

**Цвјетана ЦВЈЕТКОВИЋ**

асистент на Правном факултету Универзитета у Новом Саду

## ПРИМЕНА ПРИНЦИПА „ВАН ДОХВАТА РУКЕ“ У ПОРЕСКОМ ПРАВУ

### Резиме

Овај рад анализира основна подручја примене принципа „ван дохвата руке“ у пореском праву. Принцип „ван дохвата руке“ подразумева замену цене која је уговорена међу повезаним лицима, ценом која би била уговорена између неповезаних лица, на отвореном тржишту, под истим или сличним околностима. Овај принцип се јавља као један од кључних појмова у вези са трансферним ценама и као мера у борби против утањене капитализације. У раду је указано на основне предности и недостатке овог принципа, његове алтернативе, као и разлоге за његову недовољну афирмацију у српском пореском праву.

**Кључне речи:** принцип „ван дохвата руке“, трансферне цене, утањена капитализација.

### I Уводна разматрања

Принцип „ван дохвата руке“ (енгл. *arm's length principle*) има своју примену у области пореског права која се односи на опорезивања добити правних лица, и то, пре свега, у контексту инструмената законите (али нелегитимне) пореске евазије за коју је својствено онемогућавање остваривања циљева због којих је закон донет, иако формално одред-

бе закона нису прекршене.<sup>1</sup> Српски Закон о порезу на добит правних лица (у даљем тексту: ЗПДПЛ)<sup>2</sup> спомиње овај принцип у чл. 60 и 61 који се односе на порески третман трансферних цена. Поред тога, упоредноправно посматрано, овај принцип има своју примену и као једна од мера у борби против утањене капитализације.<sup>3</sup>

Прелиминарно, под принципом „ван дохвата руке“ подразумева се замена цена које су уговорене између повезаних лица (трансферних цена), ценама које би биле уговорене између неповезаних лица, под истим или сличним околностима. С обзиром да се о овом принципу говори у контексту пореског третмана трансферних цена и утањене капитализације, претходно је нужно дефинисати ова два евазиона механизма.

Најкраће речено, трансферне цене су цене постигнуте у трансакцијама међу повезаним лицима. Повезаним лицима сматрају се она лица у чијим се међусобним односима јавља могућност учешћа у управљању, контроли и капиталу.<sup>4</sup> Најчешћи мотив уговарање трансферних цена је евазиони. Наиме, оне се јављају као ефикасан механизам трансфера добити у пореске јурисдикције са нижим пореским оптерећењем, односно у делове исте пореске јурисдикције које су подвргнуте повољнијем пореском третману, на пример, због остваривања циљева економске политике: подстицања привредног раста, равномернијег регионалног развоја, подстицања запошљавања и сл. Доласку трансферних цена и принципа „ван дохвата руке“ у жижу интересовања научне, али и шире јавности, допринело је више фактора, пре свега, релативно лак пренос делатности из земље у земљу, процеси глобализације и либерализације, као и раст мултинационалних компанија. Наиме, ако се има у виду чињеница да се око 60% светске трговине врши у оквирима мултинационалних компанија, важност трансферних цена постаје јасна.<sup>5</sup>

„Ваља нагласити да појам трансферних цијена нема нужно само негативне конотације (у смислу избјегавања порезне обавезе). Наи-

1 О концепту законите пореске евазије видети: Дејан Поповић, *Пореско право*, Београд, 2009, стр. 44.

2 Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10.

3 Српски законодавац се определио за прописивање фиксног односа позајмљени – сопствени капитал.

4 Међународни рачуноводствен стандард 24 одређује да су стране повезане у ситуацији када једна страна има могућност или да контролише или да значајније утиче на другу приликом доношења пословних и финансијских одлука. Слично одређење прихваћено је и у српском пореском праву.

5 John Neighbour, „Transfer Pricing: Keeping it at arm's length, OECD Centre for Tax Policy and Administration“, Paris, 2008., доступно на: [http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/670/Transfer\\_pricing:\\_Keeping\\_it\\_at\\_arms\\_length.html](http://www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/670/Transfer_pricing:_Keeping_it_at_arms_length.html), 4.4.2011.

ме, свака цијена уговорена између повезаних особа може се означити трансферном, па и онда када није усмјерена на избјегавање порезне обавезе.<sup>6</sup> Дакле, трансферне цене могу бити истоветне са оним ценама које би уговорили неповезани субјекти у истим или сличним околностима. Не треба, аутоматски, претпоставити да услови установљени у финансијским и пословним односима између повезаних лица, одступају од оних услова који би били установљени на отвореном тржишту.<sup>7</sup>

Принцип „ван дохвата руке“ игра значајну улогу и приликом разматрања феноменна утањене капитализације, и то као мера против утањене капитализације која се одређује као ситуација у којој је структура капитала таква да је удео сопственог капитала минималан у поређењу са уделом капитала који је добијен у облику кредита од стране повезаног лица,<sup>8</sup> а све у циљу избегавања плаћања пореза.<sup>9</sup>

## II Улога принципа „ван дохвата руке“ у случају уговарања трансферних цена

Један од кључних појмова у вези са трансферним ценама је принцип „ван дохвата руке“. У суштини, може се констатовати да је то универзални принцип одређивања цена реалних, тржишних цена међу повезаним лицима, који ужива међународни консензус. Наиме, принцип „ван дохвата руке“ установљен је чл. 9 OECD Модел конвенције о порезима на доходак и имовину, који представља оквир за билатералне уговоре о избегавању двоструког опорезивања, како држава чланица, тако и нечланица.<sup>10</sup> Поред наведеног, релевантан извор, који обезбеђује поуздане информације како овај принцип применити у пракси, су и Смернице о трансферним ценама.<sup>11</sup>

С обзиром да се трансферне цене јављају као евазиони механизам, пореска администрација треба да утврди да ли су цене трансакција

6 Н. Arbutina, *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb, 2007, str. 185.

7 В. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris 2001, стр. 28.

8 Д. Поповић, *нав. дело*, стр. 334.

9 О појму утањене капитализације: Цвјетана Цвјетковић, „Утањена капитализација као евазиони инструмент“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2010, стр. 521–536.

10 Model Tax Convention on Income and Capital, OECD, Paris 2008, доступно на: <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>, 5.4.2011.

11 OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, OECD, Paris, 2008, доступно на: [http://www.svcmscentral.com/SVsitefiles/nlc/contentido/doc/073214\\_OECD%20TP%20Guidelines%20June%202010.pdf](http://www.svcmscentral.com/SVsitefiles/nlc/contentido/doc/073214_OECD%20TP%20Guidelines%20June%202010.pdf), 5.4.2011.

међу повезаним лицима постављене на нереалним основама и да у случају позитивног одговора предузме одговарајуће мере. У ту сврху служи принцип „ван дохвата руке“, који подразумева замену цена које су уговорене међу повезаним лицима, ценом која би се формирала на отвореном тржишту између неповезаних лица у истој или сличној трансакцији, под истим или сличним условима,<sup>12</sup> те, се у складу са извршеним корекцијама врши поновно утврђивање опорезиве добити. Ово начело се темељи на третирању повезаних лица као независних друштава, а основни предуслов за његову примену је упоредивост „надзиране“ и „ненадзиране“ трансакције,<sup>13</sup> односно, приликом примене овог принципа неопходно је извршити тзв. анализу упоредивости (енгл. *comparability analysis*), односно, пронаћи упоредиву ненадзирану трансакцију. То је неопходно учинити јер су ненадзиране, односно неконтролисане трансакције подложне тржишним утицајима, стога се за њих каже да су реалне. Приликом проналажења упоредиве ненадзиране трансакције, треба имати у виду пет фактора:

1. Карактеристике добара или услуга – када су предмет трансакције материјална добра, особине које могу бити од користи приликом тражења упоредиве ненадзиране трансакције су: физичке особине, квалитет, поузданост, доступност на тржишту, обим залиха материјалних добара и сл. Када је предмет трансакције нематеријална имовина, од значаја могу бити следећи фактори: правна форма трансакције, врста предмета трансакције (трговачки знак, патенти и сл.), очекивана корист од нематеријалне имовине и сл., а када су предмет трансакције услуге од значаја су природа и обим пружених услуга. Овај фактор игра значајну улогу у одређивању њихове вредности. На пример, производ са бољим квалитетом, већим бројем функција ће имати већу продајну цену. Дакле, диференцијација производа или услуга према наведеним особинама утицаће, свакако, на цену. Отуда, природа и функције добара, услуга и нематеријалне имовине који су предмет трансакције између повезаних и неповезаних учесника морају пажљиво и подробно бити испитане у сваком конкретном случају. Сличности и разлике, као и утицај тих разлика на цену морају бити идентификоване.

12 Између трансакција које се пореде могу постојати мање разлике које не производе суштинско дејство на цену.

13 Примена овог принципа у пракси може бити веома комплексна, његова реализација може, у неким случајевима, трајати годинама. Осим тога, поштовање начела чувања службене и професионалне тајне, у великој мери, може ограничити доступност упоредивих информација.

2. Функционалну анализу – у трансакцијама које се одвијају на отвореном тржишту, цена је, обично, одраз извршених функција сваког од учесника трансакције. То значи, да приликом утврђивања да ли су надзиране и ненадзиране трансакције упоредиве, треба извршити поређење функција повезаних и неповезаних лица. Ово поређење је засновано на функционалној анализи која захтева упоређивање економског значења извршених активности и преузете одговорности повезаних и неповезаних лица. Приликом функционалне анализе неопходно је посебну пажњу усмерити на структуру и организацију повезаних и неповезаних лица.
3. Условне уговора – у трансакцији међу неповезаним лицима, различитост интереса уговорних страна обезбеђује да ће свака од њих захтевати од друге стране да испоштује условне уговора. С обзиром да различитост интереса не мора постојати у трансакцији међу повезаним лицима, треба испитати да ли су се стране повиновале условима уговора и да ли су предвиђени услови само фиктивни.
4. Економске околности – приликом тражења упоредиве ненадзиране трансакције, неопходно је утврдити да ли се надзирана и ненадзирана трансакција одвијају на тржиштима сличних особина, а ако постоје разлике, неопходно је утврдити да ли су те разлике имале суштинско дејство на цену. Наиме, цена истих добара и услуга на различитим тржиштима може да се разликује у зависности од доступности супститута, величине тржишта, обима конкуренције, куповне моћи потрошача, географске локације, владине политике (систем контроле цена) и регулативе и сл.
5. Пословну стратегију – приликом утврђивања да ли су надзиране и ненадзиране трансакције упоредиве, треба имати у виду и пословну стратегију повезаних и неповезаних лица, односно треба узети у обзир иновације, нове развијене производе, степен диверсификације, склоност ка ризику и сл. повезаних и неповезаних лица.<sup>14</sup>

Очито је да је коначни циљ анализе упоредивости идентификација и проценивање сличности и разлика између контролисане и неконтролисане трансакције.

---

14 В.: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Paris 2001, стр. 33–46.

### III Методе одређивања цена „ван дохвата руке“

OECD-ове Смернице о трансферним ценама разликују две групе метода за одређивање цена које би неповезани учесници уговорили у истим или сличним околностима: традиционалне методе и методе трансакцијске добити.

Традиционалне методе одређивања цена „ван дохвата руке“ су:

- метода упоредивих цена на тржишту,
- метода коштања увећана за уобичајену зараду, и
- метода препродајне цене.

Метода упоредивих цена на тржишту (енгл. *comparable uncontrolled prices method*) заснива се на упоређивању цена у „надзираној“ трансакцији са ценама у упоредивој „ненадзираној“ трансакцији, односно, „на продајној цени сличних добара или услуга успостављених између купца и продавца који нису повезана лица, под претпоставком да су остале околности исте или сличне“.<sup>15</sup> Разлика у висини цене показује да није поштован принцип „ван дохвата руке“, те да цена између повезаних лица треба да буде замењена. У питању је најнепосреднији начин за одређивање цене „ван дохвата руке“, те, стога, ова метода треба да има приоритет у односу на остале. Да би ова метода била поуздана потребно је да постоји висок ниво упоредивости између „надзираних“ и „ненадзираних“ трансакција, односно ако постоје разлике, битно је да се оне прецизно могу одредити и утврдити њихов непосредни утицај на цену.“ Битно је да су контролисана и неконтролисана трансакција упоредиве, јабуке се могу поредити само с јабукама, а не са крушкама. Но, није неопходно да су трансакције идентичне, метафорички речено, црвене јабуке су упоредиве са зеленим јабукама, битно је да се може одредити, у овом случају, утицај боје или неке друге карактеристике на тржишну цену.“<sup>16</sup> Најпогоднија је примена ове методе када су предмет и „надзиране“ и „ненадзиране“ трансакције добра сличних карактеристика и када се трансакције предузимају у сличним тржишним условима. Утврђивање цене „ван дохвата руке“ помоћу ове методе, нарочито, је тешко када су предмет трансакције интелектуална права, с обзиром на „ексклузивитет“ ових права. Такође, ову методу није могуће применити када су предмет трансакције међу повезаним лицима уникатни производи или производи на које продавац има монопол.<sup>17</sup>

15 Д. Поповић, *Пореско право*, Београд, 2008, стр. 326.

16 John Neighbour, Jeffrey Owens, „Transfer Pricing in the New Millenium: Will the Arm's Lenght Principle Survive?“, *Mason Law Review*, 2001–2002.

17 Материја трансферних цена је у неким државама врло детаљно регулисана. Тако, на пример, америчко право експлицитно садржи одредбе којима се настоји одговорити на питање: које су трансакције упоредиве, а које не? Тако, на пример,

Метода коштања увећана за уобичајену зараду, односно маржу (енгл. *cost plus method*) примењује се у оним ситуацијама када цену „ван дохвата руке“ није могуће одредити методом упоредивих цена на тржишту. Она се фокусира на уобичајену маржу коју остварује испоручилац који та добра или услуге обезбеђује, односно врши повезаном купцу. Суштински, овај метод покушава да вреднује извршене функције од стране испоручиоца добара, односно услуга. Правилно утврђивање цене коштања, односно трошкова производње код ове методе је веома важно. Потом се на тако утврђену цену коштања додаје уобичајена зарада, односно маржа. Уобичајена зарада, односно маржа одређује се на темељу марже коју исти тај испоручилац остварује у трансакцијама са неповезаним лицима (тзв.интерна упоредивост), односно на темељу марже коју остварују неповезани учесници у истој привредној грани (тзв.екстерна упоредивост). Треба нагласити да ова метода није тако транспарентна као што на први поглед изгледа, јер постоји могућност манипулације са трошковима производње. Метода коштања увећана за уобичајену зараду „најподеснија је у ситуацијама када не постоје упоредиве неповезане купопродаје и када, повезани купац чини више, а не само дистрибуцију производа“<sup>18</sup> (нпр. зависно предузеће сушински повећа вредност производа, а потом, врши дистрибуцију). У пракси се показује најприкладнијом када су предмет трансакције полуготови производи.

*Метода њрепродајне цене* (енгл. *resale price method*) претпоставља да је обвезник купио робу, услуге или нематеријалну имовину од повезаног лица, а затим их препродао „непознатом“ купцу. Цена „ван дохвата руке“ применом ове методе се одређује на бази препродајне цене, која се, потом, умањује за одговарајући износ који је одраз извршених функција, преузетог ризика и ангажованих ресурса обвезника. Углавном се користи у ситуацијама када, поред тога што није могуће одредити цену „ван дохвата руке“ примарном методом, повезани купац не додаје значајнију вредност предметима трансакције. Ова метода „има за циљ да оцени вредност дистрибутерске функције остварене од стране повезаног купца“.<sup>19</sup>

Дакле, традиционалне методе, које су прихваћене у српском пореском праву, заснивају се на два приступа: тржишном и трошковно оријентисаном приступу. Оне се преферирају, јер најдиректније дају од-

трансакције које се одвијају на различитим националним тржиштима не могу се сматрати упоредивим јер су услови на тим тржиштима различити. Такође, разлике у погледу заштитног знака робе и рокова отплате у надзираној и ненадзираној трансакцији спречиле би употребу овог метода итд.

18 Р. Дорнберг, *Међународно ојорезивање*, Београд, 2002, стр. 134.

19 Р. Дорнберг, *нав. дело*, стр. 133.

говор на питање да ли је приликом уговарања трансакције међу повезаним лицима поштован принцип „ван дохвата руке“.

Цена „ван дохвата руке“ се може одредити и применом метода трансакцијске добити које се примењују, једино, у ситуацији када примена традиционалних метода није могућа или није поуздана због недостатка релевантних података. Ту спадују:

- метода деобе добити и
- метода трансакцијске нето марже

Метода деобе добити (енгл. *profit split method*) базира се на третирању повезаних лица као једне економске јединице и расподели добити или губитака реализованих у трансакцији међу повезаним лицима у складу са њиховим економским доприносом, односно извршеним радњама, уложеној материјалној и нематеријалној имовини, преузетим ризиком и сл. Ова метода се нарочито примењује када су радње учесника трансакције у високом степену интегрисане и када су предмет трансакције „уникатна“ нематеријална добра код којих је, фактички, немогуће пронаћи упоредиве ненадзиране трансакције.<sup>20</sup>

Метода трансакцијске нето марже (енгл. *transactional net margin method*), у већини земаља које прихватају методе трансакцијске добити у одређивању цене „ван дохвата руке“, се третира као експериментална метода, као последње средство у одређивању цене „ван дохвата руке“, јер се, у суштини, код ове методе примењује тзв „једнострана анализа“. Наиме, остварена нето добит у трансакцији међу повезаним учесницима, се посматра у односу на одређену основицу, као што су трошкови или имовина, али само једног, од повезаних учесника, док се трошкови или имовина другог учесника трансакције међу повезаним лицима не узимају у обзир.

#### IV Недостаци принципа „ван дохвата руке“

Иако принцип „ван дохвата руке“, у начелу, ужива међународни консензус, то, аутоматски, не значи да је он перфектан у сваком свом

20 На пример, у случају *Hospital Corp. of America V. Commissioner* (1983) НСА, америчка корпорација за болнички менаџмент, била је ангажована да запосли и обучи особље које ће управљати једном болницом у Саудијској Арабији. НСА је основала LTD, корпорацију на Кајманским острвима (пореско уточиште), да би извршила уговор. НСА је вршила услуге за LTD и обезбеђивала *know-how*. При расподели прихода између НСА и LTD, ниједна страна није дала суду на увид било какву упоредиву трансакцију. Уместо тога, суд секонцентрисао на различите услуге и облике интелектуалних права, посебно *know-how*, које је НСА обезбеђивала за LTD. Суд је оценио све ове факторе, као и чињеницу да је корпорација LTD формално извршила уговор, те је одредио корпорацији НСА 75%, а корпорацији LTD 25% од заједничке добити.



аспекту. Постоје бројне тешкоће у примени овог принципа. Као посебан проблем јавља се питање: како пронаћи упоредиву ненадзирану трансакцију? Наиме, постоји могућност да повезана лица послују под потпуно другачијим условима у односу на неповезана, на пример како би се остварили позитивни ефекти економије обима, или пак у одређеним гранама не могу се пронаћи упоредиве трансакције због вертикалне интеграције која се спроводи у оквиру мултинационалних компанија. Примена овог принципа проузрокује додатне трошкове пословања за обвезнике који се везују, на пример, за трошкове прибављања тражене документације и сл. Додатни трошкови их подстичу, тврде противници примене овог принципа, да проналазе нове начине како би избегли пореску контролу.

Свакако, најозбиљнија замерка односи се на чињеницу да примена овог принципа доводи до економског двоструког опорезивања дела добити који представља разлику између цене „ван дохвата руке“ и обвезникове трансферне цене, јер повећање добити у једној земљи, као последица корекције трансферне цене, не мора бити праћено повећањем трошкова у другој земљи.

## V Алтернативе принципу „ван дохвата руке“

Најчешће заступана алтернатива овим методама је тзв. „формуларна“ расподела профита међу члановима повезане групе, без узимања у обзир њихове локације (енгл. *global formulary apportionment method*). Суштина ове методе се састоји у спровођењу јединственог опорезивања чланова повезане групе, тј. њиховом третирању као једне пословне целине. Потом се добит алоцира међу члановима на бази унапред утврђене формуле. Ова метода подразумева, дакле, претходну идентификацију повезаних друштава међу којима се добит алоцира, утврђење укупног профита и одређивање формуле имајући у виду разне параметре попут укупних трошкова, ангажованих новчаних средстава и сл. Разлика између методе деобе добити и „формуларне“ расподеле добити је у томе што се код методе деобе добити добит распоређује међу повезаним учесницима на бази њиховог третирања као неповезаних учесника, док се код „формуларне“ расподеле добити, добит распоређује међу учесницима који се третирају као једна пословна целина, на бази унапред утврђене формуле.

Истиче се, да овај систем боље детектује економску реалност, да покушава да за сваку пореску јурисдикцију веже само онај износ пореских прихода који се могу приписати економским активностима које се врше у оквиру једне пореске јурисдикције, али кључни недостатак је,

тврде неки аутори, тај што овај систем вештачки покушава да повуче линију разграничења између повезаних фактора који чине једну целину и заједнички доприносе реализацији укупне добити (укупан профит настаје као резултат већег броја компоненти које се не би требале одвојено посматрати).<sup>21</sup>

Поставља се питање које факторе треба узети у обзир приликом „формуларне“ расподеле добити, односно које факторе унети у формулу? Већина се слаже да, иако су подложни манипулацијама и нису апсолутно прецизни, су укупан обим продаје, капитал и рад подесни фактори јер највише указују на то колики су капацитети за стварање профита.<sup>22</sup> Приликом креирања формуле јавља се конфликт између принципа једноставности и прецизности, јер најпрецизнији елементи су, уједно, најкомплекснији и изазивају највише трошкове приликом примене.

Постоји мноштво варијација „формуларне“ расподеле добити. Предлаже се постојање различитих формула за различите секторе, чиме би се уважиле њихове специфичности. Неки аутори (*Brian E. Lebowitz*) предлажу да се у формулу унесу и друштвени трошкови који настају за компанију, док се предлог Штокхолмске групе своди на употребу основнице ПДВ-а као кључног фактора за алокацију добити.<sup>23</sup>

Међутим, OECD-ове смернице о трансферним ценама не прихватају ову методу, јер је тешко установити формулу која би била прихватљива за све чланове групе.<sup>24</sup> Наиме, свака земља би тежила да у

21 В.: Arthur J. Cockfield, „Formulary Taxation Versus The Arm’s Length Principle: The Battle Among Doubting Thomases, Purists and Pragmatists”, *Canadian Tax Journal*, 2004, Vol. 52, Issue 1, <http://www.ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2004ctj/04ctj1-cockfield.pdf>, 4.4.2011.

22 Фактор продаје (енгл. *Sale Factor*) широко формулисан јер укључује приходе од продаје материјалне, али и нематеријалне имовине, услуга и сл. Фактор платног списка (енгл. *Payroll Factor*) рефлектује наканде за рад запосленима, Фактор имовине (енгл. *Property Factor*) је најпоузданији, али истовремено је и неправичан фактор јер искључује нематеријалну имовину иако је то, донекле, разумљиво с обзиром на несумњиве тешкоће везане за дефинисање, квантификацију и вредновање нематеријалне имовине. О томе више: Aisha Butt, „Formulary Apportionment in the European Union“, Lund, 2004, стр. 31–35, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556580&fileId=1564036>, 4.4.2011.

23 О томе више: Joan Martens Weiner, „Formulary apportionment and Future of Company taxation in the European Union“, CESifo Forum, Volume 3, Number 1, Munich, 2002, стр. 10–21, доступно на: [https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DocBase\\_Content/ZS/ZS-CESifo\\_Forum/zs-for-2002/zs-for-2002-1/CESifoForum102.pdf](https://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DocBase_Content/ZS/ZS-CESifo_Forum/zs-for-2002/zs-for-2002-1/CESifoForum102.pdf), 5.5.2011.

24 Комитет за фискалне послове 1979. године у Извештају о трансферним ценама и мултинационалним компанијама закључио је да би примена овог метода морала бити арбитражна, јер тежи да занемари тржишне услове под којима послује једно од повезаних лица и сл.

формулу унесе оне факторе који „доминирају“ на њеној територији, односно, оне факторе који би довели до максимизирања њених пореских прихода. Ни унапред утврђена формула расподеле профита међу члановима повезане групе не би била препрека манипулисању факторима који су саставни део формуле (нпр. премештањем покретне имовине), у циљу евазије. До сада је забележена, једино, примена ове методе од стране локалних пореских јурисдикција.<sup>25</sup> С друге стране, поборници примене ове методе тврде да би њена примена довела до веће извесности у погледу сношења пореске обавазе, да је административно погоднија, да је више у додиру са економском стварношћу и сл. Такође, истичу да примена традиционалних метода и метода трансакцијске добити приликом одређивања цене „ван дохвата руке“, није, нарочито, подесна код повезаних друштава код којих је присутан висок степен интегрисаности, па, самим тим, није лако одредити допринос сваког од повезаних друштава у укупној добити. Излаз је у „формуларној“ расподели профита, тврде њене присталице.

## VI Предности принципа „ван дохвата руке“

Упркос наведеним недостацима, од којих неки изазивају озбиљне потешкоће у његовој примени, у првом плану су његова позитивна својства. Тако, истиче се, да његова примена афирмише начело једнакости и правичности, јер се овај принцип базира на једнаком третману повезаних и неповезаних друштава, а самим тим, не долази до нарушавања конкурентских односа на тржишту. Дугорочно посматрано, примена принципа „ван дохвата руке“ доводи до раста међународне трговине и међународних инвестиција. Несумњиво је да упркос различитим преиспитивањима, принцип „ван дохвата“ руке ужива међународни консензус захваљујући својој флексибилности.

### 1. Примена принципа „ван дохвата руке“ у Европској унији

Проблематика примене принципа „ван дохвата руке“ у оквири-ма Европске уније има једну сасвим нову димензију. Пресуда у случају *Lankhorst-Hohorst* означила је прекретницу, јер у свим оним случајевима у којима су повезана лица резиденти држава чланица, уговарање трансферних цена губи на значају, јер губитак пореских прихода за једну чланицу, истовремено значи повећање пореских прихода за другу, тако да ће, на нивоу Уније, порески приходи бити сачувани.<sup>26</sup>

25 Од стране појединих савезних држава у Канади и САД.

26 Case of Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt (case C-324/00), <http://www.economy-point.org/1/lankhorst-hohorst-desicion.html> (7.4.2011).

У оквирима Европске уније, већ дуго се расправља о увођењу јединственог пореза на добит трговачких друштава која врше прекограничну делатност, којим би се решио велики број проблема, укључивши и проблем трансферних цена, јер би се овим пореским обликом увела једнообразна пореска стопа у свим државама чланицама. Овај порез би убирали органи Европске уније, а прикупљени приходи би се делили међу државама чланицама, које су његову примену прихватиле, према унапред утврђеној формули. Увођење овог пореза, тренутно, није могуће, јер ниједна држава чланица није спремна да се одрекне дела свог пореског суверенитета у корист органа Европске уније. Међутим, чак, и када би се овај порез увео, проблем трансферних цена би остао у пословању са трећим земљама, нечланицама. У том контексту, свакако, треба споменути да је 2001. године Европска комисија предложила увођење заједничке консолидоване основице пореза на добит корпорација, а рад на реализацији овог пројекта започео је 2004. године. Суштина је да ће резидентне компаније, које имају сталне пословне јединице у најмање две чланице, као и нерезидентне које испуњавају исте услове, имати могућност да се групно опорезују и да буду подвргнуте само једној регулативи. На тај начин би се елиминисале постојеће тешкоће које настају у вези са интракомунитарним трансакцијама.

Ради бољег разумевања феномена трансферних цена и решавања проблема који могу настати приликом пословања повезаних лица без уплитања судства, Европска комисија је формирала Заједнички форум о трансферним ценама (енгл. *EU Joint Transfer Pricing Forum*), који неколико пута годишње окупља стручњаке свих земаља чланица, а као посматрачи учествују представници земаља ОЕCD-а и земаља које имају статус кандидата. Резултати рада прослеђују се Савету ЕУ, који процењује да ли треба предузети конкретне мере у овом домену.

Један од проблема који се јавља у вези са пословањем повезаних друштава је и проблем економског двоструког опорезивања дела добити, који представља разлику између цене „ван дохвата руке“ и обвезникове трансферне цене. Овај проблем настаје као последица неусклађености поступака надлежних пореских власти, приликом корекције трансферних цена. Претпоставимо, да је компанија Х резидент државе А – чланице ЕУ и да испоручује својој филијали У, резиденту државе Б која је, такође, чланица ЕУ, робу по трансферној цени од 3.000 € по комаду. Ако је тржишна цена такве робе 2.000 € по комаду, онда ће пореске власти државе Б филијали У признати као трошак у пореском билансу 1000 € по комаду мање него што гласи износ у фактури. Самим тим, аутоматски, долази до смањења прихода компанији Х, али ако пореска администрација државе А не призна компанији Х право на умањење прихода и опорезиву добит утврђује на основу трансферне цене, онда

је, посматрано на нивоу повезаних друштава дошло до економског двоструког опорезивања, јер пореска администрација једне државе чланице није узела у обзир усклађивања која су извршена у другој држави чланици.

Дакле, да би се спречило економско двоструко опорезивања дела добити приликом корекције трансферне цене, неопходна је координација надлежних пореских органа. Стога је, 1990. године, на основу члана 293 Римског уговора Савет Европске заједнице донео Арбитражну конвенцију (енгл. *Arbitration Convention*).<sup>27</sup> Ова Конвенција је ступила на снагу тек 1. јануара 1995. године. Међутим, њена примена је била ограничена на пет година. Тренутно, није на снази, јер Протокол који би аутоматски требао да продужи њено важење за период од наредних пет година, још није ратификован од свих земаља чланица, чиме се не искључује могућност билатералне примене између земаља чланица које су ратификовале Протокол.

У циљу обезбеђења ефикасне имплементације и једнообразне примене Арбитражне конвенције, Европска комисија је 2004. године усвојила *Code of Conduct*.<sup>28</sup> У питању је политички акт, који је у више наврата ревидиран и који не задира у права и обавезе држава чланица, нити у њихове надлежности. У суштини, овај акт садржи одредбе о техничким питањима која се могу поставити приликом примене Арбитражне конвенције. *Code of Conduct* препоручује, између осталог, да се током поступка чији је циљ елиминација двоструког опорезивања обустави прикупљање пореза и да се Арбитражна конвенција билатерално примењује између земаља чланица Европске уније, док Протокол не буде ратификован од стране свих земаља чланица.<sup>29</sup>

Анализа садржаја Арбитражне конвенције показује да је сарадња између надлежних пореских органа земаља чланица стављена у први план. Сарадња се одвија у неколико фаза:

1. *Обавештавање и одношење приговора*: пореска администрација државе која жели да изврши корекцију трансферне цене, дужна је да о томе обавести предузеће о коме је реч. То предузеће, одмах, треба да обавести повезано предузеће, а оно надлежну пореску администрацију. Ако сви заинтересовани субјекти

27 Пуни назив ове конвенције је: Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, *Official Journal L* 225 of 20 August 1990.

28 Пуни назив гласи: Code of Conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises

29 О томе опширније на: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/transfer\\_pricing/forum/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm).

сматрају да је корекција трансферне цене извршена у складу са принципом „ван дохвата руке“, нема потребе за даљим поступком. Међутим, предузеће има право да поднесе приговор, у року од три године од дана обавештавања, ако сматра да приликом корекције није поштован принцип „ван дохвата руке“.

2. *Послужба узajамне сагласности* се покреће са пореским органима друге земље чланице, уколико пореске власти земље, чији је резидент предузеће не усвоје приговор.
3. *Арбитражни послужба* – ако надлежне пореске власти не постигну сагласност, у року од две године од дана подношења приговора, оне су дужне да образују Саветодавну комисију, која има обавезу да у року од шест месеци од дана достављања предмета, достави извештај о томе како елиминисати економско двоструко опорезивање.
4. *Послужба елиминације економског двоструког опорезивања* – ако надлежне пореске власти у року од шест месеци од дана пријема мишљења Саветодавне комисије, не елиминисају економско двоструко опорезивање на начин који мора бити у складу са принципом „ван дохвата руке“, мишљење Саветодавне комисије постаје обавезујуће.

Први корак који је неопходан да би се створили што повољнији услови за одвијање прекограничних трансакција, на унутрашњем тржишту Европске уније, је, свакако, ратификовање Протокола од стране свих држава чланица. С друге стране, због своје важности, бројне су присталице њеног прерастања у директиву, као правно обавезујући акт, чиме би ратификовање протокола изгубило свако смисао.

## **VII Примена принципа „ван дохвата руке“ као мере за спречавање утањене капитализације**

Поред прописивања фиксног односа позајмљени сопствени капитал и примене општих правила којима се забрањује забрана злоупотребе права, савремени порески системи познају још једну меру у борби против утањене капитализације – примену принципа „ван дохвата руке“.

Наиме, у неким земљама, попут Норвешке, Финске, Данске, принцип „ван дохвата руке“ је основни инструмент утврђивања *прихватљивог* односа између позајмљеног и сопственог капитала. Самим тим, намеће се питање: шта се подразумева под прихватљивим односом између позајмљеног и сопственог капитала? Наиме, реч је о односу који би се успоставио да су зајмодавац и зајмопримац неповезана лица. Дакле,

структура укупног капитала предузећа се упоређује са структуром која би постојала на отвореном тржишту. Након упоређивања, уколико се успостави да је удео позајмљеног капитала, у укупној структури капитала, већи од удела који би се формирао на слободном тржишту између неповезаних лица, онда ће пореска администрација „вишак“ позајмљеног капитала третирати, у пореске сврхе, као сопствени капитал, а камату која је исплаћена на основу тог „вишка“ позајмљеног капитала као дивиденду.<sup>30</sup> О примени принципа „ван дохвата руке“, у ситуацији када предузеће послује у условима који су различити од оних услова који би се формирали на слободном тржишту, говори и члан 9. ОЕЦД Модела. Једна од дилема, која се јавља при примени ове мере за спречавање утањене капитализације, је како *ирејширати* „вишак“ *позајмљених средстава у земљи извозници капиталa*? У зависности од одлуке, земља извозница капитала мора предузети читав низ мера. Након што прихвати квалификацију „вишка „позајмљених средстава, које је извршила земља увозница капитала, мора предузети одређене мере у циљу спречавања економског двоструког опорезивања (нпр., да призна порески кредит по основу пореза по одбитку на дивиденде, а не по основу пореза по одбитку на камате и сл.).

Комитет за фискалне послове при ОЕЦД-у *ирејоручује* примену принципа „ван дохвата руке“ као флексибилнијег у односу на методу прописивања фиксног односа између позајмљеног и сопственог капитала. Код примене принципа „ван дохвата руке“, иако постоји опасност од субјективизма пореских власти, узимају се у обзир околности сваког конкретног случаја, јер позајмљивање међу повезаним лицима може бити условљено истинским тржишним разлозима. Осим тога, није свеједно да ли се зајам узима између неповезаних или повезаних лица, о чему би, свакако, требало водити рачуна. На крају треба истаћи да прописивање фиксног односа није адекватно решење, пре свега због врло развијених финансијских и пословних односа који могу постојати између појединих земаља.

---

30 На нешто другачији начин се поступа у енглеском пореском праву: када се камата исплаћује нерезидентном повериоцу који поседује 75% или више акција зајмопримца, као и у случајевима када су зајмопримац и резидентни поверилац филијале нерезидентног друштва, које поседује 75% или више акција зајмопримца и зајмодавца, таква исплата се увек третира као исплата дивиденди.

**Cvjetana CVJETKOVIĆ**

**Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Novi Sad**

## **APPLICATION OF ARM'S LENGHT PRINCIPLE IN TAX LAW**

### **Summary**

*This paper analyzes the main area of application of arm's lenght principle in tax law. The arm's length principle means replacing the pricing accomplished in transaction between connected parties, with pricing which would be accomplished in transaction between independent parties on open market, in the same or similar circumstances. This principle is one of the key concepts related to transfer pricing and it is also one of measures of combating thin capitalization. The paper presents main advantages and disadvantages of this principle, it's alternatives and reasons for his lack of recognition in Serbian tax law.*

**Key words:** *arm's length principle, transfer pricing, thin capitalization.*