

Др Дејан Поповић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
dejan.popovic@serbianembassy.org.uk

Мр Светислав В. Костић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду
skostic@ius.bg.ac.rs

(ЗЛО)УПОТРЕБА СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ЗА ИЗБЕГАВАЊЕ ПОРЕЗА У СРБИЈИ

Аутори овог рада теже да прикажу основне пореске разлоге који стоје иза употребе страних правних лица за усмеравање улагања српских пореских резидената физичких лица, како у Србију, тако и у друге државе, при чему се посебна пажња поклања облицима пореског планирања кроз употребу страних правних лица и последицама, односно могућим пореским уштедама које се постижу на овај начин. Аутори затим указују на постојеће одредбе српског законодавства, чија би примена могла да у великој мери спута пореску евазију кроз употребу страних привредних друштава од стране српских пореских резидената и анализирају поступак и последице те примене како на закониту, али нелегитимну, тако и на незакониту пореску евазију. На самом крају, аутори примећују да постојећа решења, иако би могла да буду веома делотворна у борби против штетних последица наведеног облика пореске евазије, нису довољна и да би их било потребно допунити на основу искустава из упоредних пореско-правних система (СФС законодавство).

Кључне речи: *Страно правно лице. Резидент. Нерезидент. Пореска евазија. Место стварне управе и контроле.*

УВОД

У последње време у нашој јавности се све више пажње придаје питању злоупотребе страних правних лица од стране српских држав-

љана, односно пореских резидената, за потребе избегавања плаћања пореза у Србији. Мора се приметити да је расправа на ову тему показала да у Србији постоји изражен недостатак познавања пореских прописа у наведеној области, као и да се среће суштинско нераумевање *механике* избегавања српског пореза кроз употребу страних правних лица од стране домаћих пореских резидената и начина борбе против ове појаве. Расправа је такође допринела препознавању других, непореских разлога, који могу стајати иза одлуке српског пореског резидента – физичког лица да своја улагања у Србију, али и у друге државе, усмери преко правног лица које оснива ван земље. Ово питање, међутим, излази из оквира „дневне проблематике“ једне транзиционе државе каква је Србија и показује се да је од много општијег значаја – пре свега, у светлу неких од основних принципа науке пореског права. Начелно, свака држава настоји да опорезује инострани доходак својих резидената тек по репатријацији, што опцију задржавања прихода изван земље резидентства, из разлога које ћемо даље објаснити, чини врло привлачним. Често се ова опција реализује преко компаније коју физичко лице – резидент одређене државе оснива у јурисдикцији у којој су порези на доходак изузетно ниски, компаније чији разлози постојања уопште нису комерцијални, већ искључиво евазиони. Ослањајући се и на „класичне“ инструменте за супротстављање избегавању плаћања пореза (у националном законодавству и судској пракси и у уговорима о избегавању двоструког опорезивања¹), пореско право се отуда суочило с изазовом како да помири принцип да се инострани доходак резидената опорезује тек по репатријацији са проценом да се не сме дозволити да неко избегне порез у земљи свога резидентства тако што ће прибавити „јефтин и лако прибављив лист папира (извод из регистра компанија)“.² Тако је настао концепт *Controlled Foreign Company* (скраћено: CFC) законодавства,³ заснован на идеји да би се субјективно пореско право државе резидентства, под одређеним условима, могло проширити и ван њених граница на неке нерепатриране приходе (од инвестиција, али не и на зарађене приходе).

Имајући све ово у виду, сматрали смо да је поменуто питање потребно подврћи порескоправној и порескополитичкој анализи, као и анализи с аспекта пореског менаџмента, како би се указало на могућа решења.

¹ Упор. R. J. Vann, „International Aspects of Income Tax“, *Tax Law Design and Drafting*, Vol. II (ed. V. Thuronyi), IMF, Washington, D. C. 1998, 779-801.

² T. Rixen, *The Political Economy of International Tax Governance*, Palgrave Macmillan, Basingstoke 2008, 78.

³ Вид. ниже, одељак 7.

1. ОСВРТ НА ОСНОВЕ ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА У СРБИЈИ И ПОТРАГА ЗА УЗРОЦИМА УПОТРЕБЕ СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ДОМАЋИХ РЕЗИДЕНАТА ЗА УСМЕРАВАЊЕ УЛАГАЊА У СРБИЈУ И У ДРУГЕ ДРЖАВЕ

Да би се могло разумети због чега српски порески резиденти – физичка лица одлучују да своја улагања усмере преко правних лица која оснивају ван земље и какве пореске уштеде могу да постигну на овај начин, неопходно је осврнути се на основе опорезивања дохотка Србији.⁴ Србија, као и највећи број других држава,⁵ своје пореске резиденте подвргава неограниченој пореској обавези, док нерезиденте опорезује само у односу на онај доходак који има извор на њеној територији.⁶ Другим речима, српски порески резиденти су дужни да пријаве и плате порез у Србији на свој целокупан светски доходак, без обзира на то где су га остварили, док нерезиденти бивају опорезовани само у односу на онај доходак који је остварен на територији Србије.⁷

Пореско резидентство се утврђује на основу показатеља који одсликавају чврсту везу између пореског обвезника и Србије, а која оправдава његово подвргавање неограниченој пореској обавези.⁸ Мада ћемо у овом раду видети да то не би морао да буде случај, из угла досадашње праксе српске Пореске управе (не и српског пореског законодавства) изрази „страно правно лице“ (тј. правно лице

⁴ Вид. Закон о порезу на добит правних лица ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 80/02 др. закон, 43/03, 84/04 и 18/10 и Закон о порезу на доходак грађана ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/01, 80/02, 80/02 др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 испр., 31/09, 44/09 и 18/10. Суштински, иако законодавац користи код уређења опорезивања физичких лица појам *доходак*, а код опорезивања правних лица појам добит, предмет опорезивања се у оба случаја може назвати дохотком у ширем смислу, пошто добит представља нето доходак (укупни бруто приходи остварени у одређеном периоду умањени за расходе који су повезани са њиховим остварењем), при чему је начелно нето доходак предмет опорезивања и у случају физичких лица. Међутим, код нерезидентних правних лица опорезивање се може спровести и над њиховим бруто приходима који свој извор имају на територији Србије, без умањења за расходе који су повезани са њиховим остварењем (порез по одбитку из чл. 40 ЗПДПЛ).

⁵ V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague 2003, 291.

⁶ Вид. чл. 7, ст. 1 и чл. 8 ЗПДГ и чл. 2, ст. 1, чл. 3, ст. 1 и чл. 40 ЗПДПЛ.

⁷ Тј. чији се извор налази на територији Србије. Упор. Д. Поповић, Г. Илић Попов, „Утврђивање извора дохотка у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 96–120.

⁸ За услове за пореско резидентство физичких лица вид. чл. 7, ст. 2 и 3 ЗПДГ; за услове за пореско резидентство правних лица вид. чл. 2, ст. 2 ЗПДПЛ. Упор. Д. Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 215–219.

које није основано у Србији) и „нерезидентно правно лице“ (тј. правно лице које је основано и има седиште стварне управе и контроле изван територије Србије) могу се користити као синоними, пошто, и поред постојања законских могућности, до сада ниједно правно лице које је основано ван Србије није сматрано њеним пореским резидентом од стране српских пореских органа.

Када су у питању правна лица, поред размера пореске обавезе, постоји још једна значајна разлика између опорезивања резидената и нерезидената. Предмет опорезивања резидентних правних лица је добит коју остваре у току једног пореског периода (12 месеци), другим речима њихов *нето доходак*, као разлика између прихода и расхода остварених у том периоду. С друге стране, добит (*нето доходак*) коју нерезидентно правно лице оствари на територији Србије може бити опорезована само уколико оно има значајније пословно присуство у њој, које подразумева обављање сопствене пословне делатности преко сталног места пословања у Србији, при чему се опорезивање може спровести само у односу на ону добит која се може приписати том сталном месту пословања (принцип сталне пословне јединице).⁹ Уколико нерезидентно правно лице нема стално место пословања у Србији, односно уколико остварује приходе који се том сталном месту пословања не могу приписати, онда оно бива подвргнуто опорезивању у односу на само одређене облике прихода који свој извор имају у Србији (дивиденде и удели у добити, капитални добици, камате, ауторске накнаде, накнаде по основу закупа покретних и непокретних ствари и приходи нерезидентног обвезника по основу извођења естрадног, забавног, уметничког, спортског или сличног програма у Србији, који нису опорезовани као доходак физичког лица у складу са ЗПДГ),¹⁰ при чему се као пореска основица узима исплаћени, односно остварени *брutto приход*, приход који није умањен за расходе који су са њиме повезани.

Погледајмо претходно описано на примеру који се односи на два облика прихода преко којих се уобичајено остварује поврат на улагања у предузетничке подухвате – дивиденде, односно уделе у добити и капиталне добитке:

Страно (нерезидентно) привредно друштво А, у искључивом власништву српског пореског резидента – физичког лица Н.Н., оснива своје зависно привредно друштво Б у Србији. Привредно друштво Б, као резидентни обвезник Србије, бива опорезовано у односу на остварену добит порезом на добит правних лица по стопи од 10%.¹¹ Дивиденда коју привредно друштво Б исплати свом власнику, нере-

⁹ Вид. чл. 3, ст. 1, чл. 4 и чл. 5 ЗПДПЛ.

¹⁰ Вид. чл. 40 ЗПДПЛ.

¹¹ Вид. чл. 39, ст. 2 ЗПДПЛ.

зидентном привредном друштву А, бива опорезована порезом по одбитку по стопи од 20%, која се примењује на *брutto* износ исплаћених дивиденди.¹² Добит нерезидентног привредног друштва А, у коју начелно улазе и приходи од дивиденди које је исплатило привредно друштво Б, није подложна опорезивању у Србији,¹³ али уколико привредно друштво А исплати дивиденду свом власнику, Н.Н., он/она ће морати да тако остварену дивиденду пријави у Србији и плати порез на приходе од капитала по стопи од 10%, која се примењује на основу коју чини вредност примљених дивиденди.¹⁴ Укупан српски порески терет, који би погодио добит привредног друштва Б на њеном путу до крајњег власника Н.Н., износио би, дакле, 35,2%,¹⁵ и то под условом да дивиденда не буде опорезована на нивоу привредног друштва А у држави резидентства тога друштва, као и да физичко лице Н.Н. не буде опорезовано по принципу извора од стране државе резидентства привредног друштва А приликом исплате дивиденде.

Када би нерезидентно привредно друштво А продало своје уделе у резидентном привредном друштву Б, капитални добитак остварен том продајом би био опорезован у Србији по стопи од 20%,¹⁶ тај капитални добитак би начелно ушао у добит привредног друштва А, док би било каква исплата дивиденде од стране привредног друштва А свом оснивачу, физичком лицу Н.Н., била опорезивана на исти начин као и у претходном случају. Укупан српски порески терет, којим би капитални добитак настао продајом удела у привредном друштву Б био оптерећен до коначне расподеле физичком лицу Н.Н. кроз дивиденде које оствари од привредног друштва А, износио би 28%, и то под претпоставком да држава резидентства привредног друштва А не опорезује капитални добитак остварен продајом удела у привредном друштву Б, као и да физичко лице Н.Н. неће бити опорезо-

¹² Вид. чл. 40, ст. 1 ЗПДПЛ.

¹³ Уколико привредно друштво А није порески резидент Србије, онда је његова добит опорезива у Србији само уколико оно има сталну пословну јединицу на њеној територији, што у овом примеру није случај.

¹⁴ Вид. чл. 7, ст. 1, чл. 61, ст. 1, тач. 2, чл. 63, ст. 2, чл. 64 и чл. 107 ЗПДПЛ.

¹⁵ После примене пореза на добит правних лица по стопи од 10% на добит привредног друштва Б у вредности од РСД 100, преостаје укупно РСД 90 добити за расподелу његовом власнику привредном друштву А. Применом пореза по одбитку по стопи од 20% на исплату дивиденде у вредности од РСД 90, привредно друштво А остварује нето приход од дивиденде у вредности од РСД 72 (РСД 90 бруто прихода од дивиденде умањено за РСД 18 пореза по одбитку). Уколико привредно друштво А расподели остварени приход од дивиденди од привредног друштва Б у вредности од РСД 72 свом власнику, физичком лицу Н.Н., он/она ће бити у обавези да на остварених РСД 72 прихода од капитала плати порез у износу од РСД 7,2 (10% од РСД 72), при чему ће му, на крају, преостати укупно РСД 64,8 нето прихода од дивиденди.

¹⁶ Вид. чл. 40, ст. 3 ЗПДПЛ.

вано по принципу извора од стране државе резидентства привредног друштва А приликом исплате дивиденде.¹⁷

Да је физичко лице Н.Н. било непосредни власник привредног друштва Б, онда би њему расподељена добит била оптерећена са 19% српског пореза¹⁸ (уместо са 35,2% пореског оптерећења уколико би се између Н.Н. и Б *уметнуло* нерезидентно привредно друштво А), док би капитални добитак који би Н.Н. остварио непосредном продајом удела у привредном друштву Б био опорезован само порезом на капиталне добитке по стопи од 10%.¹⁹

Међутим, потребно је обратити пажњу и на чињеницу да физичко лице може желети да дивиденду, односно капитални добитак уложи у неки други предузетнички подухват, који није повезан с оним од кога је остварио наведене приходе, при чему, уколико му се дивиденда непосредно исплати, он мора да сноси терет пореза на приходе од капитала, односно пореза на капиталне добитке да би остварио ову намеру. Када су у питању дивиденде, да би избегао плаћање пореза на приходе од капитала на дивиденде које оствари од својих улагања у Србији, довољно је да физичко лице оснује у Србији кривно привредно друштво (холдинг компанију), у коју ће се сливати сви приходи од дивиденди од зависних привредних друштава, а затим улагати у било коју другу предузећа, с обзиром на то да наш законодавац у приходе резидентних обвезника пореза на добит правних лица не укључује дивиденде и уделе у добити које ови остваре од других резидентних обвезника.²⁰ Суштински, могуће је одложити плаћање пореза на приходе од капитала на нивоу физичког лица као обвезника све дотле док му се дивиденда не исплати непосредно од кривног привредног друштва. Међутим, опорезивање се неће избећи, односно одложити уколико су улагања извршена у нерезидентна привредна друштва, с обзиром на то да дивиденде, односно удели у добити у овом случају улазе у опорезиве приходе резидентног обвезника пореза на добит правних лица, уз могућност остваривања права на порески кредит за порез плаћен у другој држави под одређеним условима.²¹

¹⁷ Од РСД 100 вредности капиталног добитка оствареног продајом удела у привредном друштву Б, привредно друштво А ће остварити РСД 80 нето прихода које ће моћи да расподели свом власнику у облику дивиденди (под условом да овако остварени приход није подложен опорезивању у држави резидентства привредног друштва А било на нивоу њега као резидентног пореског обвезника, било на нивоу физичког лица Н.Н. као нерезидентног пореског обвезника). Од укупно РСД 80 прихода од дивиденде, физичком лицу Н.Н. ће преостати РСД 72 пошто плати српски порез на приходе од капитала (10% на основицу од РСД 80).

¹⁸ $10\% \times \text{РСД } 100 + 10\% \times (\text{РСД } 100 - \text{РСД } 10) = \text{РСД } 19$.

¹⁹ Вид. чл. 72, ст. 1, тач. 4, чл. 72, ст. 5, чл. 76 и чл. 77 ЗПДГ.

²⁰ Вид. чл. 25 ЗПДПЛ.

²¹ Вид. чл. 52 ЗПДПЛ.

Управо је на овом месту важно приметити да је одлагање плаћања пореза значајна погодност за пореског обвезника. Наиме, уколико порески обвезник успе да обавезу плаћања пореског дуга одложи на одређени период, при чему се одлагање може спровести тако да не долази до обрачуна затезне камате или до ограничавања права на располагање средствима чије је плаћање држави одложено (средства се могу даље улагати током целог периода одлагања плаћања пореза), онда је веома једноставно израчунати колико то, у најмањој мери, вреди оваква уштеда, кроз примену математичких формула о вредности новца кроз време.²² Потребно је указати и на то да одлагање плаћања пореза на приходе од капитала, у претходно описаном примеру оснивања крвног резидентног привредног друштва и његовог коришћења за усмеравање даљих улагања у Србији, зависи искључиво од пореског обвезника (он као власник одлучује када ће му дивиденда бити исплаћена).

Када су у питању капитални добици, до погодности које одлагање плаћања пореза на приходе од капитала пружа начелно неће доћи уметањем крвног резидентног привредног друштва између физичког лица и привредног друштва чије акције или уделе он/она жели да прода, с обзиром на то да ће капитални добитак остварен продајом преко резидентног правног лица бити опорезован на нивоу тог обвезника пореза на добит правних лица по стопи од 10%,²³ а затим ће дивиденда исплаћена физичком лицу опет бити опорезована порезом на приходе од капитала по стопи од 10%. Међутим, и у овом случају је порески терет мањи уколико се између физичког лица – пореског резидента Србије и привредног друштва чијим се акцијама или уделима располаже налази резидентно привредно друштво (10%), него што је то случај када се продаја врши преко нерезидентног привредног друштва (20%).

Но, уколико физичко лице – порески резидент Србије жели да улаже у неке друге државе, онда је могуће постићи веома значајне уштеде одлагањем плаћања српског пореза на приходе од капитала,

²² Енг.: *time value of money*. Да би се, на пример, одредило колико је уштеђено новца тиме што је одложено плаћање РСД 100 за две године, користимо следећу формулу: садашња вредност РСД 100 које треба платити кроз две године, под претпоставком да је каматна стопа, која би се могла остварити када би се ових РСД 100 уложило на штедњу у банци, $10\% = 100/(1+0,1)^2$ (број периода током којих се обрачунава каматна стопа) РСД 82,64. Другим речима, одлагањем плаћања РСД 100 на две године постиже се исти резултат као када би се у садашњем времену пореска обавеза од РСД 100 успела у потпуности измирити са РСД 82,64 (уштеда од РСД 17,36). Према претходно изложеним претпоставкама, одлагањем плаћања РСД 100 на осам година, пореска обавеза би се могла измирити само из камата које би се оствариле на овај износ, док би главница обвезнику у потпуности остала на располагању.

²³ Вид. чл. 27 30 ЗПДПЛ.

односно укључивања прихода у основицу за порез на добит резидентног привредног друштва, кроз усмеравање ових улагања преко страних правних лица. Наиме, поновимо да у случају да физичко лице – порески резидент Србије улаже у пословне подухвате у другим државама непосредно или преко резидентног привредног друштва, сви приходи који се остваре од ових улагања биће опорезиви у Србији због тога што припадају лицима која су њој неограничено порески обавезна. Међутим, усмеравањем ових улагања преко страног правног лица, ови приходи у потпуности излазе из оквира српског пореза, све док добит коначно не буде расподељена српском резиденту, с обзиром на то да они немају свој извор у Србији, а непосредно их остварује правно лице које није њен порески резидент.

Претходна расправа нас ставља пред дилему због чега би физичка лица – порески резиденти Србије уопште усмеравала своја улагања у Србију кроз нерезидентна правна лица када је, начелно, порески терет у том случају далеко већи него у случају непосредног улагања, односно улагања преко резидентног привредног друштва. Када је у питању усмеравање улагања у друге државе преко нерезидентних правних лица, онда је суштина пореске погодности у томе да је на овај начин могуће одложити плаћање пореза на приходе од капитала, односно укључивање прихода остварених из иностранства у опорезиву добит резидентног привредног друштва. Остали аспекти пореског планирања²⁴ у случају улагања у друге државе зависе искључиво од законодавстава држава у које се и преко којих се оно врши.

Суштина пореског планирања кроз употребу правних лица основаних у иностранству за улагања српских пореских резидената у Србији лежи у интеракцији одредби уговора о избегавању двоструког опорезивања²⁵ и одредби домаћег пореског законодавства држава са којима Србија такве уговоре примењује. У неким случајевима пореско планирање је могуће и кроз интеракцију између одредби српских пореских закона и прописа других земаља без примене уговора о избегавању двоструког опорезивања.²⁶

²⁴ Упор. Д. Поповић, „Међународно пореско планирање“, *Финансије* 5/1989, 243-268.

²⁵ Највећи број од преко 2000 у свету важећих уговора о избегавању двоструког опорезивања урађен је на основу „мустре“ коју нуди Модел конвенција ОЕЦД. Упор. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, ОЕЦД, Парис 2008. У пракси се срећу и утицаји других модел конвенција (на пример УН или Министарства финансија САД).

²⁶ На пример, до последњих измена и допуна ЗПДПЛ (закључно са 26. мартом 2010. године) капитални добили нерезидената су били подвргнути опорезивању по одбитку, где је резидентни исплатилац (купац) био дужан да обрачуна, обустави и уплати порез по одбитку по стопи од 20% на капитални добитак који оствари

2. ПОРЕСКО ПЛАНИРАЊЕ ПУТЕМ ИНТЕРАКЦИЈЕ ИЗМЕЂУ УГОВОРА О ИЗБЕГАВАЊУ ДВОСТРУКОГ ОПОРЕЗИВАЊА И ДОМАЋЕГ ПОРЕСКОГ ЗАКОНОДАВСТВА ДРЖАВА СА КОЈИМА СРБИЈА ТАКВЕ УГОВОРЕ ПРИМЕЊУЈЕ

Основна погодност којој порески обвезници стреме приликом пореског планирања лежи у умањењу пореског терета, било кроз смањивање висине самог пореза у садашњости, било кроз одлагање плаћања пореза.

Када је у питању међународно пореско планирање, односно у нашем случају пореско планирање кроз употребу правних лица основаних у иностранству за улагања српских пореских резидената у Србију, најјасније се уштеде могу сагледати на примеру капиталних добитака. Наиме, претпоставимо да физичко лице Н.Н. – резидент Србије, преко свог нерезидентног привредног друштва А, продаје уделе у српском резидентном привредном друштву Б. Подсетимо се да је укупан српски порески терет који ће погодити капитални добитак остварен продајом у овом случају 20%, док би он износио 10% да је продаја извршена преко резидентног привредног друштва или непосредно од самог Н.Н. Даља расподела дивиденди физичком лицу Н.Н. од стране привредног друштва преко којег је извршена продаја подлеже порезу на приходе од капитала по стопи од 10%, без обзира на то да ли се ради о резидентном или нерезидентном привредном друштву.

Међутим, уколико између државе резидентства привредног друштва А и Србије постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, онда би капитални добитак остварен продајом удела у српском резидентном привредном друштву Б, према одредбама тог уговора, био опорезив само у држави резидентства продавца – држави резидентства привредног друштва А. Ово правило је садржано у већини од 37 билатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања које Србија данас примењује,²⁷ а оно одговара правилу садржаном у чл.

нерезидентни продавац. Међутим, приликом преноса између два нерезидента пореска обавеза није постојала, с обзиром на то да су само резидентни обвезници били порески дужници за порез по одбитку, па је српски порез приликом на пример продаје удела или акција у резидентном привредном друштву могао једноставно да се избегне тако што би се продаја извршила преко нерезидентног привредног друштва, без обзира на то да ли се са државом чији је оно резидент примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања или не. Да би се опорезивање овако оствареног капиталног добитка у потпуности избегло, неопходно је још продају извршити преко правног лица које је резидент државе према чијим се домаћим прописима овако остварени капитални добитак не опорезује.

²⁷ Србија у 2010. години примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања са следећих 37 држава: Албанија, Белорусија, Белгија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Велика Британија, Данска, Египат, Индија, Италија, Кина, Кипар, Кувајт,

13 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и имовину.²⁸ Другим речима, уколико се између државе чији је резидент привредно друштво које продаје акције или уделе у привредном друштву које је српски порески резидент и Србије примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања, по правилу ће право на опорезивање капиталног добитка оствареног том продајом бити препуштено држави чији је резидент продавац, што за последицу има избегавање српског пореза по стопи од 20% на тако остварени капитални добитак.

Но, да би пореско планирање имало смисла неопходно је водити рачуна и о опорезивању овако оствареног капиталног добитка у држави резидентства продавца. Избегавање српског пореза само да би се порез платио у некој другој држави нема економске логике, па би идеална ситуација била она у којој би се могло избећи било какво опорезивање и на нивоу привредног друштва које је остварило капитални добитак у његовој држави резидентства.

Потребно је, међутим, обратити пажњу на начин на који делују одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања. Наиме, уговор о избегавању двоструког опорезивања може држави уговорници потврдити право на опорезивање, ограничити или ускратити га, али је не може обавезати да одређени доходак или имовину опорезује.²⁹ Он, дакле, „утврђује теоретску могућност опорезивања, али не ства-

Летонија, Литванија, Мађарска, Македонија, Малезија, Молдавија, Немачка, Норвешка, Пољска, Румунија, Русија, Северна Кореја, Словачка, Словенија, Турска, Украјина, Финска, Француска, Холандија, Хрватска, Чешка, Швајцарска, Шведска и Шри Ланка. Србија би имала право да опорезује овако остварени капитални добитак само у случају примене уговора са Немачком (чл. 14, ст. 3 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између СФРЈ и СР Немачке, *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 12/88) и Индијом (чл. 14, ст. 5 Уговора о избегавању двоструког опорезивања између СРЈ и Индије, *Службени гласник РС Међународни уговори*, бр. 102/07).

²⁸ Значајан изузетак од наведеног правила је садржан у чл. 13, ст. 4 Модел конвенције ОЕЦД, односно у чл. 13, ст. 4 Модел конвенције УН и односи се на право државе извора да опорезује капитални добитак настао отуђењем акција или удела компаније која је њен порески резидент, а чија се вредност претежно изводи из непокретности које се налазе на њеној територији. Ово решење је преузето у 12 од 37 уговора о избегавању двоструког опорезивања које данас примењује Србија (уговори с Албанијом, Босном и Херцеговином, Данском, Египтом, Индијом, Кином, Летонијом, Литванијом, Украјином, Француском, Хрватском и Швајцарском), али је учињено ирелевантним *чудним* тумачењем српских пореских органа, базираним на суштински погрешном преводу енглеског текста уговора на српски језик, да се изузетак односи само на продају акција у акционарским друштвима, али не и удела у друштвима са ограниченом одговорношћу. Вид. Д. Поповић, С. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања правни оквир и тумачење*, ЦЕКОС ИН, Београд 2009, 160-162.

²⁹ Вид. К. Vogel *et al.*, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, London 1997³, 27.

ра материјалноправну основу за опорезивање; њу увек мора образовати унутрашње (домаће) право“.³⁰ Стога, када уговор потврди право на опорезивање одређеној држави уговорници, неопходно је установити да ли она то право и користи према одредбама свог домаћег законодавства. Уколико према домаћем законодавству одређени део дохотка (приход) није опорезив, онда чињеница да је уговор потврдио право на опорезивање неће утицати на постојање пореске обавезе, јер држава којој је право потврђено то право једноставно не користи.

Један број држава са којима Србија примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања у својем домаћем законодавству прописује тзв. афилијациону привилегију,³¹ према којој приходи од дивиденди, односно удела у добити, остварени од повезаних нерезидентних обвезника, као и капитални добици настали располагањем њиховим акцијама или уделима, не улазе у опорезиве приходе обвезника – резидента те државе. Уколико видимо да је овакво правило прописано домаћим законодавством Кипра, Холандије или Швајцарске,³² можемо боље разумети зашто ове три државе представљају неке од *омиљених* јурисдикција за оснивање привредних друштава преко којих српски порески резиденти улажу у своју матичну државу, али и у друге јурисдикције. Дакле, када су у питању капитални добици настали продајом акција или удела у српским привредним друштвима, могуће је у потпуности избећи опорезивање тог капиталног добитка било у Србији, било у држави резидентства правног лица које га је остварило, при чему је такође могуће готово неограничено одложити плаћање пореза за приходе од капитала све до тренутка док нерезидентно привредно друштво коначно не расподели дивиденду свом власнику – српском пореском резиденту. У претходном делу овог чланка је констатовано да се у случају да је продаја акција или удела у српском резидентном привредном друштву извршена непосредно од стране физичког лица – пореског резидента Србије, или преко другог српског резидентног привредног друштва, плаћање пореза у Србији не би могло избећи.

С друге стране, може се запазити да слична или истоветна правила постоје и у домаћем законодавству још неких земаља, које пореским резидентима Србије нису толико *атрактивне* да би у њима оснивали правна лица преко којих би се усмеравала улагања

³⁰ I. Blumenstein, „Doppelbesteuerungsabkommen und Handelsverträge in ihrer Funktion als Rechtsquellen des schweizerischen Steuerrechts“, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 91 bis/1955, 189.

³¹ Енг.: *participation exemption*.

³² Вид. С. Finnerty *et al.*, *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam 2007, 92-97.

(на пример Мађарска).³³ Док је постојање уговора о избегавању двоструког опорезивања између земље оснивања и Србије у највећем броју случајева *conditio sine qua non* за претходно описано пореско планирање, у пракси се срећу бројни други разлози који стоје иза избора јурисдикције у којој српски порески резидент – физичко лице намерава да оснује правно лице преко којег усмерава своја улагања у Србију: трошкови везани за оснивање и одржавање тог правног лица, једноставност испуњавања услова које поставља домаће законодавство за остваривање права на афилијациону привилегију, могућности за контролу над правним лицем од стране његовог власника, строгост захтева за извештавањем о пословању и могућности за даље располагање средствима према домаћем законодавству државе у којој се то правно лице оснива, спремност државних органа да размењују податке о својим пореским резидентима с органима других држава, стабилност правног и економског система одређене државе, искуства других пореских обвезника у тој јурисдикцији, пореско оптерећење које се може очекивати приликом исплате дивиденде власнику привредног друштва, итд.

Када су у питању дивиденде остварене од домаћих привредних друштава, улагање у Србију преко нерезидентних правних лица нема тако очигледе предности као у случају капиталних добитака. Наиме, ниједан од уговора о избегавању двоструког опорезивања не спречава Србију да опорезује дивиденде које резиденту друге државе уговорнице исплаћује њен резидент, већ само ограничава њено право на опорезивање на стопе између 5% и 15% од бруто прихода од дивиденде (изузетно, у случају уговора о избегавању двоструког опорезивања са Малезијом – 20%³⁴). Да физичко лице – порески резидент Србије непосредно остварује дивиденде, онда би он морао да плати 10% пореза на приходе од капитала, али би у случају остваривања дивиденде преко резидентног привредног друштва, пореска обавеза била у потпуности одложена све до исплате дивиденде физичком лицу као крајњем власнику. Уколико се дивиденда исплаћује прво нерезидентном правном лицу, порез би морао да се плати у сваком случају, при чему његов износ не би могао да буде мањи од 5% бруто прихода од дивиденди, док би и даље у будућности постојала обавеза плаћања пореза на приходе од капитала по стопи од 10% приликом расподеле дивиденде физичком лицу – пореском резиденту Србије. Међутим, када су у питању дивиденде које се остварују од улагања у другим државама, њихово *прикупљање* у нерезидентном правном лицу може

³³ Вид. В. Szolgyemy, *Holding Companies Hungary*, IBFD 2010 (electronic publication).

³⁴ Ако је прималац дивиденди малезијско правно лице – 20%; ако је прималац дивиденди малезијско физичко лице – 10%.

да има значајне погодности, од којих је из угла српског опорезивања најзначајнија она која се састоји у одлагању плаћања пореза на приходе од капитала, односно укључивања дивиденди у опорезиве приходе резидентног обвезника пореза на добит правних лица.

Српски порески резиденти – физичка лица би могли да своја улагања усмеравају кроз нерезидентна правна лица, прихватајући можда и већи порески терет, уколико би им пословање изван Србије омогућавало лакше улагање и веће могућности у избору његових модалитета. Међутим, иако сви до сада изложени примери пореског планирања српских пореских резидената – физичких лица, евентуално спадају у домен законите, али нелегитимне пореске евазије, управо на примеру дивиденди можемо уочити могућности да се оно прошири тако да зађе и у незаконите воде.

3. НЕЗАКОНИТО ИЗБЕГАВАЊЕ ПЛАЋАЊА ПОРЕЗА ПУТЕМ УПОТРЕБЕ СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ДОМАЋИХ РЕЗИДЕНАТА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА ЗА УСМЕРАВАЊЕ УЛАГАЊА У СРБИЈУ И У ДРУГЕ ДРЖАВЕ

У претходном делу овог чланка констатовано је да је избегавање српског пореза могуће спровести законито кроз употребу страног (нерезиденог) правног лица од стране домаћег резидента у случају опорезивања капиталних добитака, док, када су у питању дивиденде, односно удели у добити, највећа погодност произлази из могућности одлагања плаћања пореза. Међутим, не сме се изгубити из вида да управо у случајевима који су предмет овог рада порески обвезник може да не одоли искушењу да пређе границу законите (али, можда нелегитимне) пореске евазије и уђе у незаконите воде пореске утаје.³⁵

Погледајмо следећи пример: нерезидентно привредно друштво А – порески резидент Кипра, у искључивом власништву привредног друштва В које је основано у пореском рају,³⁶ а које је у

³⁵ Вид. чл. 9 Закона о пореском поступку и пореској администрацији ЗППА, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02 исправка, 23/03 исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 др. закон, 62/06 др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 др. закон и 53/10 и чл. 229 Кривичног законика, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 исправка, 107/05 исправка, 72/09 и 111/09. За разликовање законите и легитимне од законите, али нелегитимне пореске евазије, као и од незаконите пореске евазије, упор. Д. Поповић (2010), 43–51.

³⁶ Појам „порески рај“ није прецизно дефинисан у науци пореског права. У нашем примеру опис карактеристика јурисдикције коју називамо пореским рајем, а који је дат у даљем тексту, одговара најевидентнијим случајевима који се могу подвести под овај појам (мада би се у ширем смислу и Кипар могао подвести под

искључивом власништву српског пореског резидента – физичког лица Н.Н., искључиви је власник српског привредног друштва Б. Оснивачки улог привредног друштва А у привредном друштву Б је износио 10.000.000 ЕУР, док је сада оно у прилици да прода свој удео у њему за 50.000.000 ЕУР. Капитални добитак остварен овом продајом за потребе овог примера износи 30.000.000 ЕУР (усклађен према одредбама чл. 27–29 ЗПДПЛ).

Приликом продаје удела у привредном друштву Б, капитални добитак је, у складу са чл. 13 уговора о избегавању двоструког опорезивања који Србија примењује са Кипром,³⁷ начелно опорезив само на Кипру, који, по основу својег домаћег законодавства, овако остварени капитални добитак не опорезује у рукама својих пореских резидената – у нашем случају привредног друштва А. Другим речима, Србија је, по основу примене уговора о избегавању двоструког опорезивања, изгубила право на порески приход, који би у овом случају износио 6.000.000 ЕУР (20% од 30.000.000 ЕУР). Подсетимо се да би у случају да је продаја извршена непосредно од стране физичког лица или од стране резидентног привредног друштва, порески приход износио 3.000.000 ЕУР.

Привредно друштво А сада може да капитални добитак остварен продајом удела у привредном друштву Б расподели свом власнику – привредном друштву В. С обзиром на то да се ради о два нерезидентна обвезника, Србија нема право да опорезује ову расподелу дивиденди, док се, према кипарским пореским прописима, оваква исплата дивиденди од стране кипарског пореског резидента његовом нерезидентном власнику не опорезује.³⁸ За разлику од привредног друштва А које је порески резидент Кипра и послује према општим правилима кипарског законодавства, привредно друштво В је основано у пореском рају и представља тзв. *off-shore* компанију. Другим речима, привредно друштво В суштински не подлеже било каквим обавезама у држави у којој је основано, било пореским обавезама или обавезама извештавања, вођења пословних књига и евиденција, при чему је слободно да врши било какве исплате, без обзира на њихов основ. Све што је потребно да учини како би имало овакве погодности је да плати годишњу накнаду држави у којој је основано, а која је обично симболичног износа. С обзиром на претходно описано стање, порески резидент Србије, власник привредног друштва В, у великом је искушењу да са овог привредног друштва себи пренесе дивиденду, али да је при томе не пријави српским по-

њага). За више о одређењу појма порески рај види: *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam 2005⁵, 403.

³⁷ *Службени лист СФРЈ Међународни уговори*, бр. 2/86.

³⁸ C. Finnerty *et al.*, 100.

реским органима, нарочито када се узме у обзир чињеница да ће они веома тешко моћи да уђу у траг овој исплати. Уколико подлегне овом искушењу да избегне плаћање пореза на приходе од капитала (у овом случају искушење је веома велико, јер би пореска обавеза могла износити на пример 3.000.000 ЕУР, ако би му било исплаћено 30.000.000 ЕУР дивиденде), српски резидентни порески обвезник је извршио кривично дело пореске утаје, али је вероватноћа да ће за њега одговорати веома мала, с обзиром на могућности и досадашњу праксу српских пореских органа. Претходно описана опасност је још израженија уколико дивиденда која се расподељује коначном власнику (физичком лицу – пореском резиденту Србије) потиче од добити која је остварена улагањем у другим државама, с обзиром на то да српски порески органи у том случају немају ни почетни траг који би могли да прате.

4. ДРУГИ ОБЛИЦИ ИЗБЕГАВАЊА СРПСКОГ ПОРЕЗА КРОЗ УПОТРЕБУ СТРАНИХ ПРАВНИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ДОМАЋИХ РЕЗИДЕНАТА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

У досадашњој анализи искључиво смо се бавили облицима избегавања српског пореза код два облика прихода – дивиденди и капиталних добитака, иако су могући и модалитети са коришћењем других облика прихода (приходи од продаје добара и пружања услуга, камате, накнаде по основу коришћења права индустријске својине или закупа покретних или непокретних ствари и др.). Међутим, аутори су намерно одлучили да се посвете питању дивиденди и капиталних добитака, с обзиром на то да у случају других облика прихода пореским, али и другим државним органима стоје на располагању разноврсна средства да их уоче, као и да спрече настанак штетних последица по фискални интерес Србије. На пример, исплате по било којем од наведених основа подлежу провери према правилима о трансферним ценама,³⁹ а у случају камата и према правилима о утањеној капитализацији,⁴⁰ при чему не треба заборавити, нарочито у случају услуга, норму да се само документовани и у сврху пословне делатности настао трошак може признати у пореском билансу исплатиоца.⁴¹ Поред пореских правила, наведени облици прихода могу бити под будним оком и других органа, па је тако, уколико српски резидент исплати по основу неког односа нерезиденту цену

³⁹ Вид. чл. 59 61 ЗПДПЛ.

⁴⁰ Вид. чл. 62 ЗПДПЛ.

⁴¹ Вид. чл. 7а, ст. 1, тач. 1 и 8 ЗПДПЛ.

која није стварна, а плаћени износ прелази вредност од 100.000 ЕУР, предвиђена и одговорност за кривично дело за лице које изда налог за плаћање, за које је прописана казна од једне до десет година затвора.⁴² С обзиром на далеко веће могућности контроле, постојање различитих ограничења и обавеза извештавања када су у питању пословни односи са нерезидентима, као и на чињеницу да су државни органи ипак у области осталих прихода користили законом прописана овлашћења, аутори су се одлучили да највећу пажњу посвете оним облицима прихода код којих порески органи, до сада, нису употребили ни она ограничена средства која им стоје на располагању. Међутим, у наредном делу овог чланка видећемо да постојеће могућности за борбу против избегавања плаћања српског пореза у случају дивиденди и капиталних добитака, које остварују српски порески резиденти посредно преко нерезидентних правних лица, могу додатно допринети свеобухватном решавању овог проблема и у односу на друге облике прихода.

5. ДА ЛИ ЈЕ СТРАНО ПРАВНО ЛИЦЕ УИСТИНУ ПОРЕСКИ НЕРЕЗИДЕНТ СРБИЈЕ?

Целокупна претходна расправа била је заснована на претпоставци да је правно лице основано у иностранству од стране српског пореског резидента (посредно или непосредно) порески нерезидент Србије. Међутим, управо могућност обарања ове претпоставке представља главно *оружје* које стоји на располагању српским пореским органима у борби против и законите нелегитимне, али и незаконите пореске евазије коју спроводе домаћи порески резиденти кроз употребу страних правних лица за усмеравање својих улагања.

Наиме, према одредби чл. 2, став 2 ЗПДПЈ, пореским резидентом Србије, када су у питању правна лица, сматрају се она која су или основана у Србији или у њој имају седиште стварне управе и контроле. Другим речима, пореским резидентом Србије сматраће се и оно правно лице које у Србији није основано, али коме се на њеној територији налази седиште стварне управе и контроле.

Српски порески органи до сада никада нису применили критеријум седишта стварне управе и контроле да би установили да је одређено правно лице које није основано у Србији њен порески резидент, нити су српски судови икада имали прилике да тумаче ову законску одредбу. Међутим, ближе одређење значења критеријума

⁴² Вид. чл. 58 Закона о девизном пословању, *Службени гласник РС*, бр. 62/06.

седишта стварне управе (и контроле) налазимо у упоредном праву, одакле је он и преузет у српско пореско законодавство.⁴³

Према чл. 4, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД, односно према правилу на које редовно наилазимо у уговорима о избегавању дво-струког опорезивања, у случају да је једно правно лице порески резидент обе државе уговорнице истовремено, за потребе примене уговора о избегавању дво-струког опорезивања оно ће се сматрати резидентом оне државе у којој му се налази место стварне управе.⁴⁴ Званични коментар чл. 4, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД одређује да је место стварне управе место у којем се суштински доносе кључне одлуке везане за пословање и управљање обвезником, а које су неопходне за спровођење његовог целокупног пословања.⁴⁵ Српски законодавац, уз место стварне управе додаје и место стварне контроле над пореским обвезником, али би се ова разлика у односу на одредбу чл. 4, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД могла тумачити као појашњење појма места стварне управе у смислу места одакле се стварно управља пословањем пореског обвезника, односно одакле се контролише његова управа. Другим речима, уколико су званични органи управљања пореског обвезника смештени изван Србије, али они немају или не користе своја овлашћења за доношење кључних одлука везаних за његово пословање, односно управљање њиме, већ се те одлуке доносе у Србији, од стране његовог власника (посредно или непосредно), или лица које је он за то овластио, онда је место

⁴³ Место стварне управе (енг. *place of effective management*) користи се као критеријум за одређивање резидентства правних лица у пореском праву на пример Белгије, Италије, Норвешке, Португалије, Холандије и Швајцарске, док се у пореском праву Немачке и Аустрије примењује критеријум места управе (енг. *place of management*; нем. *Ort der Geschäftsleitung*), који, према тумачењу заступљеном у овим јурисдикцијама, има веома слично значење као и критеријум места стварне управе у међународном уговорном пореском праву. У пореском праву Велике Британије се за одређивање резидентства правних лица користи критеријум места централне управе и контроле (енг. *place of central management and control*), који је развијен у судској пракси ове државе пре више од једног века (пресуда у случају *De Beers Consolidated Mines, Limited v Howe (Surveyor of Taxes)*, A.C. 455, од 30. јула 1906. године), при чему и он има веома слично тумачење ономе које се користи за одређивање места стварне управе у међународном уговорном пореском праву. Вид. F. F. Miotto, „Conflicts of Qualification and Residence (Arts. 1 and 4 OECD MC)“, *Conflicts of Qualification in Tax Treaty Law* (eds. E. Burgstaller, K. Haslinger), Linde Verlag Wien, Vienna 2007, 96-98; K. Vogel, 262.

⁴⁴ За више о развоју употребе и тумачења појма места стварне управе у међународном уговорном пореском праву, упор. Y. Plakhin, „The Place of Effective Management as a Tie Breaker Criterion“, *Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law* (eds. M. Hofstaetter, P. Plansky), Linde Verlag Wien, Vienna 2009, 83-98.

⁴⁵ „The place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business as a whole are in substance made“. Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, параграф 24 коментара уз чл. 4, ст. 3.

стварне управе и контроле тог пореског обвезника у Србији, а не тамо где се састају, односно налазе његови званични управни органи који само спроводе одлуке које су донете у Србији.⁴⁶

За разлику од критеријума места оснивања, критеријум седишта стварне управе и контроле за одређивање пореског резидентства правног лица није једноставан за примену и захтева да порески органи приступе сваком појединачном случају са дужном пажњом, узимајући у обзир све елементе на основу којих се може утврдити одакле се стварно управља и контролише одређено правно лице.

Погледајмо пример: привредно друштво А, које је основано у држави А, власник је привредног друштва Б, које је основано у Србији, привредног друштва В, основаног у држави В и привредног друштва Г, основаног у држави Г. Власник привредног друштва А је физичко лице Н.Н. – порески резидент Србије, који већи део свог времена проводи у Србији, при чему има на располагању пословне просторије у оквиру привредног друштва Б. Привредно друштво А има свог директора који је порески резидент и држављанин државе А, а од запослених још има једну секретарицу. Привредно друштво А има своје пословне просторије величине 40 м² у држави А, при чему број запослених у привредним друштвима Б, В и Г износи 500, а обим пословања који се преко њих одвија је веома велике вредности. Директор привредног друштва А је адвокат који нема искуства у пословању којим се бави ова привредна група, при чему би, и да га има, из свих околности случаја било јасно да се њиме не би могло управљати без подршке једног броја стручног особља, које њему не стоји на располагању на нивоу привредног друштва А, али зато постоји у оквиру привредног друштва Б у Србији. Из правних аката привредног друштва А види се да је његов директор у великој мери ограничен у вођењу пословања и да му је за било коју значајнију одлуку непходна сагласност власника (уређење ових односа ће зависти од законодавства државе А). Увидом у одговарајућу документацију можемо утврдити да је власник привредног друштва А боравио у држави А само пет дана у току једне године, при чему су извештаји стручних служби или саветника који су били основ за доношење пословних одлука прво достављани њему у Србији, а тек затим директору привредног друштва А. Такође, увидом у пословну документацију привредног друштва А можемо утврдити да је његов директор доносио значајне одлуке само на основу упутстава које је добијао од власника или од људи које је он за то овластио, а који живе и раде у Србији.⁴⁷

⁴⁶ За тумачење појма места (стварне) управе и значај места где су кључне одлуке за управљањем правним лицем донете, односно одакле су издате, у немачкој и холандској судској пракси, упор. К. Vogel, 262.

⁴⁷ Вид. К. Vogel, 263. Чињенично стање слично оном из нашег примера представљало је основ да се у немачкој и канадској судској пракси сматра да је

Претходно изложене чињенице указују да постоје чврсте основе за тврдњу да је место стварне управе и контроле привредног друштва А у Србији и да је стога привредно друштво А њен порески резидент. Представљени пример је случај у којем би порески органи, и *de lege lata*, морали да изврше детаљну проверу свих елемената који указују на то где се налази место стварне управе и контроле привредног друштва А, при чему треба имати на уму да се они у пракси могу сретати и са много лакшим задатком од овога, мада су могући и тежи случајеви, што зависи од софистицираности пореског планирања пореског обвезника. Тако, нису ретки примери да страном привредно друштво нема на располагању било какве просторије, нити има запослене, осим формално номинованог директора или члана управе, који је држављанин државе у којој је основано (а чије је именовање проузроковано захтевима домаћег законодавства те државе), при чему се власник, или од њега постављена лица, која иначе живе и раде у Србији, налазе и у органима управе тога друштва. У оваквом случају би било далеко лакше утврдити да се место стварне управе и контроле привредног друштва налази у Србији.

6. ПОСЛЕДИЦЕ УТВРЂИВАЊА СРПСКОГ ПОРЕСКОГ РЕЗИДЕНТСТВА СТРАНОГ ПРАВНОГ ЛИЦА ПО ОСНОВУ КРИТЕРИЈУМА МЕСТА СТВАРНЕ УПРАВЕ И КОНТРОЛЕ

У случају да за одређено страном правно лице утврдимо да је оно порески резидент Србије по основу тога што му је место стварне управе и контроле на њеној територији, долази до последице да страном привредно друштво постаје неограничено порески обавезно према Србији и дужно је да њој плати порез на своју целокупну светску добит. Ефекти се јављају како на терену пореског имовинског, тако и на терену пореског управног односа.⁴⁸

Из угла имовинске стране порескоправног односа између тог страног правног лица и државе Србије као пореског повериоца последице су следеће:

а) Страном правно лице је дужно да у Србији плати порез на своју целокупну добит, што омогућава да Србија опорезује и ону добит која је остварена улагањем у другим државама преко страног правног лица. Другим речима, пореско планирање с циљем да се српски порез избегне у односу на улагање које њен резидент – физичко лице суштински врши у другим државама се у великој мери спутава.

већински власник привредног друштва суштински вршио функцију управљања његовим пословањем, уместо управних органа друштва.

⁴⁸ Упор. Д. Поповић (2010), 89 и даље.

б) Када су у питању приходи од камата, ауторских накнада, закупа покретних и непокретних ствари, као и приходи по основу извођења естрадног, забавног, уметничког, спортског или сличног програма у Србији, који нису опорезовани као доходак физичког лица у складу са ЗПДГ, Србија нема више право да их опорезује приликом исплате по одбитку, али ће они ући у опорезиве приходе страног привредног друштва, сада пореског резидента Србије, за потребе пореза на добит правних лица.

в) Када су у питању приходи који се у Србији не опорезују по одбитку (приходи од продаје добара, односно пружања услуга), они ће сада доћи под удар српског пореза, с обзиром на то да улазе у опорезиве приходе страног правног лица – пореског резидента Србије.

г) Избегавање плаћања пореза у случају капиталних добитака се у потпуности онемогућава, с обзиром на то да су резидентни порески обвезници увек дужни да плате порез на капитални добитак, без обзира на то где је он остварен.

д) У случају дивиденди и удела у добити, Србија неће моћи да наплати порез по одбитку приликом њихове расподеле од стране домаћих привредних друштава страном правном лицу – сада пореском резиденту Србије, јер се порез по одбитку обрачунава само код исплате од стране пореског резидента Србије нерезиденту (у овом случају би постојала исплата дивиденде, односно удела у добити између два резидента), при чему дивиденде остварене од српских пореских обвезника неће ући у опорезиве приходе за потребе пореза на добит правних лица на нивоу страног привредног друштва – пореског резидента Србије. Међутим, све дивиденде, односно удели у добити које ово друштво оствари од српских нерезидената ући ће у његове опорезиве приходе за потребе утврђивања пореза на добит у Србији.

На терену пореског управног односа последице су још интересантније, јер ће допринети да се у великој мери спречи незаконита пореска евазија о којој је раније било речи. Наиме, резидентни порески обвезници су дужни да воде прописане евиденције, подносе пореске пријаве и да српским пореским органима пружају податке који су од значаја за утврђивање пореске обавезе.⁴⁹ На пример, страно привредно друштво које према прописима државе у којој је основано нема обавезу вођења пословних књига, уколико би имало статус пореског резидента Србије за порез на добит правних лица, морало би да ове води у складу са српским прописима и да их ставља на увид српским пореским органима, што би у великој мери олакшало контролу компанија које се оснивају у пореским рајевима. Такође, као резидентни порески обвезник, страно правно лице би имало оба-

⁴⁹ Вид. чл. 25 ЗПППА.

везу обрачунавања и плаћања пореза по одбитку, што подразумева и подношење одговарајућих пореских пријава на све исплате српским нерезидентима, али и свим физичким лицима – српским резидентима који од њега остварују опорезиве приходе, без обзира на то где се ти приходи исплаћују.⁵⁰

Из угла примене уговора о избегавању двоструког опорезивања позиција Србије би била недвосмислено јасна, с обзиром на то да уколико се неко правно лице истовремено сматра пореским резидентом обе државе уговорнице, онда се оно за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања има сматрати резидентом оне државе у којој му се налази место стварне управе, што је у нашем случају Србија, под условом да се критеријум седишта стварне управе и контроле из домаћег законодавства тумачи на исти начин као и критеријум седишта стварне управе из уговора о избегавању двоструког опорезивања. Уколико би надлежни органи друге државе уговорнице оспорили тврдњу да је место стварне управе правног лица, у смислу уговора о избегавању двоструког опорезивања, у Србији, а поступак међусобног договарања између њих и српских надлежних органа не би уродио плодом, онда би овом страном правном лицу биле ускраћене погодности примене уговора о избегавању двоструког опорезивања и оно би било изложено потенцијалном двоструком опорезивању, што је у оваквим случајевима прихватљива последица, из простог разлога што *обавеза* постизања заједничког договора између надлежних органа држава уговорница није предвиђена ни у једном од уговора о избегавању двоструког опорезивања које Србија данас примењује.⁵¹

7. ОТВОРЕНА ПИТАЊА И ДОДАТНА РЕШЕЊА

Из спроведене анализе може се закључити да у српском законодавству постоје одредбе чијом би се применом, која је до сада у потпуности изостала, могло у великој мери стати на пут избегавању плаћања пореза од стране српских резидената – физичких лица, кроз коришћење страних правних лица за усмеравање својих улагања у Србију, али и на другим тржиштима. Јасно је да примена критеријума седишта стварне управе и контроле захтева добро обучену и опремљену пореску управу,⁵² али уколико држава жели да се ухвати

⁵⁰ Вид. чл. 41 ЗПППА.

⁵¹ Вид. Д. Поповић, С. Костић, 285 и 287; *Model Tax Convention on Income and on Capital*, параграф 10.1. коментара уз чл. 1.

⁵² Оцене Европске комисије о административним капацитетима Пореске управе Србије су релативно позитивне, мада донекле амбивалентне: „The adminis

у коштац са негативним последицама по пореске приходе, изазваним једноставним „пробијањем граница“ од стране инвентивних пореских обвезника путем најразличитијих облика пореског планирања и структурирања пословања, онда она мора бити свесна да је то могуће само кроз озбиљно улагање у оне органе који овај задатак треба да изврше. Не треба се ни заваравати да ће увек бити могуће утврдити да се место стварне управе и контроле одређеног страног правног лица налази у Србији, већ ће ово зависти од сваког појединачног случаја, при чему је разумно претпоставити да ће српски порески резиденти с временом одговорити на примену критеријума места стварне управе и контроле суштинским преношењем ових функција на своја страна правна лица, односно све софистициранијим облицима пореског планирања.

Један од највећих подстицаја за пореско планирање кроз употребу страних правних лица за усмеравање улагања од стране физичких лица налази се у одлагању плаћања пореза на приходе од капитала, што се постиже једноставним одлагањем исплате дивиденди. Многе савремене државе у својем домаћем праву имају посебна правила – тзв. *CFC* законодавство – чија је суштина у томе да спрече описано одлагање плаћања пореза уз коришћење страних правних лица, чија је једина или основна сврха управо да се плаћање пореза што дуже избегне, а која се оснивају у погодним пореским јурисдикцијама (пореским рајевима или државама које нису порески рајеви, али чије законодавство има за последицу незнатне пореске обавезе). Начелно, уколико резидентни порески обвезник има квалификовани власнички удео у нерезидентном правном лицу које није подложно значајном опорезивању у својој држави резидентства и то правно лице нема сопствено активно пословање (његови приходи се претежно састоје из пасивних прихода – прихода од дивиденди и удела у добити, капиталних добитака, накнада за коришћење права индустријске својине, одређених облика закупине или камата), онда се уводи правна фикција да је добит тога правног лица расподељена власнику за сваки порески период, без обзира на то да ли је она стварно расподељена или не.⁵³ Када дивиденда буде заиста исплаћена власнику, онда он може умањити своју обавезу за претходно плаћен порез на приходе од капитала који му је наметнут по основу наведене правне фикције – *CFC* норме.

trative capacity of the Serbian tax administration continued to improve as a result of intensive training efforts... However, despite good results in enforcement by the tax police, the general collection capacity of the administration improved only slightly“, вид. *Serbia 2010 Progress Report*, European Commission {COM(2010) 660}, Brussels, 9 November 2010, paragraph 4.1.4.

⁵³ Вид. С. Finnerty *et al.*, 212 214; В. J. Arnold, S. Van Weeghel, „The Relation between Tax Treaties and Domestic Anti Abuse Measures“, *Tax Treaties and Domestic Law* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2006, 87.

CFC законодавство је по први пут на свету уведено 1962. године у САД,⁵⁴ да би данас било присутно у великом броју развијених држава (на пример Велика Британија, Француска, Немачка, Италија),⁵⁵ при чему треба указати на то да и неке од нама суседних земаља познају оваква правила (на пример Мађарска).⁵⁶ Имајући у виду размере пореске евазије преко употребе страних правних лица за усмеравање улагања у Србију, али и друге јурисдикције, од стране српских пореских резидената, закључујемо да је, паралелно са неопходношћу да се почну примењивати постојећи прописи који уређују одређивање резидентства правних лица на бази критеријума стварне управе и контроле, нужно да српски законодавац узме у разматрање могућност прописивања *CFC* правила у нашем праву. То би отворило простор за борбу против пореске евазије у оним случајевима када није могуће утврдити да је страном правно лице порески резидент Србије по основу места стварне управе и контроле, а када би примена начела фактицитета из чл. 9 ЗПППА (да се пореске чињенице утврђују према њиховој економској суштини) изгледала „преамбициозном“, те изложена ризику да је Управни суд не потврди. Тек на овај начин би се, у највећој мери, затвориле могућности за избегавање плаћања пореза великих размера, које има веома штетне последице не само по фискални интерес државе Србије, него и по правичност пореског система, која представља једно од начела српског Устава.⁵⁷

⁵⁴ B. I. Bittker, L. Lokken, *Fundamentals of International Taxation*, Warren, Gorham & Lamont of Ria, USA 2007, 69 5.

⁵⁵ C. Finnerty *et al.*, 214 218.

⁵⁶ Вид. В. Szolgyemy, *passim*.

⁵⁷ Вид. чл. 91, ст. 2 Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

Dr. Dejan Popović

Professor

University of Belgrade Faculty of Law

Svetislav V. Kostić, LL.M.

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

(AB)USE OF FOREIGN LEGAL ENTITIES FOR THE PURPOSES OF AVOIDING TAXATION IN SERBIA

Summary

The authors of this paper strive to show the basic tax reasons which lie behind the use of foreign legal entities by Serbian tax resident individuals for channeling investments into Serbia and other countries. Particular attention is given to the tax planning through the use of foreign legal entities and to the consequences, *i.e.* potential tax savings, which can be achieved by their use. The authors further point to the existing provisions of Serbian law, whose application could greatly curtail tax avoidance and tax evasion through the use of foreign legal entities by Serbian tax residents, and analyze the procedure and consequences of their application on both tax avoidance and tax evasion. At the very end, the authors note that the existing solutions, although potentially very efficient in the struggle against the detrimental consequences of tax evasion and tax avoidance, are not sufficient, and that it would be necessary to amend them on the basis of experiences of comparative tax law systems (CFC legislation).

Key words: *Foreign Legal Entity. – Resident. – Nonresident. – Tax Avoidance and Evasion. – Place of Effective Management and Control.*