

Проф. др Дејан Поповић*

Проф. др Гордана Илић-Попов**

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ДИРЕКТНИМ ПОРЕЗИМА И ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ: ЕКСТЕРНА ДИМЕНЗИЈА СЛОБОДЕ КРЕТАЊА КАПИТАЛА

Само слобода кретања капитала из СФЕУ има и екстерну димензију. Унилатерални карактер мере из чл. 63 СФЕУ објашњава због чега су донети ове екстерне димензије ограничени. Слободи кретања капитала веома блиска слобода пословног настањивања која делује само у оквиру унутрашњег тржишта Уније постала је, кроз приступ „главног аспекта“, који примењује ЕСЈ, вентил којим се умањује притисак који би стварала једнострана, а широка примена слободе кретања капитала у односима између ЕУ и трећих држава. Ово се посебно примењује на терену директних инвестиција. Аутори подвргавају анализи и индиректне утицаје основних слобода у односима с трећим државама, и то у контекстима: (1) слободе пружања услуга, која дотиче не само пружаоце, него и кориснике услуга, који нису ограничени на држављане државе чланице ЕУ; (2) дилеме да ли држава чланица ЕУ сме да закључи споразум с трећом државом, којим држављанима те државе чланице даје одређена права која нису пружена држављанима других држава чланица; (3) заштите прихода чији је извор у трећој држави; и (4) ускраћивања третмана најповлашћеније нације држављанину, односно резиденту треће државе, који би се позвао на забрану дискриминације из уговора о избегавању двоструког опорезивања између две државе чланице ЕУ.

Кључне речи: *Слобода кретања капитала. Приступ главног аспекта. Слобода пословног настањивања. Директне инвестиције. Недискриминација.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, dejan.popovic@serbianembassy.org.uk

** Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gordana@ius.bg.ac.rs

1. НЕПОСРЕДНИ УТИЦАЈ ЧЛ. 63 СПОРАЗУМА О ФУНКЦИОНИСАЊУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА ОДНОСЕ СА ТРЕЋИМ ДРЖАВАМА

Споразумом о Европској унији (у даљем тексту: *СЕУ*) и Споразумом о функционисању Европске уније (у даљем тексту: *СФЕУ*), писаним и, коначно, усвојеним од стране представника држава чланица Европске уније (у даљем тексту: *ЕУ*), прокламује се да су циљеви Уније усмерени ка добробити њених грађана¹ и установљава се и обезбеђује функционисање јединственог (унутрашњег) тржишта, као простора без интерних граница, базираног на слободном кретању добара, лица, услуга и капитала.² Готово би се с извесношћу могло очекивати да се у таквим споразумима конститутивног карактера³ не могу наћи одредбе којима се уводе одређена права за држављане и правна лица трећих држава. Ипак, овакво очекивање није тачно у погледу чл. 63 СФЕУ, који уређује слободу кретања капитала и плаћања.⁴ Ова норма, за разлику од осталих из СФЕУ којима се регулишу слободе кретања добара, лица или услуга, прописује да су

¹ Вид. чл. 3 СЕУ.

² Вид. чл. 26, ст. 2 СФЕУ. Четири основне слободе представљају специфичност опште забране дискриминације по основу држављанства из чл. 18 СФЕУ, чија примена, пак, не би захтевала било какав посебан економски капацитет (да је лице радник, предузетник или сл.). Међутим, општа забрана дискриминације примењује се само где би то било могуће „без утицаја на било коју посебну одредбу“ и „у оквиру поља примене ових споразума“. Управо због оваквих ограничења, чл. 18 СФЕУ се ретко примењује сам по себи: готово редовно постоји „посебна одредба“ која има приоритет такве су, пре свега, одредбе о четири слободе, које покривају готово читаво „поље примене“ конститутивних споразума – тј. готово све интракмунитарне економске активности (радник однос, самостална делатност, пословно настањивање, филијале и огранци, директне и портфолио инвестиције, испоруке и набавке добара и услуга, плаћања итд.). Вид. Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 32.

³ На почетку беху два Римска споразума, на снази од 1958. године. Први је носио назив *Споразум о оснивању Европске економске заједнице*, а други *Споразум о оснивању Европске заједнице за атомску енергију*. Још од 1952. године на снази је био *Споразум о Европској заједници за угља и челик* (којем је истекао рок важења 2002. године). После Мастрихтског споразума из 1993. године, којим је основана Европска унија (па је његов званичан назив *Споразум о Европској унији*), с Европском економском заједницом (преименованом у Европску заједницу – у даљем тексту: *ЕЗ*) као једним од три носећа стуба (уз Заједничку спољну и безбедносну политику и Правду и унутрашње послове), Римски споразум је добио назив *Споразум о оснивању ЕЗ* (у даљем тексту: *Споразум о ЕЗ*). После ступања на снагу Лисабонског споразума 2009. године, Споразум о ЕЗ преименован је у *Споразум о функционисању Европске уније*.

⁴ Слободно кретање плаћања не представља посебну слободу – оно је „близу“ слободног кретања капитала, а повреда слободног кретања плаћања има исте правне последице као и повреда слободног кретања капитала. Вид. Mattias Dahlberg, Nina Block, „National Report Sweden“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*

забрањена сва ограничавања у кретањима капитала (ст. 1), односно у плаћањима (ст. 2) између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља.⁵

Секундарно право ЕУ (уредбе, директиве и одлуке) ствара се да би се постигли циљеви који се не могу реализовати путем примарног права (тј. конститутивних споразума) и та околност редовно утиче на његово тумачење и примену. Отуда би, са становишта своје екстерне димензије, секундарно право ЕУ захтевало посебну анализу, која је из овог чланка изостављена.

1.1. Еволуција концепта слободе кретања капитала у праву ЕЗ, односно ЕУ

Да би се схватили разлози због којих је чл. 63 СФЕУ овако формулисан, потребно је имати у виду процес током којег се у ЕЗ, односно у ЕУ мењало и развијало разумевање слободе кретања капитала. У оригиналној верзији (из 1958. године), нормом посвећеном овој слободи (чл. 67 Римског споразума) само је постулирана обавеза за државе чланице да „током прелазног периода и у мери која је неопходна да би се обезбедило одговарајуће функционисање заједничког тржишта... прогресивно између себе укидају сва ограничавања кретања капитала који припада лицима која су *резиденти*⁶ држава чланица и сваку дискриминацију засновану на држављанству, на месту резидентства страна или на месту где је тај капитал уложен“. Не само да је, дакле, изостао осврт на кретање капитала ка трећим државама и из њих, него је слобода кретања капитала *en général* имала инфериоран статус у односу на остале три велике слободе (кретање капитала требало је либерализовати само „у мери која је неопходна“ да би се обезбедило одговарајуће функционисање

(eds. Michael Lang, Pasquale Pistone), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 594-595.

⁵ За обухват појма „треће земље“ у овом контексту, упор. Гордана Илић Попов, Дејан Поповић, „Право директних пореза и Споразум о стабилизацији и придруживању Србије Европској унији“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2011, 6-10.

⁶ Појам „резидент“ у контексту конститутивних споразума треба схватити као „лице које борави на територији државе чланице“ а не у порескоправном значењу те речи. У првом значењу, резидент једне државе чланице је држављанин те или друге државе чланице. Истина, резидент државе чланице може бити и држављанин треће државе, у којем случају му, ако се ради о дугорочном резидентству, припадају одређена ограничена права од државе чланице у којој борави. Упор. Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 447-479 и 511-518. За значење појма „резидент“ у порескоправном смислу, упор. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, „(Зло)употреба страних правних лица за избегавање пореза у Србији“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 38-39.

заједничког тржишта).⁷ Тек је *Single European Act* из 1987. године дао прави замах успостављању унутрашњег тржишта, акцентујући значај слободног кретања капитала, а Директива 88/361/ЕЕС⁸ (која је ступила на снагу 1990. године) наложила је државама чланицама да уклоне ограничавања у кретањима капитала између лица која су њихови резиденти. Штавише, у Анексу ове директиве наведена је листа трансакција које се сматрају „кретањем капитала“,⁹ на коју се у својим одлукама поводом слободе кретања капитала позива Суд правде, често називан Европски суд правде (*European Court of Justice* – у даљем тексту: *ECJ*).¹⁰ Коначно, у чл. 73б Мастрихтског споразума из 1993. године унета је формулација која забрањује сва ограничавања у кретању капитала и плаћањима између држава чланица, као и између држава чланица и трећих земаља,¹¹ а која, по ступању на снагу Лисабонског споразума из 2009. године, представља норму чл. 63 СФЕУ. Овакво, ново, постулирање слободе кретања капитала, окренуто и ка трећим земљама, догодило се, дакле, тек у првој половини последње деценије прошлог века, када је започет процес установљавања економске и монетарне уније. Отуда се може аргументовати да се разлози због којих је чл. 63 СФЕУ добио овакву садржину не налазе у бенеvolentности Европљана, вољних да допусте држављанима и правним лицима трећих држава да се „бесплатно“ користе једном од основних слобода јединственог тржишта ЕУ, него у настојањима

⁷ Чак је Европски суд правде у том периоду сматрао да слобода кретања капитала (у конкретном случају – изношење валуте из једне земље чланице у другу) нема директан ефекат. Вид. *ECJ, Case C 203/80 (Casati)* [1981] *ECR I 2595*, пар. 10 и 11.

⁸ Council Directive 88/361/EEC for the implementation of Article 67 of the Treaty, *OJ L 178*, 8.7.1988.

⁹ Листа није затворена, јер садржи и категорију „остала кретања капитала“, али је, ипак, врло детаљна: (1) директне инвестиције; (2) инвестиције у непокретности [које нису обухваћене под (1)]; (3) пословање хартијама од вредности на тржишту капитала [које није обухваћено под (1), (4) или (5)]; (4) пословање инвестиционим јединицама код заједничких подухвата; (5) пословање хартијама од вредности и другим инструментима на новчаном тржишту; (6) пословање на текућим и депозитним рачунима са финансијским институцијама; (7) кредити повезани са комерцијалним трансакцијама или са пружањем услуга, у којима учествује резидент; (8) финансијски зајмови и кредити [који нису обухваћени под (1), (7) или (11)]; (9) јемства, друге гаранције и заложна права; (10) трансфери код извршења уговора о осигурању; (11) кретања личног капитала (нпр. наследства и поклонима); (12) физички увоз и извоз финансијских средстава; (13) остала кретања капитала.

¹⁰ Вид. нпр. *ECJ, Case C 222/97 (Trummer and Mayer)* [1999] *ECR I 1661*, пар. 21 и 22; *ECJ, Case C 452/04 (Fidium Finanz)* [2006] *ECR I 9521*, пар. 41 и др. И по престанку важења Директиве 88/361/ЕЕС, листа трансакција из њеног Анекса служи као важан оријентир у релевантној пракси *ECJ*.

¹¹ У прецишћеном тексту Споразума о ЕЗ, који је, после усвајања Амстердамског споразума 1997. године, био на снази до ступања на снагу СФЕУ, то је, у истој формулацији, био чл. 56.

да се на тај начин консолидују поузданост како инвестиција у Европи, тако и настајуће заједничке валуте (евра) и гарантују њена будућа међународна флексибилност и употреба.¹² Скрећемо пажњу да, за разлику од првобитног чл. 67 Римског споразума, одредба чл. 63 СФЕУ (као и идентично формулисана ранија норма чл. 73б Мастрихтског споразума, односно чл. 56 пречишћеног текста Споразума о ЕЗ) право на коришћење слободе кретања капитала пружа држављанима и правним лицима како ЕУ, тако и трећих држава, а не само резидентима држава чланица.

1.2. Да ли се екстерна димензија чл. 63 СФЕУ тумачи исто као и интерна?

Већина аутора сматра да одредба чл. 63 СФЕУ делује *erga omnes*, додајући недвосмисленом језичком тумачењу и аргументе да је настала јер се њоме у глобалним размерама жели подстаћи најефикаснија алокација капитала и послати порука страним инвеститорима да им је загарантована и улазна и излазна слобода кретања капитала, што ће ојачати сâмо европско тржиште капитала.¹³ Међутим, у литератури се среће и мишљење које полази од тога да земље изван ЕУ немају обавезу на реципрочно понашање, те да отуда циљ и сврха чл. 63 СФЕУ не могу бити исти у ситуацијама унутар ЕУ и у ситуацијама када су у питању односи између државе чланице и треће земље.¹⁴ Овакво резонување се, по нашем мишљењу, не може прихватити, јер превиђа да СФЕУ није обичан међународни уговор (који би подразумевао узајамност права и обавеза уговорних страна), него уговор који је „створио свој властити правни систем“, при чему су „државе чланице, створивши Заједницу неограниченог трајања, која има своје институције, свој властити субјективитет, своју властиту правну способност и способност представљања на међународном плану, ... ограничиле своја суверена права, иако у ограниченим доменима, и тако створиле корпус права који обавезује и њихове држављане и њих сâме“.¹⁵ Када би се инсистирало на логици да одсуство ре-

¹² Вид. Marco Gregg, „European Taxation of Dividends, Interests and Royalties: The Impact on Third Countries Investors“, *Current Issues of Business and Law* 3/2009, 124.

¹³ Вид. Luís Eduardo Schoueri, „National Report Brazil“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 646. У том смислу, упор. и Marco Gregg, 124; Pasquale Pistone, „General Report“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 21; Edoardo Traversa, „National Report Belgium“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 153.

¹⁴ Вид. M. Dahlberg, N. Block, 595.

¹⁵ ECJ, Case C 6/64 (*Costa v. ENEL*) [1964] ECR 585, пар. 3.

ципроцитета оправдава дискриминацију у ситуацијама када су инволвиране треће државе, то би могло водити закључку да су, барем код једног дела оних који су учествовали у конципирању Маастрихтског споразума, постојале унутрашње резерве према либералистичком приступу глобалној економији, те да је прокламовање слободног кретања капитала и између држава чланица ЕУ и трећих земаља за њих имало више „пропагандни“ карактер. Насупрот, обухватајући 450 милиона људи, ЕУ представља највеће заједничко тржиште на свету и заинтересована је (неке државе чланице више, неке мање) за либерализацију која води ка оптималној алокацији ресурса.¹⁶

Изгледа да ни *ECJ* у начелу не подржава различити приступ у односима између држава чланица и трећих земаља: у том контексту парадигматична је одлука у случају *Sanz de Lera*¹⁷ (који не представља пореско питање), наслоненом на случај *Bordessa*.¹⁸ *ECJ* је имао да одлучи да ли ће свој став из овог другог случаја, који се није односио на треће земље, проширити на њих кроз одлуку у случају *Sanz de Lera*. У *Bordessi* је Суд стао на становиште да правила, којима се извоз металног и папирног новца и чекова на доносиоца условљава добијањем административног одобрења, под претњом кривичних санкција, спадају у домен слободе кретања капитала и плаћања, а како се *Sanz de Lera* тиче истог питања, с тим што се односи на треће земље, од значаја за тему о којој расправљамо била је чињеница да је *ECJ* управо проширио свој став из *Bordesse* на случај *Sanz de Lera* без даљих квалификација. У прилог оваквом гледању иде и формулација чл. 64, ст. 1 СФЕУ,¹⁹ који, у тзв. „затеченим“ ситуацијама, допушта изузетак од принципа да су забрањена сва ограничавања у кретањима капитала и плаћањима између држава чланица и трећих земаља: „Одредбе чл. 63 немају утицаја на примену на треће земље свих ограничавања која су на дан 31. децембра 1993. године постојала у националном праву²⁰ или праву Уније,

¹⁶ Упор. Guilherme Luís Rodrigues Nunes, „The Concept of Discrimination of Art. 63 TFEU with Respect to Third country Relationships“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* (eds. Sabine Heidenbauer, Birgit Stürzlinger), Linde Verlag, Vienna 2010, 140-143.

¹⁷ ECJ, joined cases C 163/94, C 165/94 and C 250/94 (*Sanz de Lera and Others*) [1995] ECR I 4821, пар. 10.

¹⁸ ECJ, joined cases C 358/93 and C 416/93 (*Bordessa*) [1995] ECR I 00361, пар. 15.

¹⁹ Ова формулација уведена је путем чл. 73ц Маастрихтског споразума.

²⁰ Када су у питању Шведска, Аустрија и Финска, које су постале чланице ЕУ 1. јануара 1995. године, Кипар, Малта, Пољска, Чешка, Словачка, Летонија, Литванија и Словенија, које су постале чланице ЕУ 1. маја 2004. године, као и Румунија, која је постала чланица ЕУ 1. јануара 2007. године, *ECJ* је у случају *Skatteverket v. A* заузео став да 31. децембар 1993. године представља датум према којем се и за те државе одређује „затечено стање“ у смислу чл. 64, ст. 1 СФЕУ, без

усвојених у односу на кретање капитала (али не и у односу на плаћања – Д.П. и Г.И.-П.) у треће земље или из њих, које обухвата директне инвестиције, укључујући улагања у непокретности, пословне јединице, пружање финансијских услуга или пуштање хартија од вредности на тржишта капитала.“²¹ Овакав, широк, обухват допуштених *затечених* рестрикција за слободно кретање капитала између држава чланица и трећих земаља потврђује, по нашем мишљењу, да је норма чл. 63 СФЕУ – у свим осталим ситуацијама – постављена веома широко: да су писци СФЕУ желели да буду „рестриктивни“ *vis-à-vis* трећих држава, нпр. у погледу директних инвестиција, не би имали потребе да их уопште помињу у чл. 64 СФЕУ.

С обзиром на то да се од основних слобода једино слобода кретања капитала из чл. 63 СФЕУ гарантује и држављанима, односно правним лицима трећих држава, отвара се питање односа између ове и осталих слобода – посебно слободе пословног настањивања из чл. 49 СФЕУ, која представља један од аспеката слободе кретања лица.²² Чини се да *ЕСЈ* повлачи линију разграничења између поме-

обзира на то што су касније приступиле Унији. Вид. *ЕСЈ*, Case C 101/05 (A) [2007] ECR I 11531, пар. 52. Изричитом одредбом чл. 64, ст. 1 *in fine* СФЕУ прописано је да је релевантан датум у националном праву Бугарске, Естоније и Мађарске 31. децембар 1999. године.

²¹ Чл. 64, ст. 2 СФЕУ прописује да ће, „док настоје да остваре циљ слободног кретања капитала између држава чланица и трећих држава у највећој могућој мери и без утицаја на остала поглавља Споразума, Европски парламент и Савет, поступајући у складу с обичним законодавним поступком, усвојити мере о кретању капитала у треће државе или из њих, које обухвата директне инвестиције, укључујући улагања у непокретности, пословне јединице, пружање финансијских услуга или пуштање хартија од вредности на тржишта капитала.“ У чл. 64, ст. 3 СФЕУ се прецизира да „упркос ставу 2, само Савет, поступајући у складу са посебним законодавним поступком, може једногласно, претходно консултујући Европски парламент, усвојити мере које представљају корак уназад у праву Уније у погледу либерализације кретања капитала у треће државе или из њих.“ (У одсуству таквих мера, чл. 65, ст. 4 СФЕУ предвиђа да Комисија или Савет могу донети одлуку која констатује да ће се рестриктивне пореске мере усвојене од стране државе чланице, које се тичу једне треће државе или већег броја њих, сматрати компатибилним са конститутивним споразумима у мери у којој се могу оправдати неким од циљева Уније и у којој су у складу с одговарајућим функционисањем унутрашњег тржишта). Комисија је, са погледом на чл. 64 СФЕУ, покренула поступак против Финске пред *ЕСЈ* због пропуста те државе да у свој уговор о избегавању двоструког опорезивања унесе клаузулу која би допуштала у будућности увођење одређених ограничења у складу с одлукама Савета и Европског парламента. Комисија је сматрала, а Суд потврдио, да чл. 351, ст. 2 СФЕУ обавезује државу чланицу да елиминира неусклађености са правом ЕУ затечене у уговорима које је закључила пре 1. јануара 1958. године, односно пре него што је приступила Унији. Вид. *ЕСЈ*, Case C 118/07 (*Commission v. Finland*) [2009] ECR I 10889, пар. 22. О ефектима чл. 351. СФЕУ (ранијег чл. 307. Споразума о ЕЗ), Упор. P. Pistone, „The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation“, *Intertax* 5/2006, 234-235.

²² Слобода пословног настањивања (енг. *right of establishment*) обухвата право да се покрену и обављају самосталне делатности, као и право

нута две слободе – прецизније, опредељује се да ли ће национално право у ситуацијама с елементом треће земље оцењивати кроз призму слободе кретања капитала или кроз призму слободе пословног настањивања – на основу сврхе оспорене норме.²³

Претходно је потребно подсетити се значаја јуриспруденције *ECJ* у области непосредних пореза, који је прегнантно, по први пут, исказан у одлуци поводом случаја *Wielockx*: „мада директно опорезивање спада у њихову надлежност, државе чланице свеједно морају вршити ту надлежност у складу са правом ЕУ“.²⁴ Суд је у случају *Baars*²⁵ стао на становиште да оне одредбе закона државе чланице које се односе на учешће у капиталу које имаоцу даје ефективну контролу над компанијом, омогућујући му утицај над њеним одлукама (тзв. директне инвестиције), спадају под слободу пословног настањивања; *a contrario*, одредбе које се односе на портфолио инвестиције спадале би под слободу кретања капитала.²⁶ Међутим, иако директне инвестиције подразумевају вршење права

да се оснивају предузећа и управља њима – посебно компанијама или фирмама.

²³ ECJ, Case C 492/04 (*Lasertec*) [2007] ECR I 3775, пар. 19. Детаљније о пракси ECJ, која код разграничавања између појединих основних слобода у спорним ситуацијама није увек конзистентна, упор. Mario Perl, „The Effects of the ECJ’s „Principal Aspect“ Jurisprudence“ for the Application of the Free Movement of Capital in Third country Relationships“, *The EU’s External Dimension in Direct Tax Matters*, 95-120.

²⁴ ECJ, Case C 80/94 (*Wielockx*) [1995] ECR I 2493, пар. 16.

²⁵ ECJ, Case C 251/98 (*Baars*) [2000] ECR I 2787, пар. 22.

²⁶ Директне инвестиције су улагања извршена да би се остварило трајно учешће у предузећу, при чему је инвеститоров циљ да има ефективан (не само већински) глас у управљању предузећем. Портфолио инвестиције су пасивна улагања, чији је једини циљ да инвеститор оствари доходак (дивиденду, камату, капитални добитак или сл.). У пракси се узимају различити нивои учешћа у капиталу да би се разграничиле директне од портфолио инвестиција (често 10%, мада су могући и друкчији демаркациони лимити, при чему учешћа изнад лимита представљају директне, а испод лимита портфолио инвестиције). Појашњавајуће белешке уз Директиву 88/361/ЕЕС дефинишу, за потребе те директиве, садржај појма „директне инвестиције“. У питању су улагања свих врста од стране физичких лица или предузећа, која служе да би се установиле или одржавале трајне везе између лица које обезбеђује капитал и предузетника, односно предузећа којем се капитал чини доступним да би се обављала каква економска делатност. Директне инвестиције обухватају: 1) оснивање и проширење огранака или нових предузећа (филијала у потпуном власништву) која припадају искључиво лицу које обезбеђује капитал, као и потпуно куповање постојећих предузећа (огранака или филијала у потпуном власништву); 2) учешће у новим или постојећим предузећима (које омогућује удеоначару да ефективно учествује у управљању предузећем или у контроли над њиме) са циљем установљивања или одржавања трајних економских веза; 3) дугорочне зајмове (партиципативне природе, са трајањем дужим од пет година) са циљем установљивања или одржавања трајних економских веза; 4) реинвестирање добити са циљем установљивања или одржавања трајних економских веза.

на пословно настањивање, не може се порећи да је слобода кретања капитала суштински повезана са сваком инвестицијом,²⁷ па је свака генерализација ове врсте опасна. Ово утолико пре, што чл. 64, ст. 1 СФЕУ наводи, *inter alia*, директне инвестиције као пример код којег су, у „затеченим“ ситуацијама, дозвољене рестрикције слободе кретања капитала.

Пракса *ECJ* показује да се у граничним случајевима, у којима су заступљени и елементи слободе кретања капитала и елементи слободе пословног настањивања, заштита често пружа само по основу чл. 49 СФЕУ, тако да држављанин треће државе тада не може да се позове да му је нарушена слобода пословног настањивања, јер се она на њега не распростире. До оваквог закључка долазимо на основу увида у приступ „главног аспекта“, који *ECJ* у таквим ситуацијама примењује, а који му омогућује да национални пропис размотри само у контексту једне слободе – оне за коју процени да је „главна“, док другу проглашава „секундарном“ и подводи је под прву.²⁸ Овакав приступ (истина, усмерен на разграничење између слободе кретања капитала и слободе пружања услуга) покренут је одлуком у случају *Fidium Finanz*,²⁹ када је *ECJ* поставио правило којим се ефективно искључује примена чл. 63 СФЕУ из разматрања у многим ситуацијама с елементом треће државе: овде се радило о немачком пропису који је налагао пружаоцима финансијских услуга да добију лиценцу од надлежног органа да би могли да немачким резидентима нуде те услуге, уколико нису основани у некој држави чланици ЕУ или Европског економског простора (енг. *European Economic Area*), који, поред ЕУ, обухвата и државе чланице Европског удружења слободне трговине (енг. *European Free Trade Association* – скраћено: *EFTA*), с изузетком Швајцарске – дакле, Норвешку, Исланд и Лихтенштајн.³⁰ Швајцарски резидент *Fidium Finanz AG*, који је нудио краткорочне потрошачке кредите путем интернета резидентима Немачке, оспорио је немачки захтев за лиценцом по основу ограничавања слободног кретања капитала у односима са трећом државом (Швајцарском). *ECJ* је установио да је, иако се ова немачка мера односи и на услуге и на капитал, њен циљ (супстанца) уређивање приступа немачком тржишту финансијских услуга, те да је препрека кретању капитала (тј. давању кредита) само неизбежна и посредна последица уређивања финансијских услуга; отуда „није

²⁷ Вид. P. Pistone (2007a), 20.

²⁸ Вид. B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 59-60.

²⁹ ECJ, Case C 452/04 (*Fidium Finanz*) [2006] ECR I 9521, пар. 49.

³⁰ Споразум о Европском економском простору закључен је 1992, а ступио је на снагу 1994. године. Њиме је омогућено проширење јединственог тржишта (али не и других компоненти које чине ЕУ) на државе чланице ЕФТА, с изузетком Швајцарске, чији су грађани на референдуму одбацили овај споразум.

неопходно“ да се разматра усклађеност немачког закона са чл. 63, ст. 1 СФЕУ.

У даљем развоју јуриспруденције *ECJ*, типичан пример резоновања по којем се за „главну“ узима слобода пословног настањивања, при чему слобода кретања капитала испада „пратећом“, садржан је у одлуци у случају *Thin Cap*, који се тиче ускраћивања права на одбитак плаћених камата повериоцима у трећим земљама по основу правила о утањеној капитализацији у држави чланици (Великој Британији). Суд је испитивао ову меру искључиво с аспекта слободе пословног настањивања (и на тај начин ускратио заштиту пореском обвезнику), јер се национални пропис примењивао само на групу компанија, тј. на односе који се тичу ефективне контроле. Могући рестриктивни учинак на слободно кретање капитала мора се, по схватању *ECJ*, посматрати као „неизбежна последица ограничавања слободе пословног настањивања“. ³¹ Другим речима, слобода кретања капитала овде је потпуно подређена слободи пословног настањивања, као „главној“. Тако је поступљено и у случају *Skatteverket v. A and B*, ³² где је Суд прогласио да шведске рестриктивне мере у опорезивању акционара у односу на компанију која има огранке у Русији представљају повреду слободе пословног настањивања и занемарио, као споредан, аспект повреде слободе кретања капитала.

Имајући у виду овакву праксу *ECJ*, приступ „главног аспекта“, по нашем мишљењу, нема за последицу став да директне инвестиције не потпадају под слободу кретања капитала. Применом тога приступа – и искључиво у случајевима у којима он даје предност некој другој основној слободи (као код директних инвестиција) – Суд се само зауставља на корак испред извлачења закључака о ефектима (врло могућег) ограничавања те слободе, јер је оно „неизбежна последица“ ограничавања слободе пословног настањивања или, ређе, слободе пружања услуга. У интракومنитарним ситуацијама овакво заустављање је без практичних дејстава, јер је ограничавање било које основне слободе довољно да се одређена пореска мера државе чланице ЕУ прогласи да није у складу са правом ЕУ. У ситуацији с елементом треће државе, међутим, оваква примена приступа „главног аспекта“ ефективно, у случају директних инвестиција, ускраћује заштиту за случај нарушавања (и) слободе кретања капитала – слободе која је ту једина релевантна, пошто остале слободе делују искључиво у односима између држава чланица ЕУ.

³¹ *ECJ*, Case C 524/04 (*Test Claimants in the the Thin Cap Group Litigation*) [2007] ECR I 2107, пар. 101.

³² *ECJ*, Case C 102/05 (*Skatteverket v. A and B*) [2007] ECR I 3871, пар. 27 и 28.

Уколико се, ипак, догоди да у неком случају не преовлађују ни елементи ефективне контроле, ни портфолио инвестиција, *ECJ* може оцењивати националну меру било кроз призму слободе пословног настањивања, било кроз призму слободе кретања капитала. Такав је, до сада се показујући као изузетак, био случај *Holböck*,³³ који се односи на околност да се аустријска нижа стопа пореза на доходак за дивиденде (без обзира на то да ли потичу од директних или портфолио инвестиција) не примењује на дивиденде чији је извор³⁴ у трећој држави (Швајцарској). Овде је Суд аустријску меру оцењивао са становишта слободе кретања капитала (а није и са становишта слободе пословног настањивања, која се не примењује на ситуације са трећом државом), независно од околности што је у конкретном случају *Holböck* поседовао, чак, две трећине акција у швајцарској компанији – исплатиоцу дивиденди, пошто се, понови-мо, мера састоји у ускраћивању ниже стопе дивидендама чији је извор у трећој држави *независно* од тога да ли потичу од директних или портфолио инвестиција.³⁵

Анализа праксе *ECJ* сведочи, дакле, да на терену улазних инвестиција постоји шира заштита портфолио инвеститора од инвеститора са значајнијим учешћем у капиталу: првима се редовно пружа заштита посредством чл. 63 СФЕУ,³⁶ а другима често посредством чл. 49 СФЕУ (осим уколико приступ „главног аспекта“ не да друкчији исход). Поједини аутори сматрају да је овакав исход праксе *ECJ*, настале на фону случаја *Baars*, неприхватљив, јер не само да фаворизује портфолио инвеститоре из трећих држава на рачун директних инвеститора, чиме Европа на „чудан“ начин доприноси глобалној либерализацији тржишта капитала и суштински обесхрабрује озбиљније улагаче изван ЕУ, него отвара простор за раз-

³³ ECJ, Case C 157/05 (*Winfred Holböck v. Finanzamt Salzburg Land*) [2007] ECR I 4051, пар. 30.

³⁴ Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 114-116.

³⁵ Иако нарушава слободу кретања капитала између државе чланице и трећих земаља, ова аустријска мера је опстала по основу чл. 57, ст. 1 тада важећег Споразума о ЕЗ (који одговара чл. 64, ст. 1 СФЕУ), јер је била на снази на дан 31. децембра 1993. године.

³⁶ ECJ признаје да кретање капитала између државе чланице и треће земље не мора увек да буде упоредиво са кретањем капитала између држава чланица, посебно у светлу чињенице да постоји Директива о међусобној испомоћи надлежних органа држава чланица у области директних пореза (77/799/ЕЕС), чији се ефекти не могу очекивати код опорезивања економских активности између држава чланица и трећих земаља. Штавише, могуће је да ће држава чланица бити у стању да покаже да је ограничење кретања капитала у треће земље или из њих оправдано из посебног разлога, у околностима где тај разлог не би представљао ваљано оправдање за ограничавање кретања капитала између држава чланица. Вид. ECJ, Case C 446/04 (*Test Claimants in the FII Group Litigation*) [2006] ECR I 11753, пар. 170 и 171.

личите облике пореског планирања (нпр. да се неколико компанија из трећих држава удружи у циљу да своје појединачне уделе задрже испод прага ефективне контроле из случаја *Baars*, што би им омогућило да уживају заштиту по основу чл. 63 СФЕУ и избегну, рецимо, немачке ограничавајуће одредбе о утањеној капитализацији, од којих се поверилац у *Thin Cap* случају није могао „спасти“, јер је његово учешће у групи компанија са дужником упућивало на слободу пословног настањивања, на коју се, будући да је из треће државе, није могао да позове).³⁷

Прекограничне исплате и примања дивиденди, међутим, свакако представљају кретања капитала, иако нису изричито поменути у Анексу Директиве 88/361/ЕЕС. О томе сведочи и став *ЕСЈ* из случаја *Verkooijen* да су дивиденде „неодвојиве од кретања капитала“.³⁸

Анализа судске праксе такође показује да *ЕСЈ*, по правилу, не прихвата позивање на чл. 63 СФЕУ у свим случајевима када се ограничавајућа национална пореска мера односи на компаније у трећој држави које су чланице групе компанија. Таква мера се сматра усмереном на ефективну контролу и оцењује искључиво кроз слободу пословног настањивања, која, поновимо, не дотиче ситуације с елементом треће земље.³⁹ Ово, практично, значи да *ЕСЈ* неће оспоравати националне рестриктивне мере, чији је циљ очување националне пореске основе, а код којих постоји елемент треће државе. То су: захтеви у погледу документовања и доказивања трансферних цена, правила о утањеној капитализацији, правила о пореском консолидовању (тј. о пребијању губитака једног члана групе са добицима других чланова) и *CFC* законодавство.⁴⁰

Остаје да се у будућности покаже на који ће начин *ЕСЈ* даље развијати примену теста „главног аспекта“ у пореским случајевима који дотичу више основних слобода. „На једном крају спектра могућности, Суд би могао да широко примењује приступ из случајева *Fidium Finanz* и *Thin Cap* и тако искључи примену чл. 63, ст. 1 СФЕУ

³⁷ Вид. P. Pistone, „European Direct Tax Law: Quo Vadis?“, *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law* (eds. Michael Lang, Frans Vanistendael), EATLP Congress, Helsinki 2007, 110-111.

³⁸ ECJ, Case C 35/98 (*Verkooijen*) [2000] ECR I 4071, пар. 29.

³⁹ Вид. нпр. ECJ, Case C 524/04 (*Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*) [2007] ECR I 2107, пар. 33.

⁴⁰ Када је ова последња мера у питању, не треба изгубити из вида да нека национална законодавства земаља чланица ЕУ, попут италијанског, предвиђају да се *CFC* законодавство односи и на портфолио инвестиције, а да се, и иначе, оно примењује на мањинске акционаре као последица карактеризовања компаније као „контролисане“ од стране других акционара: у таквим случајевима се не може избећи примена чл. 63 СФЕУ како унутар јединственог тржишта Уније, тако и у односима са трећим земљама.

(у оригиналу: чл. 56, ст. 1 Споразума о ЕЗ – *Д.П. и Г.И.-П.*) кадгод оспорене пореске мере утичу на доходак или на одбитке који су изведени у вези са трансакцијама које обухватају и финансијске услуге или пословно настањивање, или су у вези са вршењем права на слободу кретања од стране радника или држављана ЕУ. Или би, што изгледа мање вероватно, могао да да предност анализи из случаја *Holböck*, третирајући општа пореска правила као да првенствено не дотичу неку појединачну слободу, што не би аутоматски искључило позивање на чл. 63, ст. 1 СФЕУ (у оригиналу: чл. 56, ст. 1 Споразума о ЕЗ – *Д.П. и Г.И.-П.*) у околностима када би нека друга слобода такође била релевантна да је кретање капитала било између држава чланица ЕУ⁴¹

1.3. Изузеци од начела слободног кретања капитала у праву ЕУ

Чл. 65 СФЕУ садржи изузетке од начела слободног кретања капитала, јер оставља државама чланицама слободу да: (1) примењују релевантне одредбе свог пореског права које разликују пореске обвезнике који нису у истој ситуацији у погледу њиховог места резидентства или у погледу места где је њихов капитал инвестиран; (2) предузимају потребне мере како би се спречиле повреде националног закона и уредаба, посебно у области опорезивања и опрезног надзора финансијских институција, или да установљавају процедуре за пријављивање кретања капитала за сврхе административних или статистичких информација, или да предузимају мере које су оправдане на терену јавне политике или јавне безбедности. Ове мере и поступци не смеју представљати средство арбитрарне дискриминације или маскираног ограничавања слободе кретања капитала и плаћања, како је дефинисана у чл. 63 СФЕУ, јер се чл. 65 СФЕУ, као изузетак од правила о слободи кретања капитала, мора уско тумачити. У литератури се указује да су се кроз праксу *ECJ*, у складу са *rule of reason* стандардом, развила још нека, недискриминаторска, оправдања за ограничавање *erga omnes* дејства чл. 63 СФЕУ.⁴² Коначно, чл. 66 СФЕУ предвиђа да „када, у изузетним околностима, кретања капитала (али не и плаћања – *Д.П. и Г.И.-П.*) у треће државе или из њих

⁴¹ Martha O'Brien, „Taxation and the Third Country Dimension of Free Movement of Capital in EU Law: the ECJ's Rulings and Unresolved Issues“, *British Tax Review* 6/2008, 666.

⁴² Упор. Alberto Traballi, „Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital under the Rule of Reason in Third country Relationships: Territoriality, Fiscal Coherence, Safeguarding a Balanced Allocation of Taxation Powers“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 165-183; Veronika Daurer, Karin Simader, „Justifying Restrictions on the Free Movement of Capital under the Rule of Reason in Third country Relationships: Anti abuse, Harmful Tax Competition, Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 185-208.

изазову, или запрете да изазову озбиљне тешкоће у функционисању економске и монетарне уније, Савет може, на предлог Комисије и пошто консултује Европску централну банку, предузети заштитне (енг. *safeguard*) мере према трећим државама за период који није дужи од шест месеци, уколико су такве мере стриктно неопходне“.

2. ИНДИРЕКТНИ УТИЦАЈ ОСНОВНИХ СЛОБОДА У ОДНОСИМА СА ТРЕЋИМ ДРЖАВАМА

Правни оквир основних слобода у овом одељку ће бити анализиран у односу на последице које би се могле индиректно појавити због примене тих слобода у специфичним ситуацијама: (1) пасивне стране основних слобода и заштите држављана, односно резидената треће државе; (2) права трећих држава да дискриминишу држављане, односно резиденте ЕУ; (3) заштите прихода чији је извор у трећим државама; и (4) евентуалног пружања третмана најповлашћеније нације држављанину, односно резиденту треће државе у контексту билатералног уговора о избегавању двоструког опорезивања између две државе чланице ЕУ.⁴³

2.1. Пасивна страна основних слобода

За разлику од слобода кретања капитала, која штити токове капитала као такве, независно од угла из којег се посматрају, слобода пружања услуга из чл. 56 СФЕУ дотиче не само пружаоце, него и кориснике услуга. У ст. 1 тога члана прописано је да су „ограничавања слобода пружања услуга унутар Уније забрањена у погледу држављана држава чланица који су настањени у држави чланица која је различита од оне чије је лице коме су услуге намењене“.

ECJ је у случају *Bent Vestergaard* изрекао неколико оцена које се односе и на кориснике услуга, на првом месту констатујући да се слобода пружања услуга „примењује не само када су пружалац и корисник услуге настањени у различитим државама чланицама, него и када пружалац услуга нуди те услуге у држави чланица која није држава чланица у којој је настањен ..., било где да су корисници тих услуга настањени“.⁴⁴ Поред тога, Суд је истакао да је, „да би услуге потпадале под опсег чл. 56 СФЕУ, довољно да: (а) буду пружене држављанима државе чланице на територији друге државе чланице, независно од тога где је настањен пружалац или корисник услуге“; (б) корисници услуга (овога пута, без ограничавања на „држављане

⁴³ Вид. P. Pistone (2007a), 34.

⁴⁴ ECJ, Case C 55/98 (*Bent Vestergaard*) [1999] ECR I 7641, пар. 19.

државе чланице“ – Д.П. и Г.И.-П.) оду у другу државу чланицу да би у њој примили услугу.⁴⁵

Да бисмо извели закључак о реперкусијама одлуке *Bent Vestergaard* на *пружаоце* услуга, поћи ћемо од непосредног ефекта по корисника: у конкретном случају то би значило да дански држављанин и резидент *Vestergaard*, коме је компанија чији је једини власник и у којој је запослен платила трошкове професионалне обуке на курсу који је одржан на Криту (у Грчкој), има право да покриће ових трошкова не буде сматрано као његова зарада, него да се могу одбити као трошак компаније, пошто би му, по данском домаћем законодавству, то право припадало да је курс држан у Данској. Дански порески прописи, наиме, не признају одбитак трошкова учешћа на стручним курсевима ако се одржавају у иностраним туристичким локацијама, полазећи од презумпције да тада постоји тако значајан елеменат туризма да се трошкови курса не могу сматрати трошковима пословања. Поред неспорног закључка да корисник услуге – држављанин Данске не сме бити спутаван да услугу прими у другој држави чланици (Грчкој), из ове одлуке *ECJ* би се могло дедуковати да би Данска морала допустити одбитак трошкова професионалне обуке на курсу одржаном у Грчкој чак и да је услугу пружао држављанин треће државе, под условом да је настањен у ЕУ. Међутим, у каснијем случају *Scorpio* Суд је изменио овај став, тако што је прво констатовао да чл. 56, ст. 2 СФЕУ предвиђа да „Европски парламент и Савет... могу да прошире одредбе овог одељка на држављане треће државе који пружају услуге и који су настањени унутар Уније“, а затим подсетио да оваква могућност није искоришћена од стране надлежних органа. То, даље, значи да се одредбе о слободи пружања услуга примењују само ако су кумулативно испуњена два услова: (а) да је услуга пружена унутар Уније; и (б) да је пружалац услуге држављанин државе чланице и настањен у држави чланици. *ECJ* је закључио да Споразум не проширује користи од чл. 56 на пружаоце услуга који су држављани трећих држава, чак и уколико се настањени унутар Уније, а ради се о интра-комунитарном пружању услуга.⁴⁶

Што се, пак, тиче *корисника* услуге, за њега је битно да је, ако је држављанин државе чланице ЕУ, настањен у другој држави чланици од оне у којој је настањен пружалац, или да му је услуга пружена на територији друге државе чланице (независно од тога где је настањен). Одлука *ECJ* у случају *Vestergaard* прецизира, понови-мо, да слобода пружања услуга укључује слободу корисника услуга (без ограничења на „држављанина државе чланице“) да без икак-

⁴⁵ *ECJ*, Case C 55/98 (*Bent Vestergaard*) [1999] ECR I 7641, пар. 18 и 20.

⁴⁶ *ECJ*, Case C 290/04 (*Scorpio*) [2006] ECR I 9461, пар. 67 и 68.

вих рестрикција оду у другу државу чланицу да би у њој примили услугу.⁴⁷

2.2. Недопуштеност дискриминације држављана једне државе чланице ЕУ по основу споразума који друга држава чланица ЕУ закључи са трећом државом

Друга ситуација везана је за питање да ли држава чланица ЕУ сме да закључи уговор са трећом државом, који држављанима те државе чланице даје одређена права која, пак, нису пружена држављанима других држава чланица ЕУ. У том контексту парадигматични су случајеви *Open Skies*, које је Комисија водила против осам држава чланица, које су закључиле билатералне уговоре са САД на тему „отвореног неба“ (слободног пружања авио-превозничких услуга). У уговорима се налази клаузула по којој државе уговорнице могу онемогућити одређеним авио-компанијама да користе погодности које уговор пружа, уколико су у власништву или под контролом држављана друге земље. *ЕСЈ* је закључио да „принцип националног третмана захтева од државе чланице која има закључен билатерални уговор о избегавању двоструког опорезивања са државом не-чланицом да пружи сталним пословним јединицама компанија које су резиденти друге државе чланице предности које тај уговор обезбеђује под истим условима као што су они које примењује на компаније које су резиденти у држави чланице која је страна у таквом уговору“.⁴⁸ У конкретном случају, Суд је констатовао да авио-компаније Заједнице трпе дискриминацију, која им онемогућује да уживају користи од третмана који земља чланица – домаћин (тј. Аустрија) пружа својим држављанима. Са пореског аспекта посматрано, *Open Skies* случајеви отварају питање да ли и клаузула о ограничавању погодности (енг. *limitation of benefits* – скраћено: *LoB*), која се среће у већини уговора о избегавању двоструког опорезивања у којима се као једна страна појављују САД, повређује право ЕУ. Циљ *LoB* клаузуле је да погодности које пружа уговор о избегавању двоструког опорезивања ограничи искључиво на резиденте држава уговорница и тако спречи злоупотребу оваквог пореског уговора (енг. *treaty shopping*). Међу бројним тестовима чију примену налаже *LoB* клаузула, налази се и тест резидентног акционара, који захтева постојање одређеног учешћа у капиталу компаније од стране резидената државе уговорнице (више од 50%, при чему највише 50% бруто дохотка резидентне компаније сме да буде коришћено за плаћање обавеза, укључујући камате и ауторске накнаде, лицима која не уживају погодности

⁴⁷ Вид. Lars Pappers, „National Report Netherlands“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 429.

⁴⁸ ECJ, Case C 475/98 (*Commission v. Austria /Open Skies/*) [2002] ECR I 9797, пар. 137.

из пореског уговора) да би та компанија у тој држави могла да се квалификује за погодности које пружа порески уговор. Прихватајући *LoB* клаузулу, изгледа да су неке државе чланице уговориле погодности за своје држављане, а дискриминисале држављане других држава чланица који послују на њиховим одговарајућим територијама, као и компаније које имају на њиховим одговарајућим територијама седиште, али су у власништву или под контролом резидената других држава чланица. *ECJ* је назначио да се слобода пословног настањивања мора примењивати на све компаније основане у држави чланици, без обзира на то да ли оне послују унутар Заједнице или са резидентима треће државе.⁴⁹ У литератури се указује да је нејасно како би државе чланице ЕУ могле да превазиђу дискриминацију изазвану *LoB* клаузулом, јер је то немогуће учинити унилатерално, пошто се ради о одредби обавезујућег уговора међународног јавног права. Чини се да је једини начин да држава чланица ЕУ компензује пореске обвезнике због дискриминације коју примењују, рецимо, САД да им пружи пуни кредит за амерички порез.⁵⁰

Све у свему, овакав исход показује да се не могу спречити sukobi између правила међународног пореског права (по којима се нерезидент увек разликује од резидента⁵¹) и ограничења која право ЕУ поставља и у односима са трећим државама.⁵² Отуда се може појавити

⁴⁹ Вид. L. E. Schoueri, 671-672.

⁵⁰ Вид. Armando Aguirre Luna, „The Relevance of the Open Skies Decisions and Tax Treaty LoB Clauses“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 227.

⁵¹ Чл. 24, ст. 3 Модел конвенције *OECD* предвиђа да опорезивање сталне пословне јединице коју предузете државе уговорнице има у другој држави уговорници не може бити неповољније у тој другој држави од опорезивања предузећа те друге државе које обавља исте делатности. Захтев да опорезивање сталне пословне јединице „не може бити неповољније“ треба разумети на тај начин да не представља дискриминацију ако се нерезидент подвргне различитом опорезивању из практичних разлога (огранак није самостално привредно друштво, него део нерезидентног друштва лоциран у другој држави уговорници), све док те разлике не доведу до већег пореског терета за сталну пословну јединицу нерезидента него за резидентног обвезника. Дакле, важан је само крајњи исход (висина пореског дуга), док порески поступак, односно обавезе из пореског управног односа, не морају бити исти. Вид. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 2008, 291-292.

⁵² Уговори о избегавању двоструког опорезивања, закључени на основу Модел конвенције *OECD*, забрањују само директну дискриминацију, базирану на држављанству, при чему се за резиденте и нерезиденте сматра да нису у истом положају за сврхе опорезивања. Право ЕУ, међутим, сматра да, у начелу, постоји индиректна дискриминација (која настаје када третман који пружа законодавство државе чланице ЕУ, заснован на критеријуму различитом од држављанства, изазива исти дискриминаторски ефекат) уколико се у једној држави чланици ЕУ нерезидент (који је резидент друге државе чланице ЕУ) третира различито од њеног резидента, јер се, мада ситуације резидента и нерезидента начелно нису упоредиве, практично (што се утврђује од случаја до случаја) ради о ускраћивању националног третмана држављанину те друге државе чланице, пошто су нерезиденти по правилу страни

структурна асиметрија у билатералној ситуацији која обухвата једну државу чланицу ЕУ (која мора поштовати ова ограничења) и једну државу не-чланицу, коју обавезују само правила међународног пореског права.⁵³ Асиметрија ће, дакле, постојати не само у погледу „драстичнијег“ (и још увек не превише распрострањеног) настојања треће државе да кроз *LoB* клаузулу из уговора о избегавању двоструког опорезивања спречи примену уговора на лица која јесу резиденти државе уговорнице – чланице ЕУ, али су контролисана од стране резидената државе која није страна уговорница, него и у случају „простог“ настојања треће државе да на основу општеприхваћених правила међународног пореског права ограничи примену пореског уговора на лица која су резиденти једне или друге државе уговорнице.⁵⁴

2.3. Заштита прихода чији је извор у трећој држави

Трећа ситуација у којој се могу појавити индиректни утицаји основних слобода у односима држава чланица ЕУ са трећим земљама постоји у вези са заштитом прихода остварених у трећој држави.

„Отуда, основни сукоб између (међународног) пореског права и права ЕУ је у томе што међународно пореско право случајеве у којима порески обвезник или његов доходак (извор дохотка) *остају* у оквирима исте пореске јурисдикције посматра као фундаментално различите од случајева у којима порески обвезник или његов доходак (извор дохотка) *напуштају* пореску јурисдикцију, или се распростиру у две пореске јурисдикције, док право ЕУ ове позиције посматра као фундаментално упоредиве. Циљ међународног пореског права је да обезбеди правичну расподелу (или, ако је неопходно, унилатералну примену) субјективног пореског права између две пореске јурисдикције и да заштити национални удео у, на овај начин додељеној, пореској основици једној, односно другој држави. Тиме се, *per definitionem*, врши подела пореске основице и (када је реч о ЕУ *Д.П. и Г.И. П.*) унутрашњег тржишта... Циљ права ЕУ је да се учине сличним прекограничне позиције (између држава чланица ЕУ *Д.П. и Г.И. П.*) и домаће позиције, забрањујући, у начелу, сваки дупли терет настао због преласка границе.“ В. Ј. М. Terra, Р. Ј. Wattel, 718.

⁵³ Вид. Р. Pistone (2007а), 36.

⁵⁴ Уколико стална пословна јединица лоцирана у држави чланици ЕУ остварује пасивни доходак (нпр. дивиденде) из треће државе, та трећа држава није дужна да примени снижену стопу пореза по одбитку из пореског уговора са том државом чланицом (јер стална пословна јединица није резидент те државе). У том случају се примењују одредбе пореског уговора између државе резидентства компаније чија је стална пословна јединица и треће државе (државе извора), али се уколико су у том уговору одредбе мање повољне ипак не ради о „дискриминацији“, јер она не дотиче резидента државе чланице у којој је лоцирана стална пословна јединица, за разлику од ситуације коју покрива серија случајева *Open Skies*: овде не постоји резидент ка којем би „дискриминација“ била усмерена, док је код *Open Skies* то свака резидентна авио компанија која пада на *LoB* тесту (јер је контролишу држављани друге државе чланице ЕУ). Отуда се држава чланица у којој се налази стална пословна јединица не може оптужити да специфично признаје право трећој земљи да примењује више стопе пореза по одбитку, што би био непосредан извор дискриминације. Вид. Sabine Heidenbauer, Vanessa Metzler, „National Report Austria“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 113.

ви. Ту је кључна одлука *ECJ* у случају *Saint-Gobain*, који се тиче компаније – резидента Француске, која је имала сталну пословну јединицу у Немачкој, преко које је обављала делатност у Немачкој и држала уделе у иностраним филијалама, укључујући и непосредно учешће у капиталу компаније – резидента САД и посредно (преко немачке филијале) учешће у капиталу компанија – резидентата Швајцарске, Аустрије и Италије. Према немачким прописима о групном опорезивању, добит и губици контролисаних компанија могу се, под одређеним условима, консолидовати на нивоу ентитета који остварује контролу. У конкретном случају, групу су чиниле стална пословна јединица и две њене немачке филијале, а опорезива добит групе је отуда укључивала дивиденде расподељене од стране аустријске, италијанске и швајцарске компаније. Пошто је утврђен износ пореза који дугује група, немачке пореске власти су одлучиле да ентитету који остварује контролу (сталној пословној јединици француске компаније *Saint-Gobain*) не признају индиректни кредит за порезе које су платиле иностране чланице групе на добит из које су расподелиле дивиденде. Да је, уместо сталне пословне јединице, консолидацију извршила компанија – резидент Немачке тој компанији би био признат индиректни порески кредит. Поред тога, иако немачко национално право предвиђа порески кредит као методу за избегавање двоструког опорезивања, у пореским уговорима Немачке са САД и Швајцарском договорена је примена методе изузимања, што значи да дивиденде које потичу из те две државе начелно не би биле подвргнуте опорезивању у Немачкој. Међутим, немачки уговори о избегавању двоструког опорезивања са САД и Швајцарском садржали су клаузулу да се изузимање примењује само уколико је прималац дивиденде компанија – резидент Немачке (уз неке додатне услове), а не и стална пословна јединица компаније – резидента треће државе, лоцирана у Немачкој. *ECJ* се, дакле, суочио са правним питањем чија је суштина да је – како по основу домаћег законодавства, тако и по основу билатералних пореских уговора са државама које нису чланице ЕУ – нерезидентној компанији (резиденту друге државе чланице ЕУ), која преко сталне пословне јединице лоциране у Немачкој држи уделе у капиталу одређених филијала и по том основу остварује дивиденде, ускраћена привилегија која припада компанијама – резидентима Немачке. Суд је у *Saint-Gobain* случају констатовао да постоји повреда слободе пословног настањивања, јер је компанија – резидент једне државе чланице, која у другој држави чланици има сталну пословну јединицу, дискриминисана у односу на компанију – резидента те друге државе чланице. Међутим, с аспекта теме о којој се овде расправља, важан је закључак *ECJ*, ослоњен на констатацију о томе каква је садржина чл. 24, ст. 3 Модел-конвенције *OECD*, да „у случају уговора о избегавању двоструког опорезивања између државе чланице и државе која није чланица, принцип нацио-

налног третмана налаже држави чланица која је страна у том уговору да пружи сталним пословним јединицама нерезидентних компанија предности које обезбеђује уговор, под истим условима као што су они који се примењују на резидентне компаније⁵⁵. Потребно је запознати да је Суд наложио да држава чланица (Немачка) мора да прошири погодности из пореског уговора на сталне пословне јединице нерезидентних компанија, при чему се тако нешто (по основу одлуке *ECJ*) не очекује од друге државе уговорнице, која није чланица ЕУ. На фону одлуке у случају *Saint-Gobain*, у државама чланицама ЕУ су предузете законодавне мере да би се обезбедио национални третман и сталним пословним јединицама компанија које су резиденти других држава чланица ЕУ.

2.4. Забрана дискриминације из пореског уговора између две државе чланице ЕУ не омогућује третман најповлашћеније нације држављанину, односно резиденту треће државе

Четврта ситуација заснована је на резонувању *ECJ* у случају *D.*⁵⁶ које значи да није допуштено позивати се на третман најповлашћеније нације у пореском уговорном праву по основу основних слобода (овде – слободе кретања капитала). Немачки резидент *D.* је, наимае, тврдио да има право на олакшицу код пореза на непокретност лоцирану у Холандији, јер би то право имао да јесте њен резидент. Суд није прихватио овај захтев, дозвољавајући да држава чланица може различито третирати резиденте и нерезиденте, пошто нису у сличној ситуацији (*D.* је имао само мањи део свог капитала у Холандији). Но, важније су импликације реаговања *ECJ* на захтев *D.* да му се допусте погодности које је Холандија – држава чланица у којој има инвестицију (непокретност) – пружила, по основу билатералног пореског уговора, резидентима друге државе чланице (Белгије – чији *D.* није резидент). У чл. 25, ст. 3 тог пореског уговора налази се клаузула о забрани дискриминације, у складу са којом би резидент Белгије, који је у ситуацији аналогној ситуацији *D.-а*, могао да захтева пореску олакшицу за своју непокретност у Холандији, коју Холандија пружа својим резидентима. *ECJ* није прихватио захтев да се одредбе пореског уговора између Белгије и Холандије примене на резидента Немачке (јер би то нарушило темељ међународног уговорног пореског права – да се одредбе пореског уговора примењују само на резиденте држава уговорнице). Другим речима, Суд је одбио примену третмана најповлашћеније нације у контексту билатералног уговора о избегавању двоструког опорезивања између две државе чланице

⁵⁵ *ECJ*, Case C 307/97 (*Saint Gobain*) [1999] ECR I 6161, пар. 59.

⁵⁶ *ECJ*, Case C 376/03 (*D. v. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/On dernemingen buitenland te Heerlen*) [2005] ECR I 5852, пар. 61.

ЕУ, што *a fortiori* значи да ни резиденти, односно држављани трећих држава не могу да захтевају такав третман, позивајући се на СФЕУ.

3. ЗАКЉУЧАК

Тумачећи основне слободе из конститутивних споразума, *ЕСЈ* је развио негативну интеграцију директних пореза у оквиру унутрашњег тржишта ЕУ. Тако су државе чланице биле принуђене да из својих националних прописа уклоне норме за које је Суд установио да представљају препреку несметаном кретању добара, лица, услуга и капитала. Само је последњој од ових слобода дата екстерна димензија – највероватније да би се подстакла либерализација кретања капитала у оквиру припрема за увођење евра. Језичка недвосмисленост норме из чл. 63 СФЕУ, с једне стране и, на првом месту, одсуство реципрочних уступака од стране трећих држава, с друге стране, ставили су *ЕСЈ* пред озбиљне изазове приликом усаглашавања интерпретације слободе кретања капитала искључиво на унутрашњем тржишту и у ситуацији када постоји екстерна димензија.

Анализи смо подвргли и индиректне утицаје основних слобода у односима с трећим државама – на пасивној страни слободе пружања услуга, у праву трећих држава да дискримишу држављане, односно резиденте ЕУ (кроз *LoB* клаузулу), у вези са заштитом прихода остварених у трећој држави (држава чланица је дужна да сталној пословној јединици компаније – резидента друге државе чланице пружи исти третман као и резидентним компанијама, а – уколико постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања – и сталној пословној јединици компаније – резидента треће државе, с позивом на тај уговор), као и кроз ускраћивање права држављанима трећих држава да захтевају третман најповлашћеније нације с позивом на СФЕУ.

Истражујући из визуре држава чланица ЕУ непосредне и посредне ефекте основних слобода, посебно слободе кретања капитала, у односима с трећим државама у домену директних пореза, установили смо да *ЕСЈ* у начелу упоређује домаће и прекограничне ситуације с истом или сличном чињеничном и правном матрицом када се проблеми појављују у оквиру унутрашњег тржишта и у ситуацијама са трећим државама. Постоје, међутим, околности које не допуштају пуни паралелизам, упућујући на одређену рестриktivност у тумачењу слободе кретања капитала према трећим земљама и из њих. То су, између осталог, економска и монетарна унија из чл. 3, ст. 4 СЕУ, која нуди аргументе за потпуну либерализацију кретања капитала унутар ЕУ, али не и у односима с трећим држа-

вама; одређена хармонизација режима директног опорезивања, до које се дошло кроз преговоре између држава чланица ЕУ, а која се не распростире на треће државе (осим уколико не постоји посебан споразум са неком од њих); циљеви и политике економске, социјалне и територијалне кохезије из чл. 174, ст. 1 СФЕУ, који се искључиво односе на државе чланице ЕУ⁵⁷ и др. Све у свему, *ЕCJ* је до сада поступао опрезно, имајући првенствено у виду унилатерални карактер мере из чл. 63 СФЕУ – тј. одсуство реципрочних потеза од стране трећих држава. То је допринело да су домети ове екстерне димензије прилично ограничени. Слободи кретања капитала веома блиска слобода пословног настањивања – која делује само унутар унутрашњег тржишта Уније – постала је, кроз приступ „главног аспекта“, вентил којим се умањује притисак који би стварала једнострана, а широка примена слободе кретања капитала у односима са трећим државама. Ово се посебно примећује на терену директних инвестиција.

Dr. Dejan Popović

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Gordana Ilić-Popov

Professor
University of Belgrade Faculty of Law

EU LAW ON DIRECT TAXES AND THIRD COUNTRIES: THE EXTERNAL DIMENSION OF THE FREE MOVEMENT OF CAPITAL

Summary

It is only the free movement of capital, as stipulated by TFEU, which also has an external dimension. The unilateral character of the measure from Art. 63 TFEU may explain why the scope of this external dimension is limited. Freedom of establishment, which is very close to the free movement of capital but which does not go beyond the Internal Market, via the ECJ's „principal aspect“ approach has become a valve for diminishing the pressure which would have been created by unilateral, but wide application of the free movement of capital in relations between

⁵⁷ Вид. Ana Paula Dourado, „National Report Portugal“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 512.

the EU and third countries. This may especially be noticed in the domain of direct investments. The authors also analyse the indirect impact of fundamental freedoms in relations with third states in the following contexts: (1) freedom to provide services, which concerns the providers as well as the recipients, the latter not being confined to the nationals of the EU Member States; (2) dilemma whether a EU Member State is entitled to conclude an agreement with a third country which is granting the nationals of that Member State certain rights that are not given to the nationals of other Member States; (3) protection of income sourced in third countries; (4) denial of the MFN treatment to a third country's national/resident, who would invoke the non-discrimination clause from a tax treaty between two EU Member States.

Key words: *Free movement of capital. – „Principal aspect“ approach. – Freedom of establishment. – Direct investments. – Non-discrimination.*