

*Миља ЂОКИЋ\**

## **ОПОРЕЗИВАЊЕ КАПИТАЛНИХ ДОБИТАКА ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ**

### **Резиме**

*Предмет овог рада је анализа пореза на капитални добитак који остварују физичка лица. Испитивањем домаћих законских решења, управне праксе и стране судске праксе примећујемо неколико системских проблема.*

Указујемо да је правилма о утврђивању пореске основице доведено у питање начело законитости опорезивања, из чега проистичу штетне последице. Примећујемо да не постоје адекватни правни механизми наплате пореза од нерезидентних обвезника и предлажемо могућа решења тог проблема. Наглашавамо важност утврђивања времена настанка пореске обавезе и заступамо став да капиталне добитке треба опорезовати онда када су они реализовани. Скрећемо пажњу на то да је у закону погрешно употребљен институт захтева за повраћај пореза у ситуацији када се капитални добитак искористи за решавање стамбеног питања од 91. дана али до истека рока од 12 месеци од дана његовог остваривања, због чега се може десити да буџет буде оштећен. Анализа међународне судске праксе и искуства појединих држава је показала да је неопходно омогућити коришћење капиталних добитака за решавање стамбеног питања ван Републике. Истражујемо и могућности пореске евазије.

**Кључне речи:** капитални добитак, порез на капитални добитак, пореска рефакција, пореска евазија.

### **I Уводне напомене**

Главна разлика између базичних концепата дохотка је у томе на који начин посматрају капитални добитак. Теорија извора (енг. source

---

\* Мастер права, докторанд Правног факултета Универзитета у Београду

*theory)* одређује доходак као збир чистих прихода који у одређеним временским интервалима притичу неком лицу из извора који гарантују њихов редован прилив. Нагласак је на „извору прихода“, који мора бити трајан.<sup>1</sup> Доходак схваћен на овај начин не укључује капиталне добитке, нити добитке на лутрији. Упоредноправно посматрано, теорија извора је усвојена у прописима о порезу на доходак у немачком, француском, италијанском и британском праву.<sup>2</sup> Према концепту чистог приноса (енг. *accreration theory*) доходак се дефинише као новчана вредност чистог повећања економске снаге лица у датом периоду. Према том концепту доходак представља збир потрошње и акумулације, односно принос који је лице остварило у пореској години и према њему су капитални добици део дохотка. Од великих правних система, овакав концепт је усвојен у САД-у.<sup>3</sup>

Пореско законодавство Србије намеће порез на доходак грађана на приходе из свих извора, изузев оних који су посебно изузети.<sup>4</sup> То значи да је усвојен концепт чистог приноса и да капитални добици представљају део дохотка физичких лица. У домаћем законодавству важи режим опорезивања капиталних добитака, који су остварени од стране физичких лица која нису обvezници пореза на доходак грађана за приходе од самосталне делатности, односно који нису остварени у вези с обављањем делатности.<sup>5</sup> То, међутим, не значи да капитални добици које остварују предузећници нису уопште предмет опорезивања. Уколико би се преносило право, чији је пренос уједно и редовна пословна делатност пореског обvezника (физичког лица које је регистровано као предузећник), онда такав пренос права није предмет опорезивања порезом на капитални добитак, већ порезом на приход од самосталне делатности.<sup>6</sup> Специфичност преноса права којим се остварује капитални добитак је у томе што је реч о *ad hoc* преносу. Само у том случају ће и предузећник бити обvezник пореза на капитални добитак.

1 Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003, 260.

2 *Ibid.*

3 Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 334.

4 Закон о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, ...7/2017, чл. 2.

5 Д. Поповић (2016), 334.

6 *Ibid.*

## II Опорезивање капиталних добитака у српском пореском праву

### 1. Одређивање капиталног добитка

Опорезивању капиталних добитака се, уобичајено, приступа само у случају када су они реализовани. Потребно је да дође до *располагања имовином* од стране пореског обvezника. Међутим, у појединим пореским системима (нпр. Нови Зеланд, САД, Шведска, Француска), *поједини капитални добици* се опорезују и онда када имовина није променила свог власника.<sup>7</sup>

Специфична ситуација је код бестеретног располагања (наслеђе и поклон) у смислу тренутка када се опорезивање врши. У том случају, доктрина препознаје три различита приступа. Први је стварање фикције као да је у *моменту смрти* дошло до промета уз накнаду. Други је принцип изузимања од опорезивања таквог капиталног добитка (енг.*basis step up*). Ако наследник или поклонопримац даље *располаже* правима полази се од претпоставке да је права стекао по тржишној цени на дан смрти *de ciusa*, односно на дан стицања поклона. Трећи је принцип одлагања до *момента продaje* (енг. *carryover basis*). У том случају се као набавна цена узима она по којој је *de cuius*, односно поклонодавац, стекао право или имовину.<sup>8</sup> Код принципа изузимања од опорезивања капиталних добитака у моменту смрти, истиче се замерка нарушавања начела хоризонталне правичности и стварања тзв. *lock in effect*. Порез се избегава ако се средство држи у власништву све до смрти и тиме се умањује мобилност капитала.<sup>9</sup> Аргумент у прилог изузимању је тај што се код трансфера *mortis causa* већ плаћа порез на наслеђе, па би нови намет био „претеран“. Оптималан приступ опорезивања порезом на капитални добитак при бестеретном располагању је применом принципа одлагања. Тако се не пропушта опорезивање капиталног добитка који је акумулисан за живота *de cuius*, а истовремено се наследници ослобађају од обавезе да у моменту преузимања наследства морају одмах да плате и порез на наслеђе и порез на капитални добитак.<sup>10</sup>

7 V.Thuronyi, 265-266.

8 Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Open Society Institute/Constitutional and Legislative Policy Institute, Београд, 1997, 600-601.

9 *Ibid.*, 601.

10 *Ibid.*

У српском пореском систему, порез на капитални добитак физичких лица је један од цедуларних пореза који је регулисан у ЗПДГ-у. Из законске дефиниције капиталног добитка се може закључити да је српски законода виц усвојио систем опорезивања капиталних добитака приликом *располагања* имовином од стране пореског обvezника. Што се тиче приступа опорезивања код бестеретног располагања, до доношења Закона о изменама и допунама ЗПДГ-а од 21.12.2004., у српском пореском праву је био заступљен принцип одлагања пореске обавезе до момента када обvezник прода имовину стечену поклоном.<sup>11</sup> Почетком примене Закона о изменама и допунама ЗПДГ-а, 1.1.2005., уместо принципа одлагања пореске обавезе, у српској пореској праву је уведен принцип изузимања. Тиме су пореским обvezницима-физичким лицима „отворена врата“ да у потпуности избегну порез на капиталне добитке.<sup>12</sup> Према сада важећем ЗПДГ-у поново се примењује принцип одлагања пореске обавезе.

Пореска стопа је пропорционална и износи 15%, а капитални добитак је изузет од опорезивања годишњим порезом на доходак грађана.<sup>13</sup>

## 2. Дефинисање пореског објекта

У српском пореском праву је примењен приступ, обрнут ономе који, на пример, важи у америчком пореском праву, па се само она средства која су изричito наведена у закону сматрају „капиталним средствима“, а њихово располагање „капиталним располагањем“.<sup>14</sup> Према ЗПДГ-у капитални добитак, односно губитак представља разлику између продајне цене права, удела и хартија од вредности и њихове набавне цене, остварену преносом: 1) стварних права на непокретностима; 2) ауторских и сродних права и права индустријске својине; 3) удела у капиталу правних лица, акција и осталих хартија од вредности, укључујући и инвестиционе јединице, осим инвестиционих јединица добровољних пензијских фондова (даље у тексту: „капитална средства“).<sup>15</sup>

11 ЗПДГ, Службени гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, чл. 75.

12 Вид. Светислав В. Костић, „Опорезивање капиталних добитака физичких лица остварених продајом имовине стечене поклоном“, *Правни живот*, бр. 10/2006, 912.

13 ЗПДГ, чл. 77 и чл. 87.

14 Д. Поповић, Гордана Илић-Попов, „Опорезивање капиталних добитака привредних друштава од преноса акција уз накнаду“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2017, 6.

15 У циљу језгровитијег излагања, у наставку рада ћемо располагање овако одређених капиталних средстава означавати као „капитално располагање“.

Анализом пореског објекта се, најпре, може уочити да имовина, чијим се располагањем остварује капитални добитак, нису добра намењена личној потрошњи. У том погледу, као аргументе за неопорезивање капиталних добитака остварених располагањем нпр. аутомобилима, доктрина узима ограничено административне капацитете у земљама у развоју и онемогућавање обvezницима да личне губитке искористе за умањење добитака остварених приликом „капиталног“ располагања.<sup>16</sup> Због губитка вредности тих добара услед употребе, дошло би до располагања уз губитак, који се онда може прећијати са добицима. Могла би се замислити апсурдна ситуација у којој се, непосредно пре продаје непокретности за коју обvezник зна да ће генерисати капитални добитак, масовно продају сви кућни уређаји и друга слична добра, како би се кроз прећијање губитака са добицима умањила пореска основица.

Из листе капиталних средстава је изостављена и опрема. То је зато што је обvezник физичко лице које не обавља самосталну делатност, па и не може да располаже опремом. Поред тога, практични административни разлози налажу да се стварна права на покретним телесним стварима не укључују у опорезиви круг.<sup>17</sup>

Са друге стране, могло би се заступати становиште да поједине покретне ствари имају велику материјалну вредност и да се њиховим располагањем може остварити капитални добитак. Пример за то би биле уметнине. Њихово опорезивање би подразумевало стварање регистра уметничких дела и њихових власника, а промет дозволити уз форму *ad solemnitatem*. Солемнитетном формом у виду јавнобележнички потврђене исправе, уз обавезу јавног бележника да такав уговор достави и Пореској управи, би се олакшала пореска контрола. Међутим, таква регистрација би подразумевала и задирање у сферу приватности обvezника, док се, са друге стране, јавља проблем утврђивања вредности тих добара.

### 3. Одређивање пореског обvezника

Закон о порезу на доходак грађана дефинише пореског обvezника само у једном ставу, и то чини на следећи начин: „Обvezник пореза на капитални добитак је свако физичко лице, укључујући и предузетника, које је извршило пренос права, удела и хартија од вредности из ст. 1. овог

16 Вид. Lee Burns, Richard Krever, "Taxation of income from business and investment", *Tax Law Design and Drafting volume 2 Chapter 16* (ed. V. Thuronyi), International Monetary Fund, 1998, 64.

17 Д. Поповић (1997), 603.

члана.<sup>18</sup> Лексичким тумачењем те норме се закључује да је обvezник и нерезидентно физичко лице. Општи је принцип да држава своје резиденте излаже неограниченој пореској обавези, а нерезиденте ограниченој пореској обавези.<sup>19</sup> То значи да је нерезидентни обvezник дужан да порез плати на доходак који има извор на територији Србије. Питање је само механизма наплате пореза од нерезидента.

Тренутно решење српског пореског законодавства отежава наплату пореза на капитални добитак од нерезидента, јер ЗПДГ нема одредбу о супсидијерном јемству исплатиоца прихода, нити одредбу о порезу по одбитку. Порез на капитални добитак се, без изузетка, утврђује и плаћа по решењу Пореске управе.<sup>20</sup> То значи да је неопходно подношење пореске пријаве. Због тога је потпуно замислив сценарио да нерезидентно физичко лице на територији Републике, оствари капитални добитак, а одмах затим напусти Србију.

Супротна ситуација је другачија. Уколико резидент оствари капитални добитак продајом нпр. акција нерезидентне компаније, у одсуству другачије одредбе уговора о избегавању двоструког опорезивања, он је дужан да порез плати.<sup>21</sup> Њему би евентуално био одобрен порески кредит у висини пореза на доходак плаћеног у држави нерезидентне компаније, али не више од износа који би се добио применом српских прописа на доходак остварен у тој држави.<sup>22</sup>

Такво законско решење ставља резиденте у неповољнији положај у односу на нерезиденте, јер је наплата против резидената извесна и могућа. *De lege ferenda* би најефикасније решење било предвидети правило о порезу по одбитку. Исто тако, као могућност се појављује и прописивање супсидијерног јемства исплатиоца прихода (стицаоца капиталног средства).

#### **4. Време настанка пореске обавезе**

Порез на капитални добитак је непериодичан порез, па пореска обавеза настаје даном продаје, односно другог преноса уз накнаду капи-

18 ЗПДГ, чл. 72 ст. 3.

19 Вид. Arnold Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1997, 38-42.

20 ЗПДГ, чл. 100 тач. 2.

21 Јубиша Николић, „Опорезивање камата, дивиденди и капиталних добитака у вези са домаћим хартијама од вредности“, *Правни живот*, бр. 11/2008, 779.

22 ЗПДГ, чл. 12.

талних средстава.<sup>23</sup> Овде се поставља питање контекста у ком се посматра „продаја“, односно друго капитално располагање, тј. да ли на акте располагања треба гледати кроз призму грађанског или пореског права у смислу настанка пореске обавезе.

Обvezник који у току године изврши пренос права по основу којег може настати капитални добитак или капитални губитак, дужан је да поднесе пореску пријаву најкасније у року од 30 дана од: 1) дана када је остварио или започео остваривање прихода по основу преноса стварних права на непокретностима, ауторских и сродних права и права индустриске својине, као и удела у капиталу правних лица; 2) истека сваког календарског полугодишта у којем је извршен пренос хартија од вредности.<sup>24</sup> Тиме ЗПДГ изнова потврђује принцип опорезивања капиталних добитака приликом њихове реализације. Међутим, сматрамо да ЗПДГ не даје одговор на питање да ли је капитални добитак реализован када је приход остварен, или када је започето остваривање прихода.

Порескоправна доктрина је заузела становиште да је немогуће утврдити капитални добитак у моменту када вредност имовине „потенцијално“ порасте; нужно је сачекати моменат реализације. Тек реализацијом обvezник добија готовину из које може да подмири пореску обавезу.<sup>25</sup> Уколико као претпоставку за реализацију капиталног добитка узмемо *стицање готовине*, онда је капитални добитак настао у тренутку остваривања прихода, а не у тренутку започињања остваривања прихода. У супротном, ако порески обvezник поднесе пореску пријаву јер је располагао правом које може да генерише капитални добитак, а само је започео остваривање прихода, и Пореска управа му решењем утврди порески дуг на основу података из пореске пријаве, а обvezник цену не наплати, онда је ликвидност обvezника угрожена. Пример би био продаја непокретности када је обvezник наплатио само део цене. Имајући у виду начин на који ЗПДГ регулише питање подношења пореске пријаве, обvezник из описаног примера би морао да поднесе пореску пријаву у року од 30 дана од дана када је започео остваривање прихода по основу преноса стварног права на непокретности. У пореској пријави би се навела набавна цена непокретности, увећана за износ прописаног корективног елемента и њена уговорена продајна цена. Позитивна разлика између те две

23 Вид. Д. Поповић (2016), 336.

24 ЗПДГ, чл. 95, ст. 1.

25 Д. Поповић, Гордана Илић-Попов (2017), 9.

цене је капитални добитак, на који се плаћа порез на капитални добитак по стопи од 15%.

Капитални добитак подразумева акумулацију и увећање вредности капиталних средстава од момента њиховог стицања до момента располагања. Та временска компонента пореза на капитални добитак има утицаја и на правила о временском важењу закона. Пореска обавеза се утврђује на основу прописа који су били на снази у време њеног настанка, осим ако је, у складу с Уставом и законом, за поједине одредбе закона предвиђено да имају повратно дејство.<sup>26</sup> То значи да је за правилну примену материјалног права неопходно утврдити тренутак настанка пореске обавезе. Због тога се додатно наглашава потреба јасног уређивања питања подношења пореске пријаве по *реализацији* капиталног добитка.

Сматрамо да норма о подношењу пореске пријаве најкасније у року од 30 дана од дана када је обvezник започео остваривање прихода по основу преноса капиталних средстава, није потпуно доследна принципу опорезивања реализованих капиталних добитака. Капитално располагање би требало посматрати у порескоправном контексту, па би *de lege ferenda* моменат подношења пореске пријаве требало одредити у односу на тренутак остваривања добитка.

## 5. Поступак утврђивања пореске основице

Пореска основица зависи од тога на који начин се утврђују набавна и продајна цена капиталних средстава. Наше генерално опажање је да ЗПДГ врши повреду принципа законитости у овом домену. Најпре указујемо да се правно значење принципа законитости пореза огледа у уважавању следећих шест захтева: 1) само закон може бити извор пореског права; 2) нису допуштени споразуми између пореске администрације и пореског обvezника у погледу висине пореске обавезе; 3) тумачење; 4) аналогија; 5) недопуштеност ретроактивности; 6) одређеност пореза.<sup>27</sup> Приликом испитивања да ли правила о утврђивању пореске основице испуњавају принцип законитости, полазимо од наведених захтева.

ЗПДГ прописује да се у сврху одређивања капиталног добитка, у смислу тог закона, продајном ценом сматра уговорена цена, односно тржишна цена коју утврђује надлежни порески орган ако оцени да је уго-

<sup>26</sup> Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗППА, Службени гласник РС, бр. 80/2002, ... 108/2016, чл. 5 ст. 1.

<sup>27</sup> Д. Поповић (2016), 42-65.

ворена цена нижа од тржишне.<sup>28</sup> Спорно је то што се као апозиција код одређивања капиталног добитка појављује синтагма „у смислу овог закона“. Да ли то значи да се физичком лицу коме је као продајна цена права „у смислу неког другог пореског закона“ прихваћена уговорена цена, она неће сматрати адекватном у смислу ЗПДГ-а? Та дилема је позната и у управној пракси. У једном случају је решењем Пореске управе утврђен порез на пренос апсолутних права, тако што је за основицу овог пореза прихваћена цена означена у уговору. Након тога, решењем истог пореског органа обvezнику је утврђена обавеза плаћања пореза на капитални добитак тако што је одређено да се за продајну цену права, за потребе пореза на капитални добитак, узима тржишна цена продатог удела коју је порески орган сам утврдио, јер је нашао да је уговорена цена нижа од тржишне. На тај начин је увећана разлика између набавне и продајне цене, а самим тим и пореска основица. Овај поступак је окончан пред Уставним судом, који је решења Пореске управе оценио као произвољне и арбитрарне, а спорне одлуке поништио, са образложењем да је обvezнику повређено право на правично суђење.<sup>29</sup>

Тумачење, које је Пореска управа заузела у горенаведеном примеру, води изигравању смисла и функције норме која се примењује. Тиме је повређен принцип законитости у погледу захтева тумачења закона. Такође, принцип законитости је повређен и у погледу захтева аналогије, јер је Пореска управа ЗПДГ применила *contra ratio legis*. Циљ норме је да онемогући обvezнику да искаже нереално ниску продајну цену у уговору и тако избегне плаћање пореза, а не да овласти Пореску управу да закон тумачи без икаквих логичких и правних ограничења.

Други проблем представља утврђивање набавне цене права. ЗПДГ прописује да се за сврху одређивања капиталног добитка, у смислу овог закона, набавном ценом сматра цена по којој је обveznik стекао право, удео или хартију од вредности.<sup>30</sup> Остављајући овде по страни синтагму „у смислу овог закона“, указујемо на један суптилнији недостатак. Члан 74 став 8 ЗПДГ-а прописује да се набавна цена увећава годишњим индексом потрошачких цена од дана стицања до дана преноса, *према подацима републичког органа надлежног за послове статистике*. То значи да ЗПДГ

28 ЗПДГ, чл. 73, ст. 1.

29 Одлука Уставног суда Уж-3456/2013 од 6.10.2016, Службени гласник РС, бр. 94/2016. Предмет поништавања су биле пресуде Управног суда, који је потврдио одлуке другостепеног пореског органа о одбијању жалбе пореског обvezника.

30 ЗПДГ, чл. 74, ст. 1.

уводи један корективни елемент за утврђивање набавне цене, али да у исто време не прописује вредности тог корективног елемента, нити оставља могућност да оне буду прописане подзаконским актом. ЗПДГ само упућује да се подаци о годишњем индексу потрошачких цена „преузимају“ од републичког органа надлежног за послове статистике. Тиме је ЗПДГ индиректно, заправо, препустио утврђивање набавне цене права, а самим тим и пореза, републичком органу који је надлежан за послове статистике.

Устав Србије у чл. 91 ст. 1 прописује да се средства из којих се финансирају надлежности Републике Србије, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе обезбеђују из пореза и других прихода *утврђених законом*. Произлази да се порез може уредити само законом. На тај начин се остварује правна сигурност грађана, њихових права и слобода, гаранција против самовоље власти, а на основу пореских закона, порески орган доноси управне акте у пореској материји.<sup>31</sup> То не значи да је целокупно пореско право материја која је резервисана за законско уређивање,<sup>32</sup> већ да у пореском закону мора бити прописано овлашћење и границе тог овлашћења за доношење подзаконског акта. Дискрециона овлашћења Пореске управе би, у супротном, била без граница. Члан 74 ЗПДГ такво овлашћење не предвиђа. Имајући то у виду, повређен је принцип законитости кроз неуважавање захтева да је закон извор пореског права. Такође, законитост чл. 74 ст. 8 ЗПДГ-а се може довести у питање и са аспекта одређености пореза. Порески закон треба да буде *lex certa*, да буде јасан и прецизан до те мере да сваки обvezник зна колика је његова пореска обавеза и да може самостално да је израчуна. Закон је нејасан ако не пружа поуздан и проверљив начин за утврђивање пореске основице.

Правило о увећању набавне цене годишњим индексом потрошачких цена није проблематично само са аспекта принципа законитости пореза. Замерка на рачун тог корективног елемента би се могла истаћи и са гледишта његове оправданости. Замислимо пример у којем је обvezник 2007. године купио акције по цени од 55.000,00 динара по акцији, а продао их почетком 2017. године по цени од 72.000,00 динара по акцији. Наизглед, обvezник је остварио (номинални) добитак у висини од 17.000,00 динара по акцији. Међутим, ако коефицијент којим се исказује

<sup>31</sup> Г. Илић-Попов, „Порескоправни однос“, *Правни и рачуноводствени аспекти пореског саветовања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 31.

<sup>32</sup> Вид. Д. Поповић (2016), 43.

раст цена на мало износи 1,974898,<sup>33</sup> онда је обвезникостварио (ефективни) губитак.

$$\begin{aligned}
 & \text{Продајна цена (72.000,00 динара)} \\
 & - \text{ревалоризована набавна цена (55.000,00 * 1,974898)} \\
 \\ 
 & = -36.619,39 \text{ динара}
 \end{aligned}$$

Не само што у нашем примеру обвезник неће платити порез, већ ће остварити капитални губитак који може пребити са капиталним добицима које оствари у наредним годинама. Због тога сматрамо да се *ratio legis* правила о увећању набавне цене може довести у питање.

## **6. Неке специфичности пореза на капитални добитак при одређивању пореских олакшица**

### *a) Пореско ослобођење – ограничења и могућности злоупотребе*

Право на пореско ослобођење је резервисано за обвезника који средства остварена продајом непокретности у року од 90 дана од дана продаје уложи у решавање свог стамбеног питања и стамбеног питања чланова своје породице.<sup>34</sup> Ближи критеријуми за коришћење тог права уређени су актом министра за финансије.<sup>35</sup> Право на пореско ослобођење се остварује улагањем средстава од продаје непокретности у одговарајућу стамбену површину, према следећим критеријумима: 1) за самца - до 45m<sup>2</sup>; 2) за сваког наредног члана породичног домаћинства - још по 20 m<sup>2</sup>.<sup>36</sup> Оно се утврђује решењем надлежног пореског органа на основу документације о решавању стамбеног питања, приложене уз пореску пријаву.<sup>37</sup>

Прво ограничење права на пореско ослобођење је остваривање тог права сходно површини непокретности којом се стамбено питање решава. Лексичким тумачењем Правилника долази се до закључка да обвезник, који је самац, може да оствари то право само до вредности

33 Коефицијент је преузет из решења Пореске управе филијале „А“ Чукарица бр. 011-438-01-2/2017-J1A02 од 1.6.2017., којим се одлучује о томе да ли је обвезник остварио капитални добитак продајом акција.

34 ЗПДГ, чл. 79 ст. 1.

35 Правилник о критеријумима за остваривање права на ослобођење од плаћања пореза на капитални добитак – Правилник, Службени гласник РС, бр. 38/2001.

36 Правилник, чл. 3.

37 ЗПДГ, чл. 109 ст. 6.

45m<sup>2</sup> непокретности коју прибавља за решавање стамбеног питања. Уколико вредност оствареног капиталног добитка превазилази вредност тог ограничења, право на пореско ослобођење ће се признати обvezнику само до предвиђене границе, док ће за преостали износ „неискоришћеног“ капиталног добитка обvezник морати да плати порез. У интересу обvezника је да стамбено питање не реши само за себе, већ и за чланове породичног домаћинства, ако их има, и тако максимизује пореску олакшицу.

Друго ограничење права на пореско ослобођење односи се на следеће питање: да ли је могуће да се капитални добитак остварен продајом непокретности у Србији искористи за решавање стамбеног питања ван Србије? Иако ЗПДГ такав вид пореског планирања не забрањује, Министарство финансија заступа став да коришћење права на пореско ослобођење није допуштено, уколико се капитални добитак користи за куповину непокретности ван територије Србије.<sup>38</sup> Могуће да је један од разлога за овакав став Министарства финансија да се зарађени новац потроши у Србији. Са друге стране, међународна судска пракса има супротно гледиште. Португалија је у свом пореском законодавству имала одредбу којом се коришћење права на пореско ослобођење забрањује уколико се капитални добитак користи за улагање у куповину непокретности ван територије Португалије, а Европски суд правде је такву одредбу португалског закона оценио као неприхватљиву, јер се њом чини повреда комунитарног права.<sup>39</sup> *Ratio* те судске одлуке би могао да буде то што је слобода промета капитала јединствена у поређењу са другим слободама ЕУ. То је једина слобода којом су обухваћене и трансакције са земљама нечланицама, према којима се оне третирају на исти начин као и између држава чланица.<sup>40</sup> Имајући у виду ту, заиста, специфичну карактеристику коју промет капитала има у правном систему Европске Уније,<sup>41</sup> може се закључити да је Европски суд правде превагу дао слободи промета капитала наспрам легитимних фискалних интереса Португалије. С обзиром на то да српски законодавац коришћење оствареног капиталног добитка на територији Србије за решавање стамбеног питања ван Србије експли-

38 Мишење Министарства финансија РС, бр.430-07-81/2012-04 од 10.4.2012.

39 Case C-345/05, Commision of the European Communities v. Portugese Republic, 26.10.2006.

40 Vasileios (Vassilis) Dafnomilis, "A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances-Part 1", *International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD)*, November 2015, 501-502.

41 Слобода кретања капитала је једна од четири слободе Европске уније и представља фундаментално начело на којем тржиште и правни систем Европске уније почивају.

цитно не забрањује, а да Министарство финансија такав облик пореског планирања не третира као право из чл. 79 ст. 1 ЗПДГ, у перспективи би требало имати у виду гледиште Европског суда правде. Заштита интереса српског фискуса је сасвим разумљива, али напомињемо да би појединачне одлуке Пореске управе (нпр. пореска решења о утврђивању пореза на капитални добитак, иако је уложен за решавање стамбеног питања обvezника и чланова његовог породичног домаћинства ван територије Србије, која је обvezник оспорио) могле бити изложене и ризику оспоравања пред надлежним међународним судом.

Право на пореско ослобођење има и обvezник који у року од 12 месеци од дана продаје непокретности средства остварена продајом непокретности уложи у решавање свог стамбеног питања и стамбеног питања чланова своје породице. Том обvezнику ће се извршити повраћај уплаћеног пореза на капитални добитак.<sup>42</sup> Указујемо да се у цитирanoј норми погрешно користи термин „повраћај“. Захтев за повраћај пореза је право које се користи када је порески дужник платио одређени износ као порез или као споредно пореско давање, *a да на то према пореским законима није био обавезан*.<sup>43</sup> Међутим, у ситуацији када порески обvezник не реши своје стамбено питање у року од 90 дана, већ то учини у периоду од 91. дана до истека 12 месеци од дана продаје непокретности, није реч нити о преплати нити о погрешно уплаћеном порезу. Према ЗПДГ-у рок за подношење пореске пријаве у том случају је 120 дана од дана продаје непокретности по основу које обvezник може да оствари право на пореско ослобођење.<sup>44</sup> Када Пореска управа решењем утврди постојање капиталног добитка, порески обvezник има обавезу да утврђени порез плати у року од 15 дана од дана достављања решења. Због тога се не може говорити о томе да је уплаћен порез у погледу којег не постоји обавеза према пореским законима. У ствари, овде је реч о пореској рефакцији. То је институт пореског права који подразумева да је првобитно потраживање било у реду, али се пореском обvezнику законом даје право да од државе захтева рефундацију уплаћеног износа, јер се из техничких разлога другим путем не би могла једноставно одобрити жељена пореска олакшица.<sup>45</sup> Пореска рефакција је обично присутна код посредних пореза, а у

---

42 ЗПДГ, чл. 79 ст. 2.

43 Д. Поповић (2016), 157.

44 ЗПДГ, чл. 95 ст. 2.

45 Д. Поповић (2016), 158.

српском пореском праву једини случај када се рефакција може захтевати код непосредних пореза је управо код пореза на капитални добитак.

Разлика између повраћаја и рефакције није само терминолошка. У случају повраћаја пореза, титулару оваквог права припада *камата* и то: на износ више плаћеног пореза и споредних пореских давања - по истеку рока од 30 дана од дана када је Пореска управа примила захтев за повраћај; ако је основ за повраћај поништено, измењено или укинуто решење или други акт о задужењу - почев од наредног дана од дана уплате пореза, односно споредних пореских давања.<sup>46</sup> Код рефакције се камата не може потраживати. Према томе, конфузија коју ствара ЗПДГ би могла да оштети буџет. *De lege ferenda* би требало отклонити нејасноћу тако што би се изменом прописа термин „повраћај“ заменио речју „рефакција“, а у додатном ставу би, по питању правила о рефакцији, требало упутити на примену ЗПППА.

#### *6) Изузимања и могућности злоупотребе*

Капиталним добитком, односно губитком не сматра се разлика настала преносом права, удела или хартија од вредности, када: 1) су стечени наслеђем у првом наследном реду; 2) се пренос врши између брачних другова и крвних сродника у правој линији; 3) се пренос врши између разведеног брачног другова, а у непосредној је вези са разводом брака; 4) се врши пренос дужничких хартија од вредности чији је издавалац Република, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе или Народна банка Србије; 5) је обvezник извршио пренос права, удела или хартија од вредности које је пре преноса имао у свом власништву непрекидно најмање десет година.<sup>47</sup> У питању су трансакције које имају све карактеристике капиталног располагања, али које је законодавац одлучио да не опорезује. Пошто је реч о изузимању, а не о ослобођењу, приход остварен тим располагањима *није опорезив*, па нема ни обавезе подношења пореске пријаве.

Прво питање које се може поставити је да ли је такав приход опорезив неким другим порезом на доходак грађана. Друго питање је могућност пореске евазије.

Што се првог питања тиче, указујемо да се осталим приходима, у смислу ЗПДГ-а, између осталог, сматрају други приходи физичког лица,

46 Ibid., 146.

47 ЗПДГ, чл. 72а ст. 1.

који нису опорезиви по другом основу у складу са тим законом, а нарочито сви други приходи који нису опорезовани по другом основу или нису изузети од опорезивања или ослобођени плаћања пореза по том закону.<sup>48</sup> Приход из чл. 72а ст. 1 ЗПДГ-а јесте изузет, па лексичким и системским тумачењем долазимо до закључка да је приход остварен располагањима из чл. 72а ст. 1 ЗПДГ-а у потпуности изузет од опорезивања порезом на доходак грађана.

Пошто је приход изузет, онда обvezници имају подстицај да своју трансакцију организују тако да постигну максималну пореску уштеду. Због тога видимо могућност пореске евазије. Замислимо сценарио у којем продавац непокретности, пре продаје, склопи брак са купцем. Договор са купцем би подразумевао и развод брака одмах након куповине.

Са друге стране, Пореска управа има овлашћења да такву трансакцију испита кроз начело фактичитета. Наиме, пореске чињенице се утврђују према њиховој економској суштини, а ако се симулованим правним послом прикрива неки други правни посао, за утврђивање пореске обавезе основу чини дисимуловани правни посао.<sup>49</sup> Економска суштина је тежња за пореском уштедом кроз симулацију брака. Продавац и купац не желе заиста брак, већ правну конструкцију брака користе не би ли остварили пореску олакшицу – изузимање. Тај закључак произлази из чињенице да се *брак разводи одмах након куповине непокретности*. Пореска управа би могла да утврди пореску обавезу као да брака није ни било и решењем обавеже продавца да плати порез на капитални добитак, уколико је остварен. Наиме, сасвим је уобичајено да трансакција између супружника или крвних сродника у правој линији буде бестеретна, али је врло индикативно уколико супруг уз накнаду преноси право својине на непокретности својој супрузи.<sup>50</sup> Бестеретно распологање у описаној ситуацији није задовољавајуће решење из перспективе преносиоца, иако таква трансакција није опорезива порезом на капитални добитак и омогућава пореско ослобођење од пореза на поклон.<sup>51</sup> У случају бестеретног распологања преносилац не би могао од стицаоца, фiktивног супружника, да захтева исплату цене која је за преносиоца суштина правног посла.

48 ЗПДГ, чл. 85 ст. 1 тач. 15.

49 ЗПППА, чл. 9 ст. 1 и 2.

50 Вид. С. В. Костић (2006), 917.

51 Закон о порезима на имовину – ЗПИ, Службени гласник РС, бр. 26/2001, ... 68/2014 - др. закон, чл. 21 ст. 1 тач. 1.

Претходни пример злоупотребе треба јасно разликовати од капиталног располагања које се врши између *разведенх брачних другова*, а у непосредној је вези са разводом брака.<sup>52</sup> Овде је реч о подели брачне тековине (коју чине капитална средства) *након развода брака* и подразумева доношење судске одлуке као гаранцију публицитета. У претходном примеру брак је склопљен са намером да се *за време трајања брака* капитално средство пренесе на фиктивног супружника и тако створе услови за изузимање од опорезивања порезом на капитални добитак.

Проблем откривања злоупотребе је у томе што ЗПДГ прописује *изузимање*, па онда не постоји ни обавеза подношења пореске пријаве за порез на капитални добитак. То отежава канцеларијску контролу и примену начела фактицитета.

#### *в) Порески кредит*

Ова пореска олакшица се омогућава обvezнику који у решавање стамбеног питања у смислу члана 79 ЗПДГ-а уложи само део средстава остварених продајом непокретности. Њему се пореска обавеза сразмерно умањује.<sup>53</sup> То ће се десити уколико обvezник, након што оствари капитални добитак, куповином нове непокретности не „потроши“ сви добитак. Тада ће му се порезом на капитални добитак опорезовати само неутрошени износ. Пореска управа ће у посебном ставу диспозитива решења утврдити колики је износ укупног добитка, у посебном ставу колики део је потрошен на решавање стамбеног питања, док ће разлику исказати као пореску основицу и на њу применити пореску стопу од 15%.

#### *г) Пребијање капиталних губитака са капиталним добицима*

Пребијање капиталних губитака са капиталним добицима се може извршити под условом да је најпре остварен капитални губитак. Уколико се и након пребијања капиталних губитака са капиталним добицима прикаже губитак, допуштено је његово пребијање у наредних пет година, почев од године у којој је остварен првобитни капитални губитак. То (друго) пребијање се врши на рачун будућих капиталних добитака.<sup>54</sup>

Анализом норме која прописује право на пребијање капиталних губитака са капиталним добицима може се извести најмање три закључ-

52 ЗПДГ, чл. 72а ст. 1 тач. 3.

53 ЗПДГ, чл. 80.

54 ЗПДГ, чл. 78.

ка: 1) пребијање није ограничено на капиталне добитке и капиталне губитке остварене располагањем истоветних капиталних средстава, већ се могу пребијати *en général* капитални губици са капиталним добицима (нпр. капитални губитак остварен продајом непокретности са капиталним добитком оствареним од продаје удела у правном лицу);<sup>55</sup> 2) првобитно остварени капитални губитак се може пребити већ са првим наредним капиталним добитком;<sup>56</sup> 3) уколико је након првобитног пребијања резултат капитални губитак, онда се он може „преносити“ у наредних пет година, с тим што се рок рачуна почев од године у којој је остварен првобитни капитални губитак.

Уколико је порески обvezник остварио капитални губитак у износу од 36.619,39 динара у јуну 2017. од продаје акција,<sup>57</sup> а затим остварио капитални добитак у износу од 50.000,00 динара у августу 2017. од продаје ауторског права, он би могао да се користи правом из чл. 78 ЗПДГ-а. Пореска основица пореза на капитални добитак би у тој ситуацији износила 13.380,61 динара ( $50.000,00 - 36.619,39$ ). Уколико је износ капиталног губитка исти као и у претходном примеру, а обvezник оствари капитални добитак у износу од 20.000,00 динара од продаје права индустриске својине, онда је резултат нови капитални губитак у износу од 16.619,39 динара ( $20.000,00 - 36.619,39$ ). Тада исти (други) капитални губитак порески обvezник може да пребије са наредним капиталним добитком који обvezник оствари до 31.12.2021., јер тада истиче пета година *почев од године* у којој је остварен првобитни капитални губитак.<sup>58</sup>

Међутим, проблем са пребијањем је у томе што ЗПДГ у свом процесном делу не уређује начин на који би обvezник могао да оствари пребијање капиталног губитка и добитка.<sup>59</sup> Решење би могло да буде подношење две одвојене пореске пријаве, при чему би се у потоњој нагласило

55 Мишљење Министарства финансија РС, бр. 011-00-1458/2015-04 од 17.5.2016.

56 ЗПДГ право на пребијање у овом случају временски не ограничава. Међутим, Министарство финансија је на становишту да се капитални губитак може пребити са капиталним добитком уколико су и капитали губитак и капитални добитак остварени у истој години. Мишљење Министарства финансија РС, бр. 430-00-51/2015-04 од 17.11.2015.

57 Вид. пример из фн. 33. У илустрацији је обvezник остварио капитални губитак у износу од 36.619,39 по акцији. Ради поједностављења, у овом примеру полазимо од претпоставке да је остварен укупан капитални губитак у том износу.

58 Пошто ЗПДГ прописује да се рок од пет година рачуна *почев од године* у којој је остварен првобитни капитални губитак, то значи да се рачуна од 1.01. године у којој је капитални губитак остварен.

59 Вид. Д. Поповић, Г. Илић-Попов (2008), 55.

да је остварен губитак који је исказан у првобитној пореској пријави. Пореска управа би тада могла да донесе једно пореско решење у којем би се исказао резултат пребијања. Уколико би резултат био позитиван, на њега би се применила пореска стопа од 15%.

### III Закључна разматрања

Повреда начела законитости за последицу има штетне последице како по обvezнике, тако и по буџет. Посматрано са становишта пореског обvezника и принципа правне сигурности сматрамо да је став Пореске управе да прихвати уговорену цену као продајну цену за потребе једног пореског облика, а да не прихвати ту исту цену за потребе пореза на капитални добитак, у најмању руку, правно логички проблематичан. То је изигравање смисла закона на штету пореских обvezника. „Уступање утврђивања набавне цене“ републичком органу надлежном за послове статистике је, такође, повреда начела законитости пореза. Порески закон је једини општи правни акт који је меродаван извор права у том погледу и који мора бити *lex certa*. Са становишта буџета је спорно питање оправданости повећања набавне цене годишњим индексом потрошачких цена. Свакако да је то мера у корист пореског обvezника, јер, повећавајући умањилац, смањује се разлика између продајне и набавне цене и тако елиминише инфлаторна компонента из дохотка.<sup>60</sup> Али, шта у ситуацији када инфлације нема, или је ниска?<sup>61</sup> У случајевима трговања хартијама од вредности уобичајено је да цене често осцилују, па је оправданост тог корективног елемента спорна. Намеће се и питање да ли се том мером ограничава слободно формирање цене; на пример, због чега би купац непокретности пристао да плати већу цену од набавне цене увећане корективним елементом?

Сматрамо да ЗПДГ не забрањује експлицитно коришћење капиталног добитка за решавање стамбеног питања ван Србије, а анализа међународне судске праксе је показала да би такво ограничење спутало слободан промет капитала и да је, стога, са становишта правног система Европске уније, неприхватљиво.

У циљу ефективног опорезивања капиталних добитака нерезидената неопходно је увести или порез по одбитку или супсидијерно јемство

60 Вид. Д. Поповић (2016), 335.

61 Податак доступан на адреси: <http://www.nbs.rs/internet/cirilica/index.html>, 13.07.2017. Према званичним подацима, стопа инфлације у јуну 2017. године износи 3,6%.

исплатиоца прихода (стицаоца капиталног средства). Тренутно законско решење отвара пут потпуном избегавању пореске обавезе нерезидентних обvezника.

Правило о подношењу пореске пријаве најкасније у року од 30 дана од дана када је обvezник започео остваривање прихода располагањем капиталним средствима уводи „на мала врата“ опорезивање потенцијалних капиталних добитака, иако је ЗПДГ усвојио принцип опорезивања реализованих капиталних добитака. Момент подношења пореске пријаве би требало одредити у односу на тренутак *реализације* капиталног добитка.

Доказали смо да инвентивни порески обvezници могу своје трансакције организовати тако да остваре пореску уштеду. Анализа је показала да је примена начела фактичитета отежана у ситуацијама када обvezници стварају правне конструкције које имају за циљ да на фиктиван начин трансакцију капиталног средства прикажу као ону која је по закону *изузета* од опорезивања. Пошто је реч о изузимању, нема обавезе подношења пореске пријаве па је самим тим канцеларијска контрола знатно отежана.

Остављајући простора за даљу расправу о опорезивању капиталних добитака физичких лица, сматрамо да је истраживање представљено у овом раду указало на неопходност оптимизације у опорезивању, али и заштите права пореских обvezника.

*Minja ĐOKIĆ, M.A.*

**PhD candidate at the Faculty of Law University of Belgrade  
in the field of Public finances and Financial Law**

## **TAXING THE CAPITAL GAINS OF PHYSICAL PERSONS IN REPUBLIC OF SERBIA**

### **Summary**

*Subject of this paper is the analysis of capital gains tax, which is imposed on physical persons. We shall examine Serbian legislative solutions, administrative practice and international judicial practice and we will point out several systematic issues in Serbian Tax law.*

*Rules regarding the tax base determination effect the principle of legality in taxation and, consequently, harmful effects exist. We point out that there are no adequate legal mechanisms to collect tax debt from non-resident tax payers and we propose possible solutions of this problem. We emphasize the importance of determining the moment in which tax obligation occurs and we advocate that capital gains should be taxed when realized. Analysis has shown that the institute of request for a tax refund is missused in the Law and that it can cause damage to the Treasury. While examining international judicial practice we have come to the conclusion that it is necessary to allow the use of capital gains to solve housing issue abroad in the sense of tax relief. Scope of this article is also the analysis of tax evasion opportunities regarding the capital gains tax that is imposed on physical persons.*

**Keywords:** capital gains, capital gains tax, tax refund, tax evasion.