu na ovakve klauzule. U izostanku adekvatnog odgovora od strane sudova – arbitraža ostaje kao moguće izvjesniji i sigurniji put.

# **CONTRACTUAL REGULATION OF THE FOUNDER'S RELATIONS IN LIMITED LIABILITY COMPANY**

## **ABSTRACT**

Contractual regulation of internal relations of founders of LTD companies appears as question of grave importance. Having in mind obvious under regulation in area of company law regarding internal relations of founders the questions arise if it is possible to override obvious problems in practice. Author advocates for implementation of contractual freedom in company law and suggests examples where such application would be useful. Author advocates contractual regulation of questions such as ways of termination of companies, application of Tag-Along and Drag-Along rights, as well as resolution of deadlock in the company and usage of Call option.

**Keywords:** Foundation Contract of Ltd,Possibility of contracting of certain issues, Termination of legal entity, Tag-along, Drag-along, Deadlock resolution, Call option.