

УДК 343.359.2 ; 336.225.68 ; 336.719.2:341.411

др **Анеџа СПАИЋ**

доцент Правног факултета Универзитета Црне Горе

мр **Милош НОВОВИЋ**

докторски истраживач, Универзитет Осло, Institutt for privatrett

## ПОРЕЗИ: ЕВРОПСКЕ БАНКЕ У ЗАШТИТИ АМЕРИЧКИХ ИНТЕРЕСА

### Резиме

Најновији корак САД-а у борби против међународне ушаје пореза захтева детаљно преиспитивање. Закон о пореској усклађености страних рачуна САД-а (FATCA) предвиђа да амерички порески обавезници морају пружити детаљне информације о њиховим страним рачунима Пореској управи САД-а, контроверзније, да стране финансијске институције (foreign financial institution, FFI) морају извјештавати IRS-у о рачунима релевантних америчких пореских обвезника или ирријетити значајне финансијске санкције. Овим радом се испитује ефекат FATCA-е на регулаторне усклађености пословања FFI, и представља студија случаја о ирландском банкарском сектору. Ова студија идентификује кључне области усклађености ризика, и критички разматра праксу користићећи економске (не) подстицаје за грађане и предузећа како би се одrekli права на приватност. Коначно, рад приказује неколико алтернативних модела за спровођење кључних одредаби FATCA-е док минимизира судар са локалним законодавством.

**Кључне речи:** пореска евазија, Закон о пореској усклађености страних рачуна САД-а (FATCA), банкарска швајца, усклађеност пословања, екстрајтеријоријално дејство закона.

## I Увод

Избјегавање плаћања пореза од стране пореског дужника – пореска евазија – представља свеprisутан феномен још од античког доба. Оснажена глобализацијом, прекограничним преносом средстава, строгим правилима о чувању банкарске тајне и „пореским рајевима“, међународна пореска евазија је постала озбиљан проблем држава, те предмет ригидне екстензивне регулације.<sup>1</sup>

Последња иницијатива Сједињених Америчких Држава на пољу борбе против пореске евазије има потенцијал да заувјек измијени ову немилу праксу, али и да озбиљно доведе у питање тренутне стандарде из области банкарског пословања. Законом о пореској усклађености страних рачуна (*Foreign Account Tax Compliance Act*, FATCA, јул 2010)<sup>23</sup> прописано је да амерички порески обвезници морају Пореској управи Сједињених Држава (*Internal Revenue Service*, IRS) дати детаљне информације о својим рачунима у иностранству; али, још контроверзније, да стране финансијске институције (*foreign financial institution*, FFI) морају извјештавати IRS о рачунима релевантних америчких пореских обвезника или трпјети значајне финансијске санкције на трансакцијама повезаним са Сједињеним Државама. У случају да држава у којој послује FFI није потписала са Сједињеним Државама међудржавни уговор о имплементацији FATCA, а да локални закони о чувању банкарске тајне и личних података не допуштају извјештавање IRS-у, FATCA-ом се захтијева да FFI од клијента затражи пристанак на ово извјештавање ипак врши, под пријетњом да ће његов изостанак проузроковати затварање рачуна. Овакво унилатерално наметање прописа од стране Сједињених Држава дочекано је оштром реакцијом других држава, које га сматрају задирањем у суверенитет, али и међународне финансијске заједнице, унутар које се све више субјеката одлучује да у потпуности прекине пословање са америчким клијентима.<sup>4</sup> Како су Сједињене Држа-

1 До недавно, на међународном плану, државама су на располагању били релативно ограничени механизми контроле, те се у борби против међународне пореске евазије акценат више стављао на превенцију него на имплементацију претјерано сложених репресивних механизма.

2 Текст Закона о пореској усклађености страних рачуна (FATCA) се може преузети са: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>.

3 Ово питање је отворено и на последњем мајском самиту EU: Live: MEPs examine results of EU summit on tax evasion and energy [http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/story/20130527STO10560/20130527STO10560\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/public/story/20130527STO10560/20130527STO10560_en.pdf), 8.8.2013.

4 Листу земаља које се су међународним споразумом обвезале на сарадњу са САД-ом у вези са питањем рјешавања пореске евазије се може наћи на <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>, 9.8.2013. године. Од

ве једина земља на свијету поред Еритреје која опорезује приходе својих држављана без обзира на мјесто њиховог пребивалишта, предвиђа се да ће доћи и до масовног одрицања од америчког држављанства од стране америчких држављана који живе у иностранству.

Такође, у јуну 2013. године Европска комисија је доставила предлог Директиве намјењене борби против утаје пореза ширењем обима аутоматске размјене информација између чланица ЕУ а које се односе на податке о свим видовима финансијских прихода на рачунима држављана ЕУ. Предложени текст ће ступити на снагу 1. јануара 2014. године, а односиће се на све рачуне који су били активни 1. јануара 2013. године. Овако конципирана размјена информација у оквиру ЕУ има за циљ употпуњавање пореског информационог система у свијету.<sup>5</sup> Борба против пореске евазије је важна не само због снажења државних буџетских прихода већ и због заштите повјерења грађана у праведност и ефикасност пореског система.<sup>6</sup> Координисан приступ ЕУ може послужити и учинити ефикаснијом FATCA режим у цијелом свијету. Међутим, о ЕУ инструментима и пореској политици, као ни односу ЕУ према САД пореском режиму овдје неће бити ријечи.

Овај рад ће се бавити утицајем FATCA-е на пословање финансијских институција, са посебним освртом на Црну Гору. Идентификоваће кључне области ризика и указати на проблеме из области усклађености са локалном регулативом. Рад ће уједно пружити критички осврт на употребу економских стимуланса и дестимуланса са циљем привољавања привредних субјеката и грађана да се одрекну права на приватност/чување банкарске тајне. Коначно, рад ће понудити алтернативне моделе за имплементацију кључних FATCA одредби, са циљем минимизације колизије са локалним законодавством.

## II Екстратериторијални ефекти FATCA-е

2010. године, FATCA је усвојена од стране америчког Конгреса, као дио *HIRE Act*-а. У складу са традиционалном теоријом важења норми, овај национални правни акт би имао обавезујуће правно дејство на

девет закључених билатералних споразума, седам је закључено у складу са Модел I IGA САД-а, док су преостала два закључена према Модел II IGA.

5 Више о овом питању видјети на: [http://www.pwc.com/en\\_US/us/financial-services/publications/fatca-publications/assets/global-irw-newsbrief-eu-information-exchange.pdf](http://www.pwc.com/en_US/us/financial-services/publications/fatca-publications/assets/global-irw-newsbrief-eu-information-exchange.pdf), 10.8.2013.

6 Наиме, Међународни напори Комисије у борби против пореске евазије и спречавања прања новца на се дјелимично односе и на: Г8 и Г20 самите, и константну подршку ОЕБС-а Више на: [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/tax_en.pdf), 13.8.2013, стр. 6.

територији над којом Сједињене Државе имају суверену власт. Међутим, овај акт, заједно са другим законима сличне природе, на примјер *Sherman Act*-ом<sup>7</sup> представља један од закона који производе дејства и на територијама других држава. Како је циљ усвајања FATCA-е био да се ријеше проблеми узроковани радњама које амерички порески обвезници предузимају у иностранству, требало је наћи модел којим ће се осигурати адекватан екстратериторијални ефекат примјене FATCA-е.<sup>8</sup>

Ово је учињено на крајње иновативан начин: најприје, пребацујући терет извјештавања са индивидуалних пореских обавезника на стране финансијске институције, а затим, креирајући низ економских (де)стимуланса који осигуравају да ће финансијске институције извјештавати о рачунима америчких пореских обвезника, или у потпуности прекинути сарадњу са америчким клијентима. Конкретно, FFI су обавезне потписати споразум о сарадњи са IRS-ом и регистровати се у њиховом систему, или ће трпјети санкције у виду пореског задржавања од 30% на свим плаћањима повезаним са Сједињеним Америчким Државама. Штавише, када су у питању групе компанија, уколико макар једна чланица групе није оцијењена као „FATCA-усклађена“ од стране IRS-а, цијела група може трпјети поменуће санкције. Имајући у виду значај трансакција на америчком тржишту у модерној економији, на овај начин је уведен сасвим једноставан, јефтин, одржив и ефикасан репресивни систем, специфичан по начину на који заобилази традиционални концепт државног суверенитета кроз јасно изражен прекогранични ефекат.

## 1. Механизми за идентификацију националности клијента

Разлози незадовољства међународне финансијске заједнице овим приступом су вишеструки. Најприје, обавезе извјештавања локалном регулаторном тијелу изискују стручна знања и значајна људска средства; трошкови имплементације извјештавања страном државном тијелу могу бити изузетно високи – од едукације запослених, преко проналаска софтверских рјешења, до потенцијалних тешкоћа у јавним односима са клијентима. Тренутно, FATCA захтијева да се за све постојеће рачуне у FFI на којима се налазе средства у износу од преко 50.000\$ одради претрага по индикаторима који могу указати да рачун припада лицу које може бити амерички порески обвезник. Ови индикатори укључују посједовање америчког држављанства, зелене карте, америчког броја телефона, адресе, трајног налога за плаћање према Сједињеним Државама, пуномоћја датог америчком лицу... У случају постојања инди-

7 Sherman Act (July 2, 1890, ch. 647, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7).

8 Folsom, Gordon, Spanogle, Jr., Fitzgerald, Van Alstine's *International Business Transactions: A Problem-Oriented Coursebook*, 11th ed., стр. 1260–1265.

катора, FFI је дужна од клијента тражити да достави одговарајућу документацију – форму којом објављује свој статус америчког пореског обвезника и пристаје да се врши извјештавање IRS-у, или форму којом под пријетњом кривичних санкција за кривоклетство тврди да није амерички порески обвезник – односно, у случају његовог непристајања да достави документацију, затворити рачун. У сваком од ових случајева, FFI мора доставити извјештај IRS-у. Коначно, FATCA прописује и да се мора измијенити процес регистрације нових клијената („*on-boarding*“), тако да имплементира адекватне механизме за идентификацију америчких пореских обвезника.

## 2. Рокови за имплементацију FATCA-е

Рокови за усклађивање регулативе и примјене истих, односно обезбјеђивање и спровођење *due diligence* процедуре за провјеру рачуна се сматрају важним аспектом овог проблема.<sup>9</sup> Након провјере „националности рачуна“, односно власника потребно је испитати и висину износа на рачуну а онда након тога одредити и рокове по којима је нужно поступати. Док је легислативну усаглашеност потребно обезбједити до краја 2013. године, рокови подношења извјештаја о рачунима из 2013. године се вежу за септембар 2015. године. Тачније, рок извјештавања о рачунима на којима се налази више од \$1 милион је 31. децембра 2015, док је рачуне чија је вриједност била већа од \$250 хиљада а мања од 1 милиона потребно третирати до 31. децембра 2014.

Ови рокови се сматрају релативно кратким и недовољним за адекватно прилагођавање и поступање по предложеном *due diligence* систему извјештавања како FFI тако и самих FATCA партнера.<sup>10</sup>

## 3. Колизација националних прописа и FATCA-е

Без обзира на цијену коштања и сложеност имплементације FATCA-а система, прави проблеми настају када FFI изрази намјеру спремности на сарадњу са америчким пореским властима, али јој локално законодавство и раније преузете уговорне обавезе не дозвољавају да извјештава трећим лицима о активностима својих клијената. Нажалост, FATCA је и овдје неумољива: прописано је да се неће правити изузеци за стране финансијске институције, без обзира на локално законодавство; оне су обавезне да и у случају колизације норми FATCA-е и локалног за-

9 Bret Wells, Cym Lowell, „Tax Base Erosion and Homeless Income: Collection at Source Is the Linchpin“, *Tax L. Rev.*, бр. 65/2012, стр. 535–618.

10 Todd C. Lady, Tiffany D. Presley, „Feature: IRS Reporting Requirements For Cross border Activities Continue to Grow“, *Res Gestae*, бр. 56, стр. 13.

конодавства од својих клијената прибаве пристанак да се његови лични подаци достављају IRS-у, или да му затворе рачун. Међутим, FATCA не узима у обзир чињеницу да је и само затварање рачуна детаљно регулисано бројним локалним законодавствима, те да су, у складу са правним принципом *numerus clausus*, одређени разлози за затварање рачуна, чије тумачење је по правилу рестриктивно. Другим ријечима, уколико FFI не прибави пристанак клијента да се његови лични подаци доставе IRS-у – што је свакако реално очекивати од стране лица која врше утају пореза, али и оних која су само забринута за своју приватност – FFI ће кршити локално законодавство, било да без пристанка достави податке, било да затвори рачун клијенту без адекватног правног основа. Чини се да је у случају затварања рачуна ризик усклађености – иронично – већи: како се IRS-у морају доставити подаци о томе која лица су одбила да потпишу пристанак да се извјештавање врши, правила о чувању банкарске тајне биће свакако повријеђена.

#### 4. OECD Водич о заштити тајности размјене података за пореске сврхе

Организација за економску сарадњу и развој (OECD) је усљед забринутости урушавања повјерљивости и исправног коришћења информација направила коментар на члан 26 – *Размјена информација*,<sup>11</sup> Модела Пореске конвенција (2003).<sup>12</sup> OECD Водич о заштити тајности размјени података за пореске сврхе (*The OECD Guide on the Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes*, 2012), би требао бити консултован прије конципирања и примјене међувладиних споразума, нарочито са аспекта поштовања права појединаца чији рачуни су предмет извјештавања.<sup>13</sup> Наиме, ако лице сматра да ће примјена мјера

11 Andrew L. Jones, „Feature: Barristers In Action: Pitfalls Of Undeclared Foreign Financial Accounts“, *San Francisco Att’y*, бр. 39, стр. 1–2; Martin J. McMahon, Ira B. Shepard, Daniel L. Simmons, „Recent Developments in Federal Income Taxation: The Year 2012“, *Fla. Tax Rev.*, бр. 13, стр. 21–23.

12 OECD Модел Пореске конвенције (2003) на: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, 8.8.2013.

13 Члан 25 OECD Модел пореске конвенције: Mutual Agreement Procedure: Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of the Contracting State of which he is a resident or, if his case comes under paragraph 1 of Article 24, to that of the Contracting State of which he is a national. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention.

једне или пак обје државе уговорнице довести и до тога да не буде опорезовано у складу са одредбама ове Конвенције, без обзира на националне мјере или, ако случај потпадне у категорију случајева предвиђених чланом 24 овог текста, лице може покренути поступак пред компетентним органом државе.<sup>14</sup> У року од три године од дана када је изречена пореска мјера поступак поводом истог се мора покренути пред одговарајућим органом у складу са текстом Конвенције.

### III Изазови усаглашавања националних система са FATCA-ом: на примјеру Црне Горе

Пословање финансијских институција у Црној Гори регулисано је низом законских и подзаконских аката, од којих је, у контексту овог рада, свакако најзначајнији Закон о банкама.<sup>15</sup>

Пратећи трендове у савременом пословном свијету, Закон о банкама пружа снажне гаранције чувања банкарске тајне, штитећи на овај начин приватност и пословне интересе клијената. Најприје, сам појам банкарске тајне законом је дефинисан широко, па се банкарском тајном сматрају: подаци о власницима и бројевима рачуна отворених у банци; подаци о појединачном стању депозита и промету на појединачним рачунима правних и физичких лица отворених у банци; као и други подаци о клијенту до којих је банка дошла на основу пружања услуга клијенту банке. У погледу обавезе чувања банкарске тајне, Закон о банкама предвиђа да „чланови одбора директора, акционари, сви запослени у банци и друга лица која у обављању послова са банком или за банку дођу у посјед информација и података који су овим законом утврђени као банкарска тајна, дужни су да за вријеме рада у банци и након престанка рада у банци, чувају те податке и информације и не смију их употребљавати у своју личну корист, нити учинити доступним другим лицима“, те прецизира да лица која „дођу у посјед података који представљају банкарску тајну, дужна су да те податке користе искључиво у сврху за коју су добијени и не смију их учинити доступ-

14 OECD Модел Пореске конвенције (2003) на: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf>, 5.8.2013. Члан 24 – Non-discrimination: 1. Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.

15 Закон о банкама Црне Горе (Службени лист Црне Горе, бр. 17/08, 44/10, 40/11).

ним и прећим лицима, осим у случајевима и рописаним законом“. Листа изузетака – случајева у којима је дозвољено одати банкарску тајну – рестриktivног је карактера. У контексту FATCA извјештавања, вриједи примијетити да Закон предвиђа да се „сви подаци који представљају банкарску тајну моју учинити дослујним: Централној банци, надлежном правосудном орјану, друћим лицима, а на основу изричите исане сагласности клијенћа“. Коначно, Закон о банкама експлицитно напомиње да „банкарска тајна представља дословну тајну“, што значи да њено откривање повлачи санкције предвиђене Кривичним закоником Црне Горе.<sup>16</sup>

(1) Ко неовлашћено друћом саопшти, преда или на друћу нацин учини дослујним податке који представљају дословну тајну или ко ирибавља иакве податке у намјери да их преда нејозваном лицу, казниће се затвором од ири мјесеца до иетј година.

(2) Ако је дјело из сјава 1 овој члана учињено из користиљубља или у иоледу нарочито иовјерљивих података или ради објављивања или коришћења података у иносјрансјву, учинилац ће се казнићи затвором од двије до десетј година.

Очигледно је да би по тренутном законодавству директно извјештавање IRS-у у складу са одредбама FATCA-е представљало неовлашћено откривање банкарске тајне.

Црногорским финансијским институцијама није на располагању ни алтернатива – затварање рачуна клијентима који не пристају да се њихови подаци достављају америчким властима, или затварање рачуна свим клијентима који потенцијално могу бити амерички порески обвезници. Наиме, област отварања, одржавања и затварања рачуна регулисана је на подзаконском нивоу – конкретно, Одлуком Централне банке Црне Горе о сјруктури рачуна за извршавање ирансфера средсјава и ближим условима и начину отиварања и укидања иих рачуна, која предвиђа да:

*Извршна инсјиција укида рачуне клијенћа на основу њејовој исаној захјјева за укидање иој рачуна, а средсјава са укинутој рачуна иреноси на рачун наведен у иом захјјеву.*

(...)

*Изузетно од сјава 1 овој члана, извршна инсјиција може укинути рачуне свој клијенћа без захјјева, ако клијенћ ире-*

16 Члан 280 Кривичног законика Црне Горе (Службени лист РЦГ, бр. 70/03 од 25.12.2003, 13/04 од 26.2.2004, 47/06 од 25.7.2006, Службени лист Црне Горе, бр. 40/08 од 27.6.2008, 25/10 од 5.5.2010, 32/11 од 1.7.2011).

*сигане да постоји као правни субјект на основу закона или другој пропису.*<sup>17</sup>

Дакле, јасно је да по црногорском законодавству клијентова не-кооперативност у дијелу FATCA извјештавања не може бити основ за укидање рачуна. Додатно, затварање рачуна носи и директне финансијске посљедице: како се у тренутку затварања рачуна сва потраживања морају прогласити доспјелим и наплатити, ово се може одразити негативно не само на клијенте, већ и на финансијске институције. Најприје, постоји велика опасност да би дошло до наглог раста NPL (*non-paying loans*) индикатора, јер је нереално очекивати да ће клијенти бити спремни да пријевремено отплате износ цијелог потраживања. Наравно, раст NPL-а би сам по себи значио и раст резерви које морају бити издвојене код Централне банке, као и потребу додатних интерних издвајања за трошкове оперативног ризика. Даљом „ланчаном реакцијом“, овакви потези могу изазвати и репутациони ризик, који се у сваком случају може негативно одразити на пословање финансијске институције. Коначно, пријевремена отплата кредита може бити генерално неповољна за финансијске институције, посебно јер сходно Закону о потрошачким кредитима,<sup>18</sup> „у случају пријевремене отплате кредита кредитор има право на праведну и објективну накнаду оправданих трошкова непосредно повезаних са пријевременом отплатом кредита, под условом да је пријевремена отплата извршена током периода за који је уговорена фиксна каматна стопа“, али „износ накнаде не смије бити већи од 1% износа кредита који се пријевремено отплаћује ако је период између дана пријевремене отплате и рока доспијећа из уговора о кредиту дужи од 12 мјесеци“.

Све ове аспекте неопходно је сагледати како би се могло адекватно утврдити да ли је цијена FATCA усклађености (те консеквентно, неусклађености са локалном регулативом) прихватљива. Како не постоји подзаконска регулатива из области обавезног праћења усклађености, а Закон о банкама само предвиђа да је „банка дужна да, зависно од величине и сложености пословања, у својој организационој структури одреди организациони дио или лица задужена за праћење усклађености пословања банке са законом, прописима којима се уређује сјечавање прања новца и финансирања тероризма, прописима Централне банке и акцијама банке“, на свакој финансијској институцији ће бити да одреди

17 Члан 14 Одлуке Централне банке Црне Горе о структури рачуна за извршавање трансфера средстава и ближим условима и начину отварања и укидања тих рачуна.

18 Закон о потрошачким кредитима (Службени лист Црне Горе, бр. 35/2013 од 23.7.2013. године).

посебне индикаторе и методологију на основу којих ће донијети адекватну пословну одлуку. Ипак, како имплементација FATCA извјештавања са собом носи кршење фундаменталних локалних прописа, готово извјесно представља висок ризик усклађености за локалне финансијске институције.

#### IV Међувладини споразуми

Екстра-територијална примјена FATCA-е, према садашњем стању ствари, у великом броју држава, како смо већ предочили, подразумијева кршења унутрашњих прописа из области банкарског права, тј. пословне тајне и права приватности.<sup>19</sup> Могући начин разјешења ове колизије прописа се прије свега постиже билатералним тзв. међувладиним споразумима који, као норма међународног права имају већу правну снагу од унутрашњих прописа.<sup>20</sup>

Режим FATCA-е постоји са циљем да се Пореској управи САД-а омогући приступ одређеним подацима о рачунима америчких држављана.<sup>21</sup> Предложеним споразумима се жељело постићи: да се у складу са *due diligence* процедуром, идентификују рачуни америчких држављана односно да се прикупе информације садржане у њима које се реализују подношењем годишњих извјештаја од стране FFI уз податке о носиоцу, приходу и имовини ових лица и да се легализује задржавања/одузимање 30% увијек када некооперативни и непослушни власници рачуна одбију да пруже тражене информације и/или да се одрекну својих уобичајених права.

Са циљем обезбјеђивања потпунијег и ефикаснијег екстратериторијалног дејства FATCA-е од 2010. године до данас Конгрес је донио два Модела међувладиних споразума: Модел I IGA и Модел II IGA. Оба Модела међународних споразума су допуњена Анексом 1 и Анексом 2.<sup>22</sup> Доношењем ових текстова, а уз присуство елемената којима се неспорно тврди да је ријеч о држављанима САД-а, се жељело олакшати

19 Melissa A. Dizdarevic, „Comment: The FATCA Provisions Of The Hire Act: Boldly Going Where No Withholding Has Gone Before“, *Fordham L. Rev.*, бр. 79, стр. 2967.

20 Иако ова тврдња није сасвим тачна, тачна је за случај Црне Горе и свих оних земаља монолитног система у којима се одређује предност међународне у односу на унутрашњу норму.

21 Christopher Malcolm, „Geo-Political Insignificance, Information Sharing, and Economic Survival: An Unofficial Perspective from within the Caribbean Region“, *Law & Bus. Rev. Am.*, бр. 19, стр. 23.

22 Сви поменути текстови се могу преузети на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx>, 9.8.2013. године.

потенцијалним FATCA-партнерима и појачати динамика закључивања билатералних споразума чиме би се постигло:

- отклањање препрека које се односе законске норме о заштити података;
- ослобађање финансијских институција FFI од обавезе задржавања пореза на исплате „непослушних“ власника рачуна;
- онемогућавање принудног наплаћивања *џакси* на приходе остварене од финансијских институција;
- усаглашавање *due diligence* захтјева са предвиђеним правилима о борби против прања новца;
- изузимање већег броја институција и производа од захтјева FATCA.<sup>23</sup>

Наиме, када је Пореска управа Конгресу предложила усвајање FATCA-е, G-5 (Француска, Њемачка, Шпанија, Велика Британија, Италија) је изашла са заједничким обавјештењем којим је изнијета намјера ових држава да закључе билатералне споразуме за спровођење FATCA. Обавјештење ових држава је потенцирало потребу да се рјешења FATCA-е, као једностраног текста, морају кориговати на начин да се уподобе са специфичностима националних система те да се донесе тзв. Модел споразум – Модел I IGA–е којим би се исте и уважиле и свакако пласирала идеја реципроцитета између потписница. У јулу 2012. године, Министарство финансија САД-а је објавило „Модел I“ међувладиног споразума (IGA) којима су САД отпочеле реализацију амбициозног плана активности усаглашавања појединчаних националних закона са FATCA-ом. Поменути Модел IGA утврђује начине спровођења FATCA-а кроз сарадњу са владама других земаља.<sup>24</sup>

Према обавезама које преузимају Сједињене Америчке Државе разликују се два типа Модел I IGA, реципрочан и неречипрочан тип. Наиме, у зависности од тога да ли се споразумом Сједињене Америчке Државе обавезују да ће њихове финансијске институције извјештавати FATCA партнерске пореске управе о рачунима њихових грађана или не, правимо ову дистинкцију. Разумљиво је да *реципрочни џиш* Модела I подразумемијева промијену националне законске и статутарне регулати-

23 AIMA – Alternative Investment Management Association, <http://www.aima.org/en/education/aimajournal/q4-2012/fatca-uk-and-us.cfm>, 4.8.2013.

24 Поред Г-5 (Велика Британија, Њемачка, Француска, Шпанија и Италија), Данска, Ирска и Мексико су се определили за овај вид сарадње и Model I IGA који подразумемијева реципроцитет. Више видјети на: [http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/033e91ef-b11e-4794-8804-9c278129103b/Presentation/PublicationAttachment/9ae2cff0-d21e-4ffa-a10a-b566b791a298/al\\_na\\_modelintergovernmentalagreements\\_aug12.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/033e91ef-b11e-4794-8804-9c278129103b/Presentation/PublicationAttachment/9ae2cff0-d21e-4ffa-a10a-b566b791a298/al_na_modelintergovernmentalagreements_aug12.pdf).

ве САД-а и у том смислу из члана 6049 Пореског закона којим се од домаћих банака захтијева да податке о власницима и стањима њихових рачуна прослиједи страним партнерским институцијама.<sup>25</sup>

Трезор САД-а је недавно, новембра 2012. године објавио и Модел II међудржавних споразума (IGA), као допуну Модел I IGA, који ће земљама са законским препрекама омогућити да пруже информације САД-у о рачунима америчких држављана код страних финансијских институција.<sup>26</sup> Модел II IGA представља последњи корак који су САД учиниле у вези са усаглашавањем различитих националних законодавстава са FATCA-ом,<sup>27</sup> из 2010. године.<sup>28</sup> Јапан и Швајцарска су, за сада једине двије државе које су, у складу са Модел II IGA, закључиле билатерални споразум са САД-ом.<sup>29</sup> Дакле, Јапан и Швајцарска су се определијиле за нешто различити други облик споразума, тзв. Модел II IGA.<sup>30</sup> Овај Модел II представља мјешавину више различитих метода,

25 У Моделу II се предвиђа чак екстензивнија активност САД-а у правцу трансфера података земљи партнеру FATCA-а, а односи се на достављање пореског броја до 2017. године, депозита, не само прихода.

26 T. C. Lady, T. D. Presley, *нав. чланак*, стр. 13.

27 Министарство финансија САД-а је предложило Модел II IGA, чији текст се може наћи на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-to-Implement-11-14-2012.pdf>.

28 Treasury's Model II Intergovernmental Agreement Reflects Evolution of FATCA, на: [http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/f51e9ed0-420e-48c3-af68-35b11752bbb9/Presentation/PublicationAttachment/f3889651-b7c1-45a2-8b56-8474de11f8b3/al\\_na\\_treasurymodel2iga\\_jan13.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/f51e9ed0-420e-48c3-af68-35b11752bbb9/Presentation/PublicationAttachment/f3889651-b7c1-45a2-8b56-8474de11f8b3/al_na_treasurymodel2iga_jan13.pdf), 5.8.2013.

29 Министарство финансија САД данас води преговоре о закључењу међународног уговора са: Аргентином, Аустралијом, Белгијом, Кајманским острвима, Кипром, Естонијом, Мађарском, Израелом, Корејом, Лихтенштајном, Малезијом, Малтом, Новим Зеландом, Републиком Словачком, Сингапуром и Шведском. Бермудска острва, Бразил, Британска Дјевичанска острва, Чиле, Чешка, Гибралтар, Индија, Либан, Луксембург, Румунија, Русија, Сејшели, Сент Маартен, Словенија и Јужна Африка су државе са којима су, такође отпочели преговори у вези са закључивањем споразума.

30 У складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Њемачке од 31.5.2013 на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Germany-5-31-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Шпаније од 14.5.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Spain-5-14-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Норвешке од 15.4.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Norway-4-15-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 2: Билатерални споразум између САД-а и Швајцарске од 14.2.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Switzerland-2-14-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 1: Билатерални споразум између САД-а и Ирске од 23.1.2013. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Ireland-1-23-2013.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 1: Билате-

односно директног извештавања надлежних финансијских институција Пореској управи САД-а, у ситуацији када се извјештава о рачуну америчког држављанина који је дао сагласност на извјештавање,<sup>31</sup> тако и у случају достављања информација о тзв. „непослушним“ власницима рачуна који се не желе подвргнути усвојеној регулативи.<sup>32</sup>

Суштински разлози за доношење Модел II IGA-е, се најбоље могу сагледати указујући на разлике између ова два модела.

- Док се Моделом I обезбјеђује размјена података и информација између влада бавећи се санирањем/уклањањем забрана из националних закона о извјештавању Пореске управе САД-а од стране финансијских институција, Модел II се више односи на алтернативе постојећим рестрикцијама, генеришући правни оквир којим се омогућава извјештавање у складу са FATCA-ом упркос националним ограничењима. Наиме, Модел II тражи од државе у којој се налази финансијска институција да прихвати захтјеве дефинисане споразумом финансијске институције, а који се односе на процедуре *due diligence* у извјештавању и санкционисању усљед *неадекватној извјештавања*. Државе које су поступиле у складу са Модел I нијесу обавезане на овај вид поступања, осим у дијелу регистрације која се правно намеће Моделом II.
- Модел II прецизира начине и моделе извјештавања о рачунима америчких клијената о чијем извјештавању није дата сагласност Клијента. Ова проблематика није разматрана Моделом I.
- Модел II од FFI захтијева да финансијска институција извјештава директно Пореску управу САД-а, док је Модел I дозвољава да

---

рални споразум између САД-а и Мексика од 19.11.2012. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Mexico-11-19-2012.pdf>, 08.08.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Данске од 19.11.2012. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Denmark-11-19-2012.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом I: Билатерални споразум између САД-а и Велике Британије од 12.9.2012. на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-UK-9-12-2012.pdf>, 8.8.2013; у складу са Моделом 2 Јапан је заједно са САД-ом закључио меморандум – дао заједничку изјаву са снагом билатералног споразума, чији текст се може наћи на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Statement-Japan-6-11-2013.pdf>.

31 Susan C. Morse, „Tax Compliance and Norm Formation Under High-Penalty Regimes“, *Conn. L. Rev.* бр. 44, стр. 4. Текст Модел 1 међународног споразума између владе САД-а и владе друге државе се може погледати на: <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/reciprocal.pdf>, 9.8.2013. године.

32 Abraham W. Smith, „Tax Dodgers Beware: New Foreign Account Tax Compliance Legislation“, *Fla. Bar J.*, бр. 84, стр. 4.

национална пореска служба извјештава Пореску управу САД-а. Модел II укида ову могућност.

- Модел I и Модел II не захтијевају од FFI да принудно задрже новац на рачунима клијената који нијесу испоштовали предвиђене мјере. Ипак, Модел II предвиђа да уколико информације о рачуну нијесу прослијеђене Пореској управи на изричит захтјев у року од 6 мјесеци, онда је задржавање новца оправдана мјера.
- За разлику од Модела I, Модел II нема реципроцитетну верзију којом су се установљавале једнаке обавезе и за владу САД-а. Ипак, Модел II садржи одредбу којом се исказује намјера САД-а да преговара о својим реципроцитетним обавезама.

Важно је указати да однос у примјени одредаба Модела I и Модела II није сасвим регулисан, нарочито не онда када билатерални споразум не регулише неко од актуелних питања.

Данас Сједињене Америчке Државе преговарају са више од 80 земаља свијета о обезбјеђивању екстратериторијалног дејства FATCA-е. И док је дио њих кроз писма намјере исказао иницијативу са усвајање и имплементирање рјешења FATCA-е кроз закључивање билатералних споразума, као што је случај са Канадом, дио њих експлицитно одбија подвргање овом режиму. На примјер, Кина и Хонг Конг још увијек нијесу изразили интересовање у вези са регулисањем овог питања.<sup>33</sup> Напротив, кинески званичници истрају у ставу да њихова национална регулатива у области банкарства и пореза не дозвољава усвајање рјешења FATCA-е, односно закључивање споразума.

## 1. Садржина и структура споразума

Са циљем сужавања простора и намјере потенцијалних партнера FATCA-е да самостално конципирају, а онда и драфтирају различите и неусаглашене споразуме о размјени података о банкарским рачунима држављана партнерских држава, двије године након усвајања FATCA-е, Министарство финансија САД-а је понудило униформна рјешења свим партнерима.

Сваки од закључених девет билатералних споразума има приближно једнообразну структуру независно од тога да ли је донешен сходно Моделу I или II IGA-е, а иста подразумјева сљедеће цјелине: пре-

33 Emily Wang, „The Opaque Future of Tax Information Sharing Between the United States and China: An Analysis of Bank Secrecy Laws and the Likelihood of Entrance into a Tax Information Exchange Agreement”, 35 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 411, стр. 5. Такође погледати: <http://business.inquirer.net/121123/complying-with-us-foreign-account-tax-compliance-act-is-it-worth-the-pain>, 13.8.2013.

амбула, дефиниције, обавезе извјештавања и размјене информација, примјена правила од стране FATCA партнерске финансијске институције, верификација, узајамно обавезивања на унапређење размјене и прослијеђивања информација САД-у, обавезе FATCA – партнерске институције, и завршне одредбе.<sup>34</sup> Како је, ради обезбјеђивања правне сигурности и извјесности, садржина и структура закључених међувладиних споразума одређена САД IGA-Моделима закона, сваки од њих након утврђивања страна уговорница прецизира и дефиниције свих термина релевантних за уређивање ове материје. Но ипак постоји једна спорна ситуација, превиђена од стране писца Модела. Наиме, у свим закљученим споразумима пише „да ће сваки израз који није дефинисан овим текстом имати значење које је имао у *то вријеме*... према важећим пореским законима земље примјене споразума“. Поставља се питање које је вријеме на које се реферише у одређивању значење термина, односно у зависности од тога, да ли се подразумијева значење израза из времена прије или након потписивања споразума у складу са IGA-ом.

У преамбули сваког од закључених билатералних споразума се саопштава и носећи предуслов за закључење овог међувладиних ин-струмената, а исти се односи на обавезу претходно преузету *Уговором о избјегавању двострукој ојорезивања* између двије државе.

## V Закључна разматрања: алтернативна рјешења

Пред финансијске институције стављен је тежак избор: кршити локалне законе, *ius cogens*, или трпјети значајне финансијске санкције због непоштовања прописа који, *sensu stricto*, није обавезујући на локалном нивоу. Како направити овај избор, питање је које захтијева правну, али и политичко-економску анализу.

Једно од суштинских питања које се намеће приликом сваке дискусије о FATCA усклађености је проналажење алтернативних рјешења, односно успостављање модела пословања којим би се испоштовале обавезе FATCA извјештавања, док би се истовремено минимизирала потенцијална колизија са локалном регулативом.

Најприје, финансијске институције се могу одлучити за крајње радикалан приступ: одбијање пословања са свим лицима за која постоје индиције да могу бити амерички порески обавезници. На овај начин, финансијска институција не би била релевантна за FATCA извјештавања, те не би трпјела финансијске санкције на америчком

34 Више о структури видјети на: <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-to-Implement-11-14-2012.pdf>, 10.8.2013.

тржишту. Иако оваква пословна политика може звучати дискриминаторно, не постоји проблем усклађености са локалном регулативом – Закон о банкама не одређује ближе услове који морају бити испуњени да би банка одбила сарадњу са клијентом, што значи да је у питању чисто пословна одлука, која, у недостатку императивних норми у овом случају, може бити ограничена само јавним поретком и добрим пословним обичајима. У том смислу, вриједи нагласити да већина финансијских институција у објављеним општим условима пословања нарочито наглашава задржавање права на процјену и одабир клијената, одредбама попут: „*Банка има право на слободан избор клијената, односно слободно одлучује да ли ће савујити и условни однос са клијентом.*“ Чињеница да лица за која постоје индиције да могу бити амерички порески обавезници нијесу нужно америчке националности, додатно упућује на то да таква пословна пракса не представља кажњиву повреду равноправности у смислу члана 159 Кривичног законика.

Нажалост, мане овог приступа су вишеструке. Најприје, може доћи до значајнијих финансијских посљедица: уколико финансијска институција редовно сарађује са лицима повезаним са Сједињеним Државама, прекидање даље сарадње свакако може имати негативан утицај на финансијски портфолио. Штавише, имајући у виду да су FATCA индикатори по којима се оцењује да ли је неко лице повезано са САД доста широко постављени (на примјер, укључују и постојање трајног налога према САД), потенцијални ефекти могу бити значајно далекосежнији од првобитно планираних. Друго, ма која пословна политика која има дискриминишући призвук, макар *ipso iure* не била дискриминишућа, са собом несумњиво носи извјесну количину репутационог ризика. Треће, иако ова пракса подразумијева смањење трошкова за имплементацију FATCA извјештавања, они нијесу потпуно елиминисани – постојеће KYC („*know your client*“) процедуре приликом „*on-boarding*“ процеса треба употпунити у дијелу FATCA релевантних питања, те сходно томе направити адекватне измјене у централном информационом систему финансијске институције, као и спровести адекватне обуке запослених. Ипак, с обзиром да службе за спрјечавање прања новца и финансирања тероризма већ спроводе KYC процедуре, дио трошкова имплементације се може смањити кроз њихово додатно ангажовање на FATCA пословима. Коначно, овим приступом се не нуди одговор на питање како затворити рачуне постојећим FATCA-релевантним клијентима, односно клијентима који накнадно постану FATCA-релевантни, имајући у виду раније поменути Одлуку Централне банке Црне Горе о структури рачуна за извршавање трансфера средстава и ближим условима и начину отварања и укидања тих рачуна. Стога се оно препоручује само као крајња мјера.

Друго алтернативно рјешење огледа се у укључивању стандардизованих клаузула у свим уговорима о отварању рачуна, односно у општим условима пословања, којима би се дала *ex ante* сагласност клијента за FATCA извјештавање и за затварање рачуна у случају недостављања потребне документације. На овај начин, извјештавањем се не би кршиле одредбе о чувању банкарске тајне садржане у Закону о банкама, нити би рачун био затворен у супротности са подзаконском регулативом.

Иако генерално прихватљиво, ни ово рјешење није без мана. Најприје, није сасвим јасно да ли би судови благонаклоно гледали на давање „бланко“ сагласности за достављање личних података трећим лицима, посебно унапријед, док обим тих података није јасан; нарочито у контексту несразмјерне моћи уговорних страна. Исто важи и за давање *ex ante* сагласности за затварање рачуна. Уједно, бројне су препреке у имплементацији овог рјешења: увођење нових клаузула у уговоре би захтијевало да сви постојећи клијенти потпишу анексе уговора, што захтијева велику количину ресурса, те оставља отворено питање поступања у случају клијентовог одбијања да сарађује.

Треће рјешење подразумијева увођење економских дестимуланса за клијенте који одбију да сарађују, а не желе да дају сагласност за затварање рачуна. Каталогом тарифа и провизија могу се предвидјети изузетно високе накнаде за одржавање рачуна лицима која не доставе потребну документацију, као и високе цијене слања писама опомене. Иако би ово рјешење могло помоћи у томе да се некооперативни клијенти „натјерају“ да затворе рачуне, судови би извјесно врло неблагонаклоно гледали на употребу својеврсне економске принуде како би се клијенти одрекли права која по националном законодавству имају. Уједно, овај приступ не прави диференцијацију међу категоријама некооперативних клијената, па се може десити да клијенту који због обичног превида није доставио дио документације буду наплаћене астрономске таксе. Репутациони ризик који ова пракса носи је изразито висок, имајући у виду да клијенти врло често приговарају и на минималне износе за одржавање рачуна (у принципу, испод једног еура).

Четврто рјешење је примјенљиво за финансијске институције које су дио међународне пословне групе: клијенти за које постоје индиције да су повезани са Сједињеним Државама могу се пребацити корпоративном сједишту, или некој од чланица банкарске групе чије је сједиште у земљи која има потписан Модел I или II IGA споразум. Међутим, ограничавајући фактори далеко превазилазе сврсисходност овог рјешења: повезано друштво би морало прибавити сву неопходну документацију у складу са Законом о банкама и регистровати се за обављање дјелатности у Црној Гори, чиме се аутоматски ограничавају

ефекти преузимања клијента. Треба имати у виду и практичне лимите – клијент би у овом сценарију заправо био клијент стране финансијске институције, те би му доступност инфраструктуре и понуде локалне институције била ограничена.

Пето алтернативно рјешење се ослања на четврто – умјесто пребацивања клијената другим чланицама пословне групе, локална финансијска институција може задржати клијенте, али њихове податке достављати другим чланицама групе, које би даље извјештавале IRS-у. Предност овог рјешења је што је већ устаљена пракса да чланице пословне групе међусобно дијеле податке о клијентима, као и то што су овакве одредбе већ стандардан дио општих аката локалних финансијских институција. Међутим, иако скида терет одговорности за откривање банкарске тајне са локалне финансијске институције, ова пракса излаже одговорности повезано друштво које достави податке IRS-у; штавише, како неке земље имају строжија правила о чувању банкарске тајне од црногорских, на овај начин се потенцијално може причинити додатна штета.

Очигледно ја да нити једно од поменутих рјешења не може адекватно одговорити на све изазове које носи усклађивање пословања са FATCA регулативом. Међутим, имајући у виду да је њихов крајњи циљ ублажавање, а не потпуна елиминација потенцијалних штетних посљедица, финансијске институције могу комбиновати наведена рјешења на начин најприкладнији њиховим пословним потребама. Као и увијек, цјелина је већа од збира појединачних дјелова – па тако и комбиновање неколико описаних модела пословања може довести до тога да се ризик усклађености сведе на крајње прихватљиву мјеру. Због тога, нема универзалног одговора, нити приступа који би се могао шаблонски примјенити на велики број FFI. Међутим, стандардном методологијом праћења ризика усклађености, могуће је доћи до индикатора који могу указати на оптималан правац дјеловања за сваку финансијску институцију понаособ.

**Aneta SPAIĆ, PhD**

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Montenegro

**Mag. Miloš NOVOVIĆ**

PhD Student, University of Oslo, Institutt for privatrett

## TAXES: EUROPEAN BANKS IN PROTECTION OF AMERICAN INTERESTS

### Summary

*The latest move of the United States in fighting the international tax evasion calls for close scrutiny. Foreign Account Tax Compliance Act, FATCA, July 2010, provides that the American taxpayers have to provide detailed information about their foreign accounts to the Internal Revenue Service, IRS. More controversially, foreign financial institution, FFI, must report to the IRS about relevant U.S. accounts or suffer significant financial penalties in the United States. Even in the event that local laws on bank secrecy and personal data protection do not allow for reporting to the IRS, and no bilateral agreement exists, FATCA still requires an FFI to seek the consent of the client and proceed with reporting, or to otherwise close the client's account. Thus, financial institutions worldwide are presented with an impossible choice: break the local laws, or pay heavy financial fines in the US. This article examines the effect of FATCA on regulatory compliance of FFI operations, with a case study on Montenegrin banking sector. It identifies key compliance risk areas, and critically reviews the practice of using economic (dis)incentives for compelling citizens and companies to give up their right to privacy. Finally, it offers several alternative models for implementing key FATCA provisions while minimizing the collision with local legislation.*

**Key words:** tax evasion, Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), bank secrecy, compliance, extraterritorial application of the law.