

УДК 347.73(497.11)

мр *Светислав В. КОСТИЋ*, LL.M.
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

НАЧЕЛО ФАКТИЦИТЕТА У СВЕТЛУ ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О ТРАНСФЕРНИМ ЦЕНАМА И УТАЊЕНОЈ КАПИТАЛИЗАЦИЈИ У СРПСКОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ

Резиме

Овај рад истражује однос између два кључна начела српског пореског права, начела фактициитета и начела „ван дохвата руке“ и покушава да ироникне у практичне последице њихове интеракције. Истраживањем могућих тумачења постојеће норме члана 9. ЗПППА којом је предвиђено начело фактициитета долази се до закључка да би је било потребно изменити иако да одсликава намеру законодавца да проише анти-абузивно правило, а не оштрије начело пореског постојка. Аутор затим наставља да указује на последице примене начела фактициитета по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, и тежи да утврди могуће домете њихове примене из угла пореских органа, али и пореских обвезника. Поред измене одредбе о начелу фактициитета аутор се залаже и за уношење изричитих законских правила за уређивање последица и постојка примене начела фактициитета по примени правила о утањеној капитализацији и трансферним ценама.

Кључне речи: *начело фактициитета, начело „ван дохвата руке“, трансферне цене, утањена капитализација, дивиденде.*

I Увод

Посебна правила везана за трансакције између повезаних лица у оквиру пореза на добит правних лица, одредбе о трансферним ценама и о утањеној капитализацији, у последње време су све више предмет пажње српских пореских органа, па самим тиме и наше пословне јавности. У Србији постоје веома ограничена искуства у наведеним областима пореског законодавства, што на првом месту указује на потребу њиховог непосредног детаљнијег уређења и разјашњавања бројних отворених питања која су везана за њихову примену. Међутим, једна од веома значајних последица примене одредби о трансферним ценама и утањеној капитализацији се јавља у њиховој интеракцији са начелом фактицитета (енгл. *substance over form principle*). Суштински, примена норми којима се уређују специфични аспекти пословних односа између повезаних лица не доводи до коначног одговора о њиховом свеобухватном пореском третману, већ представља само први корак који се у српском пореском праву мора завршити применом једног од његових општих начела – начела фактицитета.

Пред нама се постављају два кључна проблема. Први лежи у томе да одредбе о трансферним ценама и утањеној капитализацији на неки начин представљају еманацију начела фактицитета у погледу пореског третмана трансакција између повезаних лица, док је други присутан кроз чињеницу да смо у обе области суочени са готово потпуним одсуством домаћих извора који би нам помогли у разјашњењу њихове примене и међусобног односа. Циљ овог рада је да покуша да пружи одговор у погледу односа између примене начела „ван дохвата руке“, начела на коме су заснована правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, и начела фактицитета, као и предлоге за детаљније уређење ове области.

II Правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији – начело „ван дохвата руке“

Закон о порезу на добит правних лица¹ прихвата начело „ван дохвата руке“ (енгл. *at arm's length principle*) као основу на којој се темељи порески третман пословних односа између повезаних лица, при чему предвиђа два међу собом повезана, али ипак различита, правила. Правила о трансферним ценама која су садржана у члановима 59–61 ЗПДПЛ обавезују пореског обвезника да у пореском билансу посебно искаже трансакције које је имао са повезаним лицима по ценама по којима су се

1 Службени гласник РС, бр. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10; у даљем тексту: ЗПДПЛ.

оне одиграле (по трансферним ценама), као и да прикаже вредност истих трансакција по ценама које би се оствариле на тржишту таквих или сличних трансакција да се није радило о повезаним лицима (по ценама „ван дохвата руке“). Разлика између цене утврђене применом принципа „ван дохвата руке“ и обвезникове трансферне цене укључује се у пореску основицу, при чему се то чини само онда када она иде на штету пореске основице.² Управо у претходно наведеној обавези исказивања, односно провере да ли цене настале из трансакција са повезаним лицима одговарају онима које би се оствариле на слободном тржишту између обвезника који су међусобно независни, лежи суштина начела „ван дохвата руке“. Другим речима, као и велики број упоредних законодавстава³ и српско поставља захтев да се за потребе пореза на добит трансакције између повезаних лица подвргну посебној провери, при чему оне могу бити прихваћене само уколико су у складу са начелом „ван дохвата руке“. У супротном, трансферне цене морају бити усклађене до вредности „ван дохвата руке“ и као такве служити за утврђивање опорезиве добити. Доследно се држећи начела „ван дохвата руке“ ЗПДПЛ предвиђа три методе⁴ којима се утврђују цене трансакција које би се оствариле на тржишту таквих или сличних трансакција да се није радило о повезаним лицима, односно не поставља паушална ограничења за цене „ван дохвата руке“, већ захтева њихово посебно утврђивање у зависности од околности сваког конкретног случаја.

С друге стране, правила о утањеној капитализацији⁵ одређују прихватљиви ниво задужености у случају зајмова између повезаних лица. За разлику од одредби о трансферним ценама, утањена капитализација се не бави ценом (у овом случају висином каматне стопе) која се плаћа између повезаних лица на позајмљени новац, него доводи у питање однос између износа зајма и дужниковог сопственог капитала. Наиме,

2 Види: члан 3 став 1 тачке 16, 21, 30 и 33 Правилника о садржају пореског биланса и другим питањима од значаја за начин утврђивања пореза на добит правних лица (*Службени гласник РС*, бр. 99/10, 8/11).

3 Види: *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Working Draft on Foreword*, стр. 1 (доступно на: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_%20Foreword.pdf). Према подацима Подкомитета Уједињених нација за практична питања везана за трансферне цене до краја 2009. године у свету су посебна правила о трансферним ценама била присутна у законодавствима 53 државе (у које спадају готово све најразвијеније државе на свету). Види: *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, Working Draft on Chapter1 – An Introduction on Transfer Pricing*, стр. 31 (доступно на: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2011_TP/TP_Chapter1_Introduction.pdf).

4 Метода упоредиве цене на тржишту, предвиђена као примарна метода, а у случају немогућности њене примене користи се метода (цене) коштања увећане за уобичајену маржу или метода препродајне цене (види: чл. 61 став 2 ЗПДПЛ).

5 Види: чл. 62 ЗПДПЛ.

правила о утањеној капитализацији имају за циљ да спрече коришћење пореских погодности које могу настати из прекомерног финансирања повезаних лица путем зајмова уместо улагања у њихов капитал.⁶ Законодавац поставља границу висине зајма од стране повезаног лица до које се, под условом каснијег потврђивања да је обрачуната каматна стопа у складу са начелом „ван дохвата руке“,⁷ камата на такав зајам уопште може признати као дужников расход. С обзиром на то да ЗПДПЛ предвиђа паушалну формулу за утврђивање претходно поменутог ограничења висине зајма од стране повезаног лица за потребе признавања камате на такав зајам као дужниковог расхода,⁸ може се поставити питање да ли су одребе од утањеној капитализацији у складу са начелом „ван дохвата руке“ или представљају одступање од овог принципа? Уколико начело „ван дохвата руке“ схватимо у ширем смислу, као захтев да сви односи између повезаних лица, за пореске потребе, буду засновани тако да одсликавају оне између независних обвезника, онда само ограничавање висине зајма од повезаног лица у односу на сопствени капитал дужника за потребе признавања камате на ове зајмове као расхода не би одступало од таквог захтева. Међутим, одређивање највишег износа зајма путем паушалне формуле се коси са начелом „ван дохвата руке“ из простог разлога што могу јавити примери у којима би тржишна (дакле „ван дохвата руке“) висина зајма разликовала од законом предвиђеног ограничења. Оно што можемо закључити је да српски законодавац, као што је то случај у значајном броју упоредних пореских права,⁹ полази од начела „ван дохвата руке“ када уводи сам појам утањене капитализације, али од њега одступа постављајући паушално правило о ограничењу висине зајма уместо да ово питање утврђује у зависности од околности конкретног случаја и услова који постоје између неповезаних лица.

6 Види: Дејан Поповић, *Пореско право*, седмо измењено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 344–345.

7 Види: чл. 60 став 2 ЗПДПЛ.

8 Члан 62 став 1 и 2 ЗПДПЛ прописује да:

(1) *код дућа према повериоцу са стајусом повезаној лица из члана 59. овој закона, пореском обвезнику, изузев банци, признаје се као расход у пореском билансу износ камате и припадајућих трошкова на зајам, односно кредит до висине четвороструке вредности обвезниковој сопственој капиталу.*

(2) *за банке лимит из става 1. овој члана је десетоструки износ обвезниковој сопственој капиталу.*

9 Види: Alfred Storck, „The Financing of Multinational Companies and Taxes: An Overview of the Issues and Suggestions for Solutions and Improvements“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 65, No. 1, 2011, стр. 36; за више о упоредним приступима законског уређења утањене капитализације види: Stuart Weber, „Thin Capitalization and Interest Deduction Rules: A World Wide Survey“, *Tax Notes International*, Vol. 60, No. 9, 2010, стр. 683 *et. seq.*

III Начело фактицитета

Српски Закон о пореском поступку и пореској администрацији¹⁰ у члану 9. прописује начело фактицитета које се састоји из три правила:

- а) *пореске чињенице утврђују се према њиховој економској суштини;*¹¹
- б) *ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао;*¹²
- в) *ада су на прописаном начину остварени приходи, односно стечена имовина, Пореска управа ће утврдити пореску обавезу у складу са законом којим се уређује одговарајућа врста пореза.*¹³

Према мишљењу аутора уочава се да схваћено у ширем смислу начело „ван дохвата руке“ из правила о трансферним ценама и у некој мери о утањеној капитализацији одсликавају први захтев начела фактицитета да се пореске чињенице тумаче према њиховој економској суштини. Порески законодавац начелом „ван дохвата руке“ тежи да основа за порез на добит правних лица обвезника који има трансакције са повезаним лицима одсликава ону која би се остварила да су све те трансакције биле спроведене на потпуно тржишним основама између лица која немају могућност међусобне контроле и утицаја. Да би се начело „ван дохвата руке“ применило неопходно је да утврдимо економску суштину односа између повезаних лица и услова под којима су се трансакције између њих одвијале. Без разумевања економске суштине трансакција и односа између повезаних лица немогуће је исправно доћи до оних упоредивих параметара на основу којих би могли да установимо да ли је висина њихове добити складу са начелом „ван дохвата руке“.

Постојећи извори везани за тумачење начела фактицитета у српском пореском праву истичу да је одредба члана 9. ЗПППА *релевантна у оним ситуацијама које нису експлицитно уређене пореским законима,*¹⁴ при чему је за утврђивање пореске обавезе на основу економске сушти-

10 Службени гласник РС, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10; у даљем тексту: ЗПППА.

11 Члан 9 став 1 ЗПППА.

12 Члан 9 став 2 ЗПППА.

13 Члан 9 став 3 ЗПППА.

14 Дејан Поповић, *Коментар Закона о пореском пословику и пореској администрацији*, ЦекосИН, Београд, 2003, стр. 18.

не, а не на основу појавног облика правног посла који је порески обвезник применио у конкретном случају потребно да се утврди постојање изигравања закона и евазионог мотива за такво поступање.¹⁵ Правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији представљају специфично (експлицитно) уређење посебне области опорезивања у циљу спречавања пореске евазије до које може доћи кроз усклађивање пословних односа повезаних лица, па се поставља питање да ли на овом месту има простора за примену начела фактицитета? Међутим, уколико се приликом одређивања пореског третмана односа између повезаних лица зауставимо само на примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији долазимо да апсурдне ситуације да тиме кршимо начело фактицитета и да његово поштовање захтева још један корак, што ћемо показати у разради која следи.

На овом месту морамо поставити два питања везана за тумачење услова за примену начела фактицитета како су претходно изложени. Српски законодавац нигде није изричито предвидео услове за примену начела фактицитета и правна сигурност би налагала да се они пропишу како би се спречиле могућности за његову прешироку употребу од стране пореских органа. Начело фактицитета јесте *оружје* које је законодавац ставио на располагање пореским органима у сврху спречавања законите нелегитимне пореске евазије, али начин на који је члан 9 ЗПППА прописан даје простора да се оно посматра шире, као опште начело пореског поступка. Другим речима, порески обвезници нису онемогућени изричитом законском нормом да захтевају да се њихове пореске обавезе утврде у складу са начелом фактицитета, а у даљем тексту овог рада ћемо видети да се могу јавити ситуације када би им примена начела фактицитета у великој мери погодовала. Уколико доведемо у питање један од услова за примену начела фактицитета – постојање евазионог мотива, онда начело фактицитета прераста из анти-абузивне норме у опште начело пореског права које захтева од Пореске управе да пореске чињенице утврђује према њиховој економској суштини без обзира на то да ли то иде на штету или у корист пореског обвезника, док пореским обвезницима отвара могућност да захтевају утврђивање пореских обавеза према економској суштини, насупротив форми коју су они сами изабрали, у оним случајевима када би им то погодовало. Посматрано из перспективе циља начела фактицитета, овакво тумачење би било апсурдно, али је мишљење овог аутора да је оно према постојећој норми члана 9. ЗПППА потпуно могуће с обзиром на недостатак изричито предвиђеног захтева за постојањем евазионог мотива. Штавише у српској судској пракси постоји случај у коме је порески

15 *Ibid.*

обвезник успешно оборио решење пореске управе у коме је као основ за опорезивање узет облик правног посла који је сам порески обвезник употребио, при чему је суд применом начела фактицитета утврдио да је пореску обавезу требало одредити на основу економске суштине без обзира на употребљену форму, што је за последицу имало ослобођење од пореза.¹⁶

Управо у области примене начела фактицитета по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији можемо видети све опасности које се крију из прихватања начела фактицитета као општег начела пореског поступка, уместо као искључиво анти-абузивне норме. Стога би први закључак овог рада био да се одредба којом се уређује начело фактицитета измени тако да не оставља сумњу у њену основну сврху и домете примене, при чему би нови текст норме члана 9 став 1 и 2 ЗПППА могао да гласи:

У случају да Пореска управа, тумачећи пореске чињенице према њиховој економској суштини, утврди да је одређеним симулованим правним послом прикривен неки други правни посао, при чему се може разумно тврдити да је један од основних разлога за прикривање дисимулованог правног посла пореска евазија, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.

IV Примена правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији као први корак примене начела фактицитета

Примена правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији се огледа у могућој измени опрезивих прихода и расхода пореског обвезника уколико цене настале из трансакција са повезаним лицима нису у складу са начелом „ван дохвата руке“, односно уколико се не уклапају у законом постављена ограничења. Путем проучавања економске суштине трансакције између повезаних лица можемо да одредимо са којим се трансакцијама између неповезаних лица она може упоредити, а затим и да проверимо да ли је трансферна цена подударна оној оствареној из независних трансакција. У случају утањене капитализације, применом законом предвиђене формуле долазимо до највишег износа зајма према повезаном лицу на који се обрачуната камата може признати као расход пореског обвезника. Међутим, осим тога што нам налажу да у пореском билансу обвезника расход не признамо или да му увећамо опорезиве приходе, норме ЗПДПЛ нас не упућују шта су и да ли уопште постоје друге последице примене правила о трансферним ценама,

16 Види: пресуда Врховног суда Србије, У. 120/04 од 23. фебруара 2006. године.

односно утањеној капитализацији. С друге стране, начело фактицитета нам говори да се порески третман трансакција између повезаних лица не може ограничити на могуће измене пореског биланса пореског обвезника.

Претходно изложено се најједноставније може видети кроз пример пореског обвезника код кога је утврђено да је плаћао вишу цену свом повезаном лицу приликом набавке одређених добара. Применом правила о трансферним ценама могуће је утврдити цену те трансакције у складу са начелом „ван дохвата руке“, али се пред нас поставља питање шта представља онај део трансферне цене који је преко ове вредности и који неће бити признат као расход? Исти проблем се јавља и код норми о утањеној капитализацији, када обвезнику не буде признат као расход онај део камате који се обрачунава на део зајма изнад законом прописаног ограничења. Другим речима, самим одбијањем да се део стварно плаћене цене призна као трошак, односно увећањем стварно наплаћене цене за одређени износ, што су две могуће последице примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, отвара се недоумица у погледу природе и основе износа за који је расход умањен или приход увећан.

У случају примене одредби о трансферним ценама, односно начела „ван дохвата руке“ неопходно проучавање економске суштине трансакције између повезаних лица, би требало да нам или да одговор или добре полазне основе да дођемо до одговора на питање шта је то обвезник више плаћао у трансакцији са својим повезаним лицем или зашто је нешто наплаћивао мање него што би то чинио у односима са неповезаним лицем. Код утањене капитализације, предвиђена употреба паушалне формуле нам неће олакшати пут да дођемо до одговора шта представља онај део камате који је плаћен на део зајма преко законом предвиђеног ограничења, већ се морамо окренути извору и циљу саме норме. Међутим, правила о трансферним ценама и о утањеној капитализацији нас не упућују да трагамо за овим одговорима, нити нам осим посредно у том поступку не помажу. Тек уколико применимо други захтев начела фактицитета да ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао и спроведемо до краја утврђивање пореског третмана трансакције између повезаних лица можемо потпуно испунити његов први захтев да се пореске чињенице тумаче према њиховој економској суштини.

Оно што додатно говори у прилог ставу да ограничавање пореског третмана трансакција између повезаних лица искључиво на правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији доводи до кршења и начела фактицитета, али и начела „ван дохвата руке“ се види

из чињенице да би такво ограничавање довело до могућности за неоправдане пореске уштеде од стране пореских обвезника, што се може илустровати на једноставан начин.

Претпоставимо да је српско привредно друштво А зависно лице страног привредног друштва Б, при чему се једина трансакција између њих огледа у томе да привредно друштво А купује од свог матичног друштва Б одређене производе које препродаје на српском тржишту. Уколико би цена по којој привредно друштво А набавља наведене производе од свог матичног друштва била у складу са начелом „ван дохвата руке“ његова опорезива добит у овој години би износила 100. На тако остварену добит привредно друштво А би платило порез на добит правних лица од 10, док би на преосталих 90 који би били расподељени матичном друштву Б у облику дивиденде био обрачунат порез по одбитку од 18 до 4,5 у зависности од тога да ли се примењује искључиво ЗПДПЛ или између државе резидентства привредног друштва Б и Србије постоји уговор о избегавању двостурког опорезивања.¹⁷ Другим речима, у случају да су односи између привредних друштава А и Б у складу са начелом „ван дохвата руке“ порески приход Србије би се кретао између 28 и 14,5. Међутим, у случају да су међусобни односи између А и Б били успостављени тако да привредно друштво Б свом повезаном лицу А продаје производе по далеко вишој цени од тржишне и то тако да његову добит сведе на 0, применом правила о трансферним ценама би опорезива добит привредног друштва А била поново доведена на 100 (тима што би само део расхода по основу цена плаћених за набавку производа био признат у пореском билансу привредног друштва А), а пореска обавеза на 10. Заустављање утврђивања пореског третмана трансакција између А и Б на примени правила о трансферним ценама доводи до уштеде пореза за привредно друштво Б за целокупан износ српског пореза по одбитку.

Када је у питању давање зајмова између повезаних лица пореска уштеда у односу на улагање у капитал се може остварити и поред примене правила о утањеној капитализацији. Наиме, иако због примене одредби о утањеној капитализацији расход по основу камате можда неће бити признат у пореском билансу обвезника, чиме ће бити увећана његова пореска основица, могуће је избећи или умањити порез по од-

17 Члан 40 став 1 ЗПДПЛ предвиђа да се дивиденде које резидентни обвезник исплаћује нерезидентном обвезнику опорезују порезом по одбитку по стопи од 20% која се примењује на основицу која је једнака бруто износу дивиденди. Уговори о избегавању двоструког опорезивања које Србија примењује са другим државама ограничавају право државе извора да дивиденде опорезује по одбитку, при чему се то ограничење, када је у питању висина пореске обавезе креће од 15 до 5% бруто износа дивиденди у зависности од одредби појединачних уговора.

битку на камате¹⁸ у случају њене исплате повериоцу који је резидент неке од држава са којима Србија примењује уговоре о избегавању двоструког опорезивања, што не би било могуће да је уместо исплате камате дошло до расподеле дивиденде. Другим речима, правила о утањеној капитализацији неће бити довољна да успешно спрече пореске обвезнике – повезана лица да своје међусобно финансирање успостављају на начин који није у складу са оним на који наилазимо код међусобно независних лица из простог разлога што и поред наведених норми финансирање путем зајмова, нарочито у случајевима када је могуће у потпуности избећи порез по одбитку, има очигледне пореске предности у односу на улагање у капитал.

Претходна два примера који указују на недовољност завршетка утврђивања пореског третмана трансакција између повезаних лица на примени одредби о трансферним ценама и утањеној капитализацији везани су за прекограничне трансакције. Мада би правила о утањеној капитализацији и трансферним ценама код трансакција између повезаних лица која су сва домаћи резиденти требала да сведу опорезивање из угла пореза на добит правних лица на онај ниво који би се остварио у складу са начелом „ван дохвата руке“ и начелом фактицитета, односно да чак и увећају порески терет за оног обвезника на кога је добит пренета узимајући у обзир да дивиденде остварене од других пореских резидента Србије не улазе у опорезиве приходе резидентног обвезника пореза на добит правних лица,¹⁹ и у овим случајевима се, додуше ретко, јављају могућности за неоправдане пореске уштеде које се једино могу спречити уколико се утврђивање пореског третмана трансакција између повезаних лица настави по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији. Међутим, како ће се код трансакција између два српска пореска резидента претходно описане могућности за неоправдане пореске уштеде јављати пре на терену других пореских облика него код пореза на добит правних лица, неопходан је додатни опрез у погледу примене начела фактицитета.

18 Као и у случају дивиденди, члан 40 став 1 ЗПДПЛ предвиђа да се камате које резидентни обвезник исплаћује нерезидентном обвезнику опорезују порезом по одбитку по стопи од 20% која се примењује на основицу која је једнака бруто износу камате. У неким од уговора о избегавању двоструког опорезивања које Србија данас примењује, држави извора је у потпуности одузето право да опорезује камате које њен резидент исплаћује резиденту друге државе уговорнице (за пример види: чл. 11. Уговора између СФРЈ и Краљевине Холандије о избегавању двоструког опорезивање у односу на доходак и имовину, са Протоколом, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори* бр. 12/82), док је у већини уговора то право ограничено у погледу висине пореског оптерећења и то између 5 и 15% у зависности од одредби појединачних уговора.

19 Види: чл. 25 став 1 ЗПДПЛ.

V Примена начела фактицитета по окончању примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији

По окончању примене правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији суочени смо са делимичним одговором у погледу свеобухватног пореског третмана трансакција између повезаних лица. Другим речима, као што је то објашњено у претходном делу овог рада, одређен је прихватљиви ниво прихода и расхода пореског обвезника из његових односа са повезаним лицима, али је и даље остало неодређено да ли и који посебан порески третман треба применити на онај део прихода и расхода за који је одређено да излазе из оквира начела „ван дохвата руке“.

Вратимо се сада основним претпоставкама за примену начела фактицитета. Примена општег правила садржаног у члану 9 ЗПППА неће бити спречено постојањем одредби о трансферним ценама и утањеној капитализацији зато што она не уређују порески третман, осим у погледу права на признавање расхода или обавезе да се увећају опорезиви приходи обвезника, оног дела прихода или расхода пореског обвезника који одступају од износа одређеног путем начела „ван дохвата руке“, односно правила о утањеној капитализацији. Другим речима, не постоји посебно правило које би дерогирало примену општег.

Да ли је у конкретном случају дошло до изигравања закона, односно да ли је порески обвезник употребио неки вештачки правни облик уместо онога који редовно одговара правној суштини, је веома тешко утврдити и било би изузетно опасно да порески органи олако сматрају да је овај услов за примену начела фактицитета испуњен. Међутим, у случају када цене пореског обвезника нису у складу са начелом „ван дохвата руке“, односно када је ниво његове задужености изнад онога који је прописан правилима о утањеној капитализацији, разумно је претпоставити да је трансферном ценом или каматом на део зајма преко ограничења за утањену капитализацију обухваћена и цена за неку другу трансакцију. Поред одређивања постојања одређене прикривене трансакције, последњи корак у провери испуњености услова за примену начела фактицитета лежи у утврђивању постојања евазионог мотива код пореског обвезника за примену структуре коју је употребио. Претходно изложене претпоставке нам могу послужити као основа за даљу анализу, при чему би трансферним ценама и утањеној капитализацији морали да приступимо одвојено.

1. Примена начела фактицитета по примени правила о утањеној капитализацији

У случају утањене капитализације срж норме се налази у спречавању повезаних лица да користе зајмове уместо улагања у капитал као облика финансирања на начин који би одступао од оног који налазимо код неповезаних лица. Другим речима, уколико је ниво задужености пореског обвезника већи од оног предвиђеног правилима о утањеној капитализацији поставља се питање шта представља онај део камате плаћен на део зајма преко ограничења и да ли му треба доделити посебан порески третман.

Узимајући у обзир циљ норми о утањеној капитализацији, као логичан закључак се изводи онај да у случају зајма одобреног од стране матичног друштва свом зависном повезаном лицу, део камате који се на признаје као расход у пореском билансу мора представљати дивиденду која је матичном друштву расподељена кроз исплаћену камату, што је последица приступа да износ зајма преко ограничења за утањену капитализацију према економској суштини представља улагање у капитал повезаног лица. С друге стране, могући су случајеви у којима је матично друштво дужник, а зависно поверилац, при чему би, тумачењем према економској суштини, камата на износ зајма преко ограничења постављеног правилима о утањеној капитализацији представљала улагање у капитал тог зависног повериоца од стране матичног друштва.

Уколико се подсетимо да је за примену начела фактицитета неопходно утврдити и постојање евазионог мотива, могуће је веома значајно сузити број случајева у којима би до описане *йреквалификације* зајма у капитал и сходно томе камате у дивиденду могло да дође. Наиме, у случају зајмова између два резидентна повезана лица, евазиони мотив по примени правила о утањеној капитализацији нестаје. Дужник више не може да одбије обрачунату камату као расход, док поверилац укључује у своје опорезиве приходе остварену камату, иако би да је уместо камате била расподељена дивиденда она имала третман непопорезивог прихода.²⁰ Исти закључак о нестанку евазионог мотива по примени правила о трансферним ценама би се могао извести и у случају зајмова које зависно друштво одобрава свом матичном друштву, где би применом начела фактицитета камата на део зајма изнад ограничења постављеног правилима о утањеној капитализацији представљала улагање у капитал зависног друштва од стране матичног друштва. Зависно друштво би наведену камату признало као приход, што не би био

20 Подсетимо се да према чл. 25 ЗПДПЛ дивиденде које један резидентни обвезник оствари од другог резидентног обвезника не улазе у његове опорезиве приходе.

случај да је уместо путем камате на зајам дошло до улагања у капитал, док матично друштво њу не би могло да призна као расход што би био случај да је исти износ уложило у капитал зависног друштва. Другим речима, по примени правила о утањеној капитализацији између два повезана резидентна лица, пореско оптерећење дужника ће бити једнако оном који би постојао у случају да је износ зајма, односно камате уложен у његов капитал, док ће пореско оптерећење повериоца бити веће.

У случају исплате камате од стране резидентног дужника нерезидентном повериоцу, исти закључак се може донети у случају када се између Србије и државе резидентства повериоца не примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања. С обзиром на недостатак разлике у висини пореза по одбитку који погађа камате и дивиденде, као и на то да је основица за порез по одбитку иста у случају оба облика прихода, по примени правила о утањеној капитализацији се пореско оптерећење дужника своди на оно које би постојало у случају исплате дивиденде, док се код повериоца пореско оптерећење не мења, с обзиром на то да је оно идентично и у случају камате и у случају дивиденде. Међутим, уколико се између Србије и државе резидентства повериоца примењује уговор о избегавању двоструког опорезивања онда се може доћи до ситуација у којима је порески третман повериоца нерезидента повољнији од онога коме би био подвргнут у случају да је уместо зајма уложио у капитал свог повезаног лица и уместо камате остварио дивиденду по основу свог улагања и то првенствено у случају примене уговора о избегавању двоструког опорезивања са оним државама са којима је предвиђено опорезивање камате искључиво у држави резидентства повериоца.²¹ С друге стране за српске пореске органе се у случају примене уговора о избегавању двоструког опорезивања може поставити питање да ли је можда за њих повољније да не улазе у преквалификавање зајма у капитал, односно дивиденде у камату. Наиме, у случају преквалификације постојала би могућност да нерезидентни порески обвезник оствари право на примену уговора о избегавању двоструког опорезивања, а тиме и право на примену ниже пореске стопе пореза по одбитку коју он предвиђа за дивиденде,²² док би уговори о избегавању двоструког опорезивања по правилу омогућавали да се пореска стопа пореза по одбитку предвиђена домаћим правом (20%) примени на камату об-

21 Уговори о избегавању двоструког опорезивања са Немачком, Норвешком, Финском, Француском, Холандијом и Шведском.

22 С обзиром на то да српски порески органи до сада нису никада спровели преквалификацију зајма у капитал и камате у дивиденду по основу примене начела фактицитета и правила о утањеној капитализацији, морамо оставити отвореним питање да ли би они у описаној ситуацији дозволили примену одредби уговора о избегавању двоструког опорезивања које се односе на дивиденде.

рачунату на онај део зајма који није у складу са начелом „ван дохвата руке“,²³ што би у случају Србије увек било више од стопе која се према уговорима о избегавању двоструког опорезивања примењује на дивиденде (5–15%). Међутим, подсетимо се да српска правила о утањеној капитализацији не примењују начело „ван дохвата руке“ да би одредила највиши ниво задужености према повезаним лицима, па би стога пореским обвезницима била отворена могућности да доказују да је ниво њихове задужености у складу са начелом „ван дохвата руке“, што би, уколико би поступак доказивања био успешан, довело до тога да се, у одсуству преквалификације, и на део камате који се плаћа на део зајма изнад оног утврђеног применом правила о утањеној капитализацији примењује порески третман предвиђен уговором о избегавању двоструког опорезивања за камате.

Зајмови које би српско зависно друштво одобравало свом нерезидентном матичном друштву су веома ретки због строгих ограничења у погледу оваквих трансакција, при чему у њима нема места примени правила о утањеној капитализацији из простог разлога што дужник није подложен опорезивању добити у Србији (осим ако на њеној територији не обавља пословање преко сталне пословне јединице).

Наша претходна анализа је показала да би примена начела фактицитета по примени правила о утањеној капитализацији за српске пореске органа имала веома ограничени значај и то у суженом броју случајева који су везани за уговоре о избегавању двоструког опорезивања. Треба ло би приметити да би она можда пре погодовала пореским обвезницима који би могли да захтевају примену начела фактицитета по примени правила о утањеној капитализацији чиме би обезбедили да њихов порески третман и на нивоу повериоца и на нивоу дужника буде истоветан ономе који би постојао у случају да је уместо путем давања зајма повезаном лицу исти износ стављен на располагање кроз улагање у његов капитал.

2. Примена начела фактицитета по примени правила о трансферним ценама

Као и у случају утањене капитализације и по примени правила о трансферним ценама се поставала питање шта представља онај део цене трансакција пореског обвезника са повезаним лицима који одступа од износа који би био ускладу са начелом „ван дохвата руке“, на које одговор можемо дати само применом начела фактицитета. Примена

23 Види: члан 11 став 6 Модел-конвенције ОЕЦД о порезима на доходак и на имовину.

начела фактицитета није спречена постојањем специфичног правила с обзиром на то да одредбе о трансферним ценама ЗПДПЛ не одређују порески третман оног дела цена трансакција које је порески обвезник имао са повезаним лицима који излази из оквира начела „ван дохвата руке“, осим што онемогућавају да се такав износ призна као расход или га укључују у опорезиве приходе обвезника.

Уопштавањем је могуће одредити две ситуације.

а) Уколико се утврди да је порески обвезник према свом повезаном лицу имао веће расходе или мање приходе од оних који би били остварени у складу са начелом „ван дохвата руке“, при чему није могуће пронаћи било коју прикривену пословну трансакцију са тим истим повезаним лицем која је била плаћена кроз трансферне цене, онда се као логичан закључак намеће став да непризнати расходи или увећани приходи представљају (конструктивну) дивиденду²⁴ и да би као такви требали да буду опорезовани. Треба имати у виду да се претходно изложени закључак може извести у случају непосредног односа између матичног и зависног друштва, али да ће он бити доведен у питање, или ће захтевати додатно претпостављање нових односа између повезаних лица, уколико се добит преноси са матичног друштва на зависно, односно између тзв. *сестринских* повезаних лица. У случају да се добит преноси са матичног друштва на зависно друштво, економска суштина би указивала на улагање у капитал тог зависног друштва уместо на расподелу дивиденде. Када су у питању односи између сестринских повезаних лица, пореске чињенице би према начелу фактицитета требало ускладити тако да одсликавају новонастале односе (расподела дивиденди кроз низ повезаних лица који је праћен улагањем у капитал у супротном смеру).²⁵ Порески органи не би имали обавезу да доказују да друга прикривена пословна трансакција не постоји, већ би терет доказа био на пореском обвезнику. У случају да је порески обвезник зависно друштво плаћао цене више или наплаћивао цене мање од оних које би биле у складу са начелом „ван дохвата руке“ свом нерезидентном матичном друштву, онда би на износ усклађења био дужан да обрачуна и плати порез по одбитку по стопи прописаној домаћим правом или евентуално уго-

24 Упоредно правно посматрано у оним државама које опорезују тзв. *секундарне трансакције* (енгл. *secondary transactions*), односно које доследно спроводе опорезивање по примени правила о трансферним ценама оног дела цене који је изван износа утврђеног применом начела „ван дохвата руке“, претежно се примењује приступ њиховог третмана као (конструктивне) дивиденде, док се ређе додељује третман (конструктивног) зајма и последично прихода од камате. Види: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris, 2010, стр. 152.

25 Види: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, стр. 152–153.

вором о избегавању двоструког опорезивања.²⁶ Међутим, у случају два резидентна повезана лица, онај порески обвезник на кога је добит пренета трансферном ценом би доследном преквалификацијом ових прихода у дивиденду остварио погодност умањења својих опорезивих прихода. Могућност за остваривање пореске погодности би се појавила и у случају када је добит са матичног друштва пренета на зависно друштво, где матично друштво не би могло да призна износ изван оног одређеног применом начела „ван дохвата руке“ као расход, али би зато зависно друштво могло да за кореспондентни део својих прихода захтева третман улагања у капитал што би водило умањењу његових опорезивих прихода.

С обзиром на то да у случају два резидентна повезана лица начелно није могуће препознати евазиони мотив по примени правила о трансферним ценама, порески органи не би имали могућност да примене начело фактицитета у случајевима када би то било у корист пореског обвезника, али се поставља питање да ли би то могли да захтевају порески обвезници имајући у виду неодређеност норме о начелу фактицитета у српском пореском праву. Штавише, уколико начело фактицитета посматрамо као опште начело пореског поступка за чију примену постојање евазионог мотива уопште није потребно, могуће је тврдити да Пореска управа има обавезу да доследно спроведе опорезивање по принципу економске суштине и на основу дисимуловане трансакције и да искључи из опорезивих прихода пореског обвезника онај део цене коју је остварио из трансакција са повезаним лицем за коју се може установити да представља дивиденду или улагање у капитал.

б) У случају када трансферна цена пореског обвезника за једну трансакцију одступа од износа утврђеног применом начела „ван дохвата руке“, али се утврђена разлика може образложити плаћањем или наплатом по основу неке друге трансакције са тим истим повезаним лицем, односно када је укупан резултат трансакција између два повезана лица у складу са начелом „ван дохвата руке“,²⁷ нема места даљој примени начела фактицитета у области опорезивања добити ових пореских обвезника по примени правила о трансферним ценама зато што нестаје евазиони мотив, нити би се било какво додатно опорезивање могло оправдати

26 Овакви случајеви се никада до сада нису појавили у српској пракси па стога не можемо дати одговор који би био приступ српских пореских органа према примени уговора о избегавању двоструког опорезивања у случају преквалификације.

27 Нпр. порески обвезник је продавао одређене производе свом повезаном лицу по цени од 100, при чему је утврђено да је цена тих производа у складу са начелом „ван дохвата руке“ 200, али је истовремено од свог повезаног лица примао услуге чија је трансферна цена 0, а цена „ван дохвата руке“ 100. Суштински кроз цену по којој је продавао своје производе порески обвезник је истовремено плаћао и услуге свом повезаном лицу.

економском суштином. Међутим, начело фактицитета може послужити да се спречи пореска евазија у области неких других пореских облика, првенствено пореза на додату вредност (ПДВ). Нпр. претпоставимо да порески обвезник свом повезаном лицу пружа две одвојене услуге, од којих једну за потребе његовог опорезивог промета (промета за који има право на одбитак улазног ПДВ-а), а другу за потребне промета који је ослобођен без права на одбитак. ПДВ који би пружалац услуге обрачунао на услугу која се користи за потребе промета који је ослобођен без права на одбитак представља чист трошак за примаоца услуге који ће сносити његов економски терет. Порески обвезник би могао да увећа цену за оне услуге за које примаоц има право на одбитак улазног ПДВ и да смањи цену оних за које нема, чиме умањује трошак улазног ПДВ за примаоца услуге. Закон о ПДВ²⁸ користи субјективни приступ утврђивању пореске основице и он не предвиђа могућност да порески органи усклађују цене које су уговорене између пореских обвезника,²⁹ али би у случају очигледне злоупотребе односа између повезаних лица за постизање нелегитимних пореских уштеда, било могуће ухватити се у коштац са оваквим појавама путем начела фактицитета.³⁰ Управо ће евазиони мотив бити кључан за раздвајање оних случајева у којима би примена начела фактицитета за последицу имала просту прераспodelу цена на различите трансакције без утицаја на висину пореског дуга, од случајева када би оно сводило пореско оптерећење обвезника на износ који би постојао да су трансакције биле уговорене на чисто тржишним основама.

VI Закључак

Као што је то случај и са другим пореским законодавствима у свету и српски порески прописи полазе од основних начела. Нажалост, за разлику од развијених правних система у Србији још увек није дошло до надградње тих начела, било кроз активност законодавца или кроз оскудну праксу. Сам обим српских пореских прописа, односно њихова штурост указују да смо у великом броју случајева препуштени широком тумачењу као једином средству за одређивање одговарајућег пореског третмана. Ниједан закон на свету није толико савршен да не зах-

28 Службени гласник РС, бр. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07.

29 Види: чл. 17–22 Закона о ПДВ.

30 За више о интеракцији између правила о трансферним ценама и ПДВ види: Emanuela Santoro, „Transfer Pricing and Value Added Tax in the European Community: Is there Room for Interaction and, If So Where?“, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 14, No. 3, IBFD, 2007, стр. 147 *et. seq.*

тева тумачење, али би правна сигурност у једном јавноправном односу захтевала далеко мањи степен могуће произвољности. Понекад уочено ниподаштавање према теоријским основама пореског права у Србији је посебно неоправдано, управо зато што су често сама начела једино што може да нас води у поступку примене пореских норми.

На првом месту морамо поновити закључак да сматрамо да начело фактицитета како је сада предвиђено у члану 9 ЗПППА не представља адекватно решење и да је неопходно именовати га тако да недвосмислено представља искључиво анти-абузивно правило, а не опште начело пореског посупка које може служити супротно намери законодавца, односно циљу због кога је прописано.

Када је у питању међусобни однос начела фактицитета и правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији, било би неопходно изричито прописати његове последице и поступак који пореска управа мора поштовати у даљем утврђивању пореског третмана односа између повезаних лица по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији. Постоје државе на свету које сматрају да је претходно описани поступак исувише захтеван и да отвара бројне недоумице и које су стога изабрале да се њиме уопште не баве, односно да по примени правила о трансферним ценама и утањеној капитализацији даље не утврђују могући порески третман трансакција између повезаних лица.³¹ Међутим, у Србији у овом тренутку не постоји законска могућност да Пореска управа направи такав избор из простог разлога што је недвосмислено обавезана законом да утврђује пореске чињенице према њиховој економској суштини и да у случају симулованих трансакција као основ за опорезивање узима дисимуловане трансакције. С друге стране ни пореским органима, али ни пореским обвезницима српско пореско право не даје било какве ближе смернице на основу којих би могли да јасно утврде размере примене начела фактицитета и последичне обавезе које из њега произлазе, при чему би то у случају везе за правилима о трансферним ценама и утањеној капитализацији било могуће учинити. Законодавац би морао прво да процени фискални значај проблема, а да затим узимајући у обзир могућности пореских органа, донесе на аргумента засновану одлуку. У оба случаја он мора изменити законске одредбе, било тако што ће осигурати окончање утврђивања пореског третмана односа између повезаних лица на правилима о трансферним ценама и утањеној капитализацији, или тако што ће унети јасне смернице и претпоставке на основу који ће Пореска управа моћи да примењује своја овлашћења, а порески обвезници да испуњавају своје обавезе и процењују размере ризика коме су изложени.

31 Види: *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, стр. 152.

Mag. Svetislav V. KOSTIĆ, LL.M.
Junior Faculty Member, Faculty of Law, University of Belgrade

SUBSTANCE OVER FORM DOCTRINE IN LIGHT OF APPLICATION OF TRANSFER PRICING AND THIN CAPITALIZATION PROVISIONS IN SERBIAN TAX LAW

Summary

This article examines the relationship between two key principles of Serbian tax law, the substance over form doctrine and the at arm's length principle, and attempts to determine the practical consequences of their interaction. By analyzing the potential interpretation of the provision of Article 9. of the Serbian Tax Procedure and Tax Administration Law a conclusion is reached on the need for amending it so that it reflects the intent of the lawmaker to prescribe and anti-abuse rule and not a general principle of tax procedure. The author then continues to present the consequences of the application of the substance over form doctrine following the application of the transfer pricing and thin capitalization provisions and strives to determine the possible reaches of such an application from the perspective of tax authorities as well as tax payers. In addition to amending the provisions on the substance over form doctrine, the author is advocating the introduction of explicit legal provisions on the regulation of the consequences of and the procedure for the implementation of the substance over form doctrine following the application of the transfer pricing and thin capitalization rules.

Key words: *substance over form doctrine, at arm's length principle, transfer prices, thin capitalization, dividends.*