

*Проф. др Стеван Шоџоров,
Правни факултет, Нови Сад*

Право на подизање новца члана ортачког друштва

1. Садржина и смисао законског правила

Сваки члан ортачког друштва има на закону засновано право да на терет сопственог удела подиже новац од друштва до висине утврђене уговором о оснивању, а највише до 4% од свог удела у предходној пословној години.¹⁾

Смисао овог законског правила је јасан. Ортачко друштво, као типично друштво лица апсорбује, по правилу, целокупни или претежни радни и имовински капацитет члана. Правила о забрани конкуренције, о неограниченој солидарној одговорности за обавезе друштва, о вођењу послова друштва и друга, воде ка томе да члан ортачког друштва у правилу целу своју професионалну активност као и своју имовину (делом кроз улог у друштво, у целини кроз одговорност за обавезе друштва) посвећује друштву. Због тога је он, најчешће у потпуности или у великој мери, за обезбеђивање новчаних примања за сопствене потребе и потребе своје породице такође упућен на друштво. Отуда се право на подизање новца јавља као својеврсно право члана на накнаду за радно и имовинско учешће у друштву.

Ипак, без обзира на несумњиви смисао овог правила, закон не условљава настанак и коришћење овог права личним околностима члана друштва, као ни постојањем добити друштва. Ово право постоји и ако члану у конкретном случају новчана средства нису неопходна за намирење његових животних потреба и потреба његове породице. Право постоји и када члан има друга примања или имовину, па и онда када није радно ангажован у вођењу послова друштва, већ обавља не-

1. В. чл. 131 ЗОП-а.

ку другу, неконкурентску професионалну делатност. Исто тако за постојање овог права није од значаја да ли је друштво у претходној пословној години остварило добит или не. Чак и када се добит не оствари, па и искиже губитак, члан друштва има ово право. С друге стране, међутим, ни члан нема право да захтева исплату вишег износа од оног који је предвиђен уговором о оснивању друштва, одн. вишег од 4% од вредности његовог капиталног удела у претходној пословној години, чак и када би учинио несумњивим да тај износ није довољан за намирнење животних потреба њега и његове породице. Ако желе, чланови могу уговором о оснивању друштва, а у законом предвиђеним оквирима, додатно и прикладније одређивати обим права на подизање новца, али не и преко законом утврђеног горњег лимита. Само изузетно и без посебног уређивања уговором о оснивању друштва би се могле одређене корекције изводити из опште обавезе лојалности члана. Тако члан не би могао користити ово своје право (у целини или у делу) ако има довољно средстава за своје издржавање, а подизање новца би у датом тренутку тешко оштетило друштво. У том случају право не би престало, оно би било само суспендовано (у целини или у делу) док се околности у друштву не измене. Уколико се, међутим, право не би могло користити до истека пословне године оно би се дефинитивно угасило. И обрнуто, из исте обавезе лојалности би могла произаћи обавеза за остале чланове друштва да неком члану одлуком признају право на већи износ новца од оног који је утврђен уговором (али не и преко законског лимита од 4% вредности капиталног удела члана у претходној пословној години) ако је то апсолутно неопходно за елементарно издржавање тог члана и његове породице. У сваком случају ова последња ситуација би, на дужу стазу посматрано, могла водити престанку друштва или искључењу таквог члана из друштва.²⁾

2. Обим права

Обим права на подизање новца се утврђује уговором о оснивању друштва. Чланови друштва су слободни у одређивању обима овог права, али само до лимита који је одређен законом. Наиме, уговором о оснивању се може одредити да ће право на подизање новца бити у било ком износу до висине 4% од вредности капиталног удела члана у претходној пословној години, али не и преко те вредности. Ограничење горње вредности овог права је извршено императивном законском нормом, па се вољом чланова друштва не може мењати.

С обзиром на законску норму нормално је да се обим права одреди у проценту од вредности капиталног удела члана. Па ипак, не би било противно закону ни ако би се уговором о оснивању друштва обим права сваког члана предвидео у фиксном новчаном износу, напр. у износу који је процењен као неопходан за намирнење животних потреба сваког члана друштва, с тим да би се овако одређени износи пре исплате морали довести у везу са вредношћу капиталног удела сваког члана у

2. Упор. за немачко право: Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, Berlin, 1964. с. 180.

претходној пословној години, да би се утврдило да не прелазе законом прописани максимални износ од 4% те вредности.

Ако би се уговором о оснивању друштва предвидео виши проценат од законског, или ако би се утврдили фиксни износи који би у конкретном случају превазилазили вредност од 4% вредности капиталног удела у претходној пословној години, обим права члана друштва би се свео на меру предвиђену законом.

Ако се уговором о оснивању друштва не предвиди право на подизање новца, или се не предвиди његов обим, поставља се питање да ли члан друштва ипак има то право или не. У том случају би, по нашем мишљењу, законску норму требало тумачити тако да члан друштва има то право, с тим да га може користити до законског лимита тј. до висине од 4% вредности његовог капиталног удела у претходној пословној години, јер нижи лимит није уговором предвиђен. Супротно тумачење закона тј. одрицање права члана на подизање новца у оваквом случају, било би противно смислу овог института кроз који треба да се обезбеде примања чланова друштва неопходна за њихов живот. Прави проблем, међутим, настаје ако чланови друштва своју слободу уређивања односа у друштву искористе тако да изричито уговором о оснивању друштва искључе право члана на подизање новца. Пошто је законска норма императивна само у погледу горње границе вредности овог права, али не и у том смислу да се ово право мора признати члановима друштва, треба сматрати да у оваквом случају чланови немају право на подизање новца. Изузетак би у оваквом случају могла бити само раније поменута ситуација у којој се ово право неком члану признаје по основу обавезе лојалности.

С обзиром на кључни значај законског лимита при утврђивању обима права на подизање новца, поставља се питање о којој вредности капиталног удела члана је реч. У питању је вредност капиталног удела у претходној пословној години, дакле у пословној години која је претходила години у којој се користи право на подизање новца. То је, дакле, она вредност која је дефинитивно утврђена након завршеног обрачуна друштва за претходну пословну годину и извршеног приписивања добити одн. губитка капиталном уделу члана. Добит или део добити који је приписан приватном конту члана не узима се у обзир, јер нема утицаја на вредност капиталног удела.

3. Однос према праву на исплату добити

Право на подизање новца је самостално право члана оргачког друштва, независно од његових других имовинских права. Оно постоји увек, независно од тога да ли је друштво у претходној години остварило добит или не. Чак и када друштво искаже губитак, како смо видели, члан друштва има право на подизање новца на терет свог капиталног удела. Једини услов за остваривање права је да члан има активни (позитивни) капитални удео у претходној пословној години. Према томе, право на подизање новца је самостално право члана које стоји поред његовог права на аликвотни део добити друштва. Самосталност овог права у односу на право

на добит се не огледа само у томе што оно постоји и када добити нема, већ и у томе што се преносом права на добит (када оно постане потраживање члана) не преноси истовремено и право на подизање новца. Штавише право на подизање новца по себи није уопште преносиво, оно се може пренети само заједно са преносом удела одн. чланства.³⁾

Друго је питање да ли се при постојању добити право на подизање новца може кумулирати са захтевом за исплату припадајуће добити, одн. да ли члан поред захтева за цео износ припадајуће добити може тражити још и пуни износ који му припада по основу права на подизање новца. Наш закон на ово питање не даје експлицитан одговор. У Трговачком законнику Немачке, који је у овом погледу нашем законодавцу служио као узор, предвиђено је правило да члан има право на подизање новца до висине од 4% од вредности његовог капиталног удела, утврђеног за последњу пословну годину, као и на исплату њему припадајуће добити преко тог износа.⁴⁾ То значи да се у случају постојања добити право члана на подизање новца измирује из добити која њему припада, а разлику до пуног износа припадајуће добити члан може остварити по основу права на добит. Наравно, ако припадајућа добит није довољна, право на подизање новца се делом реализује на терет добити, а недостајући део на терет капиталног удела члана. Оваква регулатива је логична из два разлога. С једне стране она уважава чињеницу да су капитални удео и припадајућа добит члана ортачког друштва веома повезане категорије и да свака припадајућа добит представља потенцијално увећање капиталног удела члана, будући да је довољно да је члан не подигне да би се она приписала његовом капиталном уделу. С друге стране, овакво решење је потпуно у складу са природом права на подизање новца, посебно са његовом стварном сврхом. Пошто је основна сврха овог права да омогући задовољавање основних животних потреба члана и његове породице, то је након задовољавања тог права из припадајуће добити нелогично признавати и право на пуни износ припадајуће добити. Овакав став би, заправо, значео да се право на подизање новца увек може користити поред коришћења целог права на подизање припадајуће добити. То би, надаље, значило да се у свакој години, не само у оној у којој се не искаже добит или се искаже губитак, већ и у оној у којој се искаже добит, коришћењем права на добит и на подизање новца у пуном обиму капитални удели чланова, а тиме и имовина друштва, нужно из године у годину морају смањивати. Таква консеквенца је нелогична јер би водила постепеном гашењу друштва.

Ипак, у нашем Закону о предузећима право на подизање новца није доведено ни у какву везу са правом на припадајућу добит, изузев што је предвиђено да ће се при израчунавању дела добити која припада члану друштва узети у обзир новац који је тај члан у току пословне године подигао по основу свог удела. Међутим, овако умањени износ се узима у обзир да би се утврдила висина капиталног удела у

3. Упор. Fischer у: Grosskommentar HGB, Zweiter Band, 1. Halbband, Berlin, New York, 1973, с. 220.

4. В. пар. 122. ст. 1. Трговачког законика Немачке.

конкретној пословној години, као мерило за поделу добити, због чега закон и предвиђа да се умањење врши “сразмерно времену које је протекло од дана подизања”.⁵⁾ Пошто других норми у закону нема, мора се закључити да је право на подизање новца члана ортачког друштва из чл. 131. ЗОП-а потпуно независно од права на припадајућу добит, што значи да члан може увек захтевати исплату целе припадајуће добити и додатно пуни износ који му припада по основу права на подизање новца. Из раније наведених разлога ово се решење не може сматрати прикладним па би га ваљало мењати или бар екстензивним тумачењем поменуте одредбе из ст. 2 чл. 129. ЗОП-а од стране судске праксе релативизирати. У противном, остаје само практична могућност да се уговором о оснивању друштва унапред предвиди одговарајућа повезаност права на подизање новца и права на припадајућу добит.

4. Подизање новца као право

Подизање новца из касе друштва је право члана ортачког друштва, не и његова обавеза. Одсуство правне обавезе је од значаја због тога што члан друштва може бити заинтересован да не подиже новац да не би умањио свој капитални удео у друштву као мерило свог учешћа у подели добити и коришћења других права (напр. права гласа кад број гласова зависи од вредности капиталног удела).⁶⁾

Право на подизање новца, настаје у тренутку утврђивања вредности капиталног удела члана у претходној пословној години. То практично значи да се ово право по први пут јавља након усвајања завршног обрачуна друштва за прву пословну годину, јер ће се тек тим обрачуном утврдити вредност капиталног удела члана за “претходну пословну годину”, као критеријум за одређивање обима права. Капитални удео из почетног биланса при оснивању друштва не може да послужи као критеријум за одређивање права на подизање новца, осим ако се супротно не предвиди уговором о оснивању друштва.⁷⁾ Због тога право на подизање новца не постоји у току прве пословне године по оснивању друштва.

Када је на основу биланса за претходну пословну годину настало, право на подизање новца траје све до усвајања годишењег обрачуна за следећу пословну годину. Ако се до тог тренутка не искористи, ово право престаје, а настаје ново право за нову пословну годину. Међутим, ако је члан поставио захтев за исплату новца до усвајања новог годишењег обрачуна, а друштво из било ког разлога није извршило исплату, право на подизање новца не престаје⁸⁾ већ се може користити и у наредној години, поред новог права на подизање новца које је за нову пословну годину у међувремену настало.

5. В. чл. 129 ст. 2, реченица друга, ЗОП-а.

6. Упрор. Fischer, *op. cit.* с. 222.

7. Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, 2. Band, Berlin, Frankfurt a.M. 1965, с. 1095.

8. Исто: Hueck, *op. cit.* с. 180.

С обзиром да члан не мора користити своје право на подизање новца, то ово право постаје облигационо потраживање члана према друштву тек у тренутку када члан постави захтев за исплату.⁹⁾

Право на подизање новца имају само чланови којима је капитални удео активан (позитиван капитални конто). Члан чији је капитални удео пасиван нема то право. Умањење капиталног удела, међутим, испод вредности почетног улога члана у друштво не утиче на постојање права.¹⁰⁾

С обзиром на сврху којој служи, а посебно због тога што постоји независно од постојања добити друштва, право на подизање новца није претпостављено умањење улога члана у друштво.¹¹⁾

По своме карактеру право на подизање новца је *новчано њој* *појраживање*. Члан не може захтевати измирење права у природи, нити је дужан да такво измирење прихвати. Због тога је друштво дужно да за задовољење овог права прибави потребан новац, чак и по основу зајма одн. кредита. Ипак, члан може бити намирен и у природи (на пр. у хартијама од вредности или роби) ако је таква могућност предвиђена уговором о оснивању друштва¹²⁾ као и по општим правилима о замени испуњења облигационих потраживања.

5. Намирење права

Право на подизање новца члан има према друштву, па се захтев за исплату и управља према њему. Други чланови друштва нису одговорни за измирење овог права по основу правила о општој неограниченој и солидарној одговорности чланова за обавезе ортачког друштва, јер то правило важи за обавезе друштва према трећим лицима, а не и према члановима.¹³⁾ Друштво је дужно да прибави потребан новац за измирење овог права. Друштво може према члану истаћи приговор пребијања ако према њему има доспело новчано потраживање по основу неуношења новчаног улога или по основу неког правног посла. Овакав приговор, међутим, друштво не би могло истаћи за неунети улог у стварима и правима јер недостаје потребна узајамност одн. истоврсност узајамних потраживања.

Члан друштва овлашћен на пословодство и на располагање новцем друштва може сам да подигне новац из касе друштва ради намирења свог права, уз одговарајуће евидентирање исплате у књигама друштва.¹⁴⁾ Уколико, међутим, члан нема таква овлашћења, он поставља захтев према друштву. Ако друштво не изврши исплату, члан може тужити друштво, али и члана друштва овлашћеног на пословодство који је одбио да изврши исплату.

9. Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, München, Berlin, 1967 c. 212.

10. Schlegelberger, ibidem.

11. Супротно: Васиљевић, Коментар Закона о предузећима, Београд, 1996. с. 144.

12. Упор. Fischer, op.cit. с. 221.

13. Fischer, ibidem.

14. Baumbach – Duden, Handelsgesetzbuch, München, 1978. с. 472.

Исплата се може извршити одједном или у ратама, зависно од одредаба уговора о оснивању. Сврси овог права више одговара исплата у ратама јер те исплате треба да омогуће задовољавање елементарних животних потреба члана друштва и његове породице, и то континуирано, током целе године. У случају измирења права у ратама, исплате се обично евидентирају на тзв. пролазном капиталном конту, а на крају пословне године се приписују капиталном конту члана.¹⁵⁾

Захтев за исплату се може поставити у било које време током пословне године, све до усвајања годишњег обрачуна за ту годину. Члан може захтевати исплату целе суме одједном или у ратама, једнаким или неједнаким, уколико уговором о оснивању друштва није другачије предвиђено.

За подигнуте износе новца члану друштва се умањује његов капитални удео у друштву, што се исказује завршним обрачуном друштва на крају пословне године.

6. Одступајуће регулисање уговором о оснивању друштва

Полазећи од принципа слободног уређивања односа у ортачком друштву из чл. 109. ЗОП-а, уговором о оснивању друштва се могу утврдити друга правила за остваривање права на подизање новца од оних која се заснивају на закону. Додатно регулисање је у пракси развијених земаља чак веома често, због посебних потреба чланова и специфичности појединих ортачких друштава. Најчешће се уговором о оснивању друштва предвиђа да ће се ово право остваривати у ратама током целе пословне године.

Уговором о оснивању друштва се право на подизање новца може искључити или ограничити на нижи проценат од законског. Исто тако тим уговором се може право изразити у номиналном износу, а не у проценту од вредности капиталног удела. Могуће је, такође, да се ово право призна само појединим члановима друштва (напр. само онима који воде послове друштва) а другима не, као и да се члановима призна у неједнаким процентима од вредности њихових капиталних удела. Уговором о оснивању друштва се ово право може признати и члану са негативним капиталним уделом, будући да код ортачког друштва не постоји принцип очувања капитала друштва и забране враћања улога, као што је то случај код друштава капитала. Такође се може уговорити да се право на подизање новца може уступати и пленити,¹⁶⁾ као и да се може користити и у првој пословној години након оснивања друштва.

Једино ограничење у слободном уређивању права на подизање новца уговором о оснивању друштва представља горњи лимит тог права који је предвиђен законом. Наиме, с обзиром на императивност одредбе чл. 131. ст. 1. ЗОП-а у погледу горњег лимита, право на подизање новца се овим уговором не би могло повећати преко износа од 4% вредности капиталног удела члана.

15. Упор. Fischer, op. cit. c. 221.

16. Fischer, op. cit. c. 222.