

УДК 1950, 1964

CERIF: S 141

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22301A

Др Дејан ПОПОВИЋ*

Др Гордана ИЛИЋ-ПОПОВ**

**(НЕ)ИЗВЕСНА БУДУЋНОСТ КРЕДИТА ЗА УШТЕЋЕН
ПОРЕЗ У МЕЂУНАРОДНОМ ПОРЕСКОМ УГОВОРНОМ
ПРАВУ**

Кредит за уштеђен порез се појавио у пореским уговорима пре 63 године. Упркос критикама, данас се налази у 15% уговора о избегавању дво-струког опорезивања, док Србија има ту одредбу у 46% својих пореских уговора. Аутори сматрају да је она потврда права на увођење пореских подстицаја као дела субјективног пореског права државе, истичући да треба спречити злоупотребу тог права. Пошто је анализиран утицај кредита за уштеђен порез на стране директне инвестиције у Србији и на српске излазне инвестиције, завршни део рада посвећен је будућности те клаузуле у светлу иницијативе OECD/G20 о глобалном увођењу минималне ефективне стопе пореза на добит. Кредит за уштеђен порез би тада могао бити угрожен, а предложена олакшица у виду супстанцијалног искључења, која се односи на књиговодствену вредност материјалне имовине и трошак зарада, ствараће арбитражност

* Професор емеритус, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.

** Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, gordana@ius.bg.ac.rs.

и административне тешкоће. Мало је вероватно да ће развијене државе прихватити да се предвиди посебно искључивање из дохотка за кредит за уштеђен порез.

Кључне речи: *Кредит за уштеђен порез. – Порески уговор. – Директне стране инвестиције. – Правило о укључивању дохотка. – Супстанцијално искључење.*

1. УВОД

Србија је држава са релативно разгранатом мрежом уговора о избегавању двоструког опорезивања, а њени представници су, заједно са представницима још 30 држава нечланица, активни у Комитету за фискалне послове Организације за економску сарадњу и развој – ОЕЦД у континуираним настојањима да се унапређује Модел-конвенција ОЕЦД о порезима на доходак и имовину (у даљем тексту: Модел-конвенција ОЕЦД).¹ Ако се узме у обзир и њено учешће у припреми Мултилатералне конвенције за примену мера које се са циљем спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре, као и у Инклузивном оквиру за BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) може се констатовати да је улога Србије у стварању, тумачењу и примени међународног порескоправног поретка запажена као, у најмању руку, кооперативна и заснована на професионализму њених представника у радним телима.

Једно од неслагања Србије тиче се одредбе о кредиту за уштеђен порез коју не садржи Модел-конвенција ОЕЦД. У том смислу, Србија је резервисала право да у пореске уговоре укључи ту одредбу.² Околност да је у томе успела у готово 50% својих уговора о избегавању двоструког опорезивања, упркос критикама које ОЕЦД упућује на рачун кредита за уштеђен порез већ скоро четврт века, сведочи да је, осим шест држава чланица ОЕЦД са којима Србија има порески уговор са клаузулом о кредиту за уштеђен порез, значајан број земаља сличног нивоа развијености као Србија (или чак нижег) показао спремност да кредитом за уштеђен порез пружи подршку другој држави уговорници

¹ Србија је исказала властиту позицију у односу на 17 чланова Модел-конвенције ОЕЦД (у верзији из 2017. године) и у односу на Коментар уз три њена члана.

² Исто је поступило још 11 држава нечланица.

(Србији) у њеној тежњи да пореским подстицајима привуче стране директне инвестиције. Најчешће је то праћено реципрочним уступком српске стране.

Циљ рада је да се најпре установи шта је кредит за уштеђен порез и у којим се облицима среће у савременом праву међународних пореских уговора, а затим да се анализи подвргне еволуција става OECD, академских кругова и земаља у развоју о том институту. Четврти део рада је посвећен истраживању правог циља кредита за уштеђен порез и његових ефеката у Србији. У петом делу се анализира однос кредита за уштеђен порез према најављеном правилу о укључивању дохотка у оквиру пакета мера BEPS 2.0. На крају су дата закључна разматрања.

2. ПОЈАМ И ВРСТЕ

Порески кредит у међународном пореском праву представља износ пореза на доходак, односно на имовину који је плаћен у земљи извора, а који се може одбити од пореза који земља резидентства утврђује на светски доходак, односно на светску имовину. У неким уговорима о избегавању двоструког опорезивања постоји, међутим, посебна врста пореског кредита – уређена клаузулом о кредиту за уштеђен порез (*tax sparing clause*) – за коју не важи услов да износ пореза за који се може умањити пореска обавеза резидента мора бити *плаћен* у земљи извора. У случају кредита за уштеђен порез порез који је плаћен у другој страни уговорници подразумева и порез који *би био плаћен* у тој другој држави да није умањен или отписан у складу са њеним законским одредбама о пореским подстицајима.³ Понекад се назива и условљеном олакшицом (*contingent relief*) јер му размере зависе од висине олакшице у земљи извора (Li 2017, 547).

³ Поједине државе (на пример, Велика Британија) инсистирају да се у пореском уговору наведу закони земље извора чијим се одредбама прописују порески подстицаји, уз могућност прихватања каснијих незнатних измена тих одредаба које неће утицати на њихов општи карактер. Уколико се касније донесе нека друга одредба којом се признаје пореска олакшица, надлежни орган државе уговорнице треба да се сагласи да је она сличног карактера као и одредбе наведене у пореском уговору. Такође, надлежни орган земље извора мора да достави потврду да је пореска олакшица дата са циљем унапређења њеног развоја. Вид. Споразум између СФРЈ и Уједињеног Краљевства Велике Британије и Северне Ирске о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* 7/1982, чл. 22, ст. 3 и 4. Тај порески уговор се примењује на Србију као једног од сукцесора СФРЈ.

Сличан кредиту за уштеђен порез је тзв. претпостављени кредит (порт. *crédito presumido*) (Tavares, Crispim 2017), који се на енглеском најчешће назива *matching credit*, а ређе и метод фиксиране олакшице (*fixed relief method*) (Holland, Vann 1998, 1014). Код њега земља резидентства прихвата да пружи кредит за инострани порез за одређене врсте дохотка у износу који је утврђен пореским уговором, а који је обично виши од максималног износа пореза који је иначе тим уговором допуштен земљи извора, или од износа предвиђеног њеним домаћим правом.⁴ Отуда висина пореског кредита који одобрава земља резидентства не зависи од прописа о пореским олакшицама које се дају у земљи извора. Порески обвезник ће остваривати утолико већу пореску погодност уколико је разлика између уговореног кредита и пореске стопе коју примењује земља извора већа. Кредит за уштеђен порез и претпостављени кредит разликују се по томе што је код првог „фиктивни“ порез који се у посебним ситуацијама признаје као кредит одређен олакшицом пруженом у земљи извора, док код другог „фиктивни“ порез није нужно повезан са нивоом опорезивања у земљи извора нити с олакшицом коју она пружа.⁵ Кредит за уштеђен порез се најчешће односи на пропуштено опорезивање свих оних делова дохотка и имовине које је земља извора могла да подвргне својем порезу, док

⁴ Тако се, на пример, чланом 23, став 3 пореског уговора између Шведске и Бразила из 1975. године предвиђа да ће се за дивиденде које компаније резиденти Бразила исплаћују компанијама (осим партнерствима и предузетницима) резидентима Шведске и за ауторске накнаде сматрати да је стопа бразилског пореза (који се у Шведској може истаћи као кредит на рачун пореза који она примењује као земља резидентства) 25%, а за камате 20%, независно од тога што су члановима 10–12 тог пореског уговора стопе пореза на међукомпанијске дивиденде, камате (осим кад је прималац физичко лице, партнерство или предузетник) и ауторске накнаде (изузев код жига), које може применити земља извора, лимитиране до 15%. Видети https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_br-se_01_eng_1975_tt_td1.html, последњи приступ 15. фебруара 2022.

⁵ У вези са дефиницијом кредита за уштеђен порез нема већих несугласица у порескоправној литератури, док то није случај са дефиницијом претпостављеног кредита. Због тога не изненађује став француског Државног савета (*Conseil d'État*) да за примену клаузуле о претпостављеном кредиту из пореског уговора између Француске и Бразила из 1971. године треба да постоји бар минимални ниво опорезивања у земљи извора. Видети *Conseil d'État, Société Natexis Banques Populaires v. France*, No. 284930, 26 juillet 2006. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008244748/>, последњи приступ 20. фебруара 2022. Са таквим тумачењем се, међутим, не слажу поједини бразилски и, шире, јужноамерички аутори (Schoueri 2013, 109; Barreto 2021, 65–66), који сматрају да претпостављени кредит не зависи од пореске олакшице у земљи извора те да не постоји услов минималног нивоа пореза који важи у земљи извора за примену клаузуле о претпостављеном кредиту.

се претпостављени кредит обично ограничава на порезе по одбитку на пасивни доходак (дивиденде, камате и ауторске накнаде) (Holland, Vann 1998, 1014).⁶ Изузетно, као, на пример, у пореском уговору између Холандије и Бангладеша из 1993. године, претпостављени кредит је надограђен елементима кредита за уштеђен порез. Ако је, због посебне олакшице дате по основу бангладешког закона са намером подстицања улагања у Бангладеш, на камате и ауторске накнаде у Бангладешу стварно уведен порез нижи од 10% (колико је, иначе, одредбама чланова 11(2) и 12(2) пореског уговора, предвиђено да износи лимит до којег земља извора има право да опорезује те две врсте прихода), сматраће се да је порез плаћен у Бангладешу на те камате и ауторске накнаде 10%. Међутим, ако се опште пореске стопе у бангладешком праву које су примењиве на камате и ауторске накнаде смање испод 10%, за поменуте сврхе примењиваће се те ниже стопе.⁷

Поједини аутори кредит за уштеђен порез и претпостављени кредит подводе под заједнички институт – кредит за уштеђен порез у ширем смислу, при чему први називају кредитом за уштеђен порез *stricto sensu* (Schoueri 2013, 109). У нашој даљој анализи углавном ћемо се бавити кредитом за уштеђен порез *stricto sensu*, што нећемо посебно наводити, осим ако се појави потреба за разликовање од претпостављеног кредита. Та варијанта је, уосталом, једина заступљена у пореским уговорима Србије.

3. РАЗВОЈ ИДЕЈЕ О КРЕДИТУ ЗА УШТЕЂЕН ПОРЕЗ: НЕДОУМИЦЕ, ПРИХВАТАЊЕ, ПРЕИСПИТИВАЊЕ

Објашњење због чега би се пореском обвезнику у земљи његовог резидентства признало право на умањење пореза за износ који није платио у земљи извора налази се у природи пореског кредита као ме-

⁶ Редак изузетак се среће у члану 24(5) пореског уговора између Аргентине и Италије из 1979. године. https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_ar-it_02_spa_1979_tt_td2.html%23tt_ar-it_02_spa_1979_tt_td2_a24, последњи приступ 22. фебруара 2022. Том одредбом је предвиђено да ће се, уколико по основу аргентинског права аргентински порез на добит предузећа не буде у току одређеног периода потпуно или делимично наплаћен, сматрати да је тај порез, за потребе примене пореског кредита од италијанске стране, наплаћен по стопи од 15%. Иначе, чланом 25(4) је фиксиран „стандардни“ претпостављени кредит од 15% за дивиденде и 20% за камате и ауторске накнаде.

⁷ Article 23(4) of the Convention between the Netherlands and Bangladesh for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income. <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001126/1994-06-08>, последњи приступ 22. фебруара 2022.

тода за отклањање двоструког (правног) опорезивања. У свом изворном облику, он поништава дејства пореских подстицаја које пружа земља извора са циљем да привуче стране инвеститоре: олакшицу коју је остварио у земљи улагања порески обвезник ће изгубити у земљи свог резидентства која ће прво утврдити порез на његов светски доходак, а онда му као порески кредит признати само износ пореза који је плаћен у земљи улагања. Разумна је претпоставка да у ситуацији кад му је земља извора пружила пореску олакшицу патриотски „порив“ што ће порески приход завршити у трезору земље његовог резидентства а не у трезору земље извора неће посебно мотивисати инвеститора да улаже у ту земљу извора. Уколико се, међутим, уговори клаузула о кредиту за уштеђен (неплаћени) порез, земља резидентства ће поднети „фискалну жртву“, а земља извора ће остварити жељени циљ јер ће њен порески подстицај стварно користити пореском обвезнику. То „жртвовање“ понекад може бити због солидарности са земљом у развоју као подршка њеним намерама да стимулише стране директне инвестиције, али се често од земље извора, за узврат, тражи да снизи стопе пореза по одбитку или да правила о сталној пословној јединици буду стриктнија (ОЕСД 1998, 13).

Расправе о ефикасности кредита за уштеђен порез воде се од како се појавила идеја о увођењу тог института у међународно пореско право. Он је први пут поменут 1953. године у Извештају британске Краљевске комисије о опорезивању добити и дохотка,⁸ у којем се расправљало о оправданости пружања такве врсте подршке настојањима британских колонија и земаља Комонвелта да пореским олакшицама привуку (британске) инвеститоре. Али, 1957. године (конзервативни) министар финансија Торникрофт (*Peter Thorneycroft*) одбио је предлог Краљевске комисије о увођењу *tax sparing* кредита (Surrey 1957, 7). Међутим, Велика Британија је већ 1961. године ратификовала порески уговор са Пакистаном, у којем се нашла клаузула о кредиту за уштеђен порез, пошто је претходно британски Парламент усвојио закон који је одобрио такву подршку земљама у развоју како би се очувало дејство њихових програма пореских олакшица, чији је циљ промовисање индустријског, трговинског, научног, образовног и другог развоја (ОЕСД 1998, 15). Иако је, дакле, концепт *tax sparing* кредита настао у Великој Британији, први уговори о избегавању двоструког опорезивања у које је он уграђен ипак су закључени још 1959. године – између СР Немачке и Индије, односно Шведске и Израела (Perper *et al.* 1972,

⁸ *First Report of the Royal Commission on the Taxation of Profits and Income*, Cmd. 8761, H.M.S.O., London 1953, 3. Видети посебно A. R. Prest 1956, 366–374.

3–25). Баш због клаузуле о кредиту за уштеђен порез порески уговор са Пакистаном није 1957. године ратификован у америчком Сенату, на шта је значајно утицала аргументација коју је пред Комитетом за спољне послове изнео харвардски професор Сари (Surrey 1957, 1–25).⁹ Њоме је уобличен негативан став САД према кредиту за уштеђен порез који се задржао до данашњег времена: ниједан уговор о избегавању двоструког опорезивања који су закључиле САД не садржи *tax sparing* клаузулу. Томе су допринели Саријев долазак на функцију помоћника министра финансија у администрацијама председника Кенедија и Џонсона (1961–1969), а нарочито специфична позиција САД као земље с огромним унутрашњим тржиштем, чији је „став одувек био у прилог ‘инвестирању код куће’. Исто тако, због своје потенцијалне позиције великог извозника капитала, САД су више забринуте да ће изгубити пореске приходе него многе друге државе“ (Brooks 2009, 521).

У Коментару уз члан 23 Нацрта конвенције о двоструком опорезивању дохотка и имовине ОЕСД из 1963. године, који уређује методе за отклањање двоструког опорезивања, напомиње се да уколико земља у развоју пружа пореске подстицаје, друга страна уговорница може или да изузме из опорезивања доходак од делатности коју земља у развоју настоји да подстакне или да пружи кредит за уштеђен порез, при чему државе уговорнице саме бирају форму коју ће дати одредби о том кредиту. Сагласни смо са мишљењем Бруксове да је ОЕСД тада дао „млаку“ подршку *tax sparing* клаузули (Brooks 2009, 522). Сличан став је био изнет и у Модел-конвенцији ОЕСД из 1977. године – тачније, у Коментару уз члан 23: ако се две државе уговорнице договоре да не треба да се поништи погодност коју је пружила земља извора, могуће је определити се између претпостављеног кредита, кредита за уштеђен порез *stricto sensu* или методе изузимања, а државе уговорнице могу разрадити и неку другу формулу. У Коментару се наглашава да земља извора (земља у развоју) у таквом контексту треба да прихвати ограничавање својих стопа пореза по одбитку на дивиденде, камате и ауторске накнаде и лимитирање временског трајања погодности пружа-

⁹ Сари је указивао на то да је одредба о кредиту за уштеђен порез супротна приступу који је усвојен у америчком домаћем праву да се не дају уступци код корпорацијског пореза за инострани доходак; да ће уступак пружен Пакистану створити преседан за мноштво будућих таквих уступака; да кредит за уштеђен порез нарушава механизам пореског кредита; да је у основи непотребан ако се узму у обзир погодности одлагања пореске обавезе које имају филијале америчких корпорација (зависна привредна друштва) за пословање у иностраним државама чији су резиденти; да одредбе о кредиту за уштеђен порез охрабрују нерационално обликовање пореза у иностраној држави и коруптивне поступке иностраних влада итд.

жених у виду кредита за уштеђен порез или изузимања, односно да се те погодности дају само за инвестиције које ће бити уговорене после ступања на снагу пореског уговора.¹⁰

Упркос слабој подршци OECD или, можда, баш захваљујући њој, у последњој трећини 20. века наступа „златно доба“ кредита за уштеђен порез. Тада је у свету на снази било око 1.500 пореских уговора (OECD 1998, 14). Примера ради, Велика Британија је у периоду 1961–1999. година прихватила *tax sparing* клаузулу у 47 пореских уговора (Brooks 2009, 517–518), али у каснијим годинама само у два пореска уговора. Ако се узму подаци за OECD као целину, у 31% уговора о избегавању двоструког опорезивања између његових чланица и земаља у развоју предвиђен је кредит за уштеђен порез, при чему је већина тих уговора закључена пре 2002. године (Azémar, Dharmapala 2019a, 6). Изостанак чвршег опредељивања OECD за ту клаузулу може се разумети уколико се има у виду да је Модел-конвенција била првенствено намењена државама чланицама те организације као мустра за закључивање пореских уговора између њих – у које се кредит за уштеђен порез по правилу није уносио јер су оне развијене економије. Такође, не треба занемарити амерички утицај у Фискалном комитету OECD, који је значајним делом обликован Саријевом аргументацијом против института *tax sparing*-а.

Иницијално „млака“ подршка OECD прерасла је у супротстављање уношењу одредбе о кредиту за уштеђен порез у пореске уговоре.¹¹ У извештају *Tax Sparing. A Reconsideration* (OECD 1998) наводе се нарочито следећи разлози:

- (1) неделотворност – из визуре велике већине држава чланица OECD – кредита за уштеђен порез као инструмента за подстицање страних инвестиција и остваривање националних економских циљева (OECD 1998, 12);
- (2) широк простор за злоупотребе: (а) путем трансферних цена; (б) могућност да инвеститор из треће државе искористи земљу резидентства, односно погодност из пореског уговора, за оснивање проточне (*conduit*) компаније улажући посредством те компаније у земљу извора којој је пружена погодност

¹⁰ *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*, OECD, Paris 1977, Commentary on Articles 23A and 23B, para. 70–76.

¹¹ Извештај OECD не садржи изричиту препоруку за државе чланице да напусте одредбу о кредиту за уштеђен порез, али јасно упућује на потребу да у будуће преиспитају њено уговарање (OECD 1998, 42–43).

у виду кредита за уштеђен порез; (в) путем схеме усмеравања (*routing*), где резидентна банка даје зајам иностраном инвеститору посредством банке у земљи у развоју, како би се искористио кредит за уштеђен порез по одбитку на камате из пореског уговора између земље резидентства и земље у развоју; (г) артифицијелним повећањем пореских стопа у земљи извора да би се извршио притисак на земљу резидентства да пружи што већи кредит за уштеђен порез (OECD 1998, 29, 36–37);¹²

- (3) околност да се порески подстицај који пружа земља извора, и без кредита за уштеђен порез, неће изгубити ако се добит филијале резидентног инвеститора, која је резидент у земљи извора, не репатрира (OECD 1998, 42);
- (4) могуће штетно дејство по земљу извора уколико *tax sparing* клаузула подстакне повећану репатријацију добити и тако умањи њено реинвестирање (OECD 1998, 22–23);
- (5) немогућност земље резидентства да утврди трошак (односно губитак пореских прихода) пружања подршке земљи извора путем кредита за уштеђен порез (OECD 1998, 22);
- (6) непостојање потребе да се даље пружа подршка у виду кредита за уштеђен порез државама које нису чланице OECD јер су многе од њих у међувремену економски ојачале (OECD 1998, 21);
- (7) начелне слабости пореских подстицаја, који се сматрају дисторзивним и компликованим (OECD 1998, 25–28);
- (8) лоше формулисане одредбе о кредиту за уштеђен порез у пореским уговорима могу да подстакну штетну пореску конкуренцију, односно да подрже олакшице које еродирају пореску основицу у земљама резидентства (OECD 1998, 41);
- (9) административне тешкоће у примени одредбе о кредиту за уштеђен порез, посебно за доказивање да је порески обвезник стварно остварио пореску уштеду по основу прописа земље извора који предвиђа порески подстицај (OECD 1998, 30);

¹² У Извештају се наводи да у уговору треба изричито да се предвиди да ће се домаће антиабузивне норме примењивати и на одредбу о кредиту за уштеђен порез и, такође, препоручује да се уз ту одредбу уграде специјалне антиабузивне клаузуле, све са циљем да се спрече злоупотребе кредита за уштеђен порез. Касније, у ери BEPS-а, настала су антиабузивна правила у виду теста главног циља трансакције или аранжмана и клаузуле о ограничавању погодности, који се уграђују у пореске уговоре и примењују и на *tax sparing* клаузулу.

- (10) приговори земаља у развоју да се у преговорима у вези са закључивањем пореских уговора у делу који се односи на кредит за уштеђен порез од њих захтева да за узврат додатно сниже стопе пореза по одбитку (OECD 1998, 13). Тај аргумент је у одређеној мери циничан јер се чланом 12, став 1 Модел-конвенције OECD предвиђа да земље извора уопште не могу да уводе порез по одбитку на ауторске накнаде.
- (11) потенцијално онемогућавање деловања домаћег CFC (*Controlled-Foreign-Corporation*) законодавства због начелне забране из члана 27 Бечке конвенције о уговорном праву¹³ да се уговорна страна може позивати на одредбе свог унутрашњег права ради оправдавања пропуста да примени уговор.¹⁴ У Извештају OECD из 1998. године се због тога предлаже да се у пореске уговоре уграђује изричита одредба о супремацији националних CFC правила, у односу на клаузулу о кредиту за уштеђен порез (OECD 1998, 38–39; Ferreira 2021, sec. 10.4).¹⁵

Извештај OECD је утицао и на касније верзије Коментара Модел-конвенције OECD, укључујући и последњу из 2017. године. У Коментару уз члан 23Б (MC OECD 2017а, пара. 75–78.1) указује се на основне акценте из Извештаја: потенцијал за злоупотребу који нуди кредит за уштеђен порез, (не)делотворност кредита за уштеђен порез као

¹³ Уредба о ратификацији Бечке конвенције о уговорном праву, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* 30/1972.

¹⁴ За расправу како би се, ипак, могла оправдати примена домаћих CFC правила у односу на добит нерезидентног предузећа, иако члан 7 пореског уговора, заснован на Модел-конвенцији OECD, предвиђа да ће добит предузећа државе уговорнице бити опорезована само у тој држави (осим уколико то предузеће не послује у другој држави уговорници преко сталне пословне јединице), упоредити *infra*, одељак 5.1.

¹⁵ Ако би се CFC мере односиле само на пасивни доходак, доходак проточних компанија, доходак из веома мобилних извора или доходак остварен у јурисдикцијама са ниским порезима (Barker 2007, 356), а клаузула о кредиту за уштеђен порез само на активни доходак, колизија не би дешавала. Међутим, у пракси се одредбе о кредиту за уштеђен порез често односе и на пасивни доходак, а нека CFC законодавства (на пример, бразилско) се не ограничавају само на пасивни доходак или на доходак из јурисдикција са ниским порезима већ на целокупну добит контролисаних иностраних компанија. Њу законодавац не назива „профитом“ него „варијацијом вредности инвестиције еквивалентном добити“ (порт. *variação do valor do investimento equivalente aos lucros*), како би створио привид да није реч о опорезивању на нивоу иностране компаније већ на нивоу бразилске и тако избегао спор у вези с уставношћу одредбе о CFC и некомпатибилности са чланом 7 Модел-конвенције OECD и Модел-конвенције Уједињених нација.

инструмента иностране помоћи развоју земље извора и забринутост због тога што *tax sparing* може стимулисати државе да користе пореске подстицаје у функцији штетне пореске конкуренције. Ни Коментар не налаже изричито да треба престати с уношењем клаузуле о кредиту за уштеђен порез у пореске уговоре, али се у њему наглашава да би она, готово као *ultimum remedium*, могла да се нађе једино у уговори-ма где је економски ниво друге уговорне стране значајно испод нивоа држава чланица OECD. Отуда не изненађује сувише то што су у 21. веку релативно ретки нови порески уговори између држава чланица OECD и земаља у развоју у којима се налази клаузула о кредиту за уштеђен порез. Процењујемо да је од 2000. године закључено преко 2.000 угово-ра о избегавању двоструког опорезивања.¹⁶ Државе из англосаксонске породице права – Велика Британија, Канада, Аустралија и Нови Зеланд, које су у последњој трећини 20. века биле врло активне у пружању клаузуле о кредиту за уштеђен порез у пореским уговорима које су тада закључивале, у периоду 2000–2020. година потписале су укупно само седам таквих пореских уговора са земаљама у развоју и два са другом чланицом OECD. Сличан тренд се запажа и у осталим државама чланицама OECD које су раније биле спремне да пруже *tax sparing* клаузулу (Andrade 2020, 14, 16–18, 20–21).¹⁷ Све у свему, кредит за уштеђен порез се може наћи у више од 5% пореских уговора закључених после 2000. године, али се не сме пренебрегнути околност да је и даље на снази већина клаузула из уговора који су потписани у току последње трећине 20. века, што учешће у свим важећим уговорима о избегавању двоструког опорезивања чини ближим 15%.

¹⁶ Истраживање (Wijnen, De Goede 2014, 118) за период 1997–2013. година показује да су тада закључена 1.854 пореска уговора (1.811 анализирана и 43 недоступна ауторима). Сматрамо да је Андраде (Andrade 2020, 14) дала погрешну, претерану процену да је између 2000. и 2020. године потписано око 4.000 уговора о избегавању двоструког опорезивања јер се најчешће наводи податак о нешто преко 3.000 уговора, који обухвата и оне из 20. века. Упоредити, на пример, OECD 2017b; International Centre for Tax and Development 2021.

¹⁷ Према обрачуну аутора овог чланка, на основу прегледа које даје Андраде (2020, 14–16), још 17 чланица OECD (Турска, Шпанија, Ирска, Италија, Луксембург, Грчка, Немачка, Република Кореја, Португалија, Норвешка, Летонија, Словачка, Естонија, Пољска, Аустрија, Финска и Швајцарска) закључило је у периоду 2000–2020. година укупно 27 таквих пореских уговора са земаљама које нису чланице те организације, а три са неком од чланица. Све у свему, државе чланице OECD су од 2000. до 2020. године закључиле са земаљама у развоју 34 пореска уговора у којима се налази *tax sparing* клаузула у ширем смислу, при чему се она јавља у још око 70 пореских уговора закључених између држава и јурисдикција које не припадају OECD. Треба имати у виду да се Андраде ограђује да листа није до краја исцрпна.

С друге стране, 12 држава, међу којима је и Србија,¹⁸ изнело је своју позицију према члану 23 Модел-конвенције OECD, задржавајући право да додају одредбе о кредиту за уштеђен порез у односу на пореске подстицаје предвиђене својим националним законима. Отуда се у Нацрту уговора о избегавању двоструког опорезивања од којег полазе представници Србије у преговорима ради закључења пореских уговора (који се у највећој мери ослања на Модел-конвенцију OECD, али донекле и на Модел-конвенцију УН) налази клаузула о кредиту за уштеђен порез (Дабетић 2008, 188). Међутим, коначан исход преговора зависи од релативне преговарачке снаге страна, те Србија не условљава закључење уговора прихватањем те одредбе уколико је добила уступке у вези са неким другим одредбама нити може да инсистира на њој у преговорима са државама чија је позиција јача. Србија је до сада у овом столећу закључила 17 пореских уговора са *tax sparing* клаузулом, што чини значајних 38,6% од укупног броја пореских уговора у том периоду (44), али је само један уговор био са неком од чланица OECD (Мађарском).

Упркос начелно неповољном ставу OECD, закључујемо да кредит за уштеђен порез ипак није сасвим маргинализован јер се његова примена наставља у бројним затеченим пореским уговорима, а та се клаузула уграђује и у неке нове уговоре, посебно оне у којима је једна од уговорних страна новонастала, утицајна економска сила, попут Кине, Индије, Вијетнама или (до скоро) Бразила, која се може наћи и у улози земље извознице капитала, али и земље увознице капитала. Теоријске основе за оспоравање позиције OECD могу се наћи пре свега у јужноамеричкој порескоправној литератури, при чему треба имати у виду да због дугогодишњег инсистирања водећих држава Јужне Америке на клаузули о кредиту за уштеђен порез и упорног америчког одбијајућег става, САД имају само један уговор о избегавању двоструког опорезивања са земљама из тог региона (са Венецуелом¹⁹) и један са централноамеричким партнером (Мексико), при чему су обе државе велике извознице нафте (Ави-Јонах 2019, 3).²⁰

¹⁸ Албанија, Аргентина, Бразил, Индија, Обала Слоноваче, Малезија, Мароко, Кина, Србија, Тајланд, Тунис и Вијетнам.

¹⁹ Порески уговор између САД и Венецуеле потписан је 25. јануара 1999. године – осам дана пре доласка Чавеса на власт у Венецуели. Сенат га је ратификовао и почео је да се примењује од 1. јануара 2000. године.

²⁰ Ави Јона сматра да је неприхватање *tax sparing* клаузуле лажни траг када се настоји објаснити непостојање шире мреже пореских уговора САД са Латинском Америком. Према његовом мишљењу, прави разлог је веома неуједначен ток инвестиција, због чега би долазило до једностраног губитка

Позивајући на преиспитивање ставова OECD, бразилски порески правник Шоери је сумирао аргументе у прилог претпостављеног кредита и кредита за уштеђен порез *stricto sensu*. Према његовом мишљењу, циљ претпостављеног кредита је да обезбеди да у ситуацији кад земља извора унилатерално ограничи своје субјективно пореско право и предвиди пореску олакшицу у виду снижења пореске стопе (на пример, са 25% на 15%) земља резидентства настави да пружа порески кредит као да те олакшице нема. При томе ће порески обвезник извлачити привилегију непосредно из пореског уговора, која се огледа у разлици између „стандардне“ стопе коју земља резидентства признаје за потребе пореског кредита (25%) и снижене стопе коју примењује земља извора (15%). У том случају није реч о подршци, односно врсти развојне помоћи земље резидентства земљи извора него о прихватању права земље извора да самостално уређује висину пореске стопе. Истовремено, право земље резидентства да опорезује почиње тек од стопе од 25%, тако да је њена позиција неизмењена; она би морала да пружи порески кредит у висини од 25% и у ситуацији да није дата олакшица у земљи извора (Schoueri 2013, 110–111). У вези са кредитом за уштеђен порез *stricto sensu*, Шоери резонује да у начелу земља извора опорезује до одређеног нивоа, а по основу пореског уговора земља резидентства пружа кредит за тај порез плаћен у земљи извора. Уколико земља извора одлучи да не опорезује нерезидентног обвезника до нивоа који јој порески уговор омогућује (то јест, да му пружи пореску олакшицу), земља резидентства је дужна да поштује такву одлуку и да пружи порески кредит једнак максималном износу који је земља извора могла да опорезује (Schoueri 2013, 111).

Анализирајући конкретне замерке из Извештаја OECD, Шоери сматра да је неодбрањив аргуменат о неделотворности кредита за уштеђен порез као инструмента за промовисање страних инвестиција и истиче да нема емпиријских доказа који би потврдили незадовољство већине држава пореским подстицајима. Према његовом мишљењу, не може се олако прихватити ни аргумент о „слепом путнику“ (*free rider*), према којем се кредит за уштеђен порез пружа иако би инвеститор и без њега донео исту одлуку о улагању јер су му порески разлози мање важни од других фактора (политичке, тржишне и инфраструктурне прилике

пореских прихода у земљама извора. Отуда не изненађује да су једина два америчка пореска уговора она са Мексиком и Венецуелом, државама које због извоза нафте имају уравнотеженије токове инвестиција са САД него остале земље Латинске Америке. Аргументација која је 1999. године важила за Венецуелу постала је неважећа пошто су САД тој држави увеле санкције због кршења људских права од Мадуровог режима.

у земљи улагања). Наиме, могло би се поставити питање да ли онда порески уговори уопште имају значај за доношење одлуке о инвестицији, а спроведена истраживања не дају конклузиван одговор. Против аргумента да земље у развоју морају платити цену за добијање кредита за уштеђен порез чињењем уступка у висини стопа пореза по одбитку на дивиденде, камате и ауторске накнаде, Шоери истиче поменути приговор да сам ОЕCD заговара снижавање тих стопа, укључујући нулту стопу пореза по одбитку на ауторске накнаде, што смо назвали својеврсним цинизмом. Он такође оспорава тезу да су неке државе које нису чланице ОЕCD у међувремену економски ојачале, те да отуда не постоји потреба да им се даље пружа подршка у виду кредита за уштеђен порез, указујући на то да су бројне земље у развоју и даље и те како рањиве. Аргумент да се клаузула о кредиту за уштеђен порез може злоупотребити није, према Шоеријевом мишљењу, прихватљив. Његов став је да би конзистентнији приступ том проблему био да се генерално размотри питање *treaty shopping*-а и усвоје решења до којих се и дошло нешто касније, у оквиру BEPS акција (тест главног циља трансакције или аранжмана или клаузула о лимитирању погодности) (видети посебно Поповић, Илић-Попов 2019, 7–34; Andrade 2020, 21–22).²¹ Сама чињеница да може доћи до злоупотребе није довољна да би се одбацила одредба пореског уговора која би иначе била од интереса за обе државе уговорнице. Коначно, према Шоеријевом сагледавању, приговор ОЕCD да клаузула о кредиту за уштеђен порез штети земљи извора

²¹ Треба имати у виду да је замерка на рачун могућности за злоупотребу изнета 17 година пре него што је ОЕCD (заједно са G20) објавио своје анти-BEPS акције. У оквиру BEPS пројекта је, с једне стране, у Модел-конвенцију ОЕCD (у верзији из 2017. године) унет члан 29 (*Право на погодности*), који садржи тест главног циља трансакције или аранжмана и друге антиабузивне мере. Штавише, у Коментару уз чл. 29, пара. 175 изричито се помиње *tax sparing* клаузула као погодност (у виду ограничења субјективног пореског права државе уговорнице) на коју се тај члан примењује. С друге стране, Андраде указује на то да треба разликовати злоупотребу одредбе пореског уговора о кредиту за уштеђен порез од злоупотребе домаћих прописа о пореским подстицајима. У односу на ту другу врсту злоупотреба, разрађено је више акција у оквиру BEPS пројекта: (1) BEPS акција 3, посвећена CFC мерама, која омогућује да се примени нека минимална ефективна пореска стопа (https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page65); (2) BEPS акција 4, која предвиђа методе за спречавање претераних одбитака по основу камата; (3) BEPS акција 5, која се бави штетном пореском конкуренцијом; (4) BEPS акција 6, посвећена злоупотреби пореских уговора; и (5) BEPS акције 8–10 и 13, чији је циљ да се спречи злоупотреба трансакција између повезаних лица. За злоупотребе клаузуле о кредиту за уштеђен порез у праву пореских уговора се срећу различите мере, о којима је већ било речи [*supra*, фн. 12 и на почетку ове фусноте у контексту чл. 29 Модел-конвенције ОЕCD (2017)].

јер стимулише репатријацију добити на рачун њеног реинвестирања не стоји, осим уколико је та клаузула временски орочена. У супротном, инвеститорова одлука о томе да ли ће добит реинвестирати или репатрирати зависи, пре свега, од комерцијалних разлога (Schoueri 2013, 113–117).

Чињеница је да је кредит за уштеђен порез после Извештаја ОЕЦД из 1998. године ипак некако склоњен у други план и државе чланице га знатно ређе прихватају приликом преговарања о новим пореским уговорима. Не може се, међутим, оспорити да је таква клаузула и даље заступљена у многим важећим уговорима о избегавању двоструког опорезивања.

4. КРЕДИТ ЗА УШТЕЂЕН ПОРЕЗ: МЕРА ПОДРШКЕ ЗЕМЉИ У РАЗВОЈУ ИЛИ ОДРАЗ ФИСКАЛНОГ СУВЕРЕНИТЕТА?

Размере проблема који би се решавао клаузулом о кредиту за уштеђен порез зависе од методе за отклањање двоструког опорезивања за коју се определила држава која је саговорница држави која пружа пореске подстицаје. Уколико та прва држава, земља резидентства, примењује методу изузимања из члана 23А Модел-конвенције ОЕЦД, проблем уопште не би постојао за приходе и имовину који су изузети (осим уколико није уговорена *subject-to-tax* клаузула) (Nilsen 2013, 17; Marchgraber 2014, 293–302)²² него само у односу на приходе које земља извора може да опорезује, али на које се изузимање не може примењивати, већ се захтева „допунско“ коришћење методе кредита (дивиденде, камате, ауторске накнаде и сл.). Ако се, пак, земља резидентства определила за методу кредита из члана 23Б Модел-конвенције ОЕЦД, ефекат пореског подстицаја би био изгубљен код свих врста прихода, односно имовине, који су могли бити опорезовани (а нису) у земљи извора.

Погледајмо структуру одредаба о кредиту за уштеђен порез у уговорима о избегавању двоструког опорезивања који обавезују Србију.

²² Србија је наследила један број пореских уговора од некадашње СФРЈ, на основу којих примењује изузимање као методу за отклањање двоструког опорезивања (са Белгијом, Француском, Холандијом, Италијом, Кипром, Немачком, Шри Ланком, Шведском и Великом Британијом), али се у њима не налази *subject-to-tax* клаузула.

Табела 1.
Клаузула о кредиту за уштеђен порез у пореским уговорима Србије

Р. бр.	Држава - саговорница	Држава - потписница на „нашој страни“	Опсег примене*	Датум закључења пореског уговора	Датум почетка примене	Кредит за уштеђен порез	Члан из пореског уговора	Метода за отклањање двоструког опорезивања
1.	Албанија	СЦГ	Д + И	22.12.2004.	1.1.2006.	Обострани	25 (3)	Кредит
2.	Азербејџан	Србија	Д + И	13.5.2010.	1.1.2011.	Обострани	24 (3)	Кредит
3.	БиХ	СЦГ	Д + И	26.5.2004.	1.1.2006.	Обострани	24 (3)	Кредит
4.	Бугарска	СРЈ	Д + И	14.12.1998.	1.1.2001.	Обострани	24 (3)	Кредит
5.	Велика Британија	СФРЈ	Д	6.11.1981.	1.1.1983.	Обавезује само Велику Британију (изричито)	22 (3)	У Србији: изузимање. У Великој Британији: кредит
6.	Вијетнам	Србија	Д	1.3.2013.	1.1.2014.	Обострани	23 (3)	Кредит
7.	Грчка	СРЈ	Д + И	25.6.1997.	1.1.2011.	Обострани	24 (2)	Кредит
8.	Египат	СЦГ	Д	31.7.2005.	1.1.2007.	Обострани	23 (3)	Кредит
9.	Индија	СЦГ	Д + И	8.2.2006.	1.1.2009.	Обострани	25 (3)	Кредит
10.	Индонезија	Србија	Д	28.2.2011.	1.1.2019.	Обострани	23 (3)	Кредит

(Не)извесна будућност кредита за уштеђен порез у међународном пореском уговорном праву

Р. бр.	Држава - саговорница	Држава - потписница на „нашој страни“	Опсег	Датум закључења пореског уговора	Датум почетка примене	Кредит за уштеђен порез	Члан из пореског уговора	Метода за отклањање двоструког опорезивања
11.	Италија	СФРЈ	Д + И	24.2.1982.	1.1.1986.	Обавезује само Италију (изричито). Максимум: 25%	23 (4)	У Србији: изузимање. У Италији: кредит
12.	Јерменија	Србија	Д + И	10.3.2014.	1.1.2017.	Обострани	24 (3)	Кредит
13.	Катар	Србија	Д	2.10.2009.	1.1.2011.	Обострани	23 (2)	Кредит
14.	Кина	СРЈ	Д + И	21.3.1997.	1.1.1998.	Обострани	24 (3)	Кредит
15.	Кипар	СФРЈ	Д + И	29.6.1985.	1.1.1987.	Обострани	22 (3)	У Србији: изузимање. ¹⁾ На Кипру: кредит
16.	Кореја, НДР	СРЈ	Д + И	25.12.2000.	1.1.2002.	Обострани	24 (3)	Кредит
17.	Кувajt	СРЈ	Д + И	2.4.2002.	1.1.2004.	Обострани	24 (3)	Кредит
18.	Либија	Србија	Д	12.11.2009.	1.1.2011.	Обострани	23 (3)	У Србији: кредит. У Либији: изузимање ²⁾

Р. бр.	Држава – саговорница	Држава – потписница на „нашој страни“	Опсег	Датум закључења пореског уговора	Датум почетка примене	Кредит за уштеђен порез	Члан из пореског уговора	Метода за отклањање двоструког опорезивања
19.	Мађарска	СРЈ	Д + И	20.6.2001.	1.1.2003.	Обострани	24 (4)	У Србији: кредит. У Мађарској: изузимање ³⁾
20.	Молдавија	СЦГ	Д + И	9.6.2005.	1.1.2007.	Обострани	23 (3)	Кредит
21.	Пакистан	Србија	Д	21.5.2010.	1.1.2011.	Обострани	23 (3)	Кредит
22.	Пољска	СРЈ	Д + И	12.6.1997.	1.1.1999.	Обострани	24 (4)	У Србији: кредит. У Пољској: изузимање ⁴⁾
23.	Румунија	СРЈ	Д + И	16.5.1996.	1.1.1998.	Обострани	25 (3)	Кредит
24.	Северна Македонија	СРЈ	Д + И	4.9.1996.	1.1.1998.	Обострани	24 (3)	Кредит
25.	Тунис	Србија	Д + И	11.4.2012.	1.1.2014.	Обострани	25 (3)	Кредит
26.	Холандија	СФРЈ	Д + И	22.2.1982.	1.1.1984.	Обавезује само Холандију (изричито)	23 (2)	У Србији: изузимање. У Холандији: кредит

Р. бр.	Држава – саговорница	Држава – потписница на „нашој страни“	Опсег*	Датум закључења пореског уговора	Датум почетка примене	Кредит за уштеђен порез	Члан из пореског уговора	Метода за отклањање двоструког опорезивања
27.	Хонг Конг	Србија	Д + И	14.8.2020.	1.1.2021.	Обострани (орочен до 1.01.2027)	23 (3)	Кредит
28.	Црна Гора	Србија	Д	20.7.2011.	1.1.2012.	Обострани	23 (3)	Кредит
29.	Шри Ланка	СФРЈ	Д + И	7.5.1985.	1.1.1987.	Обострани	23 (3)	У Србији: изузимање. ⁵⁾ На Шри Ланки: кредит

* Д + И: доходак и имовина; Д: доходак

¹⁾ У Србији се *tax sparing* односи само на дивиденде, камате и ауторске накнаде.

²⁾ У Либији се *tax sparing* односи на дивиденде, камате и ауторске накнаде.

³⁾ У Мађарској се *tax sparing* односи на дивиденде, камате и ауторске накнаде.

⁴⁾ У Пољској се *tax sparing* односи на дивиденде, камате и ауторске накнаде.

⁵⁾ У Србији се *tax sparing* односи само на доходак од коришћења бродова у међународном саобраћају, дивиденде, камате и ауторске накнаде.

Клаузула о кредиту за уштеђен порез се 2022. године налази у 29 пореских уговора Србије од укупно 63 колико их је на снази (46%). У три пореска уговора (од тих 29) кредит за уштеђен порез није предвиђен као обавеза за Србију већ само за другу државу уговорницу. Одредба о кредиту за уштеђен порез иницијално је постојала и у уговорима о избегавању двоструког опорезивања тадашње СФРЈ са Данском (из 1981. године) и Норвешком (из 1983. године), који су замењени новим уговорима тих држава са Србијом, као и у уговорима *ex-SFRJ* са Шведском и Финском који и даље важе за Србију, али је у њима била предвиђена одредба о временском ограничењу важности (*sunset clause*) норме о кредиту за уштеђен порез на период од 10 година од почетка примене уговора (у уговорима са Данском, Норвешком и Шведском), односно пет година (у уговору са Финском). *Sunset* клаузула постоји и у важећем пореском уговору са Великом Британијом, с тим што се односи на појединачног пореског обвезника, чије се уживање погодности у виду кредита за уштеђен порез ограничава на рок од 10 година од пореског периода када му је први пут одобрена пореска олакшица. У таквој формулацији она није орочила опште дејство одредбе о кредиту за уштеђен порез који је Велика Британија пружила тадашњој СФРЈ, те норма о *tax sparing*-у и даље важи за порез који није плаћен у Србији због примене пореског подстицаја. Сматрамо да орочавање важења одредбе о кредиту за уштеђен порез може да доведе до искривљених стимуланса. Наиме, општа *sunset* клаузула утиче на убрзану репатријацију добити из земље извора, док временско ограничење које се односи на појединачног пореског обвезника подстиче оснивање „нових“ компанија или пребацивање добити посредством трансферних цена у повезану компанију.

Околност да се у близу 90% пореских уговора Србије који садрже клаузулу о кредиту за уштеђен порез та одредба формулише као реципрочна сведочи да се улога *tax sparing*-а као инструмента помоћи земљи у развоју временом ако не изгубила, онда битно смањила. Осамдесетих година прошлог века чак шест пореских уговора тадашње СФРЈ са развијеним државама садржало је унилатералну клаузулу која није обавезивала југословенску страну, а само је један порески уговор имао обавезну реципрочност.²³ О промени акцента на много ширем плану сведочи и податак да је у 21. веку две трећине пореских уговора који садрже клаузулу о кредиту за уштеђен порез закључено између

²³ Унилатералну клаузулу имају и данас важећи порески уговори са Великом Британијом, Холандијом и Италијом, а имали су је и уговор са Шведском (у којем је, поновимо, истекло њено важење) и ранији уговори са Данском и Норвешком. Једино је уговор са Финском садржао реципрочну клаузулу, али

држава које не припадају OECD, које су, дакле, или земље у развоју или економије у успону. Кредит за уштеђен порез се све више перципира као механизам подршке националним пореским политикама у домену инвестиционих подстицаја. У складу са таквим приступом, право да се пореским обвезницима пружи пореска олакшица чини део субјективног пореског права сваке државе, а мешање других држава, односно OECD у то право нарушава фискални суверенитет. Поновимо Шоеријеву тезу да је земља резидентства дужна да поштује одлуку земље извора да не опорезује нерезидентног обвезника до нивоа који јој омогућује порески уговор (то јест, да му пружи пореску олакшицу) и да пружи порески кредит једнак максималном износу који је земља извора могла да опорезује. Јасно је, при томе, да од релативне преговарачке снаге држава које припремају споразум зависи да ли ће се клаузула о кредиту за уштеђен порез наћи у пореском уговору. Не можемо прихватити тезу да је такво двоструко неопорезивање, проистекло из легитимног (не-абузивног) пружања пореског подстицаја, супротно предмету и циљу пореског уговора. Уосталом, у Преамбули Модел-конвенције OECD у *post-BEPS* верзији из 2017. године стоји да две државе намеравају да закључе уговор о избегавању двоструког опорезивања дохотка и имовине а да „не створе могућности за неопорезивање или умањено опорезивање путем евазије или избегавања пореза“. Неабузивни порески подстицај, подржан кредитом за уштеђен порез, не потпада под тако дефинисан предмет и циљ пореског уговора; зато ни у Коментару уз члан 23Б нема дисквалификације *tax sparing* клаузуле.

Подаци из табеле 2 о улазним директним страним инвестицијама у периоду 2011–2021. година, код којих „фискалну жртву“ подноси трезор земље инвеститоровог резидентства, а корист остварују инвеститор и држава Србија (у мери у којој је кредит за уштеђен порез допринео да се инвеститор одлучи да у њој улаже капитал), показују да је учешће инвестиција из држава, односно јурисдикција са којима Србија има клаузулу о кредиту за уштеђен порез у укупним страним директним инвестицијама варијало. Оно је у 2011. години било ниско – 19,6%, јер је у тој години 25% укупних страних директних инвестиција дошло из Луксембурга (у апсолутном износу 885 милиона евра) по основу продаје *Delta Maxi*-ја компанији *Delhaize*, при чему у пореском уговору са том државом не постоји клаузула о кредиту за уштеђен порез. Уследио је раст учешћа у наредне три године – до 54,1%, под дејством

је и њено важење, као што је већ поменуто, истекло. У уговорима са Кипром и Шри Ланком Србија се определила за методу изузимања, док друга страна пружа кредит за уштеђен порез.

значајног удела улагања из Холандије, која пружа кредит за уштеђен порез, да би нагли раст *укупних* страних директних инвестиција 2015. године, који се наставио и наредних година, најпре изазвао пад учешћа инвестиција из држава са којима Србија има клаузулу о кредиту за уштеђен порез у укупним страним директним инвестицијама на 30% (2015. и 2016), уз пораст 2017. године на 47,4% због значајног удела улагања из Холандије и Италије. Пад је забележен 2018. године (28%) јер је тада чак 55,1% укупних страних директних инвестиција било из Француске (у апсолутном износу 716,3 милиона евра) првенствено по основу давања у концесију аеродрома „Никола Тесла“ француској компанији *Vinci*, а у пореском уговору са Француском не постоји клаузула о кредиту за уштеђен порез. Учешће је 2019. и 2020. порасло на 46,3%, односно 44,6%, да би 2021. године дошло до 56,6%, делом и под утицајем активирања пореског споразума са Хонг Конгом.

Држава посредством које је долазило највише директних страних инвестиција у Србију у посматраном периоду била је Холандија, која се, осим 2011, 2012. и 2018. године,²⁴ редовно налазила на првом месту. Кредит за уштеђен порез је можда у томе играо неку улогу, али се не сме пренебрегнути околност да је укупан порески режим Холандије, посебно институт афилијационе привилегије (*participation exemption*) у њеном пореском праву, уз широку мрежу пореских уговора (101²⁵), ту државу представио као изузетно привлачну за регистровање холдинг компанија посредством којих се врше директна улагања у треће државе. Преиспитујући улогу кредита за уштеђен порез, OECD је навео да многе америчке компаније признају да „даља улагања спречава непостојање пореског уговора, а не непостојање кредита за уштеђен порез“ (OECD 1998, 25).

Излазне инвестиције су вишеструко мање од улазних, а подаци о њима су представљени у табели 3. Код њих „фискалну жртву“ подноси трезор Србије, док корист остварују резидентни инвеститор и држава, односно јурисдикција у којој је извршено улагање (у мери у којој је кредит за уштеђен порез допринео да се инвеститор одлучи да у њој улаже капитал). Учешће инвестиција у државе, односно јурисдикције са којима Србија има клаузулу о кредиту за уштеђен порез у укупним

²⁴ У тим годинама највише страних директних инвестиција је долазило из Луксембурга (2011) и Француске (2018), о чему је било више речи. У 2012. години на првом месту су биле инвестиције из Русије због једнократног раста учешћа улагања у експлоатацију сирове нафте у укупним страним директним инвестицијама.

²⁵ <https://taxsummaries.pwc.com/netherlands/individual/foreign-tax-relief-and-tax-treaties>, последњи приступ 24. априла 2022.

Табела 2.
Стране директне инвестиције из држава са којима Србија у пореском уговору има клаузулу о порезу на уштеђен порез

Држава са-уговорница	2011.		2012.		2013.		2014.		2015.		2016.	
	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг
Холандија	215	4.	153	3	380	1	373	1	362	1.	342	1.
Италија	136	7.	79	9	67	10	101	4	145	4.	-	-
Кина	-	-	-	-	-	-	83	7	-	-	70	11.
Кипар	166	7.	4	20	26	15	10	19	51	12.	61	12.
Хонг Конг	13	20.	-	-	23	16	-	-	42	14.	122	6.
В. Британија	70	10.	7	17	80	8	58	9	-	-	40	16.
Мађарска	63	11.	-	-	35	13	56	10	32	17.	33	17.
БиХ	15	19.	13	14	-	-	-	-	-	-	-	-
Бугарска	-	-	40	10	36	12	22	15	-	-	-	-
Грчка	31	16.	-	-	37	11	90	5	-	-	43	14.
Црна Гора	-	-	9	16	-	-	19	16	45	13.	49	13.
Пољска	-	-	5	18	14	19	-	-	-	-	-	-
Румунија	-	-	-	-	68	9	-	-	-	-	-	-
Укупне СДИ у Србији	3.544		1.009		1.548		1.500		2.114		2.127	
Учешће у укупним СДИ	19,6%		30,7%		48,0%		54,1%		30,0%		30,0%	

Држава са-уговорница	2017.		2018.		2019.		2020.		2021.	
	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг
Холандија	543	1.	351	3.	804	1.	591	1.	683	1.
Италија	196	3.	169	9.	108	10.	175	5.	27	19.
Кина	103	10.	192	8.	264	7.	410	3.	569	3.
Кипар	49	14.	-	-	-	-	139	6.	147	8.
Хонг Конг	36	17.	458	2.	74	12.	118	7.	205	6.
В. Британија	118	9.	151	10.	-	-	-	-	335	5.
Мађарска	142	18.	40	17.	521	3.	-	-	145	9.
БиХ	-	-	37	18.	45	17.	-	-	43	15.
Бугарска	-	-	-	-	24	20.	40	17.	32	17.
Грчка	-	-	30	20.	-	-	-	-	-	-
Црна Гора	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Пољска	58	12	-	-	-	-	-	-	-	-
Румунија	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Укупне СДИ у Србији	2.548		3.465		3.815		3.039		3.863	
Учешће у укупним СДИ	47,4%		28,0%		46,3%		44,6%		56,6%	

Извор: https://www.nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/statistika/plate_bilans. Сивом бојом су осенчени подаци за године у којима порески уговор још није био примењиван.

страним директним инвестицијама њених резидената нагло се увећало у периоду 2012–2015. година од почетних око 40% до око 90%, под дејством експанзије улагања у Црну Гору (која су 2015. године достигла чак 61,8% укупног нето повећања финансијске активе). После тога се показује тенденција пада – на 41% 2020. године.²⁶ То учешће се повећало 2021. године на 55%, пре свега због снажног пораста улагања у Црну Гору и Босну и Херцеговину.

Држава у коју је одлазило највише директних страних инвестиција из Србије у посматраном периоду била је најчешће Босна и Херцеговина, а за њом Црна Гора, али су од 2018. године водећи ранг заузиле Швајцарска, Словенија и Русија.²⁷ То све сведочи да су се у избору дестинације за улагање капитала инвеститори – резиденти Србије пре руководили другим факторима (комерцијалним, етничким, политичким или евазионим, као и повољним стопама пореза по одбитку из одговарајућих пореских уговора) него (не)постојањем клаузуле о кредиту за уштеђен порез.

Подаци из табела 2 и 3 бацају нешто друкчије светло на улогу кредита за уштеђен порез као инструмента који, подржавајући напоре земље улагања да привуче иностране инвестиције, доприноси њиховом расту и отуда економском расту те земље. Са државама из којих су појединачна улагања највећа, попут Немачке и Аустрије, *tax sparing* није уговорен, а изгледа да је најизраженија подршка инвеститорима из Холандије, који су најчешће заступљени посредством проточних компанија. Холандски центар за истраживање мултинационалних корпорација SOMO (*Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen*) показао је да директне стране инвестиције доприносе економском развоју и повећању јавних прихода зависно од: (1) износа капитала који напушта земљу путем репатријације добити, камата из међукомпанијских зајмова и ауторских накнада; (2) баланса између увоза по основу страних директних инвестиција (на пример, машина и полупроизвода) и извоза које генеришу стране директне инвестиције; (3) баланса између пореза које су платиле мултинационалне компаније

²⁶ Погоршање политичких односа између Србије и Црне Горе праћено је падом српских инвестиција у Црној Гори: од 192 милиона евра 2015. године, оне су се свеле на повлачење 2,7 милиона евра 2016. и на скромна улагања од по двадесетак милиона евра у периоду 2017–2020. година. Пошто је у Црној Гори пред крај 2020. године образована влада у чијем саставу није било Демократске партије социјалиста, директне инвестиције из Србије у Црну Гору су 2021. године више него учетворостручене у поређењу са 2020. годином.

²⁷ https://www.nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/statistika/platni_bilans, последњи приступ 14. марта 2022.

Табела 3. Директне инвестиције из Србије у државе са којима у пореском уговору има клаузулу о порезу на уштеђен порез

Држава са-уговорница	2011.		2012.		2013.		2014.		2015.		2016.	
	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг
БиХ	62	1.	90	2	103	1	64	2	52	2.	73	1.
Црна Гора	39	3.	92	1	77	2	146	1	192	1.	-	-
Грчка	-	-	2	12	2	12	2	12	2	13.	3	11.
Кипар	1	18.	-	-	-	-	-	-	8	6.	6	8.
Мађарска	-	-	9	6	9	5	-	-	10	4.	19	5.
Пољска	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Румунија	-	-	10	5	45	3	5	8	8	9.	11	7.
Бугарска	18	5.	41	3	5	6	23	4	2	13.	2	16.
Кина	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	18.
Хонг Конг	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Албанија	6	8.	-	-	-	-	-	-	1	15.	-	-
С. Македонија	2	13.	-	-	-	-	-	-	3	11.	5	9.
Укупне ДИ из Србије	225		256		250		264		310		228	
Учешће у укупним ДИ	39,6%		95,3%		96,4%		90,9%		89,7%		52,6%	

(Не)извесна будућност кредита за уштеђен порез у међународном пореском уговорном праву

Држава са-уговорница	2017.		2018.		2019.		2020.		2021.	
	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг	Мил. ЕУР	Ранг
БиХ	45	1.	55	3.	30	4.	11	6.	69	3.
Црна Гора	22	3.	43	4.	23	5.	18	2.	76	2.
Грчка	5	7.	7	9.	9	10.	8	7.	20	5.
Кипар	2	13.	7	10.	5	12.	-	-	8	7.
Мађарска	1	16.	2	15.	9	9.	4	10.	6	9.
Пољска	-	-	-	-	2	18.	6	8.	-	-
Румунија	-	-	28	5.	31	3.	2	11.	9	6.
Бугарска	-	-	-	-	-	-	-8	18.	-30	20.
Кина	-	-	-	-	4	14.	-	-	-	-
Хонг Конг	2	12.	2	16.	2	19.	-	-	-	-
Албанија	-	-	-	-	-	-	-	-	1	17.
С. Македонија	4	8.	-	-	5	13.	-	-	-28	19.
Укупне ДИ из Србије	130		308		264		100		238	
Учешће у укупним ДИ	60,8%		46,1%		44,7%		41,0%		55,0%	

Извор: https://www.nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/statistika/plate_bilans. Сивом бојом су осенчени подаци за године у којима порески уговор још није био примењиван.

и субвенција које им је дала Влада да би их привукла и (4) размера злоупотребе трансферних цена са циљем избегавања пореза. Примера ради, уколико је улагање извршено у Србији, али настала добит, због пребацивања профита злоупотребом пореских уговора (рецимо, убацивањем проточне компаније), буде неопорезована (или ниско опорезована), држава неће остварити приходе од пореза на добит правних лица. У таквом контексту стране директне инвестиције се не могу изједначити са развојем (McGauran 2013, 19–20). Без обзира на настојања да се размере избегавања пореза путем ерозије основице и пребацивања добити смање, закључујемо да, осим страних директних инвестиција и пореских подстицаја за таква улагања, постоје и многи други фактори који доприносе економском развоју (правна и политичка стабилност државе, могућности активирања домаће штедње и др.). Отуда ћемо поновити да је право увођења пореских подстицаја првенствено део субјективног пореског права сваке државе и да је кредит за уштеђен порез одраз поштовања које земља инвеститоровог резидентства исказује том праву земље извора допуштајући одбитак од пореза на светски доходак максималног износа који је земља извора могла да опорезује.

5. КРЕДИТ ЗА УШТЕЂЕН ПОРЕЗ И ПРАВИЛО О УКЉУЧИВАЊУ ДОХОТКА

5.1. Могућност ослањања на досадашња искуства са CFC законодавством

У BEPS пројекту се није расправљало о кредиту за уштеђен порез. Али, припреме за BEPS 2.0, посебно за увођење мера из тзв. Другог стуба (*Pillar Two*), који предвиђа прописивање минималне стопе пореза на добит од 15% и, између осталог, примену правила о укључивању дохотка (*Income Inclusion Rule*), отварају нове дилеме у вези са *tax sparing* кредитом.

Правило о укључивању дохотка би требало да почне да се примењује од 2023. године.²⁸ Напоменимо да се у октобру 2021. године 137 држава и јурисдикција из Инклузивног оквира за BEPS договорили да приступе реформи правила међународног опорезивања имплементацијом плана

²⁸ У моменту велике кризе изазване руском агресијом на Украјину тешко је проценити да ли ће она утицати на одлагање примене BEPS 2.0 мера или чак утицати на њихово преиспитивање.

о „два стуба“, чиме би се обезбедило да мултинационална предузећа плате правичан удео пореза гдегод да послују.²⁹ Мере из Првог стуба односе се на редефинисање алокације права на опорезивање добити од пословања на међународном нивоу, односно субјективно пореско право се додељује државама у којима су лоцирани потрошачи, и то на део резидуалне добити (преко 10% од прихода), под условом да мултинационално предузеће има глобални промет већи од 20 милијарди евра и профитабилност изнад 10% од прихода (OECD 2021б, 1). Циљ Другог стуба је да квалификована мултинационална предузећа (OECD 2021б, 4)³⁰ – како би се сузбила штетна пореска конкуренција и смањила мотивација да се добит пребацује у државе и јурисдикције са ниским порезима – плате минимални износ пореза независно од тога где им је седиште или у којој држави или јурисдикцији послују. Да би се тај циљ остварио, предвиђају се два „глобална правила против ерозије основице“ (*Global anti-Base Erosion Rules – GloBE*) уграђена у национална права: (а) правило о укључивању дохотка и (б) правило за случај прениског опорезивања (*Undertaxed Payment Rule*), као и правило о подложности порезу (*Subject to Tax Rule*) у пореским уговорима (OECD 2021б, 3).

Правило о укључивању дохотка даје право држави резидентства матичног ентитета да, супротстављајући се штетној пореској конкуренцији, припише матичној компанији мултинационалне групе предузећа доплатни порез (*Top-Up Tax*) за сваки саставни ентитет (компанију – чланицу групе, односно сталну пословну јединицу) који је прениско опорезован у држави својег резидентства. Та обавеза би могла да погоди и посредни матични ентитет. Поједностављено гледано, доплатни порез би одговарао разлици између предвиђене минималне стопе од 15% и ефективне стопе у земљи резидентства ниско

²⁹ Само четири државе из Инклузивног оквира за BEPS (Пакистан, Нигерија, Кенија и Шри Ланка) нису подржале тај договор.

³⁰ То је група мултинационалних предузећа која има годишњи приход од најмање 750 милиона евра у консолидованом финансијском извештају крајњег матичног ентитета у најмање две од четири фискалне године које непосредно претходе фискалној години у којој се спроводи тестирање. Тај лимит се користи и за потребе извештавања „од земље до земље“ за сврху трансферних цена. Видети OECD 2015, 21. У српско пореско право преузет је у члану 61в Закона о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС* 25/2001, ..., 118/2021. Процењује се да тако високо постављена лествица искључује 85–90% група мултинационалних предузећа из обавезе извештавања „од земље до земље“ за сврху трансферних цена, али јој подвргава преостале групе мултинационалних предузећа које контролишу око 90% глобалних корпорацијских прихода.

опорезованог саставног ентитета (OECD 2021в, 29). Не улазећи у детаље предлога за одређивање *GloBE* дохотка (OECD 2021в), поменућемо да се у држави резидентства матичног ентитета приликом утврђивања основице на коју ће се применити доплатни порез спроводи „суп-станцијално искључење из дохотка“ (*Substance-based Income Exclusion*), које се састоји из два *carve-out*-а: искључења по основу трошка зарада и искључења по основу књиговодствене вредности материјалне имовине. Искључени доходак ће износити прво 10% од трошка зарада и 8% од књиговодствене вредности материјалне имовине, па ће у прелазном периоду од 10 година опадати за по 0,2 процентна поена годишње у току првих пет година, а у следећих пет година за по 0,8 процентних поена од трошка зарада и 0,4 процентна поена од књиговодствене вредности материјалне имовине (OECD 2021б, 4).

Анализа би требало да одговори на питање да ли би одредбе о кредиту за уштеђен порез из члана 23 Модел-конвенције OECD могле да ограниче примену *GloBE* правила о укључивању дохотка. Пошто је то правило у моменту предаје овог текста и даље у фази нацрта, за оцену будуће интеракције кредита за уштеђен порез са њиме послужиће вишедеценијско искуство које постоји са правилом о контролисаној иностраној корпорацији, чија су дејства слична дејствима правила о укључивању дохотка (OECD 2020, 14). Оба правила приписују доходак остварен у контролисаној иностраној компанији њеној матичној компанији, која је резидент друге државе, дајући на тај начин право тој другој држави да опорезује доходак остварен од компаније која није њен резидент. Ипак, разлике су значајне. CFC правила су најчешће усмерена само на пасивни доходак (од дивиденди, камата и ауторских накнада) контролисаних компанија које су резиденти држава и јурисдикција са ниским порезима,³¹ а порез који ће га погодити у земљи резидентства матичне компаније биће по истој стопи којом се опорезује остали доходак те компаније. Правило о укључивању дохотка даје, међутим, право држави резидентства матичног ентитета да опорезује *сав* доходак саставних ентитета који је у другим државама и јурисдикцијама подвргнут ефективној стопи пореза на добит која је нижа од 15%, а стопа доплатног пореза ће бити једнака разлици између 15% и ефективне пореске стопе у земљи резидентства саставног ентитета. Такође треба имати у виду да се доходак који подлеже CFC правилима утврђује према националним прописима земље резидентства матичне компаније, док се за правило о укључивању дохотка предвиђа да

³¹ За изузетак, видети *supra*, фн. 15.

би приписив доходак требало да се утврђује на једнообразан начин (на пример, у складу са Међународним стандардима финансијског извештавања) (Navarro 2021, 10).³²

Посматрано са правног становишта, ипак се може сматрати да је аналогија са CFC правилима неодговарајућа. Наиме, неки аутори (De Wilde 2022, 4–5) сматрају да доплатни порез не може да се изједначи са CFC мером. За разлику од CFC законодавства, циљ Другог стуба није да обезбеди да домаћи доходак буде опорезован, упркос томе што је, у контексту агресивног пореског планирања (које је само екстремни пример), склоњен у базну компанију са намером да се тако одложи примена пореза земље акционаревог резидентства. Доплатни порез из *GloBE* правила је у суштини „екстратериторијални порез на добит иностране компаније насталу у иностраним компанијама чланицама мултинационалне групе компанија“ (De Wilde 2022, 4). Други стуб је усмерен против пореске конкуренције – прецизније, „споразум о глобалном минималном порезу не настоји да отклони пореску конкуренцију, али је подвргава мултилатерално договореним ограничењима“ (OECD 2021a). Циљ доплатног пореза је да доходак чији је извор у иностранству, независно од његове природе, подвргне минималном порезу и отуда уноси нову димензију у деценијама етаблиран систем који је почивао на постулату из члана 7 Модел-конвенције OECD, уз ограничења (попут CFC мера) да би се спречила злоупотреба.

Без обзира на претходно поменуте разлике у структури CFC норми и правила о укључивању дохотка, односно у њиховим циљевима, став доктрине о односу CFC правила према пореским уговорима може да нам послужи као оријентир за начин решавања питања компатибилности правила о укључивању дохотка са клаузулом о уштеђеном порезу.

У Коментару уз члан 1 Модел-конвенције OECD из 1992. године наведено је да су мере попут CFC правила „део основних домаћих правила установљених у националном пореском праву због утврђивања чињеница које доводе до настанка пореске обавезе. Та правила се не односе на пореске уговоре и зато они не утичу на њих“ (МС OECD 1992,

³² Наваро такође наводи да се CFC правила могу заснивати и на приступу процењене дивиденде (*deemed dividend approach*), према којем се сматра да су акционари примили дивиденду која у ствари није расподељена, или на приступу фиктивног износа, који даје повећање пореске основице матичне компаније једнако фер вредности њеног учешћа у тој филијали, док правила о укључивању дохотка увек подразумевају да се матичној компанији приписује доходак који је саставни (контролисани) ентитет *остварио* – у складу са правилима приватног права, односно рачуноводства.

пара. 23). Међутим, таква уопштена оцена суочавала се с експлицитном одредбом члана 7, став 1 Модел-конвенције ОЕСД да ће „добит предузећа државе уговорнице бити опорезована само у тој држави, осим уколико то предузеће не послује у другој држави уговорници посредством сталне пословне јединице у њој лоциране“, као и с изричитом нормом члана 10, став 5 да „кад компанија која је резидент државе уговорнице остварује добит или доходак из друге државе уговорнице, та друга држава не може... да нерасподељену добит компаније подвргне порезу, чак и ако се исплаћене дивиденде или нерасподељена добит састоје, у целисти или делимично, од добити или дохотка који су настали у тој другој држави“. Отуда би се могло разумети да члан 7, став 1 Модел-конвенције ОЕСД забрањује држави резидентства компаније која има контролу да опорезује добит остварену у контролисаној иностраној компанији јер ће добит те контролисане компаније смети да се опорезује само у земљи њеног резидентства, осим уколико контролисана компанија има сталну пословну јединицу у земљи резидентства компаније која има контролу. Одредба члана 10, став 5 могла би се тумачити у смислу ограничавања права земље резидентства да опорезује компанију која има контролу у односу на добит остварену у контролисаној компанији која је остала нерасподељена (Navarro 2021, 13). У Коментару уз члан 1 Модел-конвенције ОЕСД из 2000. године само се наводи да постоји „велика већина“ међу државама чланицама ОЕСД која не прихвата интерпретацију поменутих одредаба на начин да оне спречавају примену националних СФС правила, али се такође констатује „мањинско мишљење“ (МС ОЕСД 2000, пара. 23) којем је одређену специфичну тежину давала одлука француског Државног савета у случају *Société Schneider Electric* о некомпатибилности домаћих СФС правила са пореским уговором између Француске и Швајцарске.³³

Отуда се у Коментару из 2003. године (у делу који се односи на поменуте две одредбе) покушало да се додатним речима потврди ранији став да не постоји сметња да земља резидентства опорезује своје резиденте по основу својег националног СФС законодавства (јер такав порез не смањује добит предузећа друге државе уговорнице, па му се не може приговорити да је уведен на добит тог предузећа) (МС ОЕСД 2003, чл. 7, пара. 10.1) нити да стоји приговор да својим СФС мерама опорезује нерасподељену добит (јер се члан 10, став 5 односи на опорезивање на извору, а не у земљи резидентства, при чему се одредба тиче само опорезивања компаније, а не акционара) (МС ОЕСД

³³ Conseil d'Etat, Assemblée, du 28 juin 2002, No. 232276. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008092462/>, последњи приступ 11. марта 2022.

2003, чл. 10, пара. 37). У Коментару уз члан 1 Модел-конвенције ОЕЦД из 2003. године изостављено је представљање ставова „велике већине“ и „мањине“ држава чланица, већ се изричито наводи да су CFC мере „сада међународно признате као легитиман инструмент заштите домаће пореске основице“ те да „док су неке земље сматрале да је корисно да у својим споразумима изричито појасне да законодавство о контролисаним иностраним компанијама није у сукобу са споразумом, такво појашњење није неопходно. Признато је да законодавство о контролисаним иностраним компанијама... није у супротности с одредбама Конвенције“ (MC ОЕЦД 2003, пара. 23). Ланг је тада изнео аргумент да као што се мора прихватити да једна држава уговорница опорезује ортачко друштво, док друга опорезује чланове ортачког друштва, у складу са њиховим респективним законима, тако се мора прихватити и да једна држава опорезује контролисану инострану компанију, а да друга држава опорезује акционаре у односу на доходак контролисане иностране компаније који им је приписан по основу њеног CFC законодавства. Порески уговори не одлучују о приписивању него просто прихватају приписивање онако како је спроведено по домаћим правима (Lang 2003, 54–55). Другим речима, порески уговори не утичу на начин на који ће државе уговорнице својим правом уредити приписивање дохотка, што оне чине CFC правилима: добит предузећа државе уговорнице (у овом случају предузећа које остварује контролу над неким иностраним ентитетом) која, сагласно члану 7, став 1 Модел-конвенције ОЕЦД, сме да буде опорезована само у тој држави,³⁴ чије право на опорезивање отуда не сме да задре у добит предузећа резидента друге државе уговорнице, обухвата целокупну добит утврђену у складу са националним правом те државе, па и део који је приписан по основу националног CFC законодавства.

У литератури из међународног пореског права могу се наћи критике на рачун законитости и легитимности технике коју су применили Савет ОЕЦД и Комитет за фискалне послове, када су подржали своје ставове уопштеним тврдњама којима су настојали да „убију“ мањинско гледиште да CFC законодавство није компатибилно са пореским уговорима (Martin Jiménez 2004, 23–26). Да би се, макар *pro futuro*, отклониле дилеме у вези са компатибилношћу домаћег CFC законодавства са пореским уговорима, у верзију Модел-конвенције ОЕЦД из 2017. године, у члан 1, став 3, уграђена је тзв. изузимајућа клаузула (*saving clause*). Према тој одредби, „Конвенција неће утицати на опорезивање резидената од њихове државе уговорнице, осим у погледу погодности које пружају

³⁴ Осим у случају сталне пословне јединице.

одредбе члана 7, став 3,³⁵ члан 9, став 2 и чланови 19, 20, 23[А][Б], 24, 25 и 28“. Скрећемо пажњу на то да такав закључак не важи за правила о кредиту за уштеђен порез из члана 23Б, на који се изузимајућа клаузула не односи. У Коментару уз члан 1 Модел-конвенције ОЕЦД из 2017. године поновљена је аргументација о СFC мерама из Коментара уз верзију из 2003. године (МС ОЕЦД 2017а, пара. 81).³⁶

Резимирајући расправу о компатибилности СFC мера са пореским уговорима, закључујемо да примена изузимајуће клаузуле отклања било какве дилеме, а да ако ње нема, не постоји консензус, при чему се у Коментару Модел-конвенције ОЕЦД тврди да недоумице не постоје, што један број аутора (Lang 2003, 51–58; Canè 2017, 521–563) и део управносудске праксе подржава,³⁷ док део доктрине (Navarro 2021, 6–19; Martin Jiménez 2004, 17–30) и управносудске праксе³⁸ сматра да домаће СFC законодавство није компатибилно са пореским уговорима, осим у случајевима када је у њих унета изузимајућа клаузула. У Извештају ОЕЦД о плану за Други стуб се истиче да „отуда правило о укључивању дохотка, подвргавајући домаћег пореског обвезника порезу на његов удео у иностраном дохотку контролисане филијале, функционише на начин који је блиско упоредив са СFC правилом и отвара иста питања на терену пореског уговора. Иако постоји један број разлика између правила о укључивању дохотка и СFC правила многих јурисдикција, оне не мењају анализу“ (ОЕЦД 2020, 173). Једна од тих разлика је да се правило о укључивању дохотка може примењивати и у односу на добит *од пословања* саставног ентитета (уколико је ниско опорезована), док се СFC правило претежно односи на ниско опорезован *пасивни доходак* иностраних контролисаних компанија.

³⁵ Кореспондирајућа усклађивања у вези са применом принципа ван дохвата руке приликом утврђивања добити сталне пословне јединице.

³⁶ Резерву у односу на чл. 1, ст. 3 Модел-конвенције ОЕЦД истакле су Француска, Немачка, Мађарска, Ирска, Луксембург и Швајцарска, а свој став у виду резерве према тој одредби изнели су и Костарика (која 2017. године још није била чланица ОЕЦД), Србија и Сингапур.

³⁷ Supreme Administrative Court of Finland, Case A Oyi Abp, 20 March 2002 (*Finland-Belgium Tax Treaty*), КНО:2002:26, *International Tax Law Reports*, 2002, 1009 *et seq.*

³⁸ Conseil d'Etat, 28 juin 2002, No. 232276.

5.2. Како ускладити правило о укључивању дохотка са клаузулом о кредиту за уштеђен порез?

Питање је да ли земља резидентства, кад примењује правило о укључивању дохотка, треба да пружи олакшицу свом резиденту (крајњој матичној компанији) у виду кредита за порез који је уштеђен у земљи извора, и то у рукама одвојеног пореског обвезника (саставне компаније). Притом се не може очекивати помоћ од изузимајуће клаузуле јер се она, да поновимо, не односи на одредбе члана 23Б којима се уређује кредит за уштеђен порез. Дилема ће се појавити уколико се крајња матична компанија опорезује за доходак саставног ентитета, а уштеђен порез тог ентитета није узет у обзир приликом израчунавања његове ефективне пореске стопе. У неким државама, попут Велике Британије, ако је судити према управној пракси примењеној на CFC правила,³⁹ могло би се очекивати да одговор буде афирмативан. Међутим, с једне стране, Андраде Родригес и Нуел указују на некомпатибилност пореских уговора у којима се налази *tax sparing* клаузула са правилима из Другог стуба јер, за разлику од британских пореских власти, не виде простор у којем би било могуће да се уштеђен порез укључи у израчунавање ефективне пореске стопе (Andrade Rodríguez, Nouel 2021, 256). С друге стране, Чанд, Турина и Романовска полазе од нове формулације члана 23Б, став 1 Модел-конвенције OECD у верзији из 2017. године:

„Ако резидент државе уговорнице остварује доходак... који се може опорезовати у другој држави уговорници у складу с одредбама ове конвенције (*осим у мери да те одредбе допуштају опорезивање у тој другој држави искључиво због тога што је доходак такође доходак остварен од резидента те државе...*), првоименована држава ће допустити: а) да се од пореза на доходак тог резидента одбије износ једнак порезу на доходак који је плаћен у тој другој држави; ...“

Према мишљењу тих аутора (Chand, Turina, Romanovska 2021, 15–16), пошто се одредбама националног права о укључивању дохотка (или CFC правилима) опорезује доходак саставног ентитета (или иностране

³⁹ Ако се одредбама уговора о избегавању двоструког опорезивања предвиђа пружање кредита на рачун пореза Уједињеног Краљевства у висини пореза који је 'уштеђен' на иностраној територији, сваки порез 'уштеђен' од иностране територије у односу на CFC треба да буде укључен у порез који компанија може да истакне као кредит до лимита прописаног у уговору о избегавању двоструког опорезивања (Taxation /International and Other Provisions/ Act). <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm230300>, последњи приступ 13. марта 2022.

контролисане компаније) – дакле, различитог пореског обвезника – у рукама крајње матичне компаније (или акционара), чланом 23Б, став 1 у верзији Модел-конвенције ОЕЦД из 2017. године не налаже се другој држави да пружи олакшицу за порез плаћен у првој држави, па ни за порез који *није плаћен*, на који упућује клаузула о кредиту за уштеђен порез. То је због тога што у земљи извора порезе не плаћа крајња матична компанија (или акционар) него саставни ентитет (или инострана контролисана компанија).

Наваро указује на некоректност приступа из Коментара уз члан 23 Модел-конвенције ОЕЦД када се тврди да би – и без претходно наведеног текста у загради, који је унет 2017. године – из формулације члана 23 логички произлазило да обе државе нису реципрочно обавезне да пруже кредит за порез оне друге, који је уведен искључиво по основу резидентства пореског обвезника, а не по основу извора или локације сталне пословне јединице (МС ОЕЦД 2017а, пара. 11.1). Он сматра да ОЕЦД, „спровodeћи политику преко тумачења“ (Navarro 2021, 16), покушава да наметне став да је непримењивање одредбе о пореском кредиту у случају СФС мера (па и будућих правила о укључивању дохотка) било сасвим логично и у пореским уговорима рађеним према ранијим верзијама Модел-конвенције ОЕЦД (Navarro 2021, 15). Такав приступ је у супротности са чланом 31, став 1 Бечке конвенције о уговорном праву, којим се налаже да се „уговор... мора тумачити у доброј вери према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и циља“, као и са чланом 26 – „*Pacta sunt servanda*. Сваки уговор на снази везује чланице и оне треба да га извршавају у доброј вери“. Настојање да се променом у Коментару утиче на примену *tax sparing* клаузуле мора се одбацити као супротно легитимним очекивањима држава уговорница (Navarro 2021, 17).

Неслагања са приступом том питању (за сада само не терену СФС мера) постоје и у судској пракси у једној држави. Тако је у случају *Lin* првостепени суд на Новом Зеланду сматрао да резидент Новог Зеланда, који има власнички удео у контролисаној иностраној компанији у Кини, уштеђен порез који је пружен тој контролисаној компанији по основу кинеског права о пореским олакшицама може да истакне као порески кредит на рачун новозеландског пореза утврђеног у складу са националним СФС законодавством, у складу са чланом 23, став 3 пореског уговора између Новог Зеланда и Кине из 1986. године.⁴⁰

⁴⁰ https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_cn-nz_01_eng_1986_tt_td2.html%23tt_cn-nz_01_eng_1986_tt_td2_a23, последњи приступ 19. марта 2022.

Апелациони суд је, међутим, заузео став да је у случају CFC мера реч о *економском* двоструком опорезивању (два правно различита лица, односно контролисана инострана компанија и резидентни акционар, опорезована су у два државама порезом на исти доходак), а да се члан 23 пореског уговора односи на отклањање двоструког *правног* опорезивања. Одредбом члана 23, став 2, тачка (а) пореског уговора предвиђено је да кинески порез плаћен на доходак који је новозеландски резидент остварио из извора у Кини може да се истакне као кредит на рачун пореза који се плаћа на Новом Зеланду на тај доходак. Држећи се језичког тумачења члана 23 пореског уговора, Апелациони суд је констатовао да „порез који је уштеђен у Кини“ није „кинески порез плаћен“ од резидента Новог Зеланда. Новозеландски резидент (госпођа Лин) није „остварила“ доходак контролисане иностране компаније у Кини те ни порез плаћен или уштеђен од контролисане иностране компаније није био за госпођу Лин платив нити га је она платила или уштедела. Порез уведен два различитим особама је порез „у погледу“ два различита тока дохотка.⁴¹

Погледајмо какви би били ефекти кредита за уштеђен порез у ситуацији кад би се примењивало правило о укључивању дохотка. Примера ради, у члану 24, став 3 пореског уговора између Србије и Бугарске из 1998. године предвиђено је да се ради признавања кредита у држави уговорници сматра да порез који је плаћен у другој држави уговорници обухвата и порез који би био плаћен у тој другој држави да није умањен или отписан у складу са њеним законским одредбама о пореским подстицајима. Ако би Србија пружила пореско ослобођење привредном друштву А инвеститора – резидента Бугарске који је уложио у основна средства више од милијарду динара и запослио на неодређено време најмање 100 нових радника, онда је Бугарска дужна да инвеститору као порески кредит призна и порез који би у Србији био плаћен на добит од пословања да није пружено пореско ослобођење. Међутим, ефективна пореска стопа те инвестиције је 0%, па би, уколико Бугарска уведе *GloBE* правило о укључивању дохотка, уследио њен доплатни порез од 15%. Ако прихватимо став да се на тумачење пореског уговора из 1998. године не може применити одредба из Коментара Модел-конвенције OECD из 2017. године, постојаће некомпатибилност између одредбе пореског уговора о кредиту за уштеђен

⁴¹ Court of Appeal of New Zealand, CA 308/2017 [2018] NZCA 38 (*Commissioner of Inland Revenue v. Patty Tzu Chou Lin*). <https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/3b/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/ae028be3-23bc-462a-a35f-9e82eedcb0f5/ae028be3-23bc-462a-a35f-9e82eedcb0f5.pdf>, последњи приступ 19. марта 2022.

порез и одредбе бугарског домаћег права о укључивању дохотка. Циљ прве норме је да се подржи порески подстицај, а друге да се, због сузбијања пореске конкуренције, индиректно спречи да ефективна пореска стопа у земљи извора буде мања од 15%. Једино у случају када би формулација одредбе о пореском кредиту из првог става члана пореског уговора који одговара члану 23Б Модел-конвенције ОЕСД била као у верзији из 2017. године – а за сада није – некомпатибилност би била избегнута јер Бугарска не би морала да примени одредбу о кредиту за уштеђен порез, пошто се одредбама националног права о укључивању дохотка опорезује доходак саставног ентитета – дакле, различитог пореског обвезника – у рукама крајње матичне компаније, а члан 23Б, став 1 у верзији из 2017. године тада не налаже другој држави да пружи олакшицу за порез плаћен у првој држави, па ни за порез који није плаћен, на који упућује клаузула о кредиту за уштеђен порез. То је, поновимо, због тога што у земљи извора (Србији) порез не плаћа крајња матична компанија – резидент Бугарске, него саставни ентитет групе компанија.

Анализа је показала да само у једном од 29 пореских уговора које Србија има са клаузулом о кредиту за уштеђен порез (уговор са Хонг Конгом из 2020. године) постоји одредба о пореском кредиту с ограничењем уведеним чланом 23, став 1 Модел-конвенције ОЕСД у верзији из 2017. године. Оно се не налази ни у једном од осталих пореских уговора које је Србија закључила после 2017. године (са Сан Марином, Израелом, Јапаном и Сингапуром) који, како је већ истакнуто, не садрже *tax sparing* клаузулу. Ограничење из члана 23, став 1 пореског уговора између Србије и Хонг Конга је једносмерно јер је у преговорима који су водили закључењу уговора само Хонг Конг имао интерес да заштити своје домаће СФС законодавство, пошто га Србија нема.

Стварни утицај правила о укључивању дохотка на клаузуле о кредиту за уштеђен порез зависиће од тога да ли нека држава примењује правила о мешању кредита за инострани порез у глобалној варијанти (*worldwide foreign tax credit blending rule*)⁴² или се, пак, ослања на мешање у појединачној варијанти – по јурисдикцији или по ентитету

⁴² Реч је о механизму којим порески обвезник може да упросечи доходак и порезе плаћене у свим иностраним јурисдикцијама, што доводи до тога да мултинационално предузеће које послује у јурисдикцији са високим порезима (већим него у земљи резидентства) може да се нађе у ситуацији да има позицију са вишком кредита, чиме елиминише резидуални порез на доходак остварен у јурисдикцијама са ниским порезима.

(*jurisdictional/entity blending approach*).⁴³ У првој варијанти, може се догодити да доходак који је опорезован по ефективној стопи која је нижа од прописане минималне стопе (15%) не буде подвргнут доплатном порезу јер ће „вишак“ кредита настао у земљама где су порези виши од пореза у земљи резидентства матичног ентитета „преплавити удолину“ насталу на разлици између 15% и ниже ефективне пореске стопе којој подлеже саставни ентитет. У другој, чешће примењивој варијанти таквог ефекта неће бити – примениће се доплатни порез и настаће конфликт између домаћег права и пореског уговора у делу који садржи *tax sparing* клаузулу. Однос између две групе правила може се, дакле, показати у три облика.

Прво, кредит за уштеђен порез се не признаје већ се само може одбити порез који је саставни ентитет стварно платио. У таквим околностима јавља се некомпатибилност.

Друго, ако се примењује правило о мешању кредита за инострани порез у глобалној варијанти (што је ретка пракса), доходак подвргнут ефективној пореској стопи нижој од 15% због пружене пореске олакшице не би морао да доведе до примене доплатног пореза, па се не би јавила некомпатибилност.

Треће, уколико би се кредит за уштеђен порез ипак узео у обзир када се рачуна кредит примењен за потребе израчунавања минималног плаћеног пореза – а то није предвиђено модел-правилима за Други стуб – не би постојао конфликт између правила о укључивању дохотка и *tax sparing* клаузуле (Andrade 2020, 25).

Закључујемо да, са становишта права, клаузула о кредиту за уштеђен порез није компатибилна са *GloBE* правилима. Применом укључења дохотка без ограничења биле би поништене одредбе пореских уговора који садрже такву клаузулу. Због тога се у литератури среће залагање за искључивање из дохотка (*carve-out*) које би у *GloBE* правилима требало да буде предвиђено за случај постојања одредбе о кредиту за уштеђен порез у пореском уговору. Пистоне и сарадници су у начелу против примене *carve-out*-а јер нарушава неутралност и чини порески систем

⁴³ То је механизам којим се порески кредит утврђује само за ситуацију пореског обвезника у датој пореској јурисдикцији, без могућности да „вишак“ кредита остварен у земљи са пореским стопама које су више него у земљи његовог резидентства искористи на рачун малог или непостојећег пореског кредита из земље са ниским порезима.

још сложенијим (Pistone *et al.* 2020, 17, 20).⁴⁴ Они, међутим, сматрају да изузетак ипак треба да постоји код кредита за уштеђен порез, с обзиром на то да „искључивања из дохотка могу представљати једини начин да се спречи да *GloBE* правила доведу до непоштовања уговора код уговора који садрже клаузуле о кредиту за уштеђен порез и пореском изузимању, подржане антибузивним одредбама“ (Pistone *et al.* 2020, 18). Стиче се утисак да се они, заправо, залажу за специјални *carve-out* за случај кредита за уштеђен порез, којим би се спречило да се пореска олакшица пружена у виду *tax sparing* клаузуле земљи у развоју – која се у међувремену није економски развила (Pistone *et al.* 2020, 20 фн. 82) – изгуби непоштовањем те клаузуле.⁴⁵

Модел-правила за Други стуб садрже, међутим, општи *carve-out* – супстанцијално искључење из дохотка по основу трошка зарада и по основу књиговодствене вредности материјалне имовине.⁴⁶ Оно је замишљено и као нека врста „олакшице“ за земље у развоју чија политика пружања пореских подстицаја за иностране инвестиције, праћена кредитом за уштеђен порез, може да пропадне уколико земља резидентства матичне компаније примени доплатни порез из правила о укључивању дохотка, а уштеђен порез није подведен под „обухваћене порезе“ (а није) приликом обрачунавања ефективне пореске стопе саставног ентитета. Предложено супстанцијално искључење из дохотка по основу трошка зарада (у почетку 10%) и по основу књиговодствене вредности материјалне имовине (у почетку 8%) донекле ће ублажити негативне последице на терену пореских подстицаја, али их неће отклонити. Погледајмо табелу 4.

Пример 1 показује да у случају да нема супстанцијалног искључења из дохотка висина доплатног пореза зависи од стопе доплатног пореза, која је једнака (позитивној) разлици између стопе минималног пореза од 15% и ефективне пореске стопе саставног ентитета. У варијанти 1а, кад је саставном ентитету пружено пореско ослобођење у земљи у којој је законска пореска стопа 25%, показује се да је ефективна пореска стопа 0% те доплатни порез износи 150 (15% од 1.000). Уколико је

⁴⁴ Међу ретким изузецима када би, према мишљењу ових аутора, требало допустити *carve-out* јесу порески подстицаји за улагања рударских компанија у земље са ниским дохотком (ако су испуњени еколошки стандарди) и за R&D активности које олакшавају трансфер технологије.

⁴⁵ У документацији коју је Инклузивни оквир за BEPS, под окриљем ОЕСД, припремио до момента предаје овог рада не налази се решење у виду специјалног искључења из дохотка код кредита за уштеђен порез.

⁴⁶ Видети *supra*, одељак 5.1.

Табела 4.
Утицаји супстанцијалног искључења из дохотка на доплатни порез

Пример 1а: Саставни ентитет А	GloBE доходак	Законска пореска стопа	Ефективна пореска стопа	Стопа доплатног пореза	Без супстанцијалног искључења	Коначни доплатни порез
	1.000	25%	0%	15%		
Пример 1б: Саставни ентитет Б	GloBE доходак	Законска пореска стопа	Ефективна пореска стопа	Стопа доплатног пореза	Без супстанцијалног искључења	Коначни доплатни порез
	1.000	25%	10%	5%		
Пример 2а: Саставни ентитет А	GloBE доходак	Законска пореска стопа	Ефективна пореска стопа	Стопа до- платног по- реза	Укупно искључење преко искључења	Коначни доплатни порез
	1.000	25%	0%	15%	230	115,50
Трошак зарада А	Искључење по основу трошка зарада (10%)	Вредност материјалне имовине А	Вредност материјалне имовине А	Искључење по основу вредности материјалне имовине (8%)	Укупно искључење	Укупно искључење
	1.500	150	1.000	80	230	230

Пример 2б: Саставни ентитет Б	<i>GloBE</i> доходак	Законска пореска стопа	Ефективна пореска стопа	Стопа доплатног пореза	Укупно искључење	Вишак добити преко искључења	Коначни доплатни порез
	1.000	25%	10%	5%	230	770	38,50
Трошак за- рада Б	Искључење по основу трошка зарада (10%)		Вредност материјалне имо- вине Б		Искључење по основу вредности материјалне имовине (8%)		Укупно искључење
	150		1.000		80		230
Пример 2в: Саставни ентитет В	<i>GloBE</i> доходак	Законска пореска стопа	Ефективна пореска стопа	Стопа доплатног пореза	Укупно искључење	Вишак добити преко искључења	Коначни доплатни порез
	1.000	25%	0%	15%	820	180	27
Трошак зарада В	Искључење по основу трошка зарада (10%)		Вредност материјалне имовине В		Искључење по основу вредности материјалне имовине (8%)		Укупно искључење
	500		4.000		320		820
Пример 3: Саставни ентитет Г	<i>GloBE</i> доходак	Законска пореска стопа	Ефективна пореска стопа	Стопа доплатног пореза	Укупно искључење	Вишак добити преко искључења	Коначни доплатни порез
	1.000	25%	0%	15%	1.000	0	0
Трошак зарада Г	Искључење по основу трошка зарада (10%)		Вредност материјалне имовине Г		Искључење по основу вредности материјалне имовине (8%)		Укупно искључење
	680		4.000		320		1.000

олакшица мањих размера па је ефективна стопа 10% (варијанта 1б), доплатни порез у земљи резидентства матичне компаније биће, сасвим очекивано, мањи – 50 (5% од 1.000).

Пример 2 илуструје размере утицаја *carve-out*-а. У варијантама 2а и 2в, када је пружено пореско ослобођење па је стопа доплатног пореза 15%, закључујемо да уколико је веће укупно супстанцијално искључење из дохотка (то јест, ако је у саставном ентитету већи трошак зарада и вреднија материјална имовина), утолико ће бити мањи коначни доплатни порез у земљи резидентства матичне компаније (115,50 наспрам 27). Пример 2б у односу на пример 2а показује да ће, при истој вредности укупног искључења из дохотка, коначни доплатни порез бити мањи ако је олакшица пружена саставном ентитету мање издашна (38,50 наспрам 115,50), што потврђује налаз из примера 1.

Коначно, из примера 3 можемо да закључимо да би такво „супстанцијално присуство“ у саставном ентитету које би довело до искључења једнаког *GloBE* дохотку (1.000) анулирало доплатни порез у земљи резидентства матичне компаније. Тада би кредит за уштеђен порез могао да настави да игра своју улогу јер супстанцијално искључење из дохотка, чија је примена спречила земљу резидентства матичне компаније да уведе доплатни порез по основу својег националног права, не де-рогира норму из пореског уговора. Може се закључити да ће у право пореских подстицаја бити унета нова не-неутралност: од трошка зарада и књиговодствене вредности материјалне имовине и од признатог процента за *carve-out* (који би у првих десет година примене правила из Другог стуба требало да постепено опада) зависиће да ли ће и у којој мери кредит за уштеђен порез уопште имати ефеката.

Ако се земља у развоју приликом преговарања о уговору о избегавању двоструког опорезивања сагласила да, као компензацију за клаузулу о кредиту за уштеђен порез, прихвати снижење стопа пореза по одбитку, па јој примена правила о укључивању дохотка у највећој мери обезвређи политику пореских подстицаја и доплатни порез одигра ону улогу коју би раније, без постојања *tax sparing* клаузуле, имао порески кредит као метода коју земља резидентства примењује ради отклањања двоструког опорезивања (да уштеђен порез не буде порески подстицај него приход земље инвеститоровог резидентства), онда јој преостаје да преиспита своје даље учешће у таквом пореском уговору (Sharma 2022, 7). Питање је да ли ће друга држава уговорница прихватити да преговора о новим решењима, а отварају се и нека друга питања, на првом месту она која произлазе из билатералног уговора о заштити инвестиција (Костић, Јовановић, Илић-Попов 2017, 483–504).

6. ЗАКЉУЧАК

Без обзира на то да ли је критика „млака“ или се „заоштрила“, да ли је примарно циљала тај институт права међународних пореских уговора или његов „заштитни објекат“ – пореске подстицаје, кредит за уштеђен порез показао је неочекивану отпорност. Нападан и пре него што је први пут примењен у пракси и остракизован у политици водеће државе чланице OECD, кредит за уштеђен порез успео је да (пре) живи већ 63 године. До пред крај 20. века уживао је значајну подршку међу многим развијеним земљама које су сматрале да имају обавезу да и тим путем подрже настојања земаља у развоју да, привлачећи пореским олакшицама директне стране инвестиције, што пре изађу из заосталости. Уследило је затим време преиспитивања – делотворности пореских подстицаја уопште, потребе да се пружа подршка таквим мерама, ризика од злоупотреба које доводе до избегавања пореза – и број пореских уговора између држава чланица OECD и земаља у развоју у којима постоји клаузула за уштеђен порез се у 21. веку смањило. Економике у успону и многе земље у развоју, међу њима и Србија, остале су одређене за *tax sparing* и наставиле су да одговарајуће одредбе уносе у новије пореске уговоре кад год је друга страна била спремна да их прихвати – најчешће у међусобним односима. Закључујемо да је кредит за уштеђен порез прерастао из мере која манифестује фискалну „жртву“ развијене државе у корист земље у развоју (истина, компензоване сниженим стопама пореза по одбитку и стриктнијим правилима о сталној пословној јединици) у меру којом се потврђује фискална сувереност државе која врши своје субјективно пореско право у погледу пореских подстицаја, независно од нивоа развијености држава уговорница.

Иако би економска анализа ефеката страних директних инвестиција, уопште, и пореских уговора, посебно, на економски развој била захтевна, а свакако излази из оквира овог рада, истраживање је показало да не постоји чврста веза између одредбе о кредиту за уштеђен порез и дестинација са којих у Србију долазе најзначајнији инвеститори. Чак се и висока позиционираност Холандије (са којом Србија има порески уговор са *tax sparing* клаузулом) пре може разумети у светлу њеног порескоправног система који фаворизује холдинг структуре (захваљујући афилијационој привилегији) и широке мреже пореских уговора, који су, барем у свету пре BEPS-а, стимулисали оснивање проточних компанија, него привлачности саме клаузуле. Да је кредит за уштеђен порез имао доминантну улогу у доношењу инвестиционих одлука, и неке друге државе са којима је он уговорен нашле би се ближе врху листе земаља из којих долазе стране директне инвестиције. У литератури се наводи пример раста немачких инвестиција у Бразилу пошто је порески

уговор између те две државе из 1975. године, који је садржао *matching credit* клаузулу, престао да важи (2005. године) (Schoueri 2013, 115). Био би, наравно, погрешан закључак да је тај порески уговор представљао сметњу за немачка улагања. Наиме, раст конјунктуре 2006. и 2007. године и повећана атрактивност великог бразилског тржишта одиграли су одлучујућу улогу, те ни губитак претпостављеног кредита, односно уговора о избегавању двоструког опорезивања није могао да заустави експанзију немачких инвестиција у Бразил. Бартел, Бусе и Нојмајер су утврдили да постоји позитивна веза између пореског уговора и страних инвестиција у земљи извора, али су констатовали и да нешто друкчија формулација економетријског модела и ослонац на билатералне, уместо на агрегатне податке о страним директним инвестицијама не дају исти такав резултат (Barthel, Busse, Neumayer 2010, 366–377). Кад је реч о односу између кредита за уштеђен порез и страних улагања, постоји истраживање које показује да су клаузуле о кредиту за уштеђен порез повезане са растом који иде до 97% стока директних страних инвестиција (Azémar, Dharmapala 2019a, 5). Процењен ефекат је концентрисан у години која следи после ступања на снагу уговора са таквом клаузулом, при чему га нема у ранијим годинама (Azémar, Dharmapala 2019b). Али, шта год емпиријска истраживања показивала и колико год се Комитет за фискалне послове ОЕЦД ограђивао, постоје државе које и даље верују у улогу *tax sparing* кредита, а учешће уговора са том клаузулом у укупном броју важећих пореских уговора процењујемо на око 15%. За њих је та одредба често не само чинилац који потпомаже стимулисање страних директних инвестиција него и потврда њиховог фискалног суверенитета с аспекта политике пореских подстицаја. Примећујемо да се, упркос опредељености за кредит за уштеђен порез (што потврђује учешће од 46% уговора са *tax sparing* одредбом у укупном броју њених пореских уговора), у порескоправним круговима у Србији не инсистира на њеном значају у домену фискалног суверенитета, а наглашава се само подстицајна улога (Дабетић 2008, 185, 188; Поповић 2021, 285–286). Разлог налазимо у томе што је Србија, и пре него што је добила статус кандидата за приступање Европској унији, са Европским заједницама и њиховима државама чланицама потписала Споразум о стабилизацији и придруживању,⁴⁷ који је на снази од 1. септембра 2013. године. У члану 100, став 3 Споразума предвиђено је да ће Србија комплетирати мрежу билатералних пореских уговора са државама чланицама у складу са *последњим изменама* Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и имовину, у мери

⁴⁷ Службени гласник РС 83/2008; Службени гласник РС – Међународни уговори 12/2014 и 1/2022.

у којој су државе чланице преузеле обавезу према тој Конвенцији. Пошто се у новијим верзијама Модел-конвенције ОЕСД и њеног Коментара кредиту за уштеђен порез не пружа подршка (иако није сасвим напуштен), јужноамеричким ауторима је некако препуштено да развијају и бране тезу о заштити фискалног суверенитета, док се Србија још од 2005. године определила да уз Модел-конвенцију ОЕСД, без претеране вокализације, износи позицију да задржава право да у своје пореске уговоре унесе одредбу о кредиту за уштеђен порез, уколико постоји сагласност друге државе уговорнице.

Продужен живот *tax sparing* клаузуле озбиљно ће угрозити BEPS 2.0 иницијатива – и то мера чији је циљ да група квалификованих мултинационалних предузећа плати барем минимални порез на добит корпорација по основу правила о укључивању дохотка које подсећа на стихове из народне песме: „Што пропусти дијете Грујица (земља резидентства саставног ентитета), то дочека Старина Новаче (земља резидентства матичне компаније).“ На основу наше анализе закључујемо да норма националног права о укључивању дохотка није компатибилна с одредбом о кредиту за уштеђен порез, а да су темељи за легитимизацију преваге домаћег права над међународним уговором постављени још раније, кад се оправдавала примена домаћих CFC правила. Спроведено истраживање је показало да су настојања да се преко Коментара објасни да је ипак допуштено опорезовати добит резидента друге државе уговорнице (у условима непостојања сталне пословне јединице) недовољно убедљива, па је у верзију Модел-конвенције ОЕСД из 2017. године уграђена нова формулација одредбе о пореском кредиту из члана 23Б, став 1. У будућим пореским уговорима, који ће прихватити ту формулацију, обавеза за првоименовану државу уговорницу да пружи порески кредит не односи се на ситуацију када одредбе пореског уговора допуштају опорезивање у другој држави уговорници искључиво због тога што је доходак резидента првоименоване државе такође доходак остварен од резидента те друге државе. Пошто се одредбама националног CFC законодавства (или будућим правилима о укључивању дохотка) опорезује доходак иностране контролисане компаније (или саставног ентитета) – дакле, различитог пореског обвезника – у рукама акционара (или крајње матичне компаније), чланом 23Б, став 1 у верзији из 2017. године не налаже се једној држави да пружи олакшицу за порез плаћен у другој држави, па ни за порез који није плаћен, на који упућује клаузула о кредиту за уштеђен порез. Међутим, пошто се Србија ни у једном својем пореском уговору до сада није определила за нову формулацију одредбе о пореском кредиту, за њу ће некомпатибилност бројних одредаба о кредиту за уштеђен порез и *GLOBE* правила бити отворено питање у периоду када започне примена мера

из Другог стуба. Заобилазни излазни пут, садржан у модел-правилима ОЕСД, у виду супстанцијалног искључења из дохотка по основу трошка зарада и по основу књиговодствене вредности материјалне имовине, створиће тешкоће административне природе и отворити простор за калибрацију вредности та два параметра са циљем да се анулира разлика између минималне пореске стопе од 15% и ефективне пореске стопе саставног ентитета који ужива порески подстицај. Уколико се успе у том подухвату, изостало би плаћање доплатног пореза у земљи резидентства матичне компаније и сачувао би се кредит за уштеђен порез из пореског уговора. Само што би тада постојао нови облик изигравања закона, који би пореским властима поставио нове изазове.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Andrade, Betty. 7/2020. A Look at Tax Sparing Clauses in 21st Century as Tools for the Implementation of Tax Incentives from the Perspective of Developing Countries. *International Tax Studies* 3: 1–26.
- [2] Andrade Rodríguez, Betty, Luis Nouel. 2021. Interaction of Pillar Two with Tax Treaties. 235–263. *Global Minimum Taxation? An Analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*, ed. Andreas Perdelwitz, Alessandro Turina. Amsterdam: IBFD.
- [3] Avi-Yonah, Reuven S. 2019. If Not Now, When? US Tax Treaties with Latin America after TCJA. *University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series: Research Paper No. 641*.
- [4] Azémar, Céline, Dhammika Dharmapala. 2019a. Tax Sparing Agreements, Territorial Tax Reforms, and Foreign Direct Investment. *Journal of Public Economics* 169: 89–108. <http://eprints.gla.ac.uk/177270/>, последњи приступ 4. марта 2022.
- [5] Azémar, Céline, Dhammika Dharmapala. 2019b. Tax Sparing Agreements and Foreign Direct Investment in Developing Countries. 8 August. <https://www.austaxpolicy.com/tax-sparing-agreements-and-foreign-direct-investment-in-developing-countries/>, последњи приступ 28. марта 2022.
- [6] Barker, William B. 2/2007. An International Tax System for Emerging Economies, Tax Sparing and Development: It is All About Source. *University of Pennsylvania Journal of International Law* 29: 349–389.

- [7] Barreto, Arhayliz Marian Travieso. 8/2021. Tax Sparing y Matching Credit: ¿Medidas para incentivar Inversiones Extranjeras o para fomentar la Doble no Tributación. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*: 59–76.
- [8] Barthel, Fabian, Matthias Busse, Eric Neumayer. 3/2010. The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data. *Contemporary Economic Policy* 28: 366–377.
- [9] Brooks, Kimberley. 2/2009. Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice. *Queen's Law Journal* 34: 505–564.
- [10] Canè, Daniele. 4/2017. Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties. *World Tax Journal* 9: 521–563.
- [11] Chand, Vikram, Alessandro Turina, Kinga Romanovska. 2021. Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges. Working Paper, available on SSRN. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3967198, последњи приступ 11. марта 2022.
- [12] Дабетић, Дејан. 2008. *Република Србија и избегавање двоструког опорезивања*. Београд: Рачуноводство д. о. о.
- [13] De Wilde, Maarten, Why Pillar Two Top-Up Taxation Requires Tax Treaty Modification. <http://kluwertaxblog.com/2022/01/12/why-pillar-two-top-up-taxation-requires-tax-treaty-modification/>, последњи приступ 17. марта 2022.
- [14] Ferreira, Vanessa Arruda. 2021. Corporate Taxation – Brazil. sec. 10.4. *Country Tax Guides*. Amsterdam: IBFD.
- [15] *First Report of the Royal Commission on the Taxation of Profits and Income*. 1953. Cmd. 8761, H.M.S.O. London.
- [16] Holland, David, Richard J. Vann. 1998. Income Tax Incentives for Investment. Chapter 23. *Tax Law Design and Drafting*, ed. Victor Thuronyi. Washington D. C.: International Monetary Fund.
- [17] International Centre for Tax and Development. 2021. The Tax Treaties Explorer. <https://www.ictd.ac/dataset/tax-treaties-explorer/>, последњи приступ 20. марта 2022.
- [18] Kostić, Svetislav V., Marko Jovanović, Gordana Ilić-Popov. 2017. Serbia. 483–504. *The Impact of Bilateral Investment Treaties on Taxation*, ed. Michael Lang et al. Amsterdam: IBFD.

- [19] Lang, Michael. 2/2003. CFC Regulations and Double Taxation Treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation* 57: 51–58.
- [20] Li, Na. 8–9/2017. Tax Sparing: Use It, But Not as a Foreign Aid Tool. *Intertax* 45: 546–555.
- [21] Marchgraber, Christoph. 5/2014. The Avoidance of Double Non-taxation in Double Tax Treaty Law: A Critical Analysis of the Subject-To-Tax Clause Recommended by the European Commission. *EC Tax Review* 23: 293–302.
- [22] Martín Jiménez, Adolfo J. 1/2004. The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the Improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Commentaries. *Bulletin for International Fiscal Documentation* 58: 17–30.
- [23] McGauran, Katrin. 2013. *Should the Netherlands Sign Tax Treaties with Developing Countries*. Amsterdam: SOMO.
- [24] Navarro, Aitor. 1/2021. Jurisdiction Not to Tax, Tax Sparing Clauses, and the OECD Minimum Taxation (GloBE) Proposal. *Nordic Tax Journal*: 6–19.
- [25] Nilsen, Kristian Reinert Haugland. 2013. *The Concept of Tax Sparing*. Oslo: University of Oslo.
- [26] OECD. 1992. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.
- [27] OECD. 1998. *Tax Sparing. A Reconsideration*. Paris: OECD publishing.
- [28] OECD. 2000. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.
- [29] OECD. 2003. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing.
- [30] OECD. 2015. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting. Action 13. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD.
- [31] OECD. 2017a. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD publishing – MC OECD.
- [32] OECD. 2017b. Tax treaties: update to OECD Model Tax Convention released. <https://www.oecd.org/ctp/treaties/tax-treaties-2017-update-to-oecd-model-tax-convention-released.htm>, последњи приступ 13. марта 2022.

- [33] OECD. 2020. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint. <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-report-on-pillar-two-blueprint-abb4c3d1-en.htm>, последњи приступ 12. марта 2022.
- [34] OECD. 2021a. International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age. <https://www.oecd.org/tax/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm>, последњи приступ 19. марта 2022.
- [35] OECD. 2021b. Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm>, последњи приступ 13. марта 2022.
- [36] OECD. 2021c. Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two). <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.htm>, последњи приступ 12. марта 2022.
- [37] Pepper, H.W.T. et al. 3/1972. Tax Relief Provisions between Developed and Developing Countries. *European Taxation* 12: 3–25.
- [38] Pistone, Pasquale, João Félix Pinto Nogueira, Betty Andrade Rodríguez, Alessandro Turina. 2/2020. The OECD Public Consultation Document “Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two”: An Assessment. *Bulletin for International Taxation* 74: 62–75.
- [39] Поповић, Дејан. 2021. *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [40] Поповић, Дејан, Гордана Илић-Попов. 2/2019. (Не)уставност одредбе о тесту главног циља трансакције или аранжмана из пореских уговора. *Анали Правног факултета у Београду* 67: 7–34.
- [41] Prest, A. R. 92/1956. The Royal Commission on the Taxation of Profits and Income. *Economica* 23: 366–374.
- [42] Schoueri, Luís Eduardo. 2013. Tax Sparing: A Reconsideration of the Reconsideration. 106–124. *Tax, Law and Development*, ed. Yariv Brauner, Miranda Stewart. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd.
- [43] Sharma, Kuldeep. 22/2022. Global Minimum Corporate Tax: Interaction of Income Inclusion Rule with Controlled Foreign Corporation and Tax-sparing Provisions. *Tax Cooperation Policy Brief*: 1–8.

- [44] Surrey, Stanley. 1957. Statement. Hearings Before the Committee on Foreign Relations, United States Senate. Double Taxation Convention with Pakistan, 85st Congress, 1st Session. Washington D. C.: U. S. Government Printing Office.
- [45] Tavares, João Marcos Gertrudes, Renata Freitas Crispim. Cláusulas de matching credit e tax sparing em acordos internacionais contra a bitributação da renda. <https://jus.com.br/artigos/56694/clausulas-de-matching-credit-e-tax-sparing-em-acordos-internacionais-contra-a-bitributacao-da-renda>, последњи приступ 17. фебруара 2022.
- [46] Wijnen, Wim, Jan J. P. de Goede. 3/2014. The UN Model in Practice 1997–2013. *Bulletin for International Taxation* 68: 118–146.

Dejan POPOVIĆ, PhD

Professor Emeritus, University of Belgrade – Faculty of Law, Serbia

Gordana ILIĆ-POPOV, PhD

Full Professor, University of Belgrade – Faculty of Law, Serbia

(UN)CERTAIN FUTURE OF TAX SPARING IN INTERNATIONAL TAX TREATY LAW

Summary

Tax sparing clause emerged in the double tax treaties 63 years ago. Despite criticisms, it can nowadays be found in about 15% of all treaties, with Serbia having this clause in 44% of its double tax agreements. The authors are of the opinion that this provision represents a confirmation of the right to introduce tax incentives as a part of any country's right to tax, while pointing out the necessity of preventing abuses of that provision. After an analysis of the effects of tax sparing on foreign direct investments in Serbia and on outgoing investments of Serbia's residents has been conducted, the remaining part of the paper is dedicated to the future of the tax sparing clause in the light of the OECD/G20 initiative for global introduction of a minimum effective rate of the profit tax. Tax sparing could then be endangered, while the proposed relief in the form of the substance carve-out that will exclude an amount of income representing a percentage of the carrying value of tangible assets

and payroll would create arbitrariness and administrative difficulties. It is unlikely that developed countries will accept a carve-out specifically linked to the spared tax.

Key words: *Tax sparing credit. – Double tax treaty. – Direct foreign investments. – Income inclusion rule. – Substance-based carve-out.*

Article history:

Received: 29. 4. 2022.

Accepted: 27. 6. 2022.