

УДК 336.227.1/.2(497.11)

CERIF: S110, S130, S141

DOI: 10.5937/AnaliPFB1902007P

Др Дејан Поповић*

Др Гордана Илић Попов**

(НЕ)УСТАВНОСТ ОДРЕДБЕ О ТЕСТУ ГЛАВНОГ ЦИЉА ТРАНСАКЦИЈЕ ИЛИ АРАНЖМАНА ИЗ ПОРЕСКИХ УГОВОРА

Ступањем на снагу Мултилатералне конвенције (Multilateral Instrument – MLI) у Србији почиње да делује клаузула о главном циљу трансакције или аранжмана (ГЦТ тест), која дозвољава пореским властима да не одобре погодност из обухваћеног пореског уговора. У чланку се анализира структура ГЦТ и установљава да су им остављена широка дискрециона овлашћења. Формулација норме је таква да не одређује шта ће се опорезовати у земљи извора пошто погодност буде ускраћена. Аутори закључују да земља резидентства може да не да олакшицу којом елиминира настало двоструко опорезивање ако сматра да није реч о разликама у националном праву већ о разликама у тумачењу одредаба уговора или чињеница. Уставност ГЦТ теста могла би се оцењивати у односу на принципе правне сигурности и једнакости. Пореске власти су добиле арбитрарна овлашћења да процењују да ли је реч о абузивном, једном од главних циљева трансакције или о легитимном комерцијалном циљу, којим ће бити нарушени уставни принципи једнакости и опорезивања према економској снази.

Кључне речи: Главни циљ трансакције или аранжмана. – Мултилатерални инструмент. – Избегавање пореза. – Правна сигурност. – Уставност.

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

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

1. УВОД

Притисак на пореске приходе многих држава распрострањеним искоришћавањем пореских рајева и преференцијалних режима у земљама са иначе високим (или „стандардним“) порезима довео је, нарочито по избијању глобалне финансијске кризе 2008. године, до координације напора да се домаћа пореска основица заштити од стратегија пореског планирања мултинационалних предузећа. Већ 2013. године ОЕЦД је припремио акциони план *BEPS* (енг. *Base Erosion and Profit Shifting*) (ОЕЦД 2013), прихваћен од лидера Г 20, којим је предвиђено 15 акција, са намером да се спрече ерозија основице и сељење добити у циљу избегавања пореза.¹ У акцији 15 било је констатовано да је пожељно, с обзиром на то да би у постојећој мрежи од преко 3.000 пореских уговора билатерална усклађивања била веома тешка и дуготрајна, донети „мултилатерални инструмент“ за примену *BEPS* мера повезаних са пореским уговорима, као правно обавезујућу конвенцију међународног јавног права (ОЕЦД 2015, 10). У том смислу, Србија је, са још 67 држава, 7. јуна 2017. године била иницијални потписник Мултилатералне конвенције за примену мера које се ради спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре² (енг. *Multilateral Instrument*, даље: *MLI*, или *Мултилатерална конвенција*). Конвенција је за Србију ступила на снагу 1. октобра 2018. године.³ Од 60 држава са којима 2019. године Србија примењује порески уговор,⁴ њих 48 је потписало *MLI*,⁵ при чему је он, закључно са 1. јануаром 2019. године, ступио на снагу у осам држава из тог круга.

¹ О борби против агресивног пореског планирања на глобалној основи, видети више у Arnold (2016, 187).

² Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (последњи приступ 10. јануар 2019. године).

³ *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 3/18.

⁴ То су: Албанија, Аустрија, Азербејџан, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Црна Гора, Чешка, Данска, Египат, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Грузија, Холандија, Хрватска, Индија, Индонезија, Иран, Ирска, Италија, Јерменија, Канада, Катар, Казахстан, Кина, Кипар, ДНР Кореја, Република Кореја, Кувајт, Летонија, Либија, Литванија, Луксембург, Мађарска, Македонија, Малезија, Малта, Молдавија, Немачка, Норвешка, Пакистан, Пољска, Румунија, Русија, Сан Марино, Словачка, Словенија, Сри Ланка, Шпанија, Швајцарска, Шведска, Тунис, Турска, Уједињени Арапски Емирати, Украјина, Велика Британија и Вијетнам.

⁵ До 1. јануара 2019. године *MLI* нису приступиле: Албанија, Азербејџан, Белорусија, Босна и Херцеговина, Црна Гора, Иран, ДНР Кореја, Либија, Македонија, Молдавија, Сри Ланка и Вијетнам.

Србија је приликом потписивања *MLI* навела да све своје пореске уговоре, њих 58 који су 2017. године били на снази⁶ и шест тада само потписаних,⁷ сматра „обухваћеним пореским уговорима“, али неколико њених уговорних партнера није сврстало уговоре са Србијом међу своје пореске уговоре обухваћене Мултилатералном конвенцијом.⁸ То не значи да се тиме најављује престанак важења одговарајућег пореског уговора отказом, у смислу чл. 31 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину (OECD 2017) (даље: *Модел-конвенција ОЕЦД*), већ само да тај уговор не подлеже модификацијама предвиђеним у *MLI*.

Мултилатерална конвенција функционише *упоредо* са постојећим уговорима о избегавању двоструког опорезивања,⁹ *модификујући њихову примену*¹⁰ како би се ефикасно имплементирале *BEPS* мере које се односе на пореске уговоре, са циљем спречавања ерозије пореске основице и премештања добити.¹¹

Ако се од 48 страна и потписница¹² Мултилатералне конвенције са којима 2019. године Србија има порески уговор одузме пет које уговор са Србијом нису сврстале међу „обухваћене пореске уговоре“, као и Сан Марино, са којим је порески уговор (у који су уграђена симетрично прихваћена решења из *MLI*) закључен после приступања *MLI*, остаје 35 потписница (Белгија, Бугарска, Чешка, Данска, Египат, Естонија, Финска, Грчка, Грузија, Холандија, Хрватска, Индија, Ирска, Италија, Јерменија, Канада, Катар, Казахстан, Кина, Кипар, Република Кореја, Кувајт, Летонија, Луксембург, Мађарска, Малта, Норвешка, Пакистан, Румунија, Русија, Шпанија, Тунис, Турска, Уједињени Арапски Емирати и Украјина) чији ће порески уговори подлегати модификацијама у складу с одредбама *MLI* након што

⁶ Само су порески уговори са Индонезијом и Сан Марином закључени и ступили на снагу после потписивања *MLI*.

⁷ Са Ганом, Гвинејом, Индонезијом (који је од 1. јануара 2019. године почео да се примењује), Мароком, Палестином и Зимбабвеом.

⁸ Немачка, Шведска, Швајцарска, Малезија и Индонезија.

⁹ Управо се по томе *MLI* разликује од „класичне“ мултилатералне конвенције о избегавању двоструког опорезивања, која замењује све билатералне пореске уговоре који су постојали између држава које су је закључиле. Видети Поповић и Илић Попов (2017, 16).

¹⁰ Видети Bravo (2016, 293).

¹¹ То су мере из следећих *BEPS* акција: Акција 2 – Неутралисање ефеката аранжмана са неподударењем хибрида; Акција 6 – Спречавање пружања погодности из пореских споразума у неподесним околностима; Акција 7 – Спречавање артифицијелног избегавања статуса сталне пословне јединице и Акција 14 – Чињене механизми решавања спорова ефикаснијим.

¹² Термин „страна“ означава државу или јурисдикцију за коју је Конвенција ступила на снагу, а термин „потписница“ државу или јурисдикцију која је потписала Конвенцију, али за коју Конвенција још није на снази. Видети чл. 2 (1) (б) и (ц) *MLI*.

у тим потписницама буду ступили на снагу, као и седам страна (Аустрија, Француска, Литванија, Пољска, Словачка, Словенија и Велика Британија), чији су порески уговори закључно са 1. јануаром 2019. године ступили на снагу у обе уговорне јурисдикције.

У овом раду анализи је подвргнута модификација обухваћених пореских уговора проистекла из Акције 6 *BEPS*, тј. увођење, уместо или услед непостојања опште антибузивне мере у обухваћеном пореском уговору, теста главног циља трансакције или аранжмана (енг. *principal purpose test*, даље: *ГЦТ тест*). У три своја обухваћена пореска уговора (са Републиком Корејом, Казахстаном и Норвешком) Србија већ има одредбу о парцијалном (у погледу врста прихода на које се примењује¹³) ГЦТ тесту, који ће, у складу са чл. 7 (2) *MLI*, бити замењен ГЦТ тестом у формулацији из чл. 7 (1), која се односи на све приходе и имовину који су наведени у обухваћеном пореском уговору. Имајући у виду да је последица ГЦТ теста у томе да се погодност из обухваћеног пореског уговора неће пружити пореском обвезнику у односу на део дохотка или имовине, уколико порески орган, узимајући у обзир све релевантне околности, основано може да закључи да је стицање погодности био један од основних разлога било којег аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу, отвара се питање уставности такве одредбе, посебно у светлу захтева за правном сигурношћу, као једном од компоненти начела владавине права. Задатак који смо поставили у овом раду је да се то питање размотри и с аспекта легитимности циља због којег се уводи мера попут ГЦТ теста, тј. супротстављање избегавању пореза.

Све до 2015. године, у српском пореском праву нису се налазиле дефиниције законите и незаконите пореске евазије.¹⁴ Термин „пореска евазија“ узет је из потврђеног пореског уговора са Норвешком¹⁵ да значи само незаконито избегавање плаћања пореза. У Преамбули Мултилатералне конвенције синтагма „*tax evasion or avoidance*“ преведена је као „пореска евазија или избегавање“, где се термин „избегавање“ односи на законито а нелегитимно избегавање плаћања пореза. Напоменимо да у позитивном српском праву и даље не постоји израз који би означио избегавање плаћања пореза *en général* (и незаконитог и законитог¹⁶).

¹³ ГЦТ тест се примењује у односу на дивиденде, камате и ауторске накнаде у сва три пореска уговора; у односу на остали доходак – у пореским уговорима са Републиком Корејом и Норвешком, а у односу на капиталне добитке – само у пореском уговору са Републиком Корејом.

¹⁴ О терминима који се у финансијској литератури на српском и хрватском језику користе за означавање „избегавања пореза“, видети Тодоровић (1930, 182); Ловчевић (1993, 151); Jelčić (1998, 190–191); Поповић (2018, 54).

¹⁵ *Службени гласник РС – Међународни уговори*, 21/15.

¹⁶ Законито избегавање плаћања пореза може бити и легитимно (дакле, не на бази агресивног пореског планирања), што се у делу литературе назива „поре-

2. СТРУКТУРА ГЦТ ТЕСТА

У Мултилатералној конвенцији су издвојена два, са пореским уговором повезана, *обавезна* минимална стандарда, о којима су се све стране усагласиле у завршном *BEPS* пакету. Један од тих стандарда се односи на прецизирање циља обухваћеног пореског уговора и спречавање злоупотребе уговора. Измена која треба да се спроведе у преамбули пореских уговора треба да омогући да се у интерпретацији уговора отклони недоумица у погледу тога да је циљ уговора елиминација двоструког опорезивања, али без стварања могућности за неопорезивање или умањено опорезивање у виду пореске евазије или избегавања пореза (укључујући *treaty-shopping* аранжмане). Тај минимални стандард захтева и да се у обухваћене пореске уговоре угради један од следећих механизма:

- (1) општи антиабузивни ГЦТ тест;
- (2) истовремено с општим антиабузивним ГЦТ тестом, и специјална антиабузивна мера у виду поједностављене верзије клаузуле о лимитирању погодности (енг. *limitation of benefits – LOB*) или
- (3) детаљна *LOB* клаузула и антиабузивне мере за супротстављање тзв. проточном финансирању (енг. *conduit financing*).

Србија се определила за искључиву примену ГЦТ теста, а тако је поступила и друга страна у шест од седам њених обухваћених пореских уговора који су на снази 1. јануара 2019. (Аустрија, Француска, Литванија, Пољска [привремено], Словенија и Велика Британија). Једино је Словачка оптирала за паралелну примену ГЦТ теста и поједностављене *LOB* клаузуле (али, пошто то није учинила и Србија, у пореском уговору је заступљен само ГЦТ тест). И у накнадно закљученом пореском уговору са Сан Марином налази се ГЦТ тест.

У преосталих 35 обухваћених пореских уговора Србије (где је друга страна приступила *MLI*, али га још није ратификовала), 29 држава се определило за искључиву примену ГЦТ теста (Египат, Естонија, Финска, Грчка, Грузија, Хрватска, Италија, Канада [привремено], Катар, Кина, Република Кореја, Кувајт [привремено], Летонија, Норвешка [привремено], Румунија, Шпанија, Тунис и Турска, као и Белгија, Чешка, Холандија, Ирска, Кипар, Луксембург, Мађарска, Малта, Пакистан, Уједињени Арапски Емирати и

ском митигацијом“ (лат. *mitigatio* – ублажавање, смањивање). Упоредити Baker. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (последњи приступ 25. децембар 2018. године).

Украјина¹⁷), док је шест оптирало за паралелну примену ГЦТ теста и поједностављене LOB клаузуле (Бугарска, Данска, Индија, Јерменија, Казахстан и Русија). Међутим, и у ситуацијама када се није потпуно поклопио избор обе уговорне јурисдикције, у чл. 7 (6) *MLI* прецизира се да ће се ГЦТ тест примењивати у обе уговорне јурисдикције, а поједностављена LOB клаузула само уколико су се обе стране за то определиле.

Да би се, по основу ГЦТ теста, ускратила погодност из пореског уговора, морају кумулативно да буду испуњени следећи услови:

1. постојање аранжмана или трансакције, који
2. непосредно или посредно резултирају погодношћу из пореског уговора, а који су
3. установљени са једним од главних циљева да се оствари та погодност, при чему
4. није утврђено да је одобравање те погодности у складу са предметом и циљем одговарајућих одредаба обухваћеног пореског уговора.¹⁸

2.1. Аранжман или трансакција и погодност из пореског уговора

Термин „аранжман или трансакција“ треба тумачити тако да њиме буде обухваћен сваки споразум, меморандум о разумевању, схема (нпр. како се квалификовати за резидентство одређене државе), трансакција или серија трансакција, без обзира на то да ли су правно обавезујући.¹⁹

„Погодност из пореског уговора“ обухвата сва ограничења права на опорезивање наметнута земљи извора (у виду умањења пореза, изузимања, одлагања или повраћаја пореза), олакшицу за елиминацију двоструког опорезивања применом методе изузимања или методе кредита, заштиту која се пружа резидентима и држављанима држа-

¹⁷ Ових последњих 11 држава оптирало је за поступак из чл. 7 (4) *MLI* (тзв. дискрециона олакшица), у којем би, ако би лицу на основу ГЦТ теста била ускраћена погодност из пореског уговора, надлежни орган ипак могао да сматра да то лице има право на ту погодност или на различите погодности у односу на одређени део дохотка или имовине, уколико, на захтев тог лица и након разматрања релеванних чињеница, утврди да би му такве погодности биле одобрене у случају да нема трансакције или аранжмана. Али, пошто Србија није оптирала за поступак из чл. 7 (4) *MLI* у обухваћеним пореским уговорима са тим државама, дискрециона олакшица се неће примењивати, као ни у обухваћеним пореским уговорима са Литванијом и Великом Британијом, који су на дан 1. јануара 2019. године у примени, при чему су се те две државе определиле за поменуту опцију.

¹⁸ Вид. чл. 7 (1) *MLI*.

¹⁹ Упор. OECD (2017, 590).

ве уговорнице по основу забране дискриминације и свако слично ограничење (нпр. кредит за уштеђени порез) (OECD 2017, 589).

2.2. Субјективни тест

Надлежни орган најпре треба да путем ГЦТ теста провери да ли су аранжман или трансакција били мотивисани остваривањем погодности из пореског уговора. Такав поступак се назива „субјективни тест“ (Кок 2016, 407). О субјективном критеријуму може се закључивати на основу спољашњих чињеница, али је мотив практично немогуће доказати, па су ретки случајеви када доносилац норме фискалне последице одређеног аранжмана или трансакције везује за постојање такве намере (Lang 2014, 658). Када се они ипак догоде, као у случају ГЦТ теста, исход је, по правилу, одређен правилима о терету доказивања. Уколико пореска администрација треба да *докаже* да је један од главних циљева пореског обвезника био да оствари погодност из пореског уговора, изгледи за њен успех су минимални. Али, ако се надлежном пореском органу стави у задатак „разблажена“ варијанта доказивања („ако је разумно закључити“ – како захтева чл. 7 (1) *MLI*), онда се од њега не очекује потпуни доказ да је постојала намера да се искористи погодност из пореског уговора.

Истина, Коментар Модел-конвенције ОЕЦД упућује на то да би се до „разумног закључка“ морало доћи после спроведене објективне анализе релевантних чињеница у сваком конкретном случају (OECD 2017, 590). Михаел Ланг (*Michael Lang*), међутим, сматра да, без обзира на улогу коју Коментар Модел-конвенције ОЕЦД има у тумачењу пореског уговора,²⁰ значај става из Коментара не може да се мери са значајем који има одредба пореског уговора, чије значење јасно одудара од „захтевнијег“ доказивања, које нуди Коментар (Lang 2014, 660). Супротно је, међутим, становиште Дениса Вебера (*Dennis Weber*), за кога „разумно закључити“ не значи само да је тежина терета доказивања на пореским властима већ да се оцена коју оне дају мора добити објективном анализом заснованом на чињеницама, при чему оцена не сме да буде базирана на претпоставци нити да само упућује на пореску погодност као такву. Уколико пореске власти закључе да је *главни* циљ трансакције остваривање пореске погодности, онда пореском обвезнику увек остају на располагању жалба и судска заштита (Weber 2017, 51). Међутим, могућност коришћења тих механизма заштите права пореских обвезника треба сагледати у светлу околности да ће ГЦТ тест најчешће примењивати земља извора, што резиденту друге државе уговорнице ствара додатне препреке, чак и под (оборивом) претпоставком да су другостепени порески орган и суд у земљи извора били непристрасни и ефикасни.

²⁰ Упоредити Engelen (2004, 439–473); Поповић и Костић (2009, 31–34).

Непредвидљивост „субјективног теста“ додатно се огледа у томе што се не тражи да се установи (на нивоу разумног закључивања) да је остварена погодност из пореског уговора представљала главни циљ трансакције, већ да је била само један од главних циљева. Отуда може да се закључи да може да се догоди да трансакција која је првенствено мотивисана легитимним комерцијалним циљевима ипак не прође ГЦТ тест уколико је и пореска погодност била један од главних циљева (Koriak 2016, 9). Пошто су порези важан трошак пословања, разуман привредник мора да води рачуна о пореским ефектима својих пословних одлука. Под условима који произлазе из примене ГЦТ теста, порески обвезник не може бити сигуран ни ако се позове на то да су његов аранжман или трансакција били мотивисани (као једним од важних или главних циљева) погодностима које произлазе из другог извора (на пример, из домаћег права, права ЕУ или пореског уговора са трећом државом) (De Broe и Luts 2015, 132). Вебер пропушта да запази да није реч о разумном закључивању о једном, главном циљу трансакције или аранжмана него о *једном од главних* циљева, чиме релативизује тежину изречених замерки (Weber 2017, 51). Насупрот таквом решењу, Европски суд правде је лествицу доказивања поставио више: у случају *Halifax* пресуђено је да за постојање абузивне праксе „мора бити очигледно на основу једног броја објективних фактора да је *основни циљ* дате трансакције остваривање пореске погодности“.²¹ Током друге деценије XXI века усвојене су опште антиабузивне одредбе (енг. *general anti-abusive rule*, даље: *GAAR*) у секундарном праву ЕУ у новелираној Директиви о заједничком систему опорезивања матичних компанија и филијала из различитих држава чланица²² и Директиви против избегавања пореза.²³ У тим *GAAR*-овима налази се синтагма „главни циљ или један од главних циљева“ – која је шира од „основног циља“ из *Halifax*-а, али у праву ЕУ Европски суд правде има монопол над интерпретацијом, док је тумачење пореских уговора у рукама националних судова, чиме ризик од различитог разумевања тако формулисано субјективног критеријума постаје много већи (Lang 2014, 660). Ерик Кемерен (*Eric C. C. M. Kemmeren*) сматра да и у ситуацији када неки акт секундарног права ЕУ у антиабузивној клаузули садржи ширу синтагму „главни циљ или један од главних циљева“, минимални праг за ускраћивање пореске погодности мора да буде захтев да је стицање такве погодности било *доминантан* циљ (Kemmeren 2014, 193). Он тако закључује на основу две пресуде Европског суда

²¹ ECJ, Case C-255/02 [2006], para. 86.

²² Council Directive (EU) 2015/121 amending Directive 2011/96/EU, *Official Journal of the European Union*, L 21, 28. 1. 2015.

²³ Council Directive (EU) 2016/1164, *Official Journal of the European Union*, L 193, 19. 7. 2016.

правде. У случају *Kofoed*,²⁴ Суд је заузео став да формулација чл. 15 (1) (а) Директиве о заједничком систему опорезивања статусних промена које се тичу компанија из различитих држава чланица,²⁵ по којој држава чланица може да одбије да примени или да повуче погодност из Директиве када изгледа да је *главни циљ или један од главних циљева* једне од операција из чл. 1 Директиве (нпр. статусна промена) пореска евазија или избегавање пореза, одражава општи принцип комунитарног права да је злоупотреба права забрањена. У случају *Part Service*,²⁶ пак, Суд је оценио да абузивна пракса постоји када стицање пореске погодности представља *суштински*, односно *главни* циљ трансакције, па Кемерен закључује да се речи „један од главних циљева“ из поменуте директиве морају тумачити тако да је „суштински“ или „главни“ циљ трансакције обезбеђивање пореске погодности (Kemmeren 2014, 192–193).

2.3. Објективни тест

Уколико субјективни тест укаже да би погодност из пореског уговора требало да буде ускраћена, до тога ипак неће доћи ако је утврђено да је њено одобравање било у складу са предметом и циљем одговарајућих одредаба пореског уговора. У том случају терет доказивања је на пореском обвезнику, а уместо „разумно је закључити“, у објективном тесту захтева се да је за примену тог изузетка неопходно да испуњење предвиђеног услова буде „утврђено“.

Као „одговарајуће одредбе“ пореског уговора из којих порески обвезник извлачи погодност најчешће се појављују оне које се односе на: рок од 12 месеци за успостављање грађевинске сталне пословне јединице, минимално учешће од 25% у капиталу исплатиоца дивиденде, које допушта примену снижене стопе пореза на дивиденде од 5%, правила која расподељују право на опорезивање дивиденди, камата, ауторских накнада и капиталних добитака између државе извора и државе резидентства и др. (Chand 2018b, 24). Ако би се доказивање svelo на утврђивање да ли је одобравање погодности било у складу са предметом и циљем појединачне „одговарајуће одредбе“, изоловано посматране, задатак пореског обвезника био би превише једноставан, што би цео ГЦТ тест учинило бесмисленим (Chand 2018b, 24). Примера ради, предмет и циљ чл. 5 (3) Модел-конвенције ОЕЦД јесте да пропише рок чијим истеком грађевински пројекат постаје стална пословна јединица и погодност коју обвез-

²⁴ ECJ, Case C-321/05 [2007], para. 38.

²⁵ Council Directive 2009/133/EC, *Official Journal of the European Union*, L 310, 25. 11. 2009.

²⁶ ECJ, Case C-425/06 [2008].

ник остварује путем аранжмана или трансакције (да, на пример, грађевински радови у трајању до 12 месеци не образују сталну пословну јединицу, те да тако остварена добит не подлеже порезу у земљи извора) увек ће бити у складу са тако интерпретираним предметом и циљем те одредбе.

У тумачењу пореског уговора одређеном изразу се мора придати значање које произлази из *текста уговора* који се чита у доброј вери (*bona fide*), у садејству с осталим елементима за тумачење (контекст, предмет и циљ уговора), које треба узети у обзир на основу чл. 31 Бечке конвенције о уговорном праву.²⁷ Пошто је неопходно све елементе примењивати интегрално, може да се догоди да језичко значење неке одредбе из пореског уговора буде измењено, с ослонцем на контекст, предмет и циљ уговора. То ће се, у начелу, десити само ако текст одредбе није јасан, односно уколико „јасан текст“ доведе до резултата који је очигледно неразуман (Engelen 2004, 139). Тумачење објективног услова из ГЦТ теста искључиво на основу језичког значења могло би да доведе до апсурдног закључка да је цео ГЦТ тест бесмислен (јер ће изузетак постати правило па злоупотребе пореских уговора неће бити спречаване). Викрам Чанд (*Vikram Chand*) зато предлаже да се објективни тест спроводи у два стадијума. У првом би порески обвезник утврдио предмет и циљ „одговарајућих одредаба“ у светлу циљева пореског уговора, узетог у целини, а у другом би доказивао да трансакција или аранжман одговарају предмету и циљу „одговарајућих одредаба“ које су предмет преиспитивања (Chand 2018b, 26).

Примера ради,²⁸ уколико је у више претходних година компанија резидент Србије имала учешће у капиталу компаније резидента Словеније од 24%, па по ступању на снагу пореског уговора, којим је предвиђено да ће земља извора моћи да опорезује дивиденде по стопи од највише 5%, уколико је учешће примаоца дивиденде у капиталу исплатиоца најмање 25%, повећа свој удео на 25%, субјективан услов из ГЦТ теста, спроведеног у земљи извора (Словенији), биће испуњен – један од главних циљева трансакције (ако не и једини) био је да се оствари погодност из пореског уговора у виду снижене стопе пореза на дивиденде. Примењујући објективан тест, порески обвезник би у првом стадијуму доказао да су предмет и циљ чл. 10 (2) (1) пореског уговора између Србије и Словеније – обезбеђивање снижене стопе пореза по одбитку значајнијим акционарима, а пореског

²⁷ *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 30/72.

²⁸ У питању је схема заснована на примеру датом у Коментару Модел-конвенције ОЕЦД за случај када је оправдана примена изузетка због којег погодност из пореског уговора ипак неће бити ускраћена. Видети ОЕЦД (2017, 593–594). Из анализе је апстрахована норма чл. 8 (1) *MLI*, која налаже да услови у погледу власништва буду испуњени током периода од 365 дана.

уговора између ове две државе: (1) алокација права на опорезивање и елиминација двоструког опорезивања, у жељи да се даље развијају економски односи и побољшава сарадња у пореској материји; (2) спречавање пореске евазије и (3) спречавање избегавања пореза (и, посебно, *treaty shopping*-а). У другом стадијуму, порески обвезник би доказао да је деловао и у складу са предметом и циљем одредбе чл. 10 (2) (1) пореског уговора између Србије и Словеније, испуњавајући услов учешћа у капиталу од најмање 25%, и у складу са предметом и циљем пореског уговора, пошто: (а) је, увећавајући инвестицију (макар за 1 процентни поен), поступио тако да се даље развијају економски односи две државе; (б) трансакција не представља схему пореске евазије; (в) трансакција није ни избегавање пореза јер је у питању суштинско, а не артифицијелно повећање удела у капиталу.

У другом примеру,²⁹ компанија А – резидент Србије добила је да гради фабрику у Словенији, при чему је уговорено да грађевински пројекат траје 22 месеца. Имајући у виду чл. 5 (3) пореског уговора између Србије и Словеније, којим је предвиђено да градилиште, грађевински или монтажни радови чине сталну пословну јединицу само ако трају дуже од 12 месеци, у току преговора о уговору о радовима пројекат је подељен у два различита уговора, од којих сваки траје по 11 месеци, при чему се као уговорна страна у првом уговору појављује компанија А, а у другом новоосновано резидентно привредно друштво Б, чији је 100% власник компанија А. Пошто ће субјективни ГЦТ тест, спроведен у земљи извора (Словенији), показати да је један од главних циљева (или једини циљ) тог аранжмана било остваривање погодности из пореског уговора да се уговорени грађевински пројекат не сматра сталном пословном јединицом компаније А – резидента Србије лоцираном у Словенији, примена објективног теста у првом, као и у другом стадијуму, под претходно наведеним (а) и (б), утврдиће да је порески обвезник деловао у складу и са предметом и циљем одредбе чл. 5 (3) пореског уговора између Србије и Словеније и са предметом и циљем тог уговора у целини, осим у делу под (в), јер подела уговора на два уговора не представља суштинску трансакцију већ је карактерише артифицијелност, која указује на избегавање пореза. Отуда ће ГЦТ тест ипак имати ефекат и пореска погодност из чл. 5 (3) биће ускраћена.

3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДРЕДБЕ О ГЦТ ТЕСТУ

Домаћи *GAAR* би се у већини правних система могао квалификовати као *GAAR* са проширеним ефектима јер је њиме предвиђено и

²⁹ Видети OECD (2017, 596–597).

шта ће се догађати пошто пореска погодност буде ускраћена.³⁰ Норма о ГЦТ тесту из чл. 7 (1) *MLI* не иде, међутим, даље од навођења да се погодност из пореског уговора „неће одобрити“, па се одређује као *GAAR* с ограниченим ефектима (Moreno 2017, 441). Због тога критичари ГЦТ теста постављају бројна питања, на која се не могу дати јасни одговори управо због поменутог недостатка одредбе (Lang 2014, 661–663). Примера ради, ако холандски акционар докапитализује привредно друштво – резидента Србије одобравајући му позајмицу, а не улажући сопствени капитал, приход који би остварио по основу те инвестиције потпадаће под чл. 11 (камата), а не под чл. 10 (дивиденда) пореског уговора између Србије и Холандије. Пореску погодност представља околност да ће, уместо да буде подвргнут српском порезу по одбитку на дивиденде од 5% или 15% (зависно од висине учешћа у капиталу), приход, у облику камате, проћи без пореза у земљи извора јер је чл. 11 пореског уговора дао земљи резидентства (у овом примеру, Холандији) ексклузивно право да опорезује камате. Ако би надлежни орган Србије применио ГЦТ тест и ускратио ту погодност, то би значило да се чл. 11 не примењује.

Остаје, међутим, дилема шта ће пореске власти земље извора (Србије) заиста опорезовати. Да ли ускраћивање пореске погодности значи да се у конкретном случају порески уговор уопште не примењује, па следи примена домаће стопе пореза по одбитку (у Србији – 20%)? Или ће се, ипак, применити чл. 10 пореског уговора (који је порески обвезник желео да избегне), што би Србији, као земљи извора, дало право на порез по одбитку од највише 5% или 15%, док би се од Холандије очекивало да примени методу обичног кредита из чл. 23? Но, ако би земља резидентства (Холандија) наставила да се придржава чл. 11, који јој даје искључиво право да опорезује камате, то би значило да она одбија да пружи порески кредит и тако би настало двоструко опорезивање.

³⁰ Тако је у чл. 9 (2) српског Закона о пореском поступку и пореској администрацији (*Службени гласник РС*, 80/02, ..., 95/18) прописано да „ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао“. Још су обухватније одредбе британског *Finance Act 2013* којима се предвиђа да, ако је утврђено да је порески аранжман абузиван, порески орган предузима противмеру у односу на тако остварену пореску погодност, која мора бити правична и разумна (чл. 209), као и одређена усклађивања (чл. 210), како би се избегло дупло опорезивање, било самог пореског обвезника који је спровео абузивну трансакцију, било када се узму у обзир проистекле пореске обавезе других лица. Видети https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/396179/gaar-part-abc.pdf (последњи приступ 26. децембра 2018. године). Постоје, међутим, и правни системи који не садрже ни индикацију о томе какве ће бити последице примене *GAAR*-а. Упоредити на пример чл. 15 (3) шпанског *Ley General Tributaria*, <https://www.boe.es/buscarpdf/2003/BOE-A-2003-23186-consolidado.pdf> (последњи приступ 26. децембар 2018. године).

Анализа постаје још сложенија ако се у њу укључи и трећа држава, на пример, Јерменија. Уколико холандски акционар у српском привредном друштву трансферише своје акције филијали – резиденту Јерменије, имајући у виду порески уговор између Србије и Јерменије, у којем је стопа пореза по одбитку и на дивиденде и на камате 8%, а надлежни српски порески орган примени ГЦТ тест и по том основу јерменској компанији ускрати погодност у виду снижене стопе, поставља се питање како ће бити опорезоване дивиденде које исплаћује компанија резидент Србије. Поменимо само неке од дилема. Да ли ће српске пореске власти поћи од фикције да се дивиденде исплаћују директно холандској компанији? Да ли ће Холандија допустити порески кредит из чл. 23 пореског уговора са Србијом, иако је приход холандског резидента стигао посредно, из компаније резидента Јерменије? Који би порески уговор уопште садржао основ за примену такве мере? Да ли Јерменија има обавезу да пружи кредит за порез по одбитку наплаћен у Србији на дивиденде које припадају компанији резиденту Јерменије, али по основу уговора између Србије и Холандије? Ако је одговор на последње питање афирмативан, до којег износа би порески кредит био одобрен (8%, 15% или 20%)?

У питању су дилеме чије је разрешење изван оквира теме овог рада. Ланг на тим недоумицама настоји да сруши целокупан концепт ГЦТ теста. Према његовом мишљењу, или правило о ГЦТ тесту представља одредбу којом се поништавају одређене пореске погодности у једној држави, а то онда води двоструком опорезивању, или оно ствара фикцију која иде даље од ослањања на аранжман који се сматра прикладним (Lang 2014, 663).

У коментару уз чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД наводи се да, када сукоб квалификација произлази из *разлика у домаћем праву*, земља резидентства мора да отклони двоструко опорезивање пружајући олакшицу по основу чл. 23. Но, ако сукоб квалификација произлази из *разлика у тумачењу одредаба пореског уговора или чињеница*, таква обавеза не постоји, већ се државе уговорнице упућују на поступак заједничког договарања (OECD 2017, 389). Пошто Србија као земља извора ускраћује погодност из пореског уговора интерпретирајући одредбу о ГЦТ тесту, могло би се закључити да холандске пореске власти неће отклонити двоструко опорезивање непосредно него тек у поступку заједничког договарања. Чанд сматра да је формулација чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД о томе када се пружа олакшица у виду методе за отклањање двоструког опорезивања³¹

³¹ „Када резидент државе уговорнице остварује доходак или поседује имовину који, у складу с одредбама ове конвенције, могу бити опорезовани у другој држави уговорници.“

довољна да све док земља извора опорезује део дохотка у складу са пореским уговором – а ефекат примене норме о ГЦТ тесту јесте у складу с уговором – земља резидентства мора да испуни своју обавезу из чл. 23 тог пореског уговора (Chand 2018a, 202). Ми се, пак, питамо да ли се примена одредбе о ГЦТ тесту са толико простора за арбитраност од надлежних органа земље извора мора прихватити у земљи резидентства као да је у складу с одредбама пореског уговора или се може уважити аргумент да постоји разлика у тумачењу (на пример, да ли је реч о једном од основних циљева трансакције), која – а не сукоб квалификација услед разлика у националним законодавствима – доводи до примене различитих одредаба пореског уговора у земљи извора и у земљи резидентства. У том другом случају морао би да уследи поступак заједничког договарања да би се отклонило двоструко опорезивање.

У литератури се срећу два приступа решавању дилеме која се односи на последице примене одредбе о ГЦТ тесту. Заговорник првог, Карлос Палао Табоада (*Carlos Palao Taboada*) сматра да примена сваког *GAAR*-а, и домаћег и оног из пореског уговора, захтева преобликовање пореског третмана аранжмана на основу ситуације која одговара њеној економској суштини (коју *GAAR* одређује), а не форми чијој се конструкцији прибегло са циљем избегавања пореза (Taboada 2015, 606). Други приступ се заснива на аргументацији да *de lege lata* није допуштено тумачити ГЦТ тест који представља *GAAR* с ограниченим ефектима, према параметрима *GAAR*-а са проширеним ефектима. У том смислу, Андрес Баес Морено (*Andrés Báez Moreno*) (2017, 442) истиче да нису сва домаћа општа анти-абузивна правила *GAAR*-ови са проширеним ефектима, те да отуда не постоји модел који би представљао „природну“ конфигурацију *GAAR*-а у погледу његових правних последица. Тај аутор сматра да изричита формулација одредбе о ГЦТ тесту, у којој се говори само о ускраћивању погодности из пореског уговора, не допушта корективна тумачења с обзиром на чл. 31 (1) Бечке конвенције, о чему је већ било више речи. Предмет и циљ одредбе о ГЦТ тесту јесте спречавање избегавања пореза, а управо то се постиже нормом о *GAAR*-у с ограниченим ефектима. Према мишљењу тог аутора, ако би земља резидентства одбила да пружи неку од метода за елиминацију двоструког опорезивања из чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД, одредба о ГЦТ тесту би „у већој мери спречавала избегавање пореза, пошто би последице његове примене могле бити теже за пореског обвезника“ (Báez Moreno 2017, 442). Тај аргумент, међутим, нема ослонца у формулацији чл. 7 (1) *MLI*, па закључујемо да је довољно утврдити предмет и циљ одредбе о ГЦТ тесту, чији су ефекти ограничени.

Уколико би се, пак, трагало за предметом и циљем пореског уговора у целини, модификована преамбула, у коју су, осим спре-

чавања двоструког опорезивања, укључени и спречавање пореске евазије и избегавања пореза, не даје разрешење дилеме о хијерархији тих циљева. Отуда околност да ГЦТ тест, као *GAAR* с ограниченим ефектима, може довести до двоструког опорезивања не значи да „пада у воду“ жељени антибузивни циљ пореског уговора као споредан; ГЦТ тест, на основу којег земља извора ускраћује погодност из пореског уговора, праћен одбијањем земље резидентства да пружи олакшицу из чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД – зато што сматра да земља извора није правилно применила ГЦТ тест, односно да она има право да примени тај тест – довешће до двоструког опорезивања, па закључујемо да у Модел-конвенцију ОЕЦД треба *de lege ferenda* уградити одредбу која би ГЦТ тест дефинисала као уговорни *GAAR* са проширеним ефектима.

Имајући у виду да је за тзв. дискрециону олакшицу из чл. 7 (4) *MLI* оптирала укупно само 31 држава, односно јурисдикција,³² од којих већина претендује да, упркос *BEPS*-у, задржи атрактивност режима опорезивања, као и околност да ће се олакшица примењивати у пореском уговору само ако су обе обухваћене пореске јурисдикције начиниле ту опцију, закључујемо да се већина држава и јурисдикција одлучила за потенцијално пенализујући приступ уговорног *GAAR*-а с ограниченим ефектима. То сведочи о релативном значају дивергентних циљева пореских уговора који им та већина придаје: *макар и постојало двоструко опорезивање (ако поступак заједничког договарања не да резултат), спречава се злоупотреба пореског уговора*. Стварне размере ризика да земља резидентства одбије да примени олакшицу из чл. 23 Модел-конвенције ОЕЦД и тако не отклони двоструко опорезивање у условима када је земља извора, по основу ГЦТ теста, ускратила погодност из пореског уговора, показале су у наредним годинама.

4. УСТАВНОПРАВНЕ ПРЕПРЕКЕ ЗА ГЦТ ТЕСТ

Уставност одредбе о ГЦТ тесту може се оцењивати у односу на уставне принципе правне сигурности и једнакости. Чланом 16 (2) *in fine* Устава Републике Србије прописује се да потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом што, упркос њиховом месту у хијерархији прописа у односу на домаће законе, оставља простор за оцену уставности појединих њихових одредаба.

³² Андора, Аустралија, Белгија, Костарика, Обала Слоноваче, Курасао, Кипар, Чешка, Фиџи, Габон, Гернси, Мађарска, Ирска, Острво Ман, Џерси, Лихтенштајн, Литванија, Луксембург, Малта, Маурицијус, Холандија, Нови Зеланд, Пакистан, Сан Марино, Сенегал, Сејшели, Сингапур, Украјина, Уједињени Арапски Емирати, Велика Британија и Уругвај.

4.1. Правна сигурност

Иако Устав Србије непосредно не помиње правну сигурност *en général*, Уставни суд Србије је сматра једним од уставних начела,³³ руководећи се ставовима Венецијанске комисије Савета Европе о кључним елементима владавине права (Van Dijk *et al.* 2011, 10). Оперативна дефиниција правне сигурности своди се на захтев да правна правила буду јасна и прецизна, са циљем да обезбеде да ситуације и правни односи које уређује право остану предвидљиви.³⁴

Ако би се под правном сигурношћу подразумевало да линија разграничења између избегавања пореза и легитимне пореске митигације треба да буде прецизно повучена, таква би очекивања могла компромитовати идеју о *GAAR*-у уопште, па и о уговорном ГЦТ тесту. Џудит Фридман (*Judith Freedman*) указује на то да „приоритет треба да има израда практичног система са фер тестом који је спроводив за већину која поштује прописе, а није подложен манипулацији којој би био изложен потпуно изванредан тест, под претпоставком да би уопште могао да буде конципиран“ (Freedman 2004, 355). Што је већа прецизност законске формулације, то би креативност пореских обвезника намерних да избегну порез постајала израженијом.³⁵ И ОЕЦД је наглашавао да „порески обвезници имају право на висок степен извесности пореских последица својих акција. Наравно, извесност није увек могућа. ... Пореске власти не морају бити у обавези да пореском обвезнику пруже сигурност примене антиабузивних одредаба усмерених ка пореским обвезницима који настоје да изиграју намеру законодавца“ (OECD 1990, 12).

Релативно широк маневарски простор који општа антиабузивна правила морају да оставе не сме да буде терен на којем ће меко ограничена дискрециона овлашћења пореских органа урушити принцип владавине права. Отуда би *GAAR*, укључујући одредбу о ГЦТ тесту, требало да садржи јасне и конзистентне стандарде, унапред познате пореским обвезницима, али такве да не уклањају потребу за одређеним дискреционим овлашћењима пореске администрације. Дакле, треба пронаћи равнотежу између захтева за правном сигурношћу и захтева за спречавањем избегавања пореза. Такви стандарди могу се потражити, на пример, у извештају Грејема Аронсона (*Graham Aaronson*), на основу којег је припремљен британски *GAAR*.³⁶ Но,

³³ Одлука Уставног суда IУз-138/2016 од 26. априла 2018. године.

³⁴ Упор. ЕСЈ, С-63/93 (*Duff and Others*) [1996], пара. 20.

³⁵ Видети више у Atkinson (2012, 11).

³⁶ На пример, аранжман доводи до потребе опорезивања до одбитак који су значајно већи од стварних економских расхода или губитака; укључује трансакцију по вредности која се значајно разликује од тржишне или уопште није под комерцијалним условима; укључује локацију неког средства или трансакције или место резидент-

не може се пренебрегнути критика да у таквим условима постоји ризик од приступа *expressio unius est exclusio alterius* и да *GAAR*, укључујући одредбу о ГЦТ тесту, треба да избегава енумерацију стандарда (Kasoulides Paulson 2013, 47–48). Осим тога, формулисање све детаљнијих правила, како смо већ указали, охрабрује избегавање пореза манипулацијом тим правилима (Freedman 2004, 346). При томе, пропис постаје све сложенији,³⁷ што повећава број спорова и ствара већу правну несигурност. *GAAR*, па и ГЦТ тест, своју „ефикасност у супротстављању непредвиђеним и непредвидљивим облицима избегавања пореза заснивају на широко формулисаним терминима и принципима, па би прецизно одређивање њихових спољашњих граница одредбе вероватно учинило неделотворним“ (Atkinson 2012, 11).

Компаративна уставносудска пракса показује да потреба да се буде неодређен да би *GAAR*, укључујући ГЦТ тест, био ефикасан не може бити остављена без граница. Уставни суд Пољске је пресудио да је чл. 24 b, § 1 Пореског закона из 1997. године (пољ. *Ordynacja podatkowa*), који садржи *GAAR*, у супротности с Уставом,³⁸ пошто ће уставни принцип владавине права, из којег произлази принцип правне сигурности, бити нарушен када је формулација правне норме тако неодређена и непрецизна да код оних на које је упућена ствара несигурност у погледу права и обавеза које имају. Таква одредба даје прекомерно широк оквир у којем органи овлашћени да је примењују *de facto* преузимају улогу законодавца у односу на та неодређено и непрецизно уређена питања.

У ситуацији када су општа антиабузивна правила неопходна мера за супротстављање избегавању плаћања пореза, а њихове широке формулације стварају проблеме на терену уставности, поставља се питање уравнотежења односа између принципа правне сигурности и *GAAR*-ова, укључујући ГЦТ тест. Ана Паула Дурадо (*Ana Paula Dourado*) (2015, 56) упозорава да формулација одредбе о ГЦТ тесту значи да, уколико је остваривање пореске погодности био један од главних циљева аранжмана или трансакције, постоји претпоставка да пореска погодност није у складу са предметом и циљем пореског уговора, што сматра *диспропорционалном* мером, која је у супротности с основним слободама из конститутивних уговора ЕУ.³⁹ Такве претпоставке нема ни у *GAAR*-у из Директиве против избегавања

ства лица, који не би тако били лоцирани да аранжман није урађен да би се остварио абузивни порески исход; итд. Видети Aaronson (2011, 47–48), https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_11111.pdf (последњи приступ 7. јануар 2019. године).

³⁷ Упоредити Schwidetzky (1996, 403).

³⁸ Trybunał Konstytucyjny, K 4/03, Wyrok z 11 maja 2004 r., para. 4, 5.

³⁹ Вид. чл. 5 (4) Consolidated version of the Treaty on European Union, *Official Journal of the European Union*, C 83, 30. 3. 2010.

пореза ни у принципу забране злоупотребе права, који је разрадио Европски суд правде.⁴⁰ Значај пропорционалности између предузете мере и циља који се настоји остварити препознао је и Уставни суд Србије. Он је тако утврдио да одредба чл. 9 (1) (16) Закона о порезу на доходак грађана⁴¹ о изузимању из дохотка за опорезивање накнада за рад лица у органима за спровођење избора није у сагласности с Уставом јер нарушава принцип једнакости из чл. 21 (1 и 3) Устава и принцип општости пореске обавезе из чл. 91 (2) Устава. Суд је констатовао да не постоји рационална сразмерност између пореске мере (прописаног изузимања) и легитимног циља чијој се реализацији у конкретном случају тежи.⁴²

Неодређеност и непрецизност *GAAR*-а, укључујући одредбу о ГЦТ тесту, отвара питање прешироких дискреционих овлашћења датих надлежним органима. Они треба само да „разумно закључе“ (а не и да *утврде*) да је остваривање погодности из пореског уговора било „један од главних циљева трансакције или аранжмана“, па да пореском обвезнику ускрате ту погодност, о чему је већ било речи. На арбитрарност насталу овлашћењем да се о постојању злоупотребе права одлучује на основу „разблаженог“ критеријума циља трансакције позвао се Уставни савет Француске када је оценио да одредба чл. 100 Финансијског закона за 2014. годину није у сагласности с Уставом јер је у њој ранији тест „искључивог циља“ замењен тестом „главног циља“ приликом идентификације радњи које чине злоупотребу пореског права из L. 64 du *Livre des Procédures Fiscales*. Уставни савет сматра, између осталог, да је последица такве промене у дефиницији радње злоупотребе права поверавање пореској администрацији превелике слободе у оцењивању, што нарушава принцип правне сигурности.⁴³

За разлику од поменутог Кемереновог разумевања норме из *GAAR*-ова у новијем праву ЕУ и националним законодавствима о

⁴⁰ Иако Европски суд правде нема јурисдикцију да тумачи сâм порески уговор (тј. да ли је земља резидентства дужна да отклони двоструко опорезивање дела дохотка или имовине настало ускраћивањем погодности из пореског уговора од органа земље извора), он је надлежан да оцењује његове правне ефекте на остваривање основних слобода на основу представљених чињеница. Видети ECJ, C-128/08 (*Damseaux*) [2009], пара. 20, 23. Отуда одредба о ГЦТ тесту, када буде уграђена у обухваћени порески уговор државе чланице ЕУ, неће моћи да избегне оцену Европског суда правде с аспекта компатибилности са правом ЕУ. Упоредити Koriak (2016, 18).

⁴¹ *Службени гласник РС*, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06.

⁴² Одлука Уставног суда IУз-128/11 од 8. новембра 2012. године, *Службени гласник РС*, 114/12.

⁴³ Le Conseil constitutionnel, Décision n° 2013–685 DC du 29 décembre 2013, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013685DC.htm> (последњи приступ 5. јануар 2019. године).

абузивности „главног циља или једног од главних циљева“, које тај услов тумачи тако да је ипак реч о *доминантном* циљу, одредбом чл. 7 (1) *MLI* јасно се дозвољава да може постојати не само један „главни“ циљ трансакције или аранжмана већ да упоредо може егзистирати више таквих циљева. Арбитрарност се састоји у томе што порески обвезник може да докаже да је један од „главних“ циљева био нефискалне природе (на пример, улазак на ново тржиште), али порески орган ипак може узети погодност из пореског уговора (на пример, коришћење снижене стопе пореза по одбитку) као такође један од таквих циљева и ускратити је пореском обвезнику. Порески орган има широко дискреционо овлашћење да повлачи линију разграничења између „једног од главних циљева“ (када ускраћује погодност из пореског уговора) и „секундарног циља“ (када је неће ускратити) и на том питању би оцена уставности могла да покаже да је нарушен уставни принцип правне сигурности.

Додатна разлика између чл. 7 (1) *MLI* и „стандардних“ општих антиабузивних формулација је у томе што се у одредби о ГЦТ тесту не захтева да трансакција или аранжман буду артифицијелни. И јуриспруденција Европског суда правде и секундарно пореско право ЕУ, међутим, садрже такав захтев. У случају *Cadbury Schweppes*, Европски суд правде је заузео став да злоупотреба постоји када су у питању „потпуно артифицијелни аранжмани који не одражавају економску реалност“.⁴⁴ Да би се утврдило да ли је реч о таквим аранжманима, осим субјективног елемента који се састоји у намери да се оствари пореска погодност,⁴⁵ морају постојати и одређене објективне чињенице, које одражавају економску реалност.⁴⁶ Морају се узети у обзир све околности како би им се дао прави значај.⁴⁷ На артифицијелности се инсистира у Директиви против избегавања пореза и у новелираној Директиви о заједничком систему опорезивања матичних компанија и филијала из различитих држава чланица. Вебер, који сматра да ГЦТ тест *eo ipso* не нарушава основне слободе из Уговора о функционисању ЕУ⁴⁸ (јер двоструко опорезивање настало ускраћивањем погодности из пореског уговора не угрожава те слободе), истиче да се приликом оспоравања сагласности са комунитарним правом не може позивати на принцип правне сигурности као

⁴⁴ ECJ, C-196/04 [2006], para. 55.

⁴⁵ Сама чињеница да постоји пореска погодност не значи да је у питању злоупотреба. ECJ, C-196/04 [2006], para. 38.

⁴⁶ ECJ, C-196/04 [2006], para. 64, 65.

⁴⁷ Упоредити ECJ, C-126/10 (*Foggia*) [2011], para. 38, 39.

⁴⁸ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 115, 9. 5. 2008.

такав, уколико није примењена нека одредба права ЕУ.⁴⁹ При томе, он сматра да би једину сметњу за примену ГЦТ теста пред Европским судом правде могло да представља то што се у одредби чл. 7 (1) *MLI* не захтева артифицијелност, на којој, пак, инсистирају анти-абузивна правила из права ЕУ (Weber 2017, 56). Зато је Европска комисија донела Препоруку о примени мера против злоупотребе пореског уговора,⁵⁰ у којој државама чланицама сугерише да у своје пореске уговоре укључе одредбу о ГЦТ тесту у формулацији из чл. 7 (1) *MLI*, уз допуну да до ускраћивања погодности из пореског уговора неће доћи не само када је испуњен услов из објективног теста већ ни уколико се установи да аранжман или трансакција одражавају стварну економску активност. До сада, међутим, та препорука није спроведена.

Према нашем мишљењу, непостојање захтева за артифицијелношћу у одредби о ГЦТ тесту (ни у чл. 29 (9) Модел-конвенције ОЕЦД, који је преузео чл. 7 (1) *MLI*, нити у Коментару) такође сведочи о нарушавању правне сигурности јер управо постојање таквог захтева у другим *GAAR*-овима служи да се ограничи широка дискрециона овлашћења пореских органа надлежних за примену анти-абузивних тестова. Такав наш закључак представља другу страну тврдње да изостављање захтева да се спроведе тест економске реалности из случаја *Cadbury Schweppes* „носи ризик да би и аранжмани који нису потпуно артифицијелни могли потпасти под правило о ГЦТ“ (Koriak 2016, 24).

Осим питања уставности у односу на принцип правне сигурности *en général*, нормом о ГЦТ тесту отвара се простор и за оцену њене усклађености са чл. 34 Устава Србије,⁵¹ према којем се „нико... не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“. Не постоји законом прописано кривично дело нити прекршај на које би указивао ГЦТ тест: овде *per definitionem* није реч о незаконитој евазији. Претходна анализа је, међутим, указала на то да ће се, у ситуацији када земља извора ускрати пореском обвезнику

⁴⁹ У пресудама у случајевима *Commission v. Greece* (ЕЦЈ, С-178/05 [2007]), *SIAT* (ЕЦЈ, С-318/10 [2012]) и *Itelcar* (ЕЦЈ, С-282/12 [2013]) позивало се на нарушавање принципа правне сигурности зато што је било повређено неко друго право ЕУ. У првом случају, повређена је Директива која се односи на посредне порезе на повећање капитала (Council Directive 69/335/ЕЕЦ, *Official Journal of the European Communities*, L 249/25, 3. 10. 1969), а у другом и трећем случају слободе из Уговора о функционисању ЕУ.

⁵⁰ Commission Recommendation on the implementation of measures against tax treaty abuse, *Official Journal of the European Union*, L 25, 2. 2. 2016.

⁵¹ Изнад тог члана стоји наслов „Правна сигурност у казненом праву“.

погодност из пореског уговора а земља резидентства одбије да пружи неку од метода за елиминацију двоструког опорезивања, одредба о ГЦТ тесту показати као извор својеврсне *непрописане* „санкције“ јер ће порески обвезник бити изложен додатном новчаном терету (двоструком правном опорезивању дела дохотка или имовине). То би се могло сматрати нарушавањем уставног начела *nulla poena sine lege*. Напомињемо да Европски суд за људска права има етаблирану праксу према којој концепт „казне“ представља аутономан концепт по Европској конвенцији за људска права, те Суд задржава право да „зађе иза појавног (облика одређене мере – *Д. П. и Г. И. П.*) и за себе процени да ли одређена мера својом суштином досеже до ‘казне’.“⁵² Због тога околност да проистекло пенализујуће двоструко опорезивање не носи законско обележје „казне“ не би могла да спречи да се та мера тако квалификује, при чему се порески обвезник кажњава за дело (нелегитимно, иако законито, избегавање пореза) које није предвиђено као кажњиво. У сличним околностима, мада везаним за домаћи *GAAR*, француски Уставни савет је оценио да би поменути чл. 100 Финансијског закона за 2014. годину „такође нарушио захтеве који произлазе из принципа законитости деликата и казни“.⁵³

4.2. Једнакост пред законом

Чланом 21 Устава Србије предвиђено је да су „пред Уставом и законом сви... једнаки“ и да је „забрањена... свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу...“. Чланом 91 (2) Устава прописано је да је „обавеза плаћања пореза и других дажбина... општа и заснива се на економској моћи обвезника“. Општост пореске обавезе је, дакле, друга страна принципа једнакости пред (пореским) законом (Поповић 2018, 38).

Питање сагласности одредбе о ГЦТ тесту са принципом једнакости отвара се због последичног неједнаког третмана идентичних аранжмана, који се један од другог разликују само по томе што је један порески обвезник успео да, на пример, снижену стопу пореза по одбитку представи као секундарни циљ трансакције или аранжмана (јер је примарни циљ улазак на ново тржиште), па му је зато погодност из пореског уговора пружена, док други порески обвезник у томе није успео, па му је порески орган ускратио ту погодност, оцењујући је као „један од главних циљева“. При томе, нарушен је и принцип плаћања пореза према економској моћи јер није обезбеђен захтев за хоризонталном правичношћу, односно да лица с истом економском снагом треба да плате исти износ пореза. Закључујемо да

⁵² Упоредити ECtHR (Decision) 21 October 2013, no. 42750/09, *Del Rio Prada v. Spain*, para. 81.

⁵³ Le Conseil constitutionnel, para. 113.

из формулације чл. 7 (1) *MLI* произлази да порески орган спроводи ГЦТ тест „од случаја до случаја“, што може да доведе до различитих решења у истим ситуацијама.

Иако је „целокупно опорезивање... у повлачењу разлика“ (Thuronyi 2003, 82), оне би требало да буду засноване на објективним и разумним оправдањима, која ће бити вреднована према предмету и циљу пореског прописа, узимајући у обзир општеприхваћене принципе у демократском друштву. Уставни суд Србије је у неким случајевима у последњих десетак година почео да оцењује сагласност пореских одредаба следећи такав приступ и да примењује критеријум сразмерности између циља и употребљеног средства.⁵⁴

Сматрамо да би примена теста пропорционалности⁵⁵ могла да доведе до закључка да је одредбом о ГЦТ тесту нарушен принцип једнакости. И када би се Суд држао доктрине о „једнакости у истој правној ситуацији“,⁵⁶ тешко да би могао да закључи да се применом норме о ГЦТ тесту утврђена обавеза „једнако односи на све грађане који се налазе у истој правној ситуацији“ јер ће једноме бити пружена, а другоме ускраћена погодност из пореског уговора, зависно од тога да ли је квалификована као секундарни или, пак, један од главних циљева аранжмана или трансакције.

Ако би се у складу са карактером одредбе о ГЦТ тесту, као *GAAR*-у с ограниченим ефектима, догодило да, пошто земља извора ускрати погодност из пореског уговора, а земља резидентства не примени методу кредита или методу изузимања, порески обвезник буде изложен двоструком правном опорезивању, може се отворити и питање уставности одредбе о ГЦТ тесту у земљи извора у односу на уставни принцип опорезивања према економској снази. Примера ради, уколико два пореска обвезника исте економске снаге, који су резиденти Финске, уложе исти износ у по једно привредно друштво – резиденте Србије, при чему први одобрава позајмицу очекујући

⁵⁴ На пример, Суд је констатовао да је одредбом чл. 2 (1) Закона о једнократном порезу на екстра доходак и екстра имовину стечене искоришћавањем посебних погодности (*Службени гласник РС*, 36/01, 37/01, 18/02) повређено начело забране дискриминације из чл. 21 Устава Србије. Према тој одредби, правна и физичка лица која су доходак и имовину стекла на исти начин, тј. „коришћењем посебних погодности“, али после ступања на снагу тог закона, не подлежу обавези плаћања једнократног пореза, чиме је повређен принцип једнакости пред законом. Остваривање циља којим се законодавац руководио не сме да буде основ да се без објективног и разумног оправдања створе нове разлике међу потенцијалним пореским обвезницима. Видети Одлуку Уставног суда IY-221/01 од 14. јула 2011. године, *Службени гласник РС*, 72/11.

⁵⁵ О сразмерности између циља и употребљеног средства, видети више у Bourgeois (2008, 92–93).

⁵⁶ Видети на пример Одлуку Уставног суда IY-39/04 од 16. септембра 2004. године, *Службени гласник РС*, 122/04.

приход од камате (на коју се, према пореском уговору између Србије и Финске, не плаћа порез по одбитку у земљи извора), док други улаже сопствени капитал очекујући приход од дивиденде (на коју се плаћа порез по одбитку од 5%), њихов порески третман био би неједнак јер би првове била ускраћена пореска погодност на основу примене ГЦТ теста. Иако им је способност плаћања иста,⁵⁷ први обвезник – само због тога што је надлежни орган оценио да је укључен у аранжман чији је један од главних циљева абузивни – биће изложен двоструком опорезивању дела свог дохотка. Уставни суд Србије би могао да сматра да одредба пореског уговора која доводи до таквог исхода није у сагласности са чл. 91 (2) Устава. Пред Уставним судом Србије могао би, као контрааргумент, да се наведе да је до двоструког опорезивања дошло због одбијања земље резидентства (Финске) да примени једну од метода за елиминацију двоструког опорезивања, али је такав исход резултат сагласности воља уговорних страна, које су одлучиле да не оптирају за примену дискреционе олакшице из чл. 7 (4) *MLI*.

5. ЗАКЉУЧАК

Уградњом одредбе о ГЦТ тесту у обухваћене пореске уговоре започела је *post-BEPS* ера међународног пореског права. Наша анализа је показала да су тој одредби инхерентне бројне слабости, од којих неке, попут нарушене правне сигурности, неједнаког третмана и новчане пенализације пореског обвезника услед двоструког опорезивања, могу убудуће да буду предмет оцене уставности. Уставни судови у Пољској и Француској већ су проглашавали неуставним домаће *GAAR*-ове, чије су одредбе биле сличне деловима одредбе о ГЦТ тесту, пре свега због неодређености и непрецизности формулација, као и због „разблаживања“ елемената за испитивање постојања злоупотребе права („искључиви циљ“ постао је „главни циљ“). Изазов је, међутим, сада сложенији јер би одлука да одредба о ГЦТ тесту из пореских уговора није у складу с уставом срушила важан део *BEPS* конструкције.

Прецизност норме би се повећала, а правна несигурност смањила уколико би се, макар у Коментару Модел-конвенције ОЕЦД, јасније одредила граница између „једног од главних циљева“ аранжмана или трансакције и секундарног циља, посебно имајући у виду ризике које за *bona fide* пореске обвезнике носи низак ниво доказа да је постојала абузивна намера који се очекује од пореског органа

⁵⁷ Не разликује се ни интензитет коришћења јавних добара у земљи извора (Србији), те не постоји оправдање за укупно оштрије опорезивање једног у односу на другог.

(„разумно закључивање“) и висок ниво доказа који порески обвезници морају пружити у објективном тесту („установљавање“ да је одобравање погодности у датим околностима било у складу са предметом и циљем одговарајућих одредаба пореског уговора) да би се изузели од ускраћивања погодности из пореског уговора. Сем тога, норму о ГЦТ тесту требало би употпунити захтевом да аранжман мора да буде артифицијелан да би се сматрао абузивним. Чланом 30 *MLI* предвиђено је да одредбе Мултилатералне конвенције не утичу на накнадне измене обухваћених пореских уговора које могу бити договорене између уговорних јурисдикција, што би значило да би државе у којима би уставни суд оспорио делове одредбе о ГЦТ тесту могле на билатералној основи да потраже задовољавајуће решење. Уколико је број држава и јурисдикција у којима је уставни суд нашао да те одредбе нису у сагласности с уставом значајан, могао би се у прописаној процедури поднети амандман на Мултилатералну конвенцију.

Пенализујући ефекат одредбе о ГЦТ тесту с ограниченим ефектима, за који би уставни судови могли да оцене да није у сагласности с уставним принципом правне сигурности у казненом праву, нестао би ако би се уговарала примена дискреционе олакшице. Остао би приговор на рачун непрецизности одредбе о дискреционој олакшици, имајући у виду да порески орган има слободу избора неабузивне структуре коју ће применити.⁵⁸

Иако је целокупан *BEPS* пројекат, и *MLI* као његов важан део, рађен у сарадњи водећих експерата из домена међународног пореског права, под окриљем ОЕЦД-а, уз подршку Г 20, те се већина прихваћених мера може високо оценити,⁵⁹ изгледа да су ефекти избегавања пореза путем ерозије пореске основице и премештања добити, исказани кроз губитак пореских прихода у износу од око 200 милијарди УСД на глобалном нивоу годишње,⁶⁰ утицали на „радикализацију“ појединих решења, пре свега одредбе о ГЦТ тесту из чл. 7 (1) *MLI*. „Тас“ је превагнуо на страну пореске администрације, што се очигледно желело постићи. Осим тога, уз циљ пореског уговора дефинисан као „избегавање двоструког опорезивања без стварања могућности за неопорезивање или смањено опорезивање путем пореске евазије или избегавања пореза“, отворен је простор да, после ускраћивања погодности из пореског уговора у земљи извора порески обвезник остане двоструко опорезован јер није примењена једна

⁵⁸ Видети више у Pinetz (2016, 299).

⁵⁹ За одређене замерке *BEPS* пројекту, упоредити Valderrama (2018, section 3.3).

⁶⁰ <http://www.oecd.org/ctp/oecd-presents-outputs-of-oecd-g20-beps-project-for-discussion-at-g20-finance-ministers-meeting.htm> (последњи приступ 14. јануар 2019. године).

од мера за елиминацију двоструког опорезивања у земљи резидентства, кад год се она не сложи са реконфигурисаним пореским третманом оспореног аранжмана у земљи извора.

У предстојећим годинама стицаће се прва искуства у примени одредбе о ГЦТ тесту и реакцији земље резидентства, која ће потврдити или оспорити изнете примедбе. Такође ће се показати у којој ће мери бити потребна реконструкција модификоване мреже пореских уговора због дејства евентуалних одлука уставних судова о (не) уставности норме која садржи овај тест.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Aaronson, Graham. 2011. *GAAR Study. A Study to Consider whether a General Anti-avoidance Rule Should be Introduced into the UK Tax System*. London: The National Archives, https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130402163458/http://www.hm-treasury.gov.uk/d/gaar_final_report_11111.pdf (последњи приступ 7. јануар 2019. године).
- Arnold, Brian J. 2016. *International Tax Primer*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- Atkinson, Chris. 2012. General Anti-Avoidance Rules: Exploring the Balance between the Taxpayer's Need for Certainty and the Government's Need to Prevent Tax Avoidance. *Journal of Australian Taxation* 14: 1–56.
- Báez Moreno, Andrés. 2017. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?. *Intertax* 45: 432–446.
- Baker, Philip. Tax Avoidance, Tax Mitigation and Tax Evasion, <https://vdocuments.site/tax-avoidance-tax-mitigationphilip-baker.html> (последњи приступ 25. децембар 2018. године).
- Bourgeois, Marc. 2008. Constitutional Framework of the Different Types of Income. 79–183 у *The Concept of Tax*, уредник Bruno Peeters. Amsterdam: IBFD.
- Bravo, Nathalie. 2016. The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties. *World Tax Journal* 8: 279–304.
- Chand, Vikram. 2018a. *The Interaction of Domestic Anti-Avoidance Rules with Tax Treaties (with special references to the BEPS project)*. Zurich: Schulthess.
- Chand, Vikram. 2018b. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax* 46: 18–44.

- De Broe, Luc, и Joris Luts. 2015. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax* 43: 122–146.
- Dourado, Ana Paula. 2015. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax* 43: 42–57.
- Engelen, Frank. 2004. *Interpretation of Tax Treaties under International Law*. Amsterdam: IBFD.
- Freedman, Judith. 2004. Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle. *British Tax Review* 4: 332–357.
- Jelčić, Božidar. 1998. *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb: Informator.
- Kasoulides Paulson, Stella. 2013. *When It Comes to General Anti-Avoidance Rules, is Broader Better?*. Wellington: Victoria University of Wellington, Faculty of Law.
- Kemmeren, Eric C. C. M. 2014. Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?. *EC Tax Review* 23: 190–193.
- Kok, Reinout. 2016. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax* 44: 406–412.
- Koriak, Oleksandr. 2016. *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework*. Lund: School of Economics and Management Lund University.
- Lang, Michael. 2014. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International* 74: 655–664.
- Ловчевић, Јован. 1993. *Институције јавних финансија*, Београд: Службени лист СРЈ (Lovčević, Jovan. 1993. *Institucije javnih finansija*, Beograd: Službeni list SRJ.)
- Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (последњи приступ 10. јануар 2019).
- OECD. 2013. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD.
- OECD. 2015. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. Action Plan 15: 2015 Final Report*. Paris: OECD.
- OECD. 2017. *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris: OECD.
- OECD. 1990. *Taxpayers' Rights and Obligations*. Paris: OECD.

- Pinetz, Erik. 2016. Use of a Principal Purpose Test to Prevent Treaty Abuse. 271–301 u *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). The Proposals to Revise the OECD Model Convention*, уредници Michael Lang, Pasquale Pistone, Alexander Rust, Josef Schuch и Claus Staringer. Vienna: Linde Verlag.
- Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду (Popović, Dejan. 2018. *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.)
- Поповић, Дејан, и Гордана Илић Попов. 2017. Значај и ефекти BEPS мултилатералне конвенције у међународном пореском праву. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 75: 13–31 (Popović, Dejan, i Gordana Ilić Popov. 2017. Značaj i efekti BEPS multilateralne konvencije u međunarodnom poreskom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 75: 13–31.)
- Поповић, Дејан, и Светислав В. Костић. 2009. *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања. Правни оквир и тумачење*. Београд: Цекос ин (Popović, Dejan, i Svetislav V. Kostić. 2009. *Ugovori Srbije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja*. Pravni okvir i tumačenje. Beograd: Cekos in.)
- Schwidetzky, Walter D. 1996. Hyperlexis and the Loophole. *Oklahoma Law Review* 49: 403–424.
- Taboada, Carlos Palao. 2015. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation* 69: 602–608.
- Thuronyi, Victor. 2003. *Comparative Tax Law*. The Hague: Kluwer.
- Tiley, John. 2000. *Revenue Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Тодоровић, Милан. 1930. *Наука о финансијама. I Наука о порезима*. Београд: Геца Кон (Todorović, Milan. 1930. *Nauka o finansijama. I Nauka o porezima*. Beograd: Geca Kon.)
- Valderrama, Irma Johanna Mosquera. 2018. Output Legitimacy Deficits and the Inclusive Framework of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *Bulletin for International Taxation* 72: section 1 – section 4.
- Van Dijk, Pieter, Gret Haller, Jeffrey Jowell и Kaarlo Tuori. 2011. Report on the Rule of Law, Study No. 512/2009. Strasbourg: European Commission for Democracy through Law (Venice Commission).
- Weber, Dennis. 2017. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review* 1: 48–59.

Dejan Popović, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

Gordana Ilić Popov, PhD

Full Professor
University of Belgrade Faculty of Law

(UN)CONSTITUTIONALITY OF THE PROVISION ON THE
PRINCIPAL PURPOSE OF TRANSACTION OR ARRANGEMENT
TEST FROM THE TAX TREATIES

Summary

The principal purpose of transaction or arrangement test (PPT) contained in MLI authorises tax authorities to deny a treaty benefit. The structure of PPT shows that tax authorities were given wide discretion. Its wording does not determine what will be taxed in the source country once the benefit is denied. In authors' opinion the residence country may decide to deny the relief for elimination of double taxation if it considers that it is the conflict of qualifications that arises from differences in interpretation of treaty or facts rather than from differences in domestic law. The constitutionality of PPT may be assessed with respect to the principles of legal certainty and equality. The tax authorities were given arbitrary authorisation to assess whether it is an abusive "one of the principal purposes of a transaction" or a legitimate commercial objective. This may violate the principles of equality and taxation based on ability-to-pay.

Key words: *Principal purpose of transaction or arrangement test. – Multilateral instrument. – Tax avoidance. – Legal certainty. – Constitutionality.*

Article history:

Received: 11. 2. 2019.

Accepted: 25. 4. 2019.