

Мр Даница Тасић*

ОПОРЕЗИВАЊЕ ДОХОТКА ОД ИНВЕСТИЦИЈА У ДРЖАВАМА-ЧЛАНИЦАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Порески прописи држава чланица Европске уније (ЕУ) хармонизовани су углавном кроз доношење директива у домену посредних пореза. Непосредни порези спадају у надлежност држава чланица, осим неколико области уређених европским директивама (исплата међукомпанијских дивиденди, камата и ауторских накнада и статусне промене привредних друштава). Процес хармонизације непосредних пореза у ЕУ заснива се на четири слободе (слобода кретања људи, добара, услуга и капитала) принципу недискриминације и праву на оснивање, при чему слободно кретање капитала има највећу улогу јер се примењује на резиденте ЕУ и инвеститора нерезидента ЕУ. Усредсређујући се на опорезивање дохотка од инвестиција (дивиденде, камате и ауторске накнаде и капитални добици) аутор наглашава значај директива за избегавање двоструког опорезивања на заједничком тржишту. Директиве се не примењују на нерезиденте ЕУ, тако да аутор анализира одредбе директива у циљу дефинисања могућих предности које нерезидент евентуално може остварити у складу са њима обављајући делатност на територији ЕУ. Аутор закључује да најефикасније средство за заштиту иностраног инвеститора од дискриминације коју спроводе националне пореске власти представља чл. 63 Уговора о функционисању Европске уније.

Кључне речи: Непосредно опорезивање. Слободно кретање капитала. Дивиденде. Камате и ауторске накнаде. Нерезидент ЕУ.

1. НЕПОСРЕДНО ОПОРЕЗИВАЊЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Порески системи држава-чланица Европске уније (ЕУ) хармонизовани су у великој мери кроз доношење директива у домену посредних пореза (пореза на додату вредност и акциза). Може се рећи

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, danica@ius.bg.ac.rs.

да је скоро свака тема код пореза на додату вредност уређена директивама Савета ЕУ,¹ а простор у којем државе могу предузимати пореске мере знатно сужен, тако да државама-чланицама не преостаје друго до имплементације решења Савета ЕУ садржаним у европским директивама. Када су у питању непосредни порези ситуација је другачија: обликовање пореза на добит правних лица и пореза на доходак грађана, двају пореских облика који у највећој мери утичу на предузетничке одлуке и конкурентност европске привреде, и даље је претежно у надлежности сваке чланице. Европским директивама су хармонизоване неке области непосредног опорезивања, и то: проблем расподеле дивиденде од стране филијале матичном друштву уређен је Директивом Европске заједнице о пореском третману дивиденди које зависно друштво – резидент једне државе-чланице исплаћује матичном друштву – резиденту друге државе-чланице (*Council Directive 90/435/EEC on the Common System of Taxation Applicable in the Case of Parent Companies and Subsidiaries of Different Member States* – скраћено: *Parent – Subsidiary Directive*); прекогранична спајања привредних друштава уређена су Директивом о пореском третману статусних промена (*Council Directive 90/434/EEC on the Common System of Taxation Applicable to Mergers, Divisions, Transfer of Assets and Exchanges of Shares Concerning Companies of Different Member States* – скраћено: *Merger Directive*); и исплате камата и ауторских накнада између повезаних привредних друштава уређених Директивом о заједничком систему опорезивања камата и ауторских накнада између повезаних привредних друштава различитих држава-чланица (*Council Directive 2003/49/EC on a Common System of Taxation Applicable to Interest and Royalty Payments made between associated companies of different Member States* – скраћено: *Interest and Royalty Directive*).

Непотпуна хармонизација непосредних пореза и коезистирање 27 различитих система опорезивања добити правних лица и дохотка грађана, одређени су чињеницом да „Уговор о функционисању Европске уније не предвиђа усклађивање непосредних пореских облика, тако да доношење пореских прописа остаје у надлежности држава-чланица“.² Европски суд правде (*European Court of Justice*, у даљем тексту: *ECJ*) кроз праксу, такође, непрестано понавља да

¹ Директива Савета 2010/45/ЕУ допуњује Директиву Савета 2006/112/ЕЗ о заједничком систему пореза на додату вредност (*Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax*) која је заменила тзв. Шесту Директиву, донету 1977. године, када је покренут поступак хармонизације ПДВ а у Унији.

² Ступањем на снагу Лисабонског уговора 1.12.2009. године примарне извоје права ЕУ чине *Treaty on European Union (TEU)* и *Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)* који су објављени у „*Official Journal of the European Union*”

„непосредни порези спадају у надлежност држава чланица“, те да свака чланица код непосредних пореза може утицати на структуру свог пореског система.

Европски суд правде битно је утицао својим пресудама на обликовање националних решења у пореским прописима који регулишу непосредно опорезивање и још увек има значајну улогу у том погледу. Данас се хармонизација непосредних пореза спроводи, углавном, путем тзв. „негативне интерграције“, „кроз праксу Европског суда правде који је поништавао она национална решења у пореским законима држава-чланица која су представљала препреке за слободно кретање, људи добара, услуга и капитала“,³ што је оцењено дугорочно неприхватљивим. Иако код обликовања непосредних пореза изостаје интервенција Савета, одредбама Уговора о функционисању ЕУ забрањено је постављање ограничења гарантованим основним слободама, посебно слободном кретању капитала, услуга и добара (*free movement of capital, goods and services*), и слободи обављања пословне делатности (*freedom of establishment*). Отуда, уколико нема непосредне интервенције Савета или она није могућа, као друго најбоље решење предложено је напредно тумачење четири слободе и начела недискриминаторног понашања.

Негативна интеграција се заснива на забрани дискриминаторног понашања и осталих видова ограничења основних слобода и права на оснивање и остварује се путем судског процеса.⁴ Дискриминација се јавља у пракси уколико се различита правила примењују на сличне (упоредиве) ситуације или када се исто правило примењује на различите ситуације.⁵

Различити порески режими представљају препреке прекограничном пословању привредних друштава, што повећава број спорова пред Европским судом правде⁶ које могу да покрену институције

.. (O.J.), од 9.5.2008. године. Вид. *Treaty on the Functioning of the European Union TFEU, (O.J.), C115/2008.*

³ Дејан Поповић, „Предстојеће пореске реформе у државама пред уласком у Европску унију: случајеви Хрватске и Србије“, *Економија/Economics* 1/2007, 177.

⁴ Постоји и позитивна интеграција која представља законодавни процес и састоји се од уједначавања закона и стандарда држава чланица ЕУ.

⁵ Michael Lang, „Double taxation and EC Law“, *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence* (eds. R.S. Avi Yonah, J.R. Hines Jr., M. Lang), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 12.

⁶ Слобода држава чланица у домену опорезивања привредних друштава ограничена је следећим начелима комунитарног права: (а) домаћи порески закони држава чланица не смеју спроводити дискриминацију на штету физичких или правних лица осталих држава чланица у односу на право на оснивање привредног друштва у земљи домаћину или њихово учешће на тржишту те земље на други на

ЕУ, односно друга држава чланица, а одређено питање може бити прослеђено од стране националног суда који је у спору који разматра наишао на питање за које сматра да је из области европског права и за које му је неопходан став *ЕЦЈ*. Могуће је и да порески обвезник пријави одређену државу Комисији, која је онда слободна да одлучи да ли ће ту државу упозорити, односно покренути спор, уколико она не одговори на упозорење према захтевима Комисије. Током претходних година научници и практичари који се баве пореским правом ЕУ, забележили су да је упркос напорима Суда било очигледно да хармонизација овако комплексне области непосредних пореза не може да се оствари искључиво кроз судску праксу, која се ограничава на примену Уговора на појединачне случајеве који се међусобом разликују према посебним околностима. Правна сигурност, посебно код привредних друштава која делују у већем броју држава-чланица, подразумева могућност израчунавања унапред тачног износа пореског дуга, што се не може успоставити одлуком Суда у којем судије из 27 различитих пореских јурисдикција са различитим правним традицијама одлучују о сложеним споровима применом основних начела садржаних у Уговору.

Већина европских пореских система као одлучујуће чињенице за заснивање пореске јурисдикције користи резидентство и извор. Резидентство, као одлучујућа чињеница персоналног карактера доводи до неограничене пореске обавезе, тј. лице које се на основу чињенице резидентства подвргава пореској јурисдикцији у питању ће бити опорезивано у односу на светски доходак, односно светску имовину. Извор, као одлучујућа чињеница економског карактера доводи до ограничене пореске обавезе; опорезује се категорија дохотка остварена на одређеној територији, односно имовина лоцирана на одређеној територији.⁷ Европски суд правде прихвата овакав приступ, с тим што подвргавањем неограниченој пореској обавези резидената и ограниченој пореској обавези нерезидената у ЕУ долази до двоструког опорезивања.

До ступања на снагу Уговора о функционисању ЕУ, у ранијем Уговору о оснивању ЕЗ постојао је члан 293, који је експлицитно упућивао државе-чланице на преговоре са циљем решавања питања двоструког опорезивања: „Државе-чланице ће, у мери у којој је неопходно, улазити у међусобне преговоре, са циљем осигурања користи својих држављана ради елиминисања двоструког опорезивања“. Док

чин у виду понуде добара и услуга; (б) пореским законима држава чланица не сме бити ограничено уживање слобода из Уговора својих грађана или грађана других држава чланица. Вид. Malcolm Gammie *et al.*, *Achieving a Common Consolidated Corporate Tax Base*, Centre for European Policy Studies, Brussels 2005, 5.

⁷ Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 212.

скоро свака држава-чланица ЕУ има билатералне уговоре закључене са свим осталим чланицама ЕУ (по правилу, на бази Модел-конвенције ОЕЦД), с тим што постоје врло ретки примери мултилатералних уговора о избегавању двоструког опорезивања (нпр. између држава Нордијског савета), на темељу чл. 293 настала је тзв. Арбитражна конвенција, мултилатерални споразум којим се омогућава отклањање штетних последица међународног економског двоструког опорезивања – економског двоструког опорезивања типа III (када се, због националних правила о кориговању трансферних цена увећа добит повезаног лица у једној држави-чланици, а не умањи добит повезаног предузећа у другој држави-чланици).

Интенција чл. 293 Уговора о ЕЗ није била да се постави правно правило које би имало непосредну примену, већ да се само утврди већи број ствари у којима би „државе чланице требало да уђу у преговоре једна са другом у мери у којој је неопходно“. У следећем пасусу (чл. 293) само је указивано на циљ који би требало остварити кроз преговоре, а то је елиминисање двоструког опорезивања унутар Заједнице. Иако је Уговором о ЕЗ елиминисање двоструког опорезивања било укључено у циљеве које би требало остварити, из формулације одредбе чл. 293 јасно је да одредба *eo ipso* није могла појединцима доделити пре националних судова њихових држава чланица било које право на које се би се могли позвати.⁸ Европски суд правде настојао је да подвуче разлику између закључења пореских уговора и елиминисања двоструког опорезивања као циља који треба постићи. Тако је Европски суд правде дао шире тумачење чл. 293 („Државе чланице ће, у мери у којој је неопходно, ући у међусобне преговоре са циљем...“), према којем се елиминисање двоструког опорезивања не мора нужно остварити пореским уговорима.⁹ Уосталом, одсуство пореских уговора и двоструко опорезивање које се отуда јавља у прекограничној ситуацији унутар Заједнице, не представља повреду чл. 293. Такође, чл. 293 није спречавао Савет ЕУ да предузме мере са циљем елиминисања двоструког опорезивања. *ECJ* је у више наврата поменуо да би државе чланице требало да предузму овакве

⁸ Вид. пресуду *ECJ* у случају *Gilly v. Directeur des Services Fiscaux du Bas Rhin*, С 336/96, донету 12. маја 1998, Е.С.Р. I 2793, I 2840, para. 15 и 16.

⁹ Став главне заступнице (*Advocate General*) Ј. Кокот (*J. Kokott*) пред Европским судом правде у случају С 470/04 утемељен је на овом ширем тумачењу Суда. Наиме, у тачки 91 мишљења главне заступнице наведено је да су државе чланице, у одсуству хармонизације комунитарним правом, слободне да успоставе критеријум за додељивање пореске јурисдикције, било кроз закључивање уговора о избегавању двоструког опорезивања (пореских уговора) или путем унилатералних мера. Вид. *Advocate General (AG) Kokott*, мишљење од 30. марта 2006, поводом пресуде *ECJ* у случају *N. v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, С 470/04, донете 7. септембра 2006, Е.С.Р. I 7409.

мере у случају да изостају мере Заједнице.¹⁰ Уосталом, „Директива о матичном и зависном друштву и Директива о пореском третману статусних промена савршени су примери мера које је била предузела Заједница са циљем елиминисања двоструког опорезивања“. Главни заступник (*Advocate General*) Гилхоуд (*Geelhoed*) пред Европским судом правде укратко је изложио став *ECJ* да је друго увлачење чл. 293 у којем ће „државе-чланице, у мери у којој је потребно, ући у преговоре једна са другом, са циљем осигурања користи својих држављана... елиминисања двоструког опорезивања“ не производи непосредан ефекат. Ова је одредба чл. 293 указивала да је елиминисање двоструког опорезивања унутар Заједнице било наведено само као циљ Уговора без да се конституише било каква апсолутна обавеза држава чланица да остваре тај циљ.¹¹

Порески обвезници се у споровима нису могли позивати на чл. 293 ранијег Уговора о оснивању ЕЗ, управо због става *ECJ* да због прешироке формулације не може да произведе непосредне ефекте. Такође, одсуство хармонизације код директног опорезивања оставља простор државама чланицама да дефинишу критеријуме на основу којих ће спровести алокацију субјективних пореских права у циљу елиминисања двоструког опорезивања. Док се *ECJ* углавном изјашњава о одговарајућем третману пореских обвезника, не бави се истовремено и користима које може остварити држава од било ког прикупљеног пореза.

Европске директиве које уређују непосредно опорезивање детаљније уређују алокацију субјективног пореског права. Директива о матичном и зависном друштву штити субјективно пореско право земље извора да начин да се земљи извора допушта право да прекограничну добит групе корпорација опорезује порезом на добит правних лица, стварајући истовремено обавезу земљи резидентства да на име пореза плаћеног у земљи извора пружи пореску олакшицу, иако се земљи извора не допушта право на опорезивање дивиденди. Директива о каматама и ауторским накнадама се, попут Директиве о матичном и зависном друштву такође примењује на групе корпорација, измештајући право на опорезивање ауторских накнада од земље извора и препуштајући их опорезивању у земљи резидентства. На крају, Директива о опорезивању прихода од штедне пружа редак пример алокације субјективног пореског права у односу на међудржавна плаћања. У складу са чл. 12 Директиве о опорезивању прихода од штедне, свака држава у којој се током прелазног перио-

¹⁰ Вид. *Advocate General (AG) Kokott* мишљење од 14. јула 2005, поводом пресуде *ECJ* у случају *Margaretha Bouanich v. Skatteverket*, C 265/04, донете 19. јануара 2006, E.C.R. I 00923.

¹¹ Нав. према М. Lang, 14.

да обрачунава и наплаћује порез по одбитку на приходе од камата уређених одредбама ове директиве је обавезна да трансферише 75% сакупљеног прихода држави примаочевог резидентства. С друге стране, земља примаочевог резидентства у складу са чл. 14 има обавезу да пружи олакшицу у виду иностраног пореског кредита за плаћени порез по одбитку, како би било ублажено међународно двоструко опорезивање. Ова двострука пореска олакшица ствара материјалну обавезу земљи резидентства да вишак изнад износа пореског кредита врати земљи извора.¹²

2. ГАРАНТОВАЊЕ СЛОБОДЕ КРЕТАЊА КАПИТАЛА У ОСНИВАЧКИМ УГОВОРИМА

Хармонизација непосредних пореза у ЕУ заснива се на следећем: четири основне слободе [слобода кретања људи (чл. 45), добара (чл. 28), услуга (чл. 56) и капитала (чл. 63)], принципу недискриминације (чл. 18), праву пословања (чл. 49) и имплементацији одређених директива у складу са чл. 115 Уговора.¹³ Иако се сматра да све четири слободе имају једнак значај за развој заједничког тржишта, слободно кретање капитала чини се има већу улогу у односу на остале три слободе, јер се примењује, поред физичких и правних лица резидената ЕУ, и на инвеститора нерезидента ЕУ.¹⁴

2.1. Слобода кретања капитала

Слободу кретања капитала уређује чл. 63 Уговора о оснивању Европске заједнице у којем стоји: „1. У складу са одредбама овог одељка, забрањују се сва ограничења кретања капитала како између држава-чланица ЕУ, тако и између држава ЕУ и осталих земаља (у даљем тексту и: треће земље).¹⁵ 2. У складу са одредбама овог

¹² Peter Harris, David B. Oliver, *International Commercial Tax*, Cambridge University Press, Cambridge New York 2010, 116 117.

¹³ У чл. 115 Уговора наводи се следеће: Савет једногласном одлуком усваја предлог Комисије и након обављених консултација са Европским парламентом и Економским и социјалним комитетом доноси (издаје) директиве за усклађивање за кона, правилника или административних одредаба држава чланица које имају непо средан утицај на стварање или функционисање заједничког тржишта.

¹⁴ О могућностима проширења слободе пружања услуга и на земље изван ЕУ уколико кретање услуга укључује држављане ЕУ, вид. Pasquale Pistone, „The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation“, *Intertax* 5/2006, 235.

¹⁵ Вид. *Treaty on the functioning of the European Union*, O.J. C115/2008. Активности ЕУ подлежу принципу сразмерности, према којем свака радња коју предузима Унија мора да буде нужна да би остварила циљеве предвиђене Уговором.

одељка, забрањују се сва ограничења исплата између држава чланица ЕУ, као и између држава ЕУ и осталих земаља“.

Чл. 63 Уговора сматра се најнапреднијом и најдалекосежнијом одредбом у светлу односа са земљама које нису чланице ЕУ, а разлози проширења овог правила могу се потпуније разумети уколико се кретање капитала посматра као инструмент правног чувара евра као валуте.¹⁶ Основне слободе унутар ЕУ имају за циљ стварање унутрашњег тржишта и економске и монетарне уније. Међутим, у односу са трећим земљама ситуација је другачија, будући да је реч о унилатералној либерализацији слободног кретања капитала, код које нема гаранције да ће кореспондентне мере бити предузете од стране трећих земаља према капиталу који улази у ЕУ или излази из ње. Наиме, чл. 63 пружа заштиту инвеститорима из трећих земаља, без захтева за мерама реципроцитета у корист инвеститора из ЕУ.

Забрана ограничења кретања капитала прописана у чл. 63 Уговора произвела је непосредан ефекат, почев од либерализације тржишта капитала (прво Директивом 88/361/ЕЕЦ, касније путем Уговора из Мастрихта), до момента када су сва ограничења кретања капитала и исплата, била укинута од 1. јануара 1994. године између држава-чланица и између држава-чланица и трећих земаља. Европски суд правде је у многим случајевима у којима се предмет односио на приход из иностраних извора, одлуке доносио управо применом чл. 63 и то у корист пореских обвезника којима је приход из иностраних извора био исплаћиван: C-35/98 *Verkooijen*, C-334/02 *Commission v. France*, C-315/02 *Lenz*, C/319/02 *Manninen*¹⁷ и C-329/05 *Meindl*.

Забрана ограничења кретања капитала дерогирана је увођењем чл. 65 Уговора из Мастрихта у Уговор о функционисању ЕУ на основу чега државе-чланице могу применити одредбе националног пореског права којима се предвиђа различит порески третман како за резидентна и нерезидентна лица, тако и за приходе из домаћег и иностраног извора [чл. 65 (1) (а)]. Овај изузетак се примењује само на прописе који су важили до 31. децембра 1993. године.¹⁸ Примена националних пореских прописа којима су различито уређени положај резидентних и нерезидентних лица не мора нужно да представља

¹⁶ P. Pistone, 235.

¹⁷ *Ibid.*, 236. Овде Pasquale Pistone примењује да је главна заступница Ј. Кокот (*J. Kokott*) пред Европским судом правде настојала да у случају *Re Manninen*, C 319/02, заштиту коју имплицира чл. 63 Уговора ограничи на улазне дивиденде. Упор. пара. 79 закључака мишљења заступнице Кокот од 18. марта 2004. године поводом пресуде *ECJ* у случају *Re Manninen*, C 319/02, донете 7. септембра 2004, *ECR* I 7477. Ова констатација, није међутим конзистентна са рациом на којем се заснива чл. 63 и његовим значајем за стабилност европске валуте у међународним токовима капитала.

¹⁸ Вид. чл. 65(1) (а) *TFEU*.

дискриминативно понашање нити да конвалидира ограничење слободног кретања капитала и исплата [(чл. 65 (3)]. У пореској литератури се сматра да чл. 65 државама-чланицама није дао већу пореску сувереност у домену кретања капитала од оне коју су имале према правилу расуђивања Европског суда правде и пре увођења одредбе. У надлежности је држава-чланица предузимање мера којима се спречава кршење пореских закона, с тим што порески закони не смеју бити у служби арбитрерне дискриминације или скривеног ограничења слободе кретања капитала и исплата.¹⁹

Односи држава ЕУ са трећим државама уређени су у чл. 64 Уговора који садржи тзв. застојну клаузулу (*standstill or grandfather clause*), према којој државе-чланице могу имати у националним пореским решењима рестриктивне одредбе уколико су таква ограничења већ постојала до 31. децембра 1993. године и односила се на следеће области: директне инвестиције (укључујући непокретности), обављање делатности путем новооснованог лица, пружање финансијских услуга или упис хартија од вредности на тржишту капитала. Треба имати у виду да у многим случајевима у којима Европски суд правде користи термин ограничење, заправо примењује тест недискриминаторног понашања, усредсређујући се на различите третмане одређених ситуација.²⁰

Уколико се сагледа однос између чл. 49, тј. права на пословање, и чл. 63, тј. слободног кретања капитала, може се уочити да *ЕСЈ* примењује чл. 63 у веома ограниченом броју случајева који не укључују његову примену у случајевима у којима је право на обављање пословне делатности угрожено. Многи аутори из тог разлога сматрају да право ЕУ у овом погледу није потпуно кохерентно, јер пружа већу заштиту слободном кретању капитала у односу на право на пословање. На пример, портфолио улагање у привредно друштво потпада под надлежност чл. 63, док се на оснивање огранка или квалификовано учешће (учешће које даје већину гласова) овај члан не може применити, што је од значаја не само за заштиту улагања, већ и због прихода који потичу од таквих улагања, попут дивиденди или капиталних добитака остварених продајом удела у привредном друштву. Такође, уколико улагање има форму лизинга, ужива заштиту уређену правом ЕУ, док резиденти трећих земаља, било да је реч о физичким или правним лицима, не потпадају под право ЕУ.²¹

¹⁹ Вид. чл. 65, ст. 3 *TFEU*.

²⁰ Richard Lyal, „Non discrimination and direct tax in Community Law“, *EC Tax Review* 2/2003, 68-69.

²¹ P. Pistone, 237. Како наводи овај аутор, главни заступник пред Европским судом правде *Peter Wattel* један је од оних који заступају став да треба дати подршку критикама изнетим на рачун кохерентности права Европске уније.

Аутори чија мишљења иду у прилог *status quo*, користећи циљно (телеолошко) тумачење, сматрају да постоји асиметрија између права резидената ЕУ и резидената трећих земаља, с обзиром на то да се, у складу са слободним кретањем капитала, гарантује сигурност нерезидентима ЕУ, без гаранције о предузимању реципрочних мера према резидентима ЕУ.

2.2. Право на обављање пословне делатности

Уговор о оснивању Европске заједнице пружа заштиту праву на пословање до мере коју одређују држављани (резиденти) ЕУ, тако да је проблем који се везује за ову слободу комплекснији у односу на слободу кретања капитала. Појам држављанства (резидентства) је код физичких лица једноставно утврдити, док је код правних лица ситуација, пре свега код привредних друштава, потпуно другачија.

Код правних лица резидентство је путем Уговора повезано са трговачким правом сваке државе-чланице у складу са којим је конституисано привредно друштво и у којој се налази регистрована канцеларија, централна администрација (менаџмент) или главно место обављања делатности.²² Према чл. 54, привредно друштво нерезидент ЕУ не може да ужива основна права зајемчена Уговором, независно од тога да ли поседује сталну пословну јединицу или филијалу унутар ЕУ, као и да ли се местом ефективног пословања може сматрати ЕУ имајући у виду ефекте и циљеве донетих одлука.

Уговором није, међутим, предвиђен случај трансфера главног седишта привредног друштва из треће земље у земљу ЕУ, тако да је пословање страних правних лица уређено, углавном, нормама међународног приватног права и у погледу управљања подвргнуто правилима корпоративног управљања државе порекла.²³ Циљним тумачењем би се могло закључити да је привредно друштво основано у складу са правилима државе-чланице, поштујући начела међународног приватног права. Уколико би ово тумачење било прихваћено, привредно друштво које поседује регистровану канцеларију у ЕУ, а чија је централна администрација или главно место управљања ван ЕУ, могло би да ужива права зајемчена Уговором.

Директивама је предвиђено да се права која се тичу заштите пословања привредних субјеката односе искључиво на привредна друштва основана у складу са правилима трговачког права држава-чланица ЕУ, без проширивања ових одредби на привредна друштва инкорпорисана ван ЕУ, чије је правно седиште трансферисано у ЕУ.

²² Вид. чл. 54 Уговора о функционисању ЕУ.

²³ Marco Greggi, „European Taxation of Passive Income“, *Journal of the Australasian Tax Teachers Association* 1/2009, 44.

Поставља се питање због чега је право на пословање заштићено само у односу на компаније резиденте ЕУ, док Европски суд правде код случајева у којима се разматра слобода кретања капитала не дозвољава дискриминаторно понашање нити ограничење кретања капитала и доноси пореске одлуке у корист пореских обвезника који остварују приходе из иностраних извора? Да ли је у питању унилатерални поклон ЕУ улагањима извршеним ван њених граница? Многи истакнути теоретичари који се баве овим проблемом, сматрају да овакав третман има за циљ јачање евра као валуте у међународним токовима капитала.

3. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН ДИВИДЕНДИ

Пореским уговорима није се у свим ситуацијама могло спречити двоструко опорезивање код међукомпанијских прекограничних исплата дивиденди унутар ЕУ и углавном је било речи о билатералним уговорима, што са становишта захтева заједничког европског тржишта за побољшаном правном сигурношћу није било довољно. Отуда се у литератури истичу два недостатка пореских уговора: недовољан број ситуација уређених уговорима и структурална неадекватност која се односи на њихову суштинску билатералну природу.²⁴

Сврха доношења Директиве о матичном и зависном друштву (*Council Directive 2003/123/EC*/ у даљем тексту: Директива Савета 2003/123/ЕЗ/) је укидање двоструког опорезивања профита који филијала резидент одређене државе-чланице исплаћује матичном правном лицу резиденту друге државе-чланице. При томе треба имати у виду да је неопходно да компанија буде резидент државе-чланице ЕУ и према националном законодавству и за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања. Спречавање опорезивања дивиденди по одбитку применом пореза на извору при исплати добити која се расподељује уређено је чл. 5 Директиве Савета 2003/123/ЕЦ и примењује се у највећем броју случајева како у земљи резидентства филијале, тако и у земљи резидентства матичног правног лица.²⁵ Држава резидентства матичног правног лица може одустати од права да опорезује профит расподељен од стране филијале ма-

²⁴ Изузеци постоје и као пример се могу навести нордијске земље у којима је спречавање, односно елиминисање двоструког опорезивања уређено мултилатералним конвенцијама. Вид. Marjaana Helminen, „Dividend, Interest and Royalties under the Nordic Multilateral Double Taxation Convention“, *IBFD Bulletin* 49/2007.

²⁵ Вид. чл. 6 Директиве Савета 2003/123/ЕЗ. У Белгији се, међутим, чл. 6 не примењује, будући да је пореским законодавством предвиђен порез по одбитку по стопи од 10% на дивиденде исплаћене из иностраног извора правним лицима резидентима Белгије.

тичном правном лицу (метода изузимања) или може опорезовати расподељену добит укључивањем у опорезиву добит матичне компаније, дозвољавајући да обрачунати порез земље резидентства буде умањен за износ пореза плаћеног од стране филијале на добит из које су исплаћене дивиденде (метода кредита).²⁶ Реч је о праву матичног правног лица на индиректни порески кредит и то обичан кредит, тј. највише до износа пореза који би био обрачунат применом пореске стопе земље резидентства на добит остварену у земљи извора.²⁷

Питања регулисана одредбама директиве која се односе на улагања од стране инвеститора нерезидента ЕУ (у даљем тексту и: инвеститор из трећих земаља) углавном су усмерена на могућности коришћења загарантованих предности и услова пословања које треба испунити у складу са директивом. Могућности које се пружају овим лицима су ограничене. Директива указује на субјекте који се могу сматрати компанијама-резидентима ЕУ према националном законодавству и за потребе уговора о избегавању двоструког опорезивања и субјекте који су нерезиденти према пореском уговору закљученом између државе-чланице ЕУ и треће државе. Затим правила садржана у директиви (чл. 2) детаљно разматрају случај сталне пословне јединице и то само у ситуацији када преко ње послује предузеће резидент државе чланице ЕУ.²⁸

Могућност коју Директива 2003/123/ЕЗ пружа инвеститору нерезидентном пореском обвезнику ЕУ састоји се у оснивању филијале, тачније, субфилијале, посредством правног лица резидента ЕУ у складу са одредбама трговачког права одређене државе-чланице. Правила о опорезивању порезом по одбитку „излазних дивиденди“ (*outbound dividends*), тј. дивиденди које субфилијала резидентни обвезник ЕУ исплаћује нерезидентном матичном привредном друштву садржана у пореском праву одређене државе чланице, одлучујуће утичу на избор државе где ће бити уложена средства.²⁹ Погољан уговор о избегавању

²⁶ Вид. чл. 4 Директиве Савета 2003/123/ЕЗ.

²⁷ Државе чланице које су у циљу умањивања (ублажавања) двоструког опорезивања оптирале за методу кредита пружају олакшицу само у односу на порез на добит корпорација филијале из које су исплаћене дивиденде, искључујући истовремено олакшицу на име пореза на добит корпорација субфилијала. У предлогу Комисије за измену Директиве од 26.07.1993. године било је предвиђено да се метода кредита примењује и у односу на порез на добит корпорација субфилијала.

²⁸ У верзији Савета 90/435/ЕЕЗ није постојало указивање на сталну пословну јединицу, тако да је чл. 2 којим је уређена стална пословна јединица уведен Директивом Савета 2003/123/ЕЗ.

²⁹ У француском пореском законодавству садржано је правило по којем уколико се утврди да је реч о артифицијелној инвестицији нерезидента ЕУ у циљу коришћења погодности из пореског уговора закљученог између компаније посредника резидента ЕУ и треће земље и ниске стопе пореза по одбитку, држава

двоструког опорезивања којим је уређен порез по одбитку на дивиденде које се исплаћују нерезидентима има Холандија, што чини ову земљу погодном за улагања. Интересовање страних инвеститора се, због погодности садржаних у пореским уговорима и националном законодавству, када су у питању дивиденде које се исплаћују нерезидентима, поред Луксембурга и Ирске јавља и за балтичке земље.

Код инвестиција пореског обвезника нерезидента ЕУ тзв. улазне инвестиције (*incoming investment*) у светлу елиминисања двоструког опорезивања, поставља се питање да ли се део његовог националног пореза може умањити као кредит за инострани порез на добит правних лица плаћен иностраним пореским властима?³⁰ Другим, речима, да ли он има права на импутациони порески кредит плаћен држави-чланици ЕУ у којој послује његова филијала. Држава извора обично при исплати дивиденде иностраним акционарима примењује порез по одбитку праћен пропорционалном пореском стопом, имајући у виду да код пореских власти земље извора не постоји сазнање о преосталом доходу акционара. Уобичајена је пракса да стопе пореза по одбитку на дивиденде не буду више од ниских пореских стопа садржаних у уговорима о избегавању двоструког опорезивања. Примарно опорезивање добити корпорација је у земљи извора (што се може приписати методи изузимања или методи иностраног пореског кредита у земљи резидентства), док је примарно опорезивање дивиденди исплаћених страном инвеститору у земљи резидентства (захваљујући нижим стопама пореза по одбитку у земљи извора). У овим околностима, само домаћи инвеститори остварују пореску олакшицу кроз поступак пореске интеграције, док евентуално протезање импутационог пореског кредита на акционара нерезидента ЕУ представља предмет преговора код закључивања пореских уговора, при чему су правила у пореским уговорима у одређеној мери обликована у складу са практичним захтевима пореске администрације. У преговорима око закључивања пореских уговора државе заузимају различите ставове по питању конверзије пореза на добит правних лица у порез по одбитку, с тим што је у највећем броју случајева заузет став да правила индиректног пореског кредита не укључују иностраног акционара. Ова ситуација фаворизује домаћег, а дискриминише иностраног инвеститора, јер порез на добит правних лица којем је подвргнута домаћа нерасподељена добит може да се импутира само на доходак домаћих акционара када се изврши расподела добити.

чланица може да одбије да примени изузимање од опорезивања порезом по одбитку уколико је магична компанија (компанија посредник) контролисана од стране компаније нерезидента ЕУ.

³⁰ Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора дохотка у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 99.

Код инвестиција резидената ЕУ ван европског тржишта тзв. излазне инвестиције (*outgoing investment*), у светлу елиминисања двоструког опорезивања поставља се питање да ли порез на дивиденду акционара резидентног обвезника ЕУ може да буде умањен за одређени део иностраног пореза на добит правних лица из које је исплаћена дивиденда. Постојала је интенција да се при обрачуну пореза на дивиденду акционара исплаћену из иностране добити, занемари порез на добит правних лица. Отуда се јавља следећа ситуација: добит правних лица остварена на територији ЕУ опорезована је само једанпут и то на нивоу акционара од стране земље резидентства при расподели акционарима применом методе пуне импутације.³¹ Инострана добит правних лица је, међутим, опорезована у земљи извора, што традиционално доводи до пружања олакшице од стране земље резидентства, било у виду изузимања или пореског кредита како би се елиминисало међународно двоструко опорезивање,³² с тим што се инострана добит обично поново опорезује када се расподели акционару у виду дивиденде.³³

Као друга могућност интеграције пореза на добит корпорације и пореза на дивиденду наводи се пуно или делимично искључивање дивиденди из опорезивања.³⁴ Имплементација система искључивања дивиденди од опорезивања резултирала би опорезивањем добити корпорације једанпут и то на нивоу корпорације порезом на добит.

Примена импутационог пореског кредита је углавном напуштена у земљама ЕУ под утицајем пресуда Европског суда правде у пореским стварима,³⁵ мада у неким случајевима и пре него што је одлуком

³¹ Двоструко економско опорезивање добити корпорација (једанпут на нивоу корпорације, други пут на нивоу акционара за исплаћену дивиденду) у великом броју земаља ЕУ било је до скоро елиминисано методом импутације пружањем пореског кредита акционару за 100% пореза на добит корпорације (пуна импутација или за део пореза на добит корпорација (делимична импутација).

³² У случају нерезидента, правила о извору имају улогу потврђивања надлежности пореске јурисдикције земље извора. Наиме, земља резидентства препушта право на опорезивање земљи извора, и пружа олакшицу како би се елиминисало међународно двоструко опорезивање.

³³ Michael J. Graetz, Alvin C. Warren, Jr., „Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe“, *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence* (eds. R.S. Avi Yonah, J.R. Hines Jr., M. Lang), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 280.

³⁴ Трећа опција одбијање дивиденди се обично одбија јер аутоматски проширује користи од интеграције на акционаре ослобођене плаћања пореза и иностране акционаре. Вид. Michael J. Graetz, Alvin C. Warren, Jr., *Integration of the US Corporate and Individual Income Taxes: The Treasury Department and American Law Institute Reports* (даље: *Treasury and ALI Integration Reports*), Tax Analysts, Washington DC 1998, 251-253, 641.

³⁵ Richard J. Vann, „Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation? General Report“, *Cahiers de droit fiscal international* 88A /2003, 21.

суда утврђено да се овом методом крше слободе зајемчене Уговором о функционисању ЕУ. Такође је указано на суштинску компликацију коју садржи систем импутације, имајући у виду међународне приходе који потичу од улазних и излазних дивиденди.³⁶ Већ је дуго познато да метода импутације доводи до фаворизовања домаћих инвеститора и домаћих инвестиција, те да је протеклих година Европска комисија предложила различита решења у својим студијама.³⁷ Због захтева за једногласношћу при усвајању појединих решења, усвајање одређеног решења је скоро увек било преклудирано, па су државне-чланице напуштале методу импутације, сматрајући да би Европски суд правде могао да је сматра и прогласи супротном слободама загарантованим Уговором о функционисању ЕУ. Након што је у случају *Verkooijen*³⁸ *ECJ* био мишљења да олакшице које се пружају дивидендама исплаћеним из добити корпорације остварене на домаћој територији (домаће дивиденде), треба да буду проширене и на дивиденде које су исплаћене акционарима из добити остварене у другим државама чланицама, Комисија је, такође, одлучно говорила у прилог става да импутација крши основне слободе из Уговора.³⁹

Директива такође садржи одредбе усмерене против пореске евазије које се односе на инвеститора резидента треће земље: у чл. 1, ст. 2 јасно се указује да антиабузивна правила (*anti-abuse rules*)

³⁶ Peter A. Harris, *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights Between Countries*, IBFD Publications, Amsterdam 1996; M. J. Graetz, A. C. Warren, Jr., *Treasury and ALI Integration Reports*, 12 14, 183 98, 735 63.

³⁷ Commission Staff Working Paper, *Company Taxation in the Internal Market*, SEC (2001) 1681, http://www.europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/company_tax_study_en.pdf, 30. 9. 2010. У овој студији Европска комисија износи став да основни узрок дисторзија код опорезивања корпорација представљају различите пореске стопе држава чланица, с тим што предлаже хармонизацију пореских основа.

³⁸ Вид. пресуду *ECJ* у случају *Staatssecretaris van Financien v. B.G.M. Verkoijen*, С 35/98, донету 6. јуна 2000, I E.C.R. 4071.

³⁹ У питању је била примена критеријума повезаности (кохерентности) као аргумента у прилог примене пореске олакшице у виду изузимања домаћих дивиденди од опорезивања. Наиме, када код истог пореског обвезника постоји директна веза између пореске олакшице и фискалног намета (компензаторног пореза) као накнаде за губитак пореског прихода који се односе на исти порески облик, реч је о кохерентности пореског система.

Кохерентност пореског система представља јавни интерес, па се поставља питање да ли се изузимање од опорезивања домаћих дивиденди и истовремено опорезивање улазних дивиденди (*inbound dividends*), може оправдати позивањем на кохерентност? *ECJ* је закључио у случајевима *Verkooijen* (С 35/98) и *Baars* (С 35/98) да се аргумент кохерентности не може применити, јер не постоји директна веза између опорезивања акционара и пореза на добит корпорација, већ се ради о постојању два различита пореска облика која се примењују на различите пореске обвезнике: порез на добит корпорација разрезан на компанију као правно лице и порез на доходак грађана на име прихода од дивиденде разрезан на акционара. Мишљење суда је потврђено у случају *Bosal* (168/01).

као и правила против кршења пореског закона у циљу избегавања плаћања пореза (*anti-fraud rules*), било да су садржана у националним прописима држава-чланица или одредбама релевантног уговора о избегавању двоструког опорезивања примењују се увек када је потребно, чак и упркос Директиви.⁴⁰ Наиме, Директива не садржи појам злоупотребе, већ упућује на важећа правила позитивног права различитих држава-чланица.⁴¹ Иако се на први поглед чини да оваква одредба знатно ограничава домашај Директиве, треба имати у виду да *ЕСЈ* стриктно процењује компатибилност антиабузивних одредаба, било да је реч о унилатералним одредбама или одредбама проистеклим из билатералних уговора са директивама ЕУ и Уговором о функционисању ЕУ.

4. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН КАМАТА И АУТОРСКИХ НАКНАДА

Директива о заједничком систему опорезивања исплате камата и ауторских накнада између повезаних привредних друштава различитих држава-чланица (*Council Directive 2003/49/EC*/ у даљем тексту: Директива Савета 2003/49/ЕЗ/) заснива се на једноставном концепту: ауторске накнаде треба да буду опорезоване само једном у ЕУ и право опорезивања треба да припадне земљи исплатиоца ауторске накнаде (чл. 1 (1) Директиве). Спречавање двоструког опорезивања другачије је регулисано у односу на Директиву о матичном и зависном друштву: у случају камата и ауторских накнада двоструко опорезивање није тако често на заједничком тржишту; ауторске накнаде ће бити опорезоване код примаоца, с тим што имају карактер одбитка од пореске основице исплатиоца. При утврђивању пореза исплатилац ауторске накнаде може одбити њихов износ од пореске основице. Исто се правило примењује и на камате, упркос могућим ограничењима наметнутим решењима из националних пореских прописа.

Прекограничне исплате ауторских накнада нису подвргнуте, за разлику од дивиденди, у великом броју случајева, међународном двоструком опорезивању: оне могу бити подвргнуте једино двостру-

⁴⁰ Антиабузивно деловање је деловање у циљу спречавања злоупотребе пореског прописа и предмет антиабузивног деловања је нелегитимно минимизовање пореске обавезе. Нелегитимно минимизовање пореске обавезе представља вид законите пореске евазије. Такво понашање је неприхватљиво јер није остварен циљ ради којег је закон донет, тј. порески терет је мањи од нивоа који је законодавац намеравао да постигне. Поступци пореског обвезника усмерени на избегавање плаћања пореза којима се крши порески закон представљају незакониту пореску евазију и санкционисани су одредбама казненог права.

⁴¹ Ben Terra, Peter Wattel, *European Tax Law*, Kluwer, Deventer 2005, 525.

ком правном опорезивању.⁴² Ова се ситуација јавља услед чињенице да ауторске накнаде у великом броју случајева, као што је претходно поменуто, имају статус трошкова које исплатилац накнаде може одбити од пореске основице, уколико је интелектуална својина коришћена у трговини или пословању, при чему ће двоструко опорезивање бити елиминисано методом пореског кредита уколико наплата пореза по одбитку није спречена уговором о избегавању двоструког опорезивања.⁴³ Код ауторских накнада проблем двоструког опорезивања не привлачи интересовање у мери као што је то случај код дивиденди, тако да се често наводи као изговор за кашњење у имплементацији Директиве 2003/49/ЕЗ.

Директивом о каматама и ауторским накнадама је прописано да исплате камата и ауторских накнада привредном друштву које има седиште унутар ЕУ или његовој сталној пословној јединици, морају бити изузете од опорезивања, с тим што се захтева да примаоци ових прихода истовремено представљају њихове стварне власнике (*beneficial owner*). При том је неважно да ли се у земљи извора прихода (камата или ауторских накнада) примењује опорезивање на извору или разрезивање пореза на укупну добит (*tax assessment*), тј. утврђивање пореске обавезе у односу на укупну добит, укључујући приходе из тог извора.⁴⁴

Земљом извора сматра се држава-чланица ЕУ у којој исплатилац камате или ауторске накнаде има седиште или чланица у којој је лоцирана стална пословна јединица која сноси трошак исплате камате или ауторске накнаде. Стална пословна јединица се сматра исплатиоцем ових облика прихода уколико плаћања представљају пореско признати расход (одбитак) сталног места пословања према националним пореским прописима државе у којој је лоцирана стална пословна јединица.

Директива се примењује на плаћања између повезаних трговачких друштава (*associated enterprises*), при чему се два друштва сматрају повезаним ако једно у другоме има учешће у акцијском капиталу, односно гласачким правима од најмање 25% или када треће друштво има власнички удео од најмање 25% у оба друштва. Све

⁴² Дивиденде су подвргнуте како двоструком правном, тако и двоструком економском опорезивању. За прецизније разликовање, упор. Marjaana Helminen, *The Dividend Concept in International Tax Law: Dividend Payments between Corporate Entities*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 1999, 9 и 38.

⁴³ Двоструко опорезивање може бити отклоњено и употребом методе изузимања, уколико се земља резидентства примаоца ауторске накнаде определила за ово решење на начин сличан оном прописаним чл. 23 Б Модел конвенције ОЕЦД а.

⁴⁴ Гордана Илић Попов, *Пореско право Европске уније*, Службени гласник, Београд 2004, 161-164.

чланице холдинг структуре морају имати седиште унутар ЕУ, па се поставља питање да ли су исплате камата или ауторских накнада између два сестринска друштва чије се матично друштво налази изван ЕУ покривене одредбама ове директиве. У вези с овим питањем поједини аутори⁴⁵ сматрају да се у случају хоризонтално повезаних лица чини могућим да матична компанија са капитал учешћем у два филијалама различитих држава чланица ЕУ може имати седиште ван ЕУ. При томе се наводи да за сада не постоји судска пракса која би потврдила или оповргла овакво тумачење.

Директива користи појам „стварни власник“ за примаоца ауторске накнаде, прописујући као основно правило да се прималац ауторске накнаде не опорезује на извору по одбитку, тј. да постоји изузимање од опорезивања на извору при исплати прихода. Аутори који су се у пореској литератури више бавили овим проблемом,⁴⁶ указивали су да појам стварног власника долази из *common law* система, у којем је у почетку био коришћен у праву траста (*trust law*) у циљу разликовања правног корисника (*legal ownership*) од стварног корисника одређене имовине (*beneficial ownership*). Појам стварног власника не постоји у континенталним правним системима, тако да је немогуће повући поменућу разлику,⁴⁷ па се отуд у доктрини истиче да појму стварног власника треба дати потпуно другачије и аутономно (самостално) значење.⁴⁸

Текст директиве ближе одређује концепт стварног власника, додајући да стварни власник представља лице које прима исплату ауторске накнаде у своју корист, а не као посредник који делује за неко друго лице.⁴⁹ Концепт стварног власника је сличан концепту садржаном у Модел-конвенцији ОЕЦД, при чему дато тумачење Модел-конвенције ОЕЦД може бити коришћено као смерница за тумачење израза садржаног у Директиви о каматама и ауторским накнадама.⁵⁰ Термин стварни власник подразумева да прималац камата и аутор-

⁴⁵ Marjaana Helminen, *EU Tax Law Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2009, 60 61.

⁴⁶ Charles P. du Toit, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam 1999, 99.

⁴⁷ На пример, Италија је недавно имплементирала законодавство о трасто вима (2005. године) додајући Грађанском законнику чл. 2645. Вид. M. Greggi, 48 фн. 32.

⁴⁸ Luc Hinnekens, „European Commission introduces beneficial ownership in latest tax directive proposals adding to the confusion with regard to its meaning“, *EC Tax Review* 9/2000, 43 44; David Oliver, „Beneficial ownership and OECD Model“ *British Tax Review* 2001/65, 50; C. P. Du Toit, 145; *Commentary to the Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 2003, 173.

⁴⁹ Чл. 1, ст. 4 Директиве Савета 2003/43/ЕЗ.

⁵⁰ M. Helminen, 61 62.

ских накнада трговачко друштво резидент државе-чланице исплате прима у своју корист, а не у корист неког другог лица тако да се посредници попут овлашћеног заступника, повереника и сл. искључују одредбама Директиве. Стална пословна јединица може такође имати статус стварног власника, уколико су кумулативно испуњена два услова: (а) основ извршене исплате (дуг или нематеријална имовина, тј. потраживање или право из којег настаје плаћање камата или ауторских накнада) мора бити стварно повезан са сталним местом пословања (стална пословна јединица сноси трошак исплате ових облика прихода); и (б) стална пословна јединица мора бити подвргнута порезу на добит за примљене исплате у држави-чланици ЕУ у којој је лоцирана.⁵¹

Овај приступ треба пажљиво примењивати у тумачењу Директиве из следећих разлога: лице које је поддалац лиценце (*sub-licensor*) не би се могло сматрати стварним власником све док је крајњи корисник ауторске накнаде уједно и власник бестелесне имовине. Исто се правило примењује и на финансијске операције. Као последица примене овако изузетно рестриктивног тумачења одредбе настаје проблем за инвеститоре нерезиденте ЕУ када користе уговор о лиценцирању код алокације њихове бестелесне имовине компанији резиденту ЕУ која се касније понаша као поддалац лиценце.

Имајући у виду да појам стварног власника не постоји у континенталним правним системима, инвеститор из земље ван ЕУ (инвеститор нерезидент ЕУ) који у циљу оптимизирања профита посредством компаније резидента ЕУ оснива субфилијалу у ЕУ, може бити суочен са опасношћу да се филијала не може подвести под појам стварног власника. Овај недостатак би се могао превазићи применом уговора о избегавању двоструког опорезивања тако што се концепт стварног власника не би тумачио према чисто догматском гледишту, већ у складу са циљем ради којег је законодавац донео Директиву.

Остали пак сматрају да би се филијала која обавља финансијске операције (или корисник који ужива бестелесну имовину у складу са лиценцом) могла сматрати стварним власником. Привредно друштво треба да докаже да је разлика између камате коју је компанија резидент ЕУ исплатила матичном привредном друштву нерезиденту ЕУ и добитка које је остварило финансирано привредно друштво одобравањем зајма субфилијали резиденту ЕУ или сталној пословној јединици лоцираној у ЕУ фер, разумна и у складу са принципом „ван дохвата руке“. На овај се начин уводи квантитативни тест. Коришћење квантитативног приступа се не сматра увек у складу са законом, али у одсуству јасне позиције Европског суда правде о овом питању и језичким тумачењем текста Директиве, остаје као једино решење.

⁵¹ Г. Илић Попов, 161-164.

Друга решења нису могућа и можда би дистинкција требало да буде заснована на разликама у износу исплаћених ауторских накнада или камата. Две фундаменталне одредбе Директиве (чл. 4, ст. 2⁵² и чл. 5) усмерене су против избегавања плаћања пореза.

У циљу спречавања злоупотребе одредаба Директиве и еродирања пореске основице (привредног друштва) у ЕУ, Директивом је прописано да државе чланице ЕУ могу да одбију примену правила из Директиве у појединим случајевима. Таква се ситуација може догодити када је износ ауторских накнада и камата које исплаћује резидентна компанија или стална пословна јединица већи од износа који би могао да буде утврђен да су привредно друштво или стална пословна јединица (исплатиоци камата и ауторских накнада) и привредно друштво (прималац камате и ауторске накнаде) деловали као независна друштва, одвојено и независно под истим или сличним условима. Износ који би се добио на основу обрачуна по ценама „ван дохвата руке“ у складу са начелом непристрасне трансакције био би при исплати камате или ауторске накнаде ослобођен од опорезивања у земљи извора, тј. правила из Директиве би се примењивала у односу на износ који се поклапа са износом утврђеним „ван дохвата руке“, док се на остатак не би могле применити одредбе о неопорезивању. Држава извора дохотка исто тако може одбити примену Директиве уколико је период повезаности друштва краћи од две године. Такође, држава извора дохотка може захтевати од исплатиоца прихода да поднесе доказе о испуњености наведених услова.

У Директиви о каматама и ауторским накнадама законодавац користи термин „посебан однос“ (*special relationship*) као услов за примену Директиве на део износа исплаћених ауторских накнада који превазилази износ постигнут применом начела непристрасне трансакције. „Уколико због посебног односа износ исплаћених ауторских накнада прелази износ који би могао да буде постигнут одредбе Директиве ће се примењивати само на каснији износ, уколико постоји“ (чл. 4, ст. 2). Увођењем појма „посебног односа“ у одредбе Директиве проширује се појам повезаних лица, где се за квалификацију услова за примену претходно поменутог правила захтева чвршћа веза. Примећује се, такође, да Директива не садржи детаље којима би појам посебног односа био ближе одређен, тако да је свакој држави-чланици остављен простор да одредбе Директиве имплементира у национално законодавство на жељени начин одређивањем ширег или ужег ограничења у којем порески обвезник може да одреди износ исплаћених ауторских накнада који ће имати статус пореског одбитка за исплатиоца и уједно бити изузет од

⁵² Чл. 4, ст. 1 садржи такође одредбе против избегавања плаћања пореза, али су оне углавном ограничене на исплате камата регулисаних Директивом Савета 2003/43/ЕЗ.

опорезивања на извору при исплати ауторске накнаде. Ово правило је посебно важно имајући у виду инвеститора из земаља ван ЕУ, који могу бити подстакнути да оснују филијалу у пореској јурисдикцији чији систем правила против избегавања плаћања пореза у поменутом контексту показује највише недостатака.

Чл. 11 (6) и чл. 12 (4) Модел-конвенције ОЕЦД садрже идентична правила која прописују да се у случајевима у којима се вишак прихода од камата или ауторских накнада може приписати посебном односу између исплатиоца и стварног власника има обрачунавати по ценама „ван дохвата руке“. Ова правила имају за циљ да деловање одредаба ограниче на начин да вишак прихода искључе из домашаја примене чл. 11 (6) и чл. 12 (4) и подвргну другим одредбама Модел-конвенције ОЕЦД.⁵³ Уколико је код одобравања зајма од стране повезаног лица спорна висина каматне стопе која, примера ради, износи 15% и сходно одредбама о трансферним ценама је изнад нивоа „ван дохвата руке“ где камата износи 10%, на вишак прихода од 5% неће се примењивати одредбе чл. 11 и чл. 12 Модел-конвенције ОЕЦД.

Субјективни домашај посебног правила „ван дохвата руке“ ограничава се на ситуације у којима постоји посебан однос између исплатиоца прихода и стварног власника или између исплатиоца прихода и стварног власника, с једне стране, и трећег лица, с друге стране. Ближе одређење појма посебног односа није уређено ни Модел-конвенцијом ОЕЦД. Сагласно Коментару Модел-конвенције ОЕЦД одредбе се примењују када је приход исплаћен физичком или правном лицу које непосредно или посредно остварује контролу над исплатиоцем, или другом лицу над којим такође непосредно или посредно остварују контролу физичка и правна лица повезана са исплатиоцем, односно чини део групе која има заједнички интерес са овим лицима.⁵⁴ Ови примери аналогни су случајевима уређеним одредбом чл. 9 Модел-конвенције ОЕЦД.⁵⁵ Објективни домашај посебног правила „ван дохвата руке“ ограничава се на приходе од камата и ауторских накнада дефинисаних чл. 11 (3) и чл. 12 (2), чије се одредбе

⁵³ Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, пара. 35 коментара уз чл. 11 и пара. 25 коментара уз чл. 12.

⁵⁴ Jens Wittendorff, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, 185.

⁵⁵ Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, пара. 33 коментара уз чл. 11 и пара. 23 коментара уз чл. 12. Према чл. 9 Модел конвенције ОЕЦД реч је о случајевима повезаних лица у којима предузеће једне државе уговорнице остварује непосредно или посредно управљање, контролу или поседује капитал у предузећу друге државе уговорнице, или иста физичка или правна лица непосредно или посредно учествују у управљању, контроли или капиталу у предузећима двеју држава уговорница при чему је једно порески обвезник а друго лице повезано са пореским обвезником.

примењују само ако постоји узрочна веза између вишка прихода и посебног односа између страна. Уколико је вишак прихода остварен под утицајем других околности на њега се неће примењивати одредбе чл. 11 (6) и чл. 12 (4) Модел-конвенције ОЕЦД.

Сагласно томе у Италији је, на пример, законодавац појам посебног односа тумачио према правилима о трансферним ценама код непосредног опорезивања.⁵⁶ Уопште узев, однос повезаних лица се сматра посебним када једно лице остварује контролу над другим лицем, а услови који се захтевају за примену правила о трансферним ценама у свему су идентични са условима за примену ограничења код изузимања од опорезивања на извору.

Свака држава појам посебног односа (специјална веза) тумачи различито, тако да постоје различити концепти у државама-чланицама ЕУ, иако постоји општи ниво хармонизације који ће очигледно бити редукован. Аутономни концепт није уведен на нивоу ЕУ, а одлука да се позивају на националне правне концепте држава такође је усвојена и код осталих правила против избегавања плаћања пореза (као и против пореске утаје). Ипак, ова правила имају ширу примену када је у питању Директива о каматама и ауторским накнадама у односу на друга правила из претходног развоја пореског права ЕУ,⁵⁷ због оправдане забринутости Савета о могућности неадекватне примене изузимања од опорезивања на извору.

У чл. 5 Директиве јасно је прописано да Директива неће спречити примену националне одредбе против избегавања плаћања пореза као и да пореска власт може суспендовати примену пореских олакшица уколико је један од основних мотива трансакције (на пример, уговор о давању лиценце) избегавање плаћања пореза. Значај ове одредбе је очигледан, утолико што национални законодавац може да суспендује Директиву (а пореска управа пореске олакшице), чак и уколико је избегавање плаћања пореза једини мотив којим је порески обвезник био подстакнут да закључи посебан уговор о давању лиценце и исплати ауторске накнаде: избегавање плаћања пореза не мора да буде једини или основни мотив у читавој операцији.

Свако ограничење у примени Директиве у пореским јурисдикцијама држава-чланица мора да буде у складу са начелом сразмерности (пропорционалности), иако чл. 5 нису предвиђена посебна ограничења у том погледу. Мора да постоји прихватљива сразмера између прекршаја који је извршио порески обвезник и правних последица прописаних законом које примењује пореска управа.

⁵⁶ Вид. чл. 110 *Italian Direct Taxation Act, T.U.*, No. 917/86.

⁵⁷ Изузетак представља чл. 1, ст. 2 Директиве о матичној компанији и филијали 1990/435/ЕЕЗ.

5. ПОРЕСКИ ТРЕТМАН КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА У СТАТУСНИМ ПРОМЕНАМА

За разлику од Директиве Савета 90/435/ЕЕЗ која се односи на исплату међукомпанијских дивиденди и Директиве 2003/49/ЕЗ која се односи на опорезивање камата и ауторских накнада, када су у питању капитални добици не постоји директива ЕУ која се посебно и непосредно бави опорезивањем капиталних добитака.

Капитални добици остварени прекограничним операцијама (укључујући имовину, непокретности и остало) могу да буду опорезовани према критеријуму извора (место где је лоцирана имовина у тренутку продаје) или према критеријуму резидентства. Оба критеријума се јављају чак и у оквиру пореске јурисдикције сваке државе-чланице и примењују се у зависности од врсте имовине, места где се обавља делатност или других фактора.

У Италији се, на пример, капитални добици од некретнина који нису остварени њиховом продајом опорезују уколико физичко или правно лице испуњава критеријуме пореског резидентства. На супрот томе, добици остварени продајом некретнина лоцираних у Италији увек су подвргнути италијанском порезу на капиталне добитке, без обзира на резидентство страна у питању. Капитални добици остварени продајом акција на берзи не опорезују се у Италији, уколико су остварени од стране инвеститора нерезидента. Слична су правила на снази у различитим континенталним земљама, што у неким случајевима доводи до двоструког опорезивања, а у другим до двоструког ослобођења од опорезивања, што зависи од специфичних околности случаја. Код прве групе случајева се примењују правила из уговора о избегавању двоструког опорезивања, док се код друге групе случајева примењују решења националних пореских законодавстава.

Операцијама спајања и припајања (*merger & acquisitions*) могу настати капитални добици исказани као разлика између њихове књиговодствене и тржишне вредности у тренутку операције. Примена различитих пореских закона држава у питању код прекограничних спајања и припајања која ствара могућност различитог опорезивања капиталних добитака представља ограничење *per se* код примене прекограничних интеграција. Директива Савета 1990/434/ЕЕЗ обрађује овај проблем.⁵⁸

Чл. 4 Директиве је прописано да операције спајања и припајања на листи чл. 1 не доводе до опорезивања капиталних добитака као

⁵⁸ Чл. 1(а) Директиве 1990/434/ЕЗ прописује да се примењује на спајања, по деле, делимичне поделе, трансфер имовине и размену акција у којима су укључена привредна друштва двеју или више земаља ЕУ.

разлике између њихове тржишне вредности и вредности за сврхе опорезивања тако да су ове операције са пореског становишта ирелевантне, а за капиталне добитке се сматра да је оваквим операцијама привредних друштава њихово опорезивање одложено. Анексом Директиве је у циљу ближег објашњења уведена листа привредних друштава код којих операције спајања и припајања неће бити опорезоване. Углавном је реч о привредним друштвима инкорпорисаним у ЕУ или друштвима која се могу сматрати резидентима ЕУ за сврхе опорезивања. Опорезивање капиталних добитака представља једину област у којој је пореска хармонизација потпуна, тј. у којој се капитални добици уопште не опорезују, с обзиром на то да се по логици Директиве ЕЗ о заједничком систему опорезивања који се примењује на припајања, спајања, поделе, пренос средстава и размену акција који се тичу компанија из различитих држава-чланица допушта одлагање настанка пореске обавезе по основу капиталних добитака код статусних промена.

Имајући све ово у виду, чини се да најефикасније средство за заштиту иностраног инвеститора од дискриминације коју спроводе националне пореске власти представља чл. 63 Уговора о функционисању Европске уније, којим је забрањено успостављање ограничења на кретање капитала између ЕУ и држава изван ње. Слобода кретања капитала разликује се од слободе кретања радника и права на пословање у том погледу да, осим што се примењује на државе-чланице ЕУ, своју примену проширује и на земље изван Европске уније, док се две поменуте слободе примењују само у односима између држава-чланица ЕУ. Протезање слободе кретања капитала на треће земље, уз чињеницу да Уговор о функционисању ЕУ ближе не одређује кретање капитала, те да је номенклатура кретања капитала садржана у Анексу I Директиве 88/361 ЕЕЗ, дозвољавају ширу дефиницију слободе кретања капитала. На овај начин простор за ограничавање кретања капитала у већој ће се мери заснивати на разлозима попут пореске евазије, спровођења ефективне пореске контроле или ефективног опорезивања, а у мањој мери на разлозима везаним за фискалну кохерентност, губитак пореских прихода и административне потешкоће.

Danica Tasić, LL.M

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

TAXING INVESTMENT INCOME IN THE EU MEMBER STATES

Summary

Major steps toward harmonization of EU tax law have been achieved in the field of indirect taxation. Direct taxation falls within the competence of the Member States, except in a few areas regulated by means of directives dealing specifically with dividends distributions between parents and subsidiaries in cross-border relationships, interest and royalty payments and cross-border mergers. The harmonizing process in the field of direct taxation within the EU is based on the four freedoms (free movement of goods, services, persons and capitals), non-discrimination principle and the right of establishment, where the free movement of capital plays the most important role, as far as it is applicable to the non-EU residents. The author focuses on the passive income taxation (dividends, interest and royalty payments and capital gains) and points out the significance of the Community directives for avoiding double taxation within the common market. The Community directives do not apply to the non-EU residents, and the author analyses provisions of the directives in order to define possibilities of exploiting the advantages granted under the directives to the non-EU residents doing business in the EU. The conclusion is that Art. 63 of the Treaty on the functioning of the European Union is still the most efficient instrument against national tax authorities in defending the non-EU residents from discriminatory taxation.

Key words: *Direct taxation. – Free movement of capital. – Dividends. – Interests and Royalties. – Non-EU resident.*