

*Проф. др Зоран Арсић,
Правни факултет, Нови Сад*

Посебна права, награде и накнаде

Оснивање акционарског друштва - како симултано, тако и sukcesивно - може бити квалификовано. Једна од ситуација када постоји квалификовано оснивање друштва је постојање посебних права, награда и накнада.¹⁾

Посебна права, награде и накнаде се спомињу на три места у одредбама Закона о предузећима које се односе на акционарска друштва - експлицитно се спомињу једанпут и то у чл. 215., којим се регулише овлашћење оснивачке скупштине у односу на "посебна права оснивача, као и посебне накнаде и награде". "Посебна права оснивача" се спомињу два пута - чл. 203. (садржина проспекта) и чл. 214 (делокруг оснивачке скупштине). И поред неуједначене терминологије, која је сама по себи проблем, за претпоставити је да је у питању редакцијски пропуст и да се ради о истом институту. Осим недовољног регулисања овог питања, постојећа регулатива се односи искључиво на sukcesивни начин оснивања.

Питање посебних права накнада и награда је требало детаљније регулисати, у складу са решењима присутним у упоредном праву, при чему би та правила требала да се нађу у чл. 195. (трошкови оснивања).

1. Појам посебних погодности - права, награде и накнада

Посебна права, награде и накнаде су посебне, за друштво обавезујуће, погодности које се утврђују у корист оснивача за учествовање у настанку друштва²⁾. У

1. Растовчан Павао, Трговачка друштва главни носиоци привреде у капитализму, Загреб 1958, стр.82-86

Закону о предузећима се користи терминологија "посебна права, награде и накнаде", ³⁾ док је у упоредном праву присутна формулација "посебне погодности". ⁴⁾ У даљим излагањима користећемо овакву терминологију, будући да она боље одражава и разлику у односу на издатке при оснивању друштва. Осим тога, треба имати у виду да се и у Закону о предузећима користи термин "породности акционара" (чл.259.). Ове посебне погодности, мада представљају тражбена права, она су то само по форми и не оптерећују капиталну супстанцу друштва, зато што би се у противном радило о незаконитом повраћају улога у друштво (чл.227.). То је разлог због којег се ове чинидбе извршавају на терет добити или остатака ликвидационе масе. ⁵⁾ Посебне погодности нису у свом настанку зависне у односу на чланство овлашћеника, као што се не везују за чланство ни у свом даљем постојању. ⁶⁾ У питању је обавеза друштва на чинидбу, која настаје самим настанком друштва и учешћем оснивача у њему. То значи да се ради о обавези која настаје када према њој нема праве противчинидбе. ⁷⁾ Овде треба поново указати на терминологију Закона о предузећима - "награде и накнаде" претпостављају постојање противчинидбе, која се огледа у радњи по основу које припада награда и предузетих трошкова за које следи накнада.

Овлашћеник посебних погодности може бити оснивач. У упоредном праву су позната и другачија решења - акционар ⁸⁾, акционар и други, ⁹⁾ акционар и трећи. ¹⁰⁾ Нагласили смо да је регулатива Закона о предузећима недовољна, али се посебна права награде и накнаде везују само за оснивача (чл.203. и чл.214.). Када је треће лице овлашћено на препуштање неког предмета имовине, тада суштински не постоје посебне погодности. Такве ситуације много више личе на послове закључене за будуће друштво. ¹¹⁾ Ипак, овакво решење има одређених недостатака, о чему ће бити доцније више речи.

Сложеније је питање начин установљавања посебних погодности. Закон о предузећима не садржи решење познато у упоредном праву да се посебне погодности морају установити статутом (нпр. у немачком праву), што је исправно решење будући да посебне погодности утичу на положај и будућих чланова друштва, као и јавности која улази у правне односе са друштвом. Када је сукцесивно оснивање друштва у питању, посебна права оснивача (и посебне награде и накнаде) су елемент проспекта (чл.203.), а одлуку о посебним правима оснивача, наградама и

2. Терминологијом Закона о предузећима овде се ради о настанку друштва, а оснивање одговара појму "изградње" друштва из немачког права.
3. Тако и чл.193. Трговачког закона из 1937
4. Тако чл. 26. немачког Акцијског закона; чл. 80 француског закона бр.66-537
5. Würdinger Hans, Aktien- und Konzern Recht, Karlsruhe 1973, стр.37
6. Gadow, Aktiengesetz, Band 1, Берлин 1961., стр.116
7. Ибидем
8. Немачки Акцијски закон из 1965 у чл.26.
9. Немачки Акцијски закон из 1998 у чл.26.
10. Трговачки закон из 1937 у чл.190.
11. Würdinger H., op.cit., стр.38.

накнадама доноси оснивачка скупштина (чл.214.).Треба напоменути да посебне погодности нису предвиђене као садржај извештаја оснивача (чл.200.), који се ограничава на само један случај квалификованог оснивања - неновчани улог.¹²⁾ У сваком случају, да би посебне погодности имале дејство према друштву, потребно је да оснивачка скупштина донесе пуноважну одлуку о посебним погодностима (чл.214. и чл.215.).При томе, посебне погодности могу бити део садржине статута (чл.219. ст.2. тч.7.), али то није од значаја за њихов настанак и постојање.Ово, како смо већ нагласили, важи само за поступак сукцесивног оснивања друштва.

Када с ради о симултаном оснивању Закон о предузећима не садржи регулативу која се односи на посебне погодности.Пре свега, сматрамо да то не утиче на могућност да се утврде посебне погодности - нема разлога да се оне омогућавају само у оквиру једног начина оснивања друштва.Могућа су два приступа - један, по којем се посебне погодности утврђују оснивачким актом и други, према којем се посебне погодности утврђују статутом.Будући да оснивачки акт престаје да постоји уписом друштва у регистар, а посебне погодности представљају обавезу друштва, сматрамо да се у случају симултаног оснивања посебне погодности заснивају статутом.Такво решење има функцију заштите других акционара, будући да се њиме омогућава лицима, која су постала акционари по каснијим емисијама, да врше контролу трошкова и спрече преувеличавање тих погодности од стране оснивача.¹³⁾

Ако посебне погодности нису утврђене на одговарајући начин, оне не делују према друштву. Без дејства су не само споразуми о посебним погодностима, него и радње извршења. На то се могу позвати обе стране.Ако је дошло до исплате неког износа, ради се о исплати недугованог и друштво има на располагању захтев из неоснованог обogaћења. Када је симултано оснивање у питању указали смо да сматрамо да се посебне погодности морају утврдити статутом.Могућа је ситуација да су оснивачи превидели посебне погодности у оснивачком акту, али да оне нису у целини, или делимично, унете у статут.Оне посебне погодности које нису унете у статут не делују према друштву. На важење статута нема утицаја и када ниједна посебна погодност предвиђена оснивачким актом није унета у статут.У таквим ситуацијама лице које је требало да постане овлашћеник има на располагању захтев за накнаду штете према осталим оснивачима.Ова одговорност се не гаси ни после уписа друштва у регистар.

У теорији се заступа став (према решењу немачког права) да накнадно (после регистарције друштва) установљавање посебних погодности није могуће.Ово је неопходно због заштите јавности која ступа у правне односе са друштвом и, зато, мора бити јасно које терете друштво носи од свог настанка.Свако касније утврђивање посебних погодности би било са тим у супротности.¹⁴⁾ Ово је истовремено и разлог зашто би посебне погодности морале бити утврђене у првом статуту, који

12. Супротно Трговачки закон из 1937 у чл.190

13. Würdinger H., op.cit., стр.38

14. Gadow, op.cit., стр.122

се прилаже приликом регистарције. Ипак, указује се да је друго питање да ли пословодни орган (управа), на основу заступничких овлашћења, може накнадно да одобри посебне погодности. Сматра се да не би требало да буде спорно да се могу одобрити право добијања производа друштва, или засновати обавеза акционара на испоруку производа. Наглашава се да се на тај начин не би могле установити погодности у погледу учешћа у добити, или остатку ликвидационе масе, будући да би то превазилазило заступничка овлашћења.¹⁵⁾ Када је Закон о предузећима у питању сматрамо изнете ставове начелно прихватљивим. Ипак, одређене дилеме постоје због формулације тч.2. ст.1. чл.259. где се предвиђа да акционар не може гласати у скупштини када се одлучује о "признавању погодности акционара на рачун акционарског друштва". Ако би се оваква формулација тумачила као могућност да се одлуком скупштине накнадно утврде посебне погодности, тада се отвара простор да акционар, који је уложио мали капитални улог, користећи комерцијалне (потреба за капиталом), али и друге врсте притисака, обезбеди себи имовинска права за која би, иначе, морао да има много већи удео.

2. Садржај посебних погодности

Погодности имовинскоправног карактера су приоритетна дивиденда, као и приоритетна квота у остатку ликвидационе масе.¹⁶⁾ Посебне погодности се могу везивати и за неновчане улоге - утврђују се у корист оснивача, за случај да уноси тешко проценљиви неновчани улог (нпр. патент), као компензација за ниску процену улога.¹⁷⁾ Посебне погодности имовинскоправне природе су и фиксна плаћања, провизија од промета, бесплатно коришћење постројења која припадају друштву.¹⁸⁾ У групу посебних погодности чисто имовинско правне природе спада и обавеза друштва да преузме робу неког оснивача, или да неком оснивачу продаје своје производе, право прече куповине у друштво унетог улога. Као што се види, посебна погодност се јавља и као обавеза закључивања неког уговора. Ово важи чак и онда када је закључивање таквог уговора погодност и за друштво.¹⁹⁾ Треба, ипак, указати да се ово у теорији оспорава уз образложење да за разлику од трошкова оснивања, посебне погодности не иду на терет друштва, него осталих акционара. Сматра се, међутим да то није оправдано,²⁰⁾ будући да се, како смо већ указали, ради о заснивању обавезе друштва и оно је обавезно на испуњење захтева из посебних погодности. То што испуњење захтева из посебне погодности при подели чисте добити не може да оптерети приоритетне акционаре, не мења ништа у пог-

15. Ибидем

16. Würdinger H., op.cit., стр.38

17. Ибидем

18. У неким правима се издају и посебне исправе - ужитнице.

19. Тако и Stražnický Milorad, Тумач Трговачког закона од 28 листопада 1937, Загреб 1939, стр.119

20. Gadow, op.cit., стр.118

леду тога да обавеза иде на терет имовине друштва. При томе треба имати у виду да посебна погодност, као што је приоритетно учешће у добити, иде такође и на терет осталих акционара (осим што иде на терет друштва). Ово зато што се при истој чистој добити предвиђеној за деобу јавља већи број приоритетних захтева.

Насупрот раније изложеном ставу о праву на закључење уговора као посебној погодности, треба истаћи да право из двостранообавезног уговора не може да представља посебну погодност.²¹⁾ Ово зато што се посебна погодност јавља као једнострано обећање на терет друштва, поводом његовог настанка и своје оправдање нема у противчинидби акционара. Тако се може извести и разлика између посебних погодности с једне стране и награда код оснивања, с друге стране. Награде код оснивања представљају издатке код настанка друштва и везане су за противчиниду (предузете радње при настанку друштва). На исти начин се посебне погодности разликују и од зајма који акционар одобри друштву, при чему би се предвидело враћање зајма из будуће добити.²²⁾ Другачије, међутим, ствар стоји код, већ споменутог, права на испоруку, које се признаје као посебна погодност. Оне се не заснивају на уговору, него на једностраном обећању, које је основ за захтев за закључење одговарајућег уговора.²³⁾

Спорно је да ли се као посебна погодност може утврдити посебан утицај на управљање. Постоје становишта по којима то не може бити посебна погодност²⁴⁾ и то се сматра доминирајућим одређењем. Насупрот томе, као мањинско мишљење, указује се да посебне погодности не могу бити сведене искључиво на чиста имовинска права. У погледу посебног утицаја на управљање као посебне погодности указује се да ако је за такву посебну погодност неопходно постојање чланства, тада следи само закључак у погледу преноса таквих посебних погодности - оне престају код овлашћеника преносом акције, изузев ако посебним актом преноса нису пренете на стипендијара акције. Према доминирајућем становишту, у том погледу, полази се од тога да су посебне погодности независне од постојања чланства, а да се управљачка права не могу вршити одвојено од чланства.

Ограничење за посебне погодности представљају императивни прописи акцијског права.²⁵⁾ Зато посебне погодности, по свом садржају, не могу представљати повраћај улога, чак ни када се ради о скривеном повраћају улога. То не могу бити ни фиксне камате, али ни камате на ликвидациону масу од тренутка отварања ликвидације. Недопуштено је обећање бесплатних акција, будући да никаква противчинидба не мора да постоји, због чега не постоји ни улог. Недопустиво је, такође, утврђивање приоритетног права на упис акција нове емисије као посебне погодности оснивача, што ће доцније бити посебно наглашено. Из истог разлога неприхватљиво је, за домаће право, као посебну погодност утврдити право на имено-

21. Тако и Растовчан П., *op.cit.*, стр.86

22. Тако и Stražnický M., *op.cit.*, стр.119

23. Gadow, *op.cit.*, стр.118

24. Тако Würdinger H., *op.cit.*, стр.38; Godin, *Aktiengesetz*, Band 1, Берлин 1967, стр.126

25. Gadow, *op.cit.*, стр.119

вање члана надзорног одбора, или место члана надзорног одбора. Посебну погодност не може да представља ни право на именовање руководећих радника, будући да се тиме врши недозвољени захват у надлежност директора.

Недопуштене су и оне посебне погодности које доводе до законски недопуштеног резултата - нпр. воде додатном обвезивању других акционара према овлашћенику. Ово зато што је неспојиво са природом акционарског друштва постојање друштвеноправног односа међу акционарима.²⁶⁾

У оквиру излагања која се односе на садржај посебних погодности потребно је указати на чл. 203. где се као примери за посебна права оснивача наводе право првенства уписа акција нових емисија, право именовања првих чланова управе и приоритетне акције.

Као посебна погодност оснивача се не може утврдити право које би његовом кориснику обезбедило право првенства уписа акција нове емисије.²⁷⁾ Ово важи и за домаће право, будући да се тиме нарушава режим приоритетног уписа акција нове емисије, према којем то право има сваки акционар на основу закона. Ради се о праву из чланства и то општем праву.

У погледу именовања првих чланова управе, треба имати у виду да ово не може да представља посебну погодност, будући да се ради о праву оснивача које је утврђено законом, док посебне погодности настају на основу одлуке оснивачке скупштине. У противном, имајући у виду надлежност оснивачке скупштине, произлазило би да се посебна погодност прво користи, па тек накнадно утврђује одлуком оснивачке скупштине. Као посебна погодност оснивача не би могло да се предвиди именовање чланова првог надзорног одбора, будући да би то представљало недозвољени захват у права оснивачке скупштине. Другачије, међутим, ствар може да стоји са каснијим избором члана управног одбора. То би могло да буде посебна погодност оснивача, али под условима из чл. 261. ст. 3. Ипак, и ово може бити спорно, у светлу доминирајућег става да посебне погодности могу бити само имовинскоправног карактера.

У погледу приоритетних акција треба имати у виду да оснивачка емисија обухвата само обичне акције (чл. 22. Закона о хартијама од вредности), због чега оснивачи не могу уписати приоритетне акције. Осим тога треба имати у виду оно на шта смо већ указали - ради се погодностима која нису везана за чланство, нити су његов саставни део. Ово важи и за случај да је као посебна погодност утврђено право које иначе припада акционарима одређене класе. Тако нпр. ако је право на приоритетну дивиденду установљено као посебно право, оно остаје право оснивача и када пренесе све своје акције. За разлику од тога када је у питању приоритетна дивиденда као чланско право из приоритетне акције, она прелази, као његов неодвојиви део, на стицаоца такве акције. Као што се види, једна погодност (нпр. право на приоритетну дивиденду) може бити део чланства, када је у питању приоритетна акција, али и не мора, када се ради о посебној погодности.

26. Godin, op.cit., стр.127

27. Würdinger H., op.cit., стр.38; Gadow, op.cit., стр.118

Као посебне погодности, у упоредном праву (немачко), могу бити утврђени и право увида у пословне књиге и право на информисање.²⁸⁾ Сматрамо да ово није прихватљиво са аспекта домаћег права, будући да су питању општа права сваког акционара, као и због раније изнетог става да посебна погодност могу бити само имовинска права.

3. Правна природа посебних погодности

У погледу правне природе посебних погодности постоје различита опредељења.²⁹⁾ По једном схватању, које се сматра доминирајућем у литератури, посебне погодности представљају поверилачка права. Насупрот томе постоји схватање према којем су у питању посебна права (*Sonderrecht*). Основ за дилему лежи у чињеници да је овлашћеник посебних погодности оснивач - постојање чланства је претпоставка настанка посебних погодности. Ипак, сматра се да то није довољно јер посебне погодности не почивају на чланству, већ на другом правном односу. Оне нису чланске природе и немају везе са суштином акционарског друштва. Последично, овлашћеник може уговором са друштвом довести до престанка посебних погодности без измене статута. До престанка посебних погодности долази и у случају одрицања од стране овлашћеника, када, такође, не треба мењати статут. С тим у складу је, такође, и могућност признања једнаких посебних погодности свим оснивачима. Ово зато што су у питању захтеви који су одвојени од захтева из акције.³⁰⁾ Оваква аргументација важи утолико пре када се као овлашћеник може јавити и треће лице.

Посебне погодности не прелазе без даљњег на стицаоца акције - потребан је посебан пренос. У супротном, посебне погодности остају овлашћенику. Могућ је, такође, и пренос посебних погодности без преноса акције на треће лице.³¹⁾ Као што се види могуће је да овлашћеник престане да буде члан друштва, али да задржи посебне погодности.

Потребно је, ипак, указати да садржај посебних погодности узрокује и другојачији третман посебних погодности. Ако су посебне погодности утврђене с обзиром на посебна лична својства овлашћеника, тада пренос посебних погодности уопште није могућ и оне остају код овлашћеника, било да је он члан друштва, или је престао то да буде. Могућа је ситуација да посебне погодности нису везане за личност овлашћеника, али да са преносом акције долази до гашења посебних погодности код овлашћеника, ако посебним актом преноса нису пренета на стицаоца акције. Ово се везује за погодност у управљању као посебну погодност, што је спорно и о чему је било говора у оквиру излагања о садржају посебних погодности. Која ситуација постоји у појединачном случају представља ствар тумачења.

28. Gadow, op.cit., стр.118; Würdinger H., op.cit., стр.38

29. Gadow, op.cit., стр.117

30. Ибидем

31. Gadow, op.cit., стр.118; Godin, op.cit., стр.127

Ако су посебне погодности по свом садржају чисто имовинскоправне природе, онда се начелно сматра да нису утврђене с обзиром на посебна лична својства овлашћеника. Ипак, могућ је другачији приступ ако би се при томе радило о праву на испоруку или пријем робе, пошто с тиме може бити везано пословање овлашћеника.

Независно од тога како су утврђене посебне погодности у конкретном случају, увек се треба држати начела да оне, супротно од онога што се дешава код приоритетних акција, никада не прелазе без даљег са преносом акције.

На овом месту потребно је поново указати на питање ко може бити овлашћеник посебних погодности. Ако посебне погодности могу бити само имовинска права која су одвојена од акције и која су преносива независно од акције, дакле и на лице које није акционар, тада нема разлога да се посебне погодности могу установити само у корист лица које има статус оснивача. У том смислу су извршене и промене у неком националним правима.³²⁾

4. Разграничење између посебних погодности и трошкова оснивања

Будући да се трошкови оснивања и посебне погодности везују за оснивање и настанак друштва потребно је извршити разграничење између ова два института. Ово тим пре што је према домаћем праву овлашћеник исти - у оба случаја то је оснивач.

На основну разлику између трошкова оснивања и посебних погодности смо већ указали - сношење трошкова од стране друштва је противчинидба за трошкове које су имали оснивачи. За разлику од тога, како смо указали, посебне погодности нису противчинидба за делатност оснивача.

Одсуство противчинидбе је разлог због којег посебне погодности иду на терет добити, односно остатка ликвидационе масе, будући да би у противном представљале повраћај улога. Насупрот томе, трошкови оснивања не морају ићи на терет добити.

Треба напоменути да постоје ситуације када разликовање посебних погодности од трошкова није лако извести. То је случај када се предвиђа награда оснивачу за његов труд при оснивању друштва и која представља трошак оснивања. Она, међутим, мора бити сразмерно утврђена, зато што, у противном, представља посебну погодност, због одсуства противчинидбе.

Треба још указати да није прихватљив аргумент да се разлика огледа и у томе што трошкови оснивања представљају терет за друштво, док посебне погодности оптерећују друге акционаре. Ово зато што се посебне погодности одобравају на терет друштва по његовом настанку.³³⁾

32. Види измену решења у немачком праву у напоменама бр. 7 и бр. 8

33. Gadow, op.cit., стр.116

5. Измена посебних погодности

Закон о предузећима не садржи решења, које постоји у неким националним правима (нпр. немачком), према којем је могућа измена посебних погодности тек по протеклу одређеног рока. У одсуству такве регулативе, када је домаће право у питању, треба поћи од природе посебних погодности. Будући да су у питању облигациона права, њихова измена је могућа после уписа друштва у регистар у свако доба, али је за то потребна сагласност овлашћеника и друштва. Накнадна промена посебних погодности на терет овлашћеника значи оштећење поверилачког права и зато је могућа само уз његову сагласност. Промена статута није неопходна - довољан је уговор о делимичном отпусту дуга, који води смањењу обавезе друштва.

6. Престанак посебних погодности

Закон о предузећима не садржи регулативу, присутну у неком националним правима (нпр. немачком) према којем је могуће бристати одредбе о посебним погодностима у поступку измене статута, по протеклу одређеног рока од уписа у регистар и уз услов да су сви правни односи по том основу извршени. У одсуству таквог решења у домаћем праву, до престанка посебних погодности долази, пре свега, када оне постану беспредметне тј. када су све обавезе извршене. Осим тога, до престанка посебних погодности, због њихове облигационоправне природе, долази на основу уговора о отпусту дуга закљученог између овлашћеника и друштва, који води гашењу обавезе друштва. При томе није потребно мењати статут.