

Проф. др Дејан Поповић\*

Проф. др Гордана Илић-Попов\*\*

## ЕКСТЕРНА ДИМЕНЗИЈА СЕКУНДАРНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ДИРЕКТНИМ ПОРЕЗИМА

*Само слобода кретања капитала из СФЕУ има и екстерну димензију. Највећи део права ЕУ није садржан у примарним изворима (СЕУ и СФЕУ), него у секундарном законодавству Уније (уредбама, директивама, одлукама, препорукама и мишљењима). Попут одредби конститутивних споразума, и секундарно законодавство има директан ефекат. Анализи је подвргнут утицај директива из домена хармонизације директног опорезивања на односе са трећим државама. Проширење дејства директива на трећу земљу подразумева постојање посебног споразума између ЕУ и ње. Но, директиве подлежу имплементацији у државама чланицама ЕУ, па тако постају део њиховог законодавства. ЕСЈ сматра да национални судови треба да, узимајући у обзир и сврху националног закона и чињенице случаја, одлуче да ли је слобода кретања капитала непо средно примењива и да, уколико јесте, искључе различит третман садржан у закону. Оправдање за неједнак третман често се налази у разлици у интегрисаности која постоји између држава чланица ЕУ, са једне стране, и тих држава и треће земље, са друге стране. Анализирана су и законска решења која уређују ситуације у којима се, у контексту с елементом треће државе, појављује стал на пословна јединица.*

Кључне речи: Слобода кретања капитала. Приступ „главног аспекта“. Директиве. Оправдање за неједнак третман. Споразум у вези са штедњом између ЕУ и Швајцарске.

---

\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [dejan.popovic@serbianembassy.org.uk](mailto:dejan.popovic@serbianembassy.org.uk).

\*\* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [gordana@ius.bg.ac.rs](mailto:gordana@ius.bg.ac.rs).

## 1. ДИРЕКТНИ ЕФЕКАТ СЕКУНДАРНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Споразум о Европској унији (у даљем тексту: *СЕУ*) и Споразум о функционисању Европске уније (у даљем тексту: *СФЕУ*) прокламују да су циљеви Уније усмерени ка добробити њених грађана<sup>1</sup> и установљавају и обезбеђују функционисање јединственог (унутрашњег) тржишта, као простора без интерних граница, базираног на слободном кретању добара, лица, услуга и капитала.<sup>2</sup> Од наведене четири слободе, једино се слобода кретања капитала и плаћања<sup>3</sup> из чл. 63 СФЕУ односи и на држављане и правна лица трећих држава: та норма прописује да су забрањена сва ограничавања у кретањима капитала (став 1), односно у плаћањима (став 2) између држава чланица и између држава чланица и трећих земаља. Остале слободе тичу се искључиво кретања између држава чланица.

Највећи део права Европске уније (у даљем тексту: *ЕУ*) није садржан у примарним изворима – СЕУ и СФЕУ, него у секундарном законодавству Уније (уредбама, директивама, одлукама, препорукама и мишљењима). Када је у питању примарно право, Суд правде, често називан Европски суд правде (*European Court of Justice* – у даљем тексту: *ЕЦЈ*), још је 1963. године, у вероватно најзначајнијој одлуци коју је икада донео<sup>4</sup> – оној у случају *Van Gend en Loos*<sup>5</sup> – не само утврдио да „Заједница конституише нови правни поредак међународног права, због чега су државе ограничиле своја суверена права, иако у ограниченим доменима“, чиме је установио супрематију права које произлази из Конститутивног споразума и обавезу да се национална права држава чланица морају према њему усклађивати, него и констатовао постојање директног ефекта одредаба Споразума: држављани држава чланица могу се пред судовима непосредно позивати на те одредбе. Сам случај је, гледан из данашње перспективе готово полувековне примене директног ефекта, једноставан: холандска транспортна компанија *Van Gend en Loos* је била изложена увозној

<sup>1</sup> Вид. чл. 3 СЕУ.

<sup>2</sup> Вид. чл. 26, ст. 2 СФЕУ.

<sup>3</sup> Слободно кретање плаћања не представља посебну слободу – оно је „бли заца“ 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* (eds. Michael Lang, Pasquale Pistone), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, 594–595.

<sup>4</sup> Вид. Damian Chalmers, Gareth Davies, Giorgio Monti, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, 14.

<sup>5</sup> ECJ, Case C 26/62 (*Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*) [1963] ECR 1, пар. 3.

дажбини на хемикалије увезене из Немачке, па се пред холандским пореским судом позвала на чл. 12 тадашњег Римског споразума (сада је то чл. 30 СФЕУ), који забрањује царине и дажбине које имају исти ефекат на кретање добара између држава чланица. Холандски суд се обратио *ECJ* са питањем да ли се држављанин државе чланице може пред националним судом позивати на право које му непосредно даје Споразум, а *ECJ* је донео наведену, од тада слављену, одлуку.

Када се поставило питање директног ефекта секундарног законодавства ЕУ, најједноставније је било дати позитиван одговор у односу на уредбе (енг. *regulations*),<sup>6</sup> одлуке<sup>7</sup> и међународне уговоре које је ЕУ закључила са трећим државама.<sup>8</sup> Позиција директива је сложенија, јер оне обавезују државе чланице у погледу исхода који треба постићи, али пружају дискреционо право националним властима у погледу начина како исход реализовати. Међутим, *ECJ* је још 1974. године у (непореском) случају *Van Duyn*<sup>9</sup> стао на становиште да директива може имати директан ефекат. Иницијално слабу аргументацију<sup>10</sup> Суд је временом појачавао, да би до краја те деценије изабрао *estoppel* принцип као оправдање за директни ефекат директиве у ситуацији када држава чланица није у прописаном року усвојила одговарајућу националну меру за остваривање исхода који је директивом наложен. *Estoppel* представља правило доказивања, преузето из *common law*-а, којим се неком лицу (укључујући државу чланицу) не допушта да се позива на свој пропуст да би некоме ускратило право које би му припадало да је изостала мера благовремено била донета. У овом погледу парадигматичан је случај *Becker*,<sup>11</sup> где се посредница у кредитним пословима пред немачким пореским судом позвала на одредбу тадашње VI директиве о ПДВ, која је од држава чланица захтевала да од ПДВ ослободе, између осталог, кредитне послове, укључујући посредовање, што је немачки законодавац пропустио да у прописаном року учини. *ECJ* је заузео

<sup>6</sup> *ECJ*, Case C 93/71 (*Leonesio v. Italian Ministry of Agriculture*) [1972] ECR 293, пар. 5. Уосталом, формулација чл. 288, ст. 2 СФЕУ је недвосмислена: „Уредба има општу примену. Она је обавезујућа у својој целости и непосредно примењива у свим државама чланицама.“

<sup>7</sup> Чл. 288, ст. 4 СФЕУ прописује: „Одлука је обавезујућа у својој целости. Одлука која спецификује оне на које се односи обавезујућа је само за њих.“

<sup>8</sup> Да би неки међународни уговор, закључен од стране ЕУ, имао директан ефекат, потребно је да, имајући у виду формулације, природу и сврху уговора, његова одредба буде довољно прецизна и неусловљена. Вид. *ECJ*, Case C 104/81 (*Hauptzollamt Mainz v. Kupferberg*) [1982] ECR 3641, пар. 23.

<sup>9</sup> *ECJ*, Case C 41/74 (*Van Duyn v. Home Office*) [1974] ECR 1337, пар. 12-15.

<sup>10</sup> Упор. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 286-287.

<sup>11</sup> *ECJ*, Case C 8/81 (*Ursula Becker v. Finanzamt Münster Innenstadt*) [1982] ECR 69, пар. 22-24.

став који полази од дефиниције директиве из чл. 288, ст. 3 СФЕУ: „Директива је обавезујућа, у погледу исхода који треба постићи, за сваку државу чланицу ка којој је усмерена, али оставља националним властима да изаберу форму и методе.“ Кадгод је директива исправно примењена, њени се ефекти распростиру до грађана посредством имплементирајућих мера, усвојених од стране државе чланице о којој се ради. Међутим, уколико држава чланица не примени исправно директиву, односно уколико њене одредбе нису имплементирани у прописаном року, онда Суд констатује да би било некомпатибилно с обавезујућим учинком, који чл. 288, ст. 3 СФЕУ даје директивима, у начелу искључити могућност да се заинтересована лица ослоне на обавезе њима наметнуте. Држава чланица која није у прописаном року усвојила имплементирајуће мере које налаже директива не може да се, против грађана,<sup>12</sup> позива на сопствени пропуст да испуни обавезу коју намеће директива. Отуда, где год се одредбе директиве, у мери у којој се ради о предмету њеног уређивања, показују као безусловне и довољно прецизне, на њих се – у одсуству имплементирајућих мера усвојених у предвиђеном року – може позивати, уместо на национални пропис који је некомпатибилан са директивом, у мери у којој одредбе уређују права која грађани могу да истакну против државе.<sup>13</sup>

## 2. ДИРЕКТИВЕ У ОБЛАСТИ НЕПОСРЕДНИХ ПОРЕЗА

Основ за доношење директива у области директног опорезивања пронађен је у чл. 115 СФЕУ: „Савет ће, поступајући једногласно у складу са посебном законодавном процедуром, а пошто консултује Европски парламент и Економски и социјални комитет, донети директиве за приближавање оних закона, уредаба или управних одредаба држава чланица који непосредно утичу на установљавање или функционисање унутрашњег тржишта.“ У овом контексту, Савет је донео неколико директива:

<sup>12</sup> Обрнуто не важи: држава чланица ЕУ, која је пропустила да примени директиву, не може се позивати на ту неимплементирану директиву у поступку против грађана или предузећа, поготово не уколико директива налаже кажњавање одређеног понашања грађана или предузећа. Вид. ECJ, Case C 80/86 (*Kolpinghuis*) [1987] ECR 3969, пар. 9 и 10.

<sup>13</sup> О томе да директива, сама по себи, без имплементације, не може намећати обавезе грађанима, као и о могућности да ипак, под одређеним околностима, има хоризонтални учинак (тј. да се на њу може позивати у поступку једне стране против друге), упор. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, 288 и даље; Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 86-88.

- Директиву о заједничком систему опорезивања примењивом у случају матичних компанија и филијала<sup>14</sup> у различитим државама чланицама<sup>15</sup> (скраћено: енг. *Parent–Subsidiary Directive*);
- Директиву о заједничком систему опорезивања камата и ауторских накнада плаћених између повезаних компанија<sup>16</sup> (скраћено: енг. *Interest–Royalties Directive*);
- Директиву о опорезивању прихода од штедње у облику плаћања камата<sup>17</sup> (скраћено: енг. *Savings Directive*);
- Директиву о заједничком систему опорезивања примењивом на спајања, поделе, трансфере огранака и размене акција који се односе на компаније у различитим државама чланицама<sup>18</sup> (скраћено: енг. *Fiscal Merger Directive*);
- Директиву о административној сарадњи у области опорезивања,<sup>19</sup> која је, за разлику од претходних, процедуралног, а не материјалноправног карактера.

<sup>14</sup> У овом чланку се термин „филијала“ користи у складу с одредбом чл. 52, ст. 6 Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10 и 101/11: у питању је правно лице у чијем капиталу матично правно лице (матична компанија) учествује под прописаним условима.

<sup>15</sup> Council Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *OJ L* 225, 20.8.1990, as amended by Council Directive 2003/123/EC, *OJ L* 007, 13.1.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006. Пред крај 2011. године донета је преуређена (енг. *recast*) Council Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *OJ L* 345, 30.11.2011; ради се о пречишћеном тексту директиве из 1990. године и њених каснијих измена и допуна, у који су унете и одређене интервенције у складу са ставовима *ECJ*.

<sup>16</sup> 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, *OJ L* 157, 26.6.2003, as amended by Council Directive 2004/66/EC, *OJ L* 168, 1.5.2004, Council Directive 2004/76/EC, *OJ L* 195, 2.6.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

<sup>17</sup> Council Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, *OJ L* 157, 26.6.2003, as amended by Council Directive 2004/66/EC, *OJ L* 168, 1.5.2004, and Council Directive 2006/98/EC, *OJ L* 363, 20.12.2006.

<sup>18</sup> Council Directive 90/434/EEC on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, *OJ L* 225, 20.8.1990, as amended by Council Directive 2005/19/EC, *OJ L* 58, 4.3.2005.

<sup>19</sup> Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, *OJ L* 64, 15.2.2011. Овом директивом замењена је и стављена ван снаге давно донета Council Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field

*Parent–Subsidiary* директива има за циљ да уклони пореске препреке код исплата дивиденди које филијала – резидент једне државе чланице врши матичној компанији – резиденту друге државе чланице, препреке које ствара: (1) постојање пореза по одбитку на излазне дивиденде у држави у којој се налази филијала, као и (2) економско двоструко опорезивање типа III<sup>20</sup> добити из које су дивиденде исплаћене, ако се у држави у којој се налази матична компанија улазне дивиденде укључе у њену опорезиву добит. Да би се остварио овај циљ, Директива прописује укидање пореза по одбитку на дивиденде које се исплаћују из једне државе чланице у другу и налаже држави резидентства матичне компаније да улазне дивиденде или изузме од опорезивања порезом на добит корпорација [чл. 4, ст. 1, тач. (а)] или да, уколико их укључи у опорезиву добит, допусти примену индиректног пореског кредита<sup>21</sup> [чл. 4, ст. 1, тач. (б)]. За добијање статуса „матична компанија – филијала“ иницијално се (1990. године) захтевало учешће у капиталу од најмање 25%, да би се праг током прве деценије XXI века снижавао на 20%, 15% и, коначно (2009. године), на 10%.

*Interest–Royalties* директива усвојена је са циљем да се уклони препрека коју представљају порези по одбитку на камате и ауторске накнаде које компанија – резидент једне државе чланице (или њен огранак) исплаћује стварном власнику<sup>22</sup> (енг. *beneficial owner*), који је повезана компанија – резидент (или њен огранак) друге државе чланице. Повезаност постоји уколико исплатилац има непосредно најмање 25% капитала или права гласа у примаоцу, односно уколико прималац има непосредно најмање 25% капитала или права гласа у исплатиоцу.

*Savings* директива има за крајњи циљ да се, кроз размену информација, обезбеди да камате по основу штедње, чији је исплатилац (енг. *paying agent*) резидент једне државе чланице, буду ефективно опорезоване у другој држави чланици – оној чији је резидент физичко лице које прима камату као њен стварни власник. Исплатилац камате је дужан да пореским властима државе свога резидентства достави податке о идентитету, боравишту и бројевима рачуна примаоца камате, координатама исплатиоца и исплаћеном износу, а оне су у обавези да те информације проследе пореским властима државе чији је резидент прималац камате. Трима државама – Аустрији, Белгији и

of direct taxation and taxation of insurance premiums, *OJ L 336*, 27.12.1977, која је представљала прву директиву у домену непосредног опорезивања.

<sup>20</sup> Вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011<sup>7</sup>, 215.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 232.

<sup>22</sup> Стварно власништво постоји уколико компанија прима камате, односно ауторске накнаде у своју корист, а не као посредник за рачун другог лица.

Луксембургу – одобрено је да у прелазном периоду (чије је трајање практично неодређено) уместо размене информација наплаћују (на извору) порез по одбитку на камату, чије ће приходе делити са државом штедишиног резидентства.<sup>23</sup>

*Fiscal Merger* директива донета је да би се уклонили порески проблеми који настају код спајања две компаније или више компанија из различитих држава чланица, код поделе компанија (укључујући издвајање) на одвојене компаније у различитим државама чланицама, код преноса огранка компаније из једне државе чланице на компанију из друге државе чланице, код размене акција у случају прекограничног преузимања (енг. *takeover*) и код преноса регистрованог седишта „европске компаније“ (*Societas Europea*), односно „европског задружног друштва“ из једне државе чланице у другу. Пореске препреке које ова директива треба да одстрани представљају: (а) опорезивање капиталних добитака реализованих у наведеним статусним променама и другим операцијама, а да није примљен готов новац (нпр., компанија – резидент Аустрије, која пренесе свој огранак на компанију – резидента Италије у замену за акције у италијанској компанији, морала би, у начелу, да плати порез на разлику између тржишне и књиговодствене вредности огранка, при чему није остварен готовински приход, већ је само дошло до размене средстава /огранка/ за акције<sup>24</sup>); (б) обавеза укључивања у пореску основицу скривених резерви<sup>25</sup> по извршеном преносу; као и (в) немогућност преношења неискоришћених пореских губитака из претходних година на компанију – стицаоца. Да би се постигли жељени циљеви, *Fiscal Merger* директива предвиђа да се обавеза по основу оваквих капиталних добитака под одређеним условима<sup>26</sup> одлаже, да се неопорезиве резерве не смеју развргнути и опорезовати, него се имају пренети на компанију – стицаоца, те да се неискоришћени губици огранка такође преносе.

<sup>23</sup> Белгија је, почев од 1. јануара 2010. године, напустила прелазни режим.

<sup>24</sup> Слични проблеми настају и за акционара укљученог у статусну промену или размену акција: уколико размењује акције у аустријској компанији за новоформиране акције у италијанској компанији, са којом се аустријска компанија спаја или која купује акције у аустријској компанији, тај акционар ће остварити капитални добитак код отуђења акција у аустријској компанији, при чему је, уместо готовине, добио акције у италијанској компанији („папир за папир“).

<sup>25</sup> Скривене резерве су резерве које нису приказане у билансу стања, него се жељени ефекат издвајања постиже прецењивањем обавеза, односно потцењивањем активе.

<sup>26</sup> Пошто се вредност акција у компанији преносиоцу ретко када може поклопити са вредношћу акција у компанији стицаоцу, чл. 2 *Fiscal Merger* директиве дозвољава да се (ранијим) акционарима компаније преносиоца може придеислатити и новчана накнада, чији износ не сме да пређе 10% номиналне вредности акција у компанији стицаоцу које су им дате (што не важи у случају преноса огранка). Ова готовинска накнада подлеже опорезивању без одлагања.

### 3. ДА ЛИ СЕ ПОЉЕ ПРИМЕНЕ ДИРЕКТИВЕ МОЖЕ ПРЕНЕТИ НА СИТУАЦИЈЕ С ЕЛЕМЕНТОМ ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ?

Пошто су директиве, као и остали инструменти секундарног права ЕУ, настале да би се остварили циљеви који се нису могли постићи кроз примарно право, у њиховом тумачењу и примени не би требало да настају нове препреке остваривању основних слобода. Но, из тога не произлази закључак да би се поље примене директива могло ширити на ситуације с елементом треће државе, да би се тако избегао конфликт с одредбом чл. 63 СФЕУ. Наиме, отклањање препреке за функционисање унутрашњег тржишта у некој конкретној ситуацији (због чега је одређена директива донета) аутоматски подразумева постојање лошије позиције за оне који не попадају под заједнички режим.<sup>27</sup> Уосталом, како примењује Теноре (*Tenore*), чл. 64, ст. 3 СФЕУ допушта да Савет може, поступајући једногласно у складу са посебном законодавном процедуром, а пошто консултује Европски парламент, донети мере које ограничавају либерализацију кретања капитала у треће државе и из њих – отуда се непримењивост директиве на ситуације у које је инволвирана трећа држава може сматрати као мера из чл. 64, ст. 3 СФЕУ.<sup>28</sup> Пистоне (*Pistone*) указује да однос секундарног права ЕУ са трећим државама „не треба смештати у оквир категорије међусобне ирелевантности, него непомирљиве коегзистенције“, што подразумева постојање посебног споразума између ЕУ и треће земље да би се дејство тога права на њу проширило.<sup>29</sup> У пракси за сада постоји један такав споразум у домену непосредног опорезивања – Споразум о установљавању мера еквивалентних онима дефинисаним у Директиви Савета 2003/48/ЕС у области опорезивања прихода од штедње у облику плаћања камата између Европске заједнице и Швајцарске Конфедерације<sup>30</sup> (у даљем тексту: *Споразум у вези са штедњом*). Он, са једне стране (да би се спречило бекство капитала из ЕУ), обавезује Швајцарску да од 1. јула 2005. године унилатерално примењује мере еквивалентне онима прописаним у *Savings* директиви (наплата пореза по одбитку на камату или достављање информација, уз сагласност штедише),

<sup>27</sup> Pasquale Pistone, „General Report“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 49.

<sup>28</sup> Вид. Mario Tenore, „National Report Italy“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 341.

<sup>29</sup> Вид. Pasquale Pistone, „Five Years of EURYI Research on the Impact of European Law on Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxes: Selected Remarks for a General Report“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters* (eds. Sabine Heidenbauer, Birgit Stürzlinger), Linde Verlag, Vienna 2010, 54.

<sup>30</sup> Agreement between the European Community and the Swiss Confederation providing for measures equivalent to those laid down in Council Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, *OJ L* 385, 29.12.2004.



док, са друге стране (да би Споразум био уравнотежен), у чл. 15, ст. 1 и 2 предвиђа билатералне мере којима ће се једна од погодности из *Parent–Subsidiary* директиве (у верзији која је била на снази 1. јануара 2005. године) – а то је отклањање пореске препреке у виду пореза по одбитку на излазне дивиденде у држави у којој се налази филијала, као и погодности из *Interest–Royalties* директиве, пренети на Швајцарску. Споразум у вези са штедњом припада корпусу међународноправних уговора и подлеже тумачењу у складу са правилима Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године.<sup>31</sup> Међутим, Пистоне<sup>32</sup> с правом указује да се не сме пренебрегнути значајан степен утицаја који директиве ЕУ имају на тумачење и примену Споразума у вези са штедњом, посебно тамо где се употребљавају термини дефинисани у *Savings* директиви или у пракси *ECJ* (нпр., *paying agent*, *interest*, *beneficial owner* и др.). Истина, у Споразуму се налазе и елементи који се наслањају на одговарајуће одредбе Модел-конвенције *OECD*<sup>33</sup> (нпр., појам дивиденде<sup>34</sup>), које су различите од формулација из директива или их директиве не садрже. Тешкоће приликом интерпретације ствара и уговорено решење да се тумачење Споразума у вези са штедњом препушта швајцарским судовима и *ECJ*,<sup>35</sup> а не неком заједничком телу, као што је, рецимо, случај код Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране (у даљем тексту: *CCP*),<sup>36</sup> којим се решавање спорова о примени и тумачењу поверава Савету за стабилизацију и придруживање.<sup>37</sup>

Уколико се апстрахује уговорно проширење домета секундарног законодавства, поставља се питање да ли ће држављанин треће земље уживати национални третман (у погледу слободe кретања капитала и плаћања) ако се нађе у ситуацији која је слична ситуацији која пада у поље примене директиве. Будући да директиве подлежу имплементацији у државама чланицама ЕУ, оне постају и национално право, те се поменуто питање отвара на терену домаће мере

<sup>31</sup> Упор. Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*, ЦЕКОС ИН, Београд 2009, 29 и даље.

<sup>32</sup> P. Pistone (2007), 44.

<sup>33</sup> *Model Tax Convention on Income and on Capital*, *OECD*, Paris 2008.

<sup>34</sup> Упор. Robert Danon, Alexandra Storckmeijer, „National Report Switzerland“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 961 и даље.

<sup>35</sup> Ставови *ECJ* поводом Споразума у вези са штедњом обавезују само државу чланицу ЕУ, а не и Швајцарску, а ставови швајцарских судова само Швајцарску, а не и државу чланицу ЕУ.

<sup>36</sup> Закон о потврђивању ССП, *Службени гласник РС*, бр. 83/08.

<sup>37</sup> Вид. чл. 119 ССП.

којом се директива примењује. „Сваки суд у држави чланици мора, у оквиру своје надлежности, примењивати право Заједнице у његовој целокупности и штитити права која оно даје физичким лицима и, у складу са тиме, мора оставити по страни сваку одредбу националног права (укључујући прописе којима се имплементира директива – Д.П. и Г.И.-П.) која је супротна европском праву, без обзира на то да ли је донета пре или после прописа Заједнице.“<sup>38</sup> Имајући у виду примат примарног права ЕУ над секундарним,<sup>39</sup> може се тврдити да директиве (и националне мере којима се оне имплементирају) не смеју стварати нове препреке за остваривање основних слобода: ту се показује значај ових слобода за тумачење секундарног законодавства ЕУ (и) у ситуацијама с елементом треће државе.

Постојеће (рецимо, преовлађујуће) тумачење односа између слободе пословног настањивања и слободе кретања капитала од стране *ECJ*, које се заснива на приступу „главног аспекта“, по којем се национални пропис разматра само у контексту једне слободе – оне за коју Суд процени да је „главна“ (слобода пословног настањивања), док се друга (слобода кретања капитала) проглашава „секундарном“ и подводи под прву,<sup>40</sup> могло би се разумети тако да проблем своди на портфолио инвестиције.<sup>41</sup> То би некога могло да *prima facie* наведе на закључак да се из анализе искључује *Parent–Subsidiary* директива, не само због назива (јер *subsidiary* означава зависно привредно друштво), него и због тога што је услов у погледу висине учешћа матичне компаније у филијали иницијално (од 1990. до 2005. године) износио 25%. Поновимо, међутим, да је каснијим изменама Директиве услов снижен на 10%, чиме се, чак и када би теза да директне инвестиције потпадају под слободу пословног настањивања стајала на „чврстим темељима“, отвара простор за посматрање из угла уживања ових погодности од стране лица из треће државе (са којом држава чланица ЕУ има закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања у који је унета клаузула о третману најповлашћеније нације). У случају када је уговором о избегавању двоструког опорезивања предвиђен третман најповлашћеније нације, лице из треће државе на које се тај уговор примењује би могло основано да захтева да се на њега примењују оне одредбе које су повољније (у овом случају

<sup>38</sup> ECJ, Case C 106/77 (*Simmenthal*) [1978] ECR 629, пар. 21.

<sup>39</sup> Чл. 267, ст. 1, тач. б СФЕУ прописује да је ECJ надлежан да даје прелиминарне ставове (енг. *preliminary rulings*) о валидности и тумачењу аката које доносе институције Уније значи и о усклађености директива са одредбама конститутивних споразума.

<sup>40</sup> Вид. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Право Европске уније о директним порезима и треће државе: екстерна димензија слободе кретања капитала и улога резидентства“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2011, 13–14.

<sup>41</sup> P. Pistone (2007), 49.

одредбе којима су правила садржана у секундарном европском законодавству преточена у национално законодавство државе чланице). С друге стране, уколико доведемо у питање искључиво подвођење директних инвестиција под слободу пословног настањивања,<sup>42</sup> тада би лице из треће државе могло настојати да затражи заштиту путем чл. 63 СФЕУ, позивајући се на третман пружен резидентима државе чланице ЕУ кроз примењену директиву.

#### 4. УЛОГА НАЦИОНАЛНИХ СУДОВА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕУ

Пошто смо подвргли анализи нормативни оквир, погледајмо улогу која, у складу с инструкцијама *ECJ*, припада националним судовима држава чланица у тумачењу екстерне димензије секундарног права ЕУ.

Резоновање *ECJ* у случајевима *KBC Bank* и *Beleggen*<sup>43</sup> упућује на барем два важна закључка. Прво, пошто је белгијски закон којим је примењена *Parent–Subsidiary* директива предвидео да се дивиденде које исплаћује филијала у другој држави чланици укључују у пореску основицу белгијске матичне компаније, да би затим од основице могло да се одбије 95% примљеног износа, али само под условом да матична компанија у датом пореском периоду има позитивну добит по извршеном одбијању, Суд је констатовао да ће, уколико матична компанија има недовољан профит у пореском периоду у којем су дивиденде примљене, она у наредном пореском периоду бити опорезована у односу на дивиденде које јој је исплатила филијала, због чега долази до економског двоструког опорезивања типа III. *ECJ* је, такође, утврдио да је овакво решење у супротности с одредбом чл. 4, ст. 1, тач. (а) Директиве (метода изузимања), за коју се белгијски законодавац определио, јер како национални закон у начелу дозвољава преношење пословних губитака у наредне пореске периоде, оно доводи до тога да се губици тога пореског периода морају пребити са примљеним дивидендама и, до износа примљених дивиденди, не могу пренети унапред. Други закључак – посебно значајан са становишта теме о којој се у овом чланку расправља – тиче се околности да је белгијски национални закон уредио порески третман међукомпанијских дивиденди не само када су матична компанија и филијала из различитих држава чланица (што представља опсег примене *Parent–Subsidiary* директиве), него и у ситуацијама када

---

<sup>42</sup> На шта би, можда, могла упућивати одлука *ECJ* у случају *Holböck*. Вид. фн. 58.

<sup>43</sup> *ECJ*, Joined Cases C 439/07 (*KBC Bank*) and C 499/07 (*Beleggen*) [2009] ECR I 4409, пар. 44, 67 и 68.

су обе компаније из исте државе чланице (тј. Белгије), као и када је филијала из треће државе, а матична компанија из дате државе чланице. Када се, путем националног законодавства у држави чланици, дивиденде из компаније основане у држави која није чланица третирају неповољније од дивиденди из компаније која има седиште у тој држави чланици, на националном је суду да, узимајући у обзир и сврху националног прописа и чињенице случаја који има пред собом, одлучи да ли је чл. 63 СФЕУ<sup>44</sup> примењив и да ли да, уколико јесте, искључи тај различит третман.

Пракса неких националних судова, попут немачког Савезног финансијског суда, показује спремност да се примена слободе кретања капитала у ситуацијама с елементом треће државе одлучно постави на шире основе. У случају *BFH I R 95/05*, Суд се суочио са питањем да ли је у складу са правом да за домаће дивиденде постоји одбитак фиктивних трошкова холдинга, а да, уколико су дивиденде из треће државе, тај одбитак буде ускраћен. *Bundesfinanzhof* се прво позвао на одлуку *ECJ* у случају *Bosal*<sup>45</sup> да слобода пословног настањивања не допушта овакав неједнак третман (радило се о сличној чињеничној ситуацији, али интракомунитарног карактера), а затим, иако је учешће у филијали – резиденту треће државе (Јужноафричке Републике) било веће од 50%, одлучио да се позове на слободу кретања капитала (јер, због елемента треће државе, није могао да се ослони на слободу пословног настањивања). Оваквим тумачењем је немачки Савезни финансијски суд показао да веза коју треба направити између циља националног законодавства и чињеничног стања не потискује по аутоматизму другу слободу, него да се простор који она штити може поново отворити.<sup>46</sup> При томе је овај суд закључио да формулација чл. 63 СФЕУ не прави разлику између кретања капитала на унутрашњем тржишту и кретања капитала између државе чланице ЕУ и треће земље. Штавише, истакао је да не постоји било каква сумња у исправност оваквог тумачења слободе кретања капитала, те да због тога нема потребе да се обраћа *ECJ* ради добијања прелиминарног става.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> По раније важећој нумерацији, то је био чл. 56 Споразума о Европској заједници.

<sup>45</sup> *ECJ*, Case C 168/01 (*Bosal*) [2003] ECR I 9409, пар. 27.

<sup>46</sup> Вид. Суат Гөйденіз, „Impact of Secondary EU Law on Third country Relationships“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 249.

<sup>47</sup> Ralph Obser, „German Court Applies Free Movement of Capital to Third Countries without Restriction“, *Tax Notes International*, 14 November 2006, 672.

## 5. ОПРАВДАЊА ЗА НЕЈЕДНАК ТРЕТМАН

Заједнички циљ *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директиве јесте елиминација пореза по одбитку на дивиденде, односно на камате и ауторске накнаде, које компанија једне државе чланице (или њен огранак) исплаћује квалификованој компанији друге државе чланице. Подврћи ћемо анализи неколико ситуација с елементом треће државе, и то из визуре *ECJ*, да бисмо проверили да ли постоји различит третман у поређењу с интракомунитарним ситуацијама, на које се *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директиве примењују.

Улазне инвестиције (у дату државу чланицу ЕУ) подразумевају излазне дивиденде. Интракомунитарне исплате дивиденди не смеју бити изложене већем пореском терету него исплате домаћим примаоцима. У релативно недавном случају *Commission v. Italy* (објављеном 2009. године) *ECJ* је констатовао да се Италија, чији порески закон подвргава дивиденде које се исплаћују резидентима других држава чланица ЕУ по вишој стопи од оне која се примењује на исплате домаћим примаоцима, не може позивати на порески уговор, јер он не гарантује да ће бити пружен пун кредит за порез по одбитку.<sup>48</sup> Оваква разлика у третману представља, у начелу, повреду слободе кретања капитала, а Суд није пронашао да постоји било које од оправдања за ограничавање ове слободе из чл. 65 СФЕУ.<sup>49</sup> <sup>50</sup> Међутим, *ECJ* се у истом предмету суочио са питањем да ли овде постоји и повреда слободе кретања капитала из чл. 40 Споразума о Европском економском простору, који, поред ЕУ и њених 27 држава чланица, обавезује и три државе чланице *EFTA* – Норвешку, Исланд и Лихтенштајн. Суд је утврдио да, у овом контексту, постоји оправдање за ограничавање слободе кретања капитала – у питању је јавни интерес који се тиче борбе против пореске евазије. Наиме, Директива 77/799/ЕЕС о сарадњи

<sup>48</sup> Ако примљене дивиденде нису, или нису довољно, опорезоване у другој држави чланице, износ наплаћен по одбитку у Италији, или неки његов део, неће се моћи истаћи као порески кредит, па разлика у третману која произлази из примене националних прописа не може бити компензована по основу одредаба пореског уговора. А да ли ће, и у којој мери, приход од дивиденди исплаћених из Италије бити опорезован зависи искључиво од друге државе чланице ЕУ. Вид. *ECJ*, Case C 540/07 (*Commission v. Italy*) [2009] ECR I 10983, пар. 38 и 39.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> *ECJ*, Case C 540/07 (*Commission v. Italy*) [2009] ECR I 10983, пар. 45-64.

између пореских органа држава чланица ЕУ<sup>51</sup> не односи се на треће државе, па ни на ове чланице *EFTA*, а ни у одговарајућим уговорима о избегавању двоструког опорезивања између Италије и ових држава не постоје (у случају Лихтенштајна – уопште, а у случају Норвешке и Исланда – с адекватним садржајем) одредбе о размени информација. *ECJ* је италијански пропис оценио као примерен за остваривање циља (борба против евазије у исплатама дивиденди резидентима Норвешке, Исланда и Лихтенштајна), при чему је утврдио да та мера није диспропорционална.<sup>52</sup> Пропорционалност значи да мера мора бити одговарајућа да би се обезбедило остваривање циља који се жели постићи и да не сме да иде преко онога што је неопходно да би се циљ остварио.

Излазне инвестиције (из дате државе чланице ЕУ) подразумевају улазне дивиденде. Држава чланица не сме да интракومنитарне дивиденде које прима члан привредног друштва (акционар) изложи већем пореском терету од дивиденди које прима из домаћег извора. *ECJ* је у случају *Verkooijen* прогласио да се ради о ограничавању слободног кретања капитала када су у Холандији домаће улазне дивиденде изузете од опорезивања, а улазне дивиденде из друге државе чланице ЕУ нису: оваква мера одвраћа резиденте Холандије од улагања у иностране компаније, а отежава страним компанијама да у Холандији налазе капитал.<sup>53</sup> Тек од одлуке у случају *Verkooijen* – прве одлуке с изричитим ставом да је нека мера из области директних пореза инкомпатибилна са слободом кретања капитала,<sup>54</sup> а објављене 2000. године, сасвим је јасно да опорезивање прихода од дивиденди потпада под слободу кретања капитала из чл. 63 СФЕУ. Прва одлука која се тичала директног опорезивања и слободе пословног настањивања (*Avoir fiscal*) датира још у 1986. годину.<sup>55</sup>

Уколико су у питању дивиденде пореклом из трећих држава, остају дилеме изазване склоношћу *ECJ* да у таквим ситуацијама, примењујући приступ „главног аспекта“, проглашава да се *код директних инвестиција* примарно ради о слободи пословног настањивања, те да занемарује ограничавање инволвиране слободе кретања капитала као „неизбежну последицу ограничавања слободе пословног

<sup>51</sup> Поновимо да је ова директива, донета још 1977. године, почев од 15. фебруара 2011. године замењена Директивом о административној сарадњи у области опорезивања.

<sup>52</sup> *ECJ*, Case C 540/07 (*Commission v. Italy*) [2009] ECR I 10983, пар. 68–72.

<sup>53</sup> *ECJ*, Case C 35/98 (*Verkooijen*) [2000] ECR I 4071, пар. 34 и 35.

<sup>54</sup> 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, 630.

<sup>55</sup> *ECJ*, Case C 270/83 *Commission v. France* [1986] ECR 273.

настањивања“.<sup>56</sup> Ово даље значи да се ефективно ускраћује заштита за случај нарушавања (и) слободе кретања капитала – слободе која је за држављане и правна лица трећих држава једина релевантна, пошто остале слободе, поновимо, делују искључиво у односима између држава чланица ЕУ.<sup>57</sup> Неизвесно је у којој ће мери одлука у случају *Holböck*<sup>58</sup> шире отворити простор за примену и слободе кретања капитала, чиме би заштита од ограничавајућих мера примењених на дивиденде које долазе из трећих држава постала нешто извеснијом. Наиме, том приликом, где нису преовлађивали ни елементи ефективне контроле (карактеристични за директне инвестиције), ни портфолио инвестиција (за које, пак, није спорно да потпадају под слободу кретања капитала<sup>59</sup>), *ECJ* је могао оцењивати националну меру било кроз призму слободе пословног настањивања, било кроз призму слободе кретања капитала. Случај *Holböck* односи се 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 извор<sup>60</sup> 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, поновимо, мера састоји у ускраћивању ниже стопе дивидендама чији је извор у трећој држави *независно* од тога да ли потичу од директних или портфолио инвестиција.<sup>61</sup>

Напоменимо да је *ECJ* код улазних дивиденди резонувао на начин примењен у случају *Commission v. Italy*, који се односи на излазне дивиденде: одсуство ефеката Директиве 77/799/ЕЕС о сарадњи између пореских органа држава чланица ЕУ и рачуноводствене хармонизације која постоји унутар ЕУ представља разлог који допушта држави чланици (Шведској) да примени меру по којој право

<sup>56</sup> ECJ, Case C 524/04 (*Test Claimants in the the Thin Cap Group Litigation*) [2007] ECR I 2107, пар. 101.

<sup>57</sup> Вид. Д. Поповић, Г. Илић Попов, 10.

<sup>58</sup> ECJ, Case C 157/05 (*Winfred Holböck v. Finanzamt Salzburg Land*) [2007] ECR I 4051, пар. 30.

<sup>59</sup> ECJ, Case C 251/98 (*Baars*) [2000] ECR I 2787, пар. 22.

<sup>60</sup> Упор. Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Утврђивање извора у пореском праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 114-116.

<sup>61</sup> 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 Европској заједници (који одговара чл. 64, ст. 1 СФЕУ), јер је била на снази на дан 31. децембра 1993. године.

на изузимање од пореза дивиденди расподељиваних у виду акција у филијали припада резидентима Шведске само уколико је расподелу вршила компанија – резидент Шведске, резидент друге државе чланице ЕУ или државе из Европског економског простора, али не и уколико је расподелу вршила компанија – резидент треће државе (изван Европског економског простора), осим уколико је та држава закључила са Шведском споразум који обезбеђује размену информација у пореским стварима.<sup>62</sup>

## 6. СТАЛНА ПОСЛОВНА ЈЕДИНИЦА (У КОНТЕКСТУ С ЕЛЕМЕНТОМ ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ) У НАЦИОНАЛНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ КОЈИМ СЕ ИМПЛЕМЕНТИРАЈУ ДИРЕКТИВЕ

Погледајмо, на крају, порескоправне аспекте неколико ситуација у вези с инвестицијама (тачније, приходима од дивиденди, камата и ауторских накнада), у које су инволвиране сталне пословне јединице, када би се држављани, односно резиденти ЕУ могли наћи изван опсега *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties*<sup>63</sup> директиве због постојања екстерне димензије.

(1) *Матична компанија – резидент треће државе, а има сталну пословну јединицу у држави чланици ЕУ, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент друге државе чланице ЕУ.* Код излазних дивиденди, пример из, рецимо, француског права којим се примењује *Parent–Subsidiary* директива показује да се не предвиђа изузимање од пореза по одбитку када резидентна филијала врши исплату дивиденди сталној пословној јединици у другој држави чланици ЕУ, чија је централа резидент треће земље.<sup>64</sup> Овакав порескоправни режим се, *mutatis mutandis*, примењује и на камате и ауторске накнаде. Начелно би се могло аргументовати да се овде ради о нарушавању слободе кретања капитала из чл. 63 СФЕУ, јер се, на овај начин, дивиденде када их филијала – резидент једне државе чланице исплаћује огранку лоцираном у другој држави чланици опорезују, а када их исплаћује компанији – резиденту друге државе чланице не подлежу порезу по одбитку. Но, с обзиром на склоност *ECJ* да се, по основу „главног

<sup>62</sup> ECJ, Case C 101/05 (*Skatteverket v. A*) [2007] ECR I 11531, пар. 54–67.

<sup>63</sup> Изразе „матична компанија“ и „филијала“ у контексту *Interest Royalties* директиве треба прихватити условно, јер се у тој директиви користи концепт „повезаних компанија“. Вид. горе, одељак 2 овог чланка.

<sup>64</sup> Уколико постоји ослобођење од пореза по одбитку у пореском уговору, онда се, по основу уговора, француски порез по одбитку на дивиденде неће обрачунавати.



аспекта“, позива на слободу пословног настањивања при оцењивању усклађености пореза по одбитку са правом ЕУ,<sup>65</sup> инвеститор из треће државе би у оваквој ситуацији остао изложен неједнаком третману.<sup>66</sup> Код улазних дивиденди, пример из, рецимо опет, француског права којим се примењује *Parent–Subsidiary* директива показује да се на дивиденде примљене на нивоу сталне пословне јединице примењује *parent–subsidiary* режим, без обзира на то да ли је централа резидент друге државе чланице ЕУ или треће државе.<sup>67</sup> Када су у питању приходи од камата и ауторских накнада, они се укључују у опорезиву добит сталне пословне јединице лоциране у Француској (уколико је она стварни власник ових прихода, при чему испуњеност услова за привилегију по основу *Interest–Royalties* директиве утврђује држава резидентства исплатиоца), а други део предузећа којем припада огранак не може се сматрати стварним власником прихода од стране пореских власти исплатиоачеве државе резидентства.

(2) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ, а има сталну пословну јединицу у трећој држави, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент друге државе чланице.* У оваквој ситуацији, код излазних дивиденди неће се применити изузимање од пореза по одбитку, јер стална пословна јединица није лоцирана у држави чланици. Код улазних дивиденди, пошто се у Француској примењује територијални принцип, добит сталне пословне јединице изузима се од опорезивања.

(3) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент треће државе, а која има сталну пословну јединицу у другој држави чланици ЕУ.* Код излазних дивиденди, у француском праву се примењује порез на добит огранка (енг. *branch tax*), који третира добит сталне пословне јединице као да је расподељена нерезидентним акционарима компаније која представља централу те јединице. Стопа тога пореза је 25%, уколико није снижена путем пореског уговора. Ту се пола-

<sup>65</sup> ECJ, Case C 170/05 (*Denkavit International*) [2006] ECR I 11949, пар. 27-29.

<sup>66</sup> Вид. Tsai yin Chen, „Tax Treatment of EU Permanent Establishments of Third country Investors“, *The EU's External Dimension in Direct Tax Matters*, 333.

<sup>67</sup> Услови за примену изузимања по основу *Parent Subsidiary* директиве су: (1) дивиденде прима стална пословна јединица лоцирана у држави чланици ЕУ, која припада компанији резиденту друге државе чланице ЕУ; (2) компанија која има сталну пословну јединицу лоцирану у држави чланици ЕУ мора бити организована у правној форми предвиђеној у Анексу Директиве; (3) та компанија мора бити под вргнута порезу на добит или сличном порезу, у складу са законом државе чланице ЕУ где је смештена, без могућности да буде изузета или да оптира за опорезивање; (4) та компанија мора држати најмање 10% удела у правном лицу смештеном у другој држави чланици ЕУ; (5) она не сме да буде резидент треће државе по основу примене чл. 4, ст. 3 уговора о избегавању двоструког опорезивања са том трећом државом; (6) холдинг период мора износити најмање две године, без прекида.

зи од тога да стална пословна јединица није део компаније – резидента државе чланице ЕУ, те да отуда нема права на привилеговани порески режим предвиђен *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директивама. Међутим, у литератури се указује на околност да се управо стална пословна јединица, а не њена централа, сматра исплатиоцем, те да се, тако, остаје у „ЕУ контексту“,<sup>68</sup> што би значило да би стална пословна јединица компаније – резидента треће државе, лоцирана у једној држави чланици, требало да буде подвргнута привилегованом пореском третману приликом исплате дивиденди, камата или ауторских накнада квалификованој компанији – резиденту друге државе чланице. С друге стране, прихватањем претпоставке о сталној пословној јединици као исплатиоцу отворио би се простор за пенетрацију држављана трећих држава, који би, оснивањем огранака у државама чланицама ЕУ, могли широко уживати основне слободе предвиђене само за држављане ЕУ. Код улазних дивиденди, у француском праву, ако постоји порески уговор, матична компанија може остварити порески кредит за дивиденде, камате и ауторске накнаде. Околност да је доходак који исплаћује филијала настао у сталној пословној јединици није од значаја. Ако не постоји порески уговор, примењује се – само за дивиденде – 95% изузимање, по основу домаћег прописа.

(4) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент друге државе чланице ЕУ, а која има сталну пословну јединицу у трећој држави.* Код излазних дивиденди, на основу територијалног принципа добит иностране сталне пословне јединице не подлеже порезу на добит корпорација у Француској и може се расподелити без пореза по одбитку. Исплаћене камате и ауторске накнаде, које су ефективно повезане с иностраном сталном пословном јединицом, сматрају се, по француским домаћим прописима, да имају извор у иностранству и не подлежу француском порезу по одбитку. Код улазних дивиденди, дивиденде које расподељује филијала – резидент државе чланице ЕУ изузете су од пореза по одбитку по основу *parent–subsidiary* режима. Са становишта матичне компаније (тј. француског домаћег права), не признаје се никакав индиректни порески кредит.

(5) *Матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент друге државе чланице ЕУ, при чему је матична компанија потпуно контролисана од стране акционара који су резиденти треће државе.* Код излазних дивиденди, у француском праву којим се примењује *Parent–Subsidiary* директива постоји антиабузивна одредба, која спречава изузимање уколико се дивиденде расподељују компанији која је ди-

<sup>68</sup> Вид. Madalina Cotrut, „National Report Romania“, *The EU and Third Countries: Direct Taxation*, 857.

ректно или индиректно контролисана од стране резидената трећих држава, осим уколико прималац не докаже да главни циљ холдинга није искоришћавање погодности од изузимања. Аналогна одредба постоји и у прописима којима се примењује *Interest-Royalties* директива. Ако дође до ускраћивања изузимања, примениће се снижене стопе пореза по одбитку, предвиђене одговарајућим пореским уговором. Код улазних дивиденди, чињеница да је француска компанија – прималац дивиденди из друге државе чланице ЕУ контролисана од стране резидената треће државе не ствара било какве порескоправне последице у Француској.

## 7. ЗАКЉУЧАК

Од четири основне слободе из конститутивних споразума, само је слобода кретања капитала дата екстерна димензија (у чл. 63 СФЕУ) – највероватније да би се подстакла либерализација кретања капитала у оквиру припрема за увођење евра. Тумачећи ову норму, *ECJ* у начелу не подржава различит приступ у односима између држава чланица и између њих и трећих држава. Међутим, унилатерални карактер мере из чл. 63 СФЕУ – тј. одсуство реципрочних потеза од стране трећих држава – допринео је 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 примењује на терену директних инвестиција.

У чланку је анализиран утицај секундарног права ЕУ (директива из домена хармонизације директног опорезивања) на односе са трећим државама, и утврђено је да се непримењивост директиве на ситуације с екстерном димензијом може сматрати мером из чл. 64, ст. 3 СФЕУ, којом се ограничава либерализација кретања капитала у треће државе и из њих. Проширење дејства неке директиве на трећу државу подразумева постојање посебног споразума између ЕУ и те државе, као што је случај са Швајцарском. Но, будући да директиве подлежу имплементацији у државама чланицама ЕУ и на тај начин постају део њиховог националног права, национални прописи којима се директиве примењују не би смели да стварају нове препреке за остваривање основних слобода. *ECJ* је зато у случајевима *KBC Bank* и *Beleggen* заузео став да је, када се путем законодавства државе чланице дивиденде из компаније основане у трећој држави третирају неповољније од дивиденди из компаније која има седиште у тој држави чланици, на националном суду да, узимајући у обзир

и сврху националног прописа и чињенице случаја, одлучи да ли је чл. 63 СФЕУ примењив и да, уколико јесте, искључи тај различит третман.

Оправдање за неједнак третман налази се у разлици између правне интегрисаности која постоји између држава чланица ЕУ, с једне стране, и тих држава и неке треће земље, с друге стране. Ту, пре свега, имамо у виду да би држава чланица ЕУ могла бити у стању да покаже да је ограничавање слободе кретања капитала у треће државе или из њих оправдано из посебног разлога у околностима када тај разлог не би представљао ваљано оправдање за ограничавање кретања капитала између држава чланица: најчешће се ради о одсуству ефеката Директиве о административној сарадњи у области опорезивања, које није „попуњено“ билатералним споразумом о размени информација у пореским стварима.

На крају су, на примеру француског права којим се имплементирају *Parent–Subsidiary* и *Interest–Royalties* директива, анализиране ситуације у којима се, у контексту с елементом треће државе, појављује стална пословна јединица. Утврђено је да се, када матична компанија – резидент треће државе, која има сталну пословну јединицу у држави чланици ЕУ, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент Француске, као и када матична компанија – резидент државе чланице ЕУ, која има сталну пословну јединицу у трећој држави, остварује приходе (ефективно повезане са том јединицом) из филијале која је резидент Француске, не предвиђа изузимање од пореза по одбитку. Позивање на директну примену слободе кретања капитала из чл. 63 СФЕУ не би дало ефекат, јер *ECJ* показује склоност да се, по основу приступа „главног аспекта“, позива на слободу пословног настањивања (која нема екстерну димензију), а не на слободу кретања капитала. Коначно, уколико матична компанија – резидент државе чланице ЕУ остварује приходе из филијале која је резидент треће државе, а која има сталну пословну јединицу у Француској, спорно је да ли је исправно решење из француског права, по којем тој јединици није пружен привилегован режим у складу са директивама, због тога што њена централа није резидент државе чланице ЕУ: стална пословна јединица се може сматрати исплатиоцем, те би тако остала у „ЕУ контексту“ и заслуживала пореско изузимање, али је ризик од пенетрације држављана трећих држава путем оснивања огранака у држави чланици ЕУ противаргумент који се не може пренебрегнути.

Dr. Dejan Popović

Professor  
University of Belgrade Faculty of Law

Dr. Gordana Ilić-Popov

Professor  
University of Belgrade Faculty of Law

## EXTERNAL DIMENSION OF THE SECONDARY EU LAW ON DIRECT TAXES

### *Summary*

Only one of the four freedoms that represent the core of European Union economic and social policy has an external dimension, and that is free movement of capital. The EU law is predominantly contained in the Union's secondary legislation (regulations, directives, decisions, recommendations and opinions), and not in the primary sources of law (TEU and TFEU). Both primary and secondary sources of the EU law may have direct effect. The main focus of this paper is the impact of the EU directives on direct taxation on third countries (*i.e.* non-member states). This impact is conditional on the existence of a special agreement between the EU and the country in question. However, directives have to be implemented in the member states, thus becoming part of their respective national legislation. It is ECJ's position that the national courts, taking into consideration both the purpose of the national law and the facts of the case, should decide if the principle of free movement of capital is directly applicable and, if it is, to bar a differential treatment which derives from the law. The justification for an unequal treatment is frequently found in the differences in the degree of integration that exist among the member states, on the one hand, and between them and a third country, on the other. The authors also analyze legislation relating to permanent establishments when a third country is involved.

Key words: *Free movement of capital. – „Principal aspect“ approach. – Directives. – Justification for unequal treatment. – Agreement between the EU and Switzerland concerning Savings Directive.*